

Hailong Ji

Haftungsfragen im freien Dienstvertrag



Universitätsdrucke Göttingen

Hailong Ji

Haftungsfragen im freien Dienstvertrag

Except where otherwise noted, this work is licensed under a [Creative Commons License](#)



erschieden in der Reihe der Universitätsdrucke
im Universitätsverlag Göttingen 2007

Hailong Ji

Haftungsfragen
im freien Dienstvertrag



Universitätsverlag Göttingen
2007

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar

Dieses Buch ist auch als freie Onlineversion über die Homepage des Verlags sowie über den OPAC der Niedersächsischen Staats- und Universitätsbibliothek (<http://www.sub.uni-goettingen.de>) erreichbar und darf gelesen, heruntergeladen sowie als Privatkopie ausgedruckt werden. Es gelten die Lizenzbestimmungen der Onlineversion. Es ist nicht gestattet, Kopien oder gedruckte Fassungen der freien Onlineversion zu veräußern.

This work is protected by German Intellectual Property Right Law. It is also available as an Open Access version through the publisher's homepage and the Online Catalogue of the State and University Library of Goettingen (<http://www.sub.uni-goettingen.de>). Users of the free online version are invited to read, download and distribute it [if licenced: under the licence agreement shown in the online version]. Users may also print a small number for educational or private use. However they may not sell print versions of the online book.

Satz und Layout: Hailong Ji
Umschlaggestaltung: Maren Büttner

© 2007 Universitätsverlag Göttingen
<http://univerlag.uni-goettingen.de>
ISBN: 978-3-940344-06-9

Vorwort

Die Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen hat die vorliegende Arbeit im Sommersemester 2007 als Dissertation angenommen. Das Manuskript befindet sich im Wesentlichen auf dem Stand von November 2006; wichtige neuere Veröffentlichungen konnten noch bis September 2007 berücksichtigt werden.

Ohne vielfältige Hilfe und Unterstützung wäre diese Arbeit nicht zustande gekommen. An dieser Stelle möchte ich meinen Dank aussprechen an all diejenigen, die mich während der Bearbeitung der Dissertation begleitet haben und mir Mut und Kraft gaben, um den eingeschlagenen Weg zu gehen. Zunächst gilt mein ganz besonderer Dank meiner Doktormutter, Frau Prof. Dr. Christiane Wendehorst, die die Anregung zu diesem Thema gab und die Fertigstellung der Arbeit in vielfältiger Weise gefordert hat. Für ihre fachliche und menschliche Unterstützung in meiner Studienzeit in Deutschland danke ich ihr ganz herzlich. Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. Jürgen Costede danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Diese Arbeit wäre ohne die Unterstützung von Herrn Oliver von Barga, der mir viel geholfen hat, sprachliche Unebenheiten im Manuskript zu glätten, in der vorliegenden Form nicht möglich gewesen. Für seine Hilfe danke ich herzlich. Nicht zuletzt gilt mein besonderer Dank meinen Eltern, die mir jederzeit mit Rat und Tat zur Seite standen. Ich danke auch all denen, die mir Ihre Freundschaft geschenkt haben und mit deren Hilfe ich Deutschland besser kennen lernen konnte.

Die Dissertation wurde im Rahmen von der Graduiertenförderung der Friedrich-Naumann-Stiftung mit Mitteln des Auswärtigen Amts gefördert. Ich danke der Friedrich-Naumann-Stiftung und dem Auswärtigen Amt für das Promotionsstipendium, das mir diese Arbeit erheblich erleichtert hat.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
Inhaltsverzeichnis	7
Abkürzungen	13
A. Einleitung	15
B. Anspruchsgrundlage des Schadensersatzes	19
<i>I. Hintergrund und Gang der Darstellung</i>	19
<i>II. Die Auslegung der §§ 280 ff.</i>	20
1. Die Theorien in der Literatur.....	20
<i>a) Abgrenzung nach der Zweckmäßigkeit der Nachfristsetzung</i>	20
<i>b) Abgrenzung nach den verletzten Pflichten</i>	21
<i>c) Abgrenzung nach den unterschiedlichen Schadensposten</i>	23
2. Eigene Stellungnahme zur Systematik der §§ 280ff.	27
<i>a) Die Auslegung der §§ 280 ff.</i>	27
<i>b) Begründungen</i>	32
3. Zwischenergebnis	34

III. Schadensersatzanspruch des Dienstberechtigten im freien Dienstvertrag.....	34
1. Die Literaturmeinungen nach der Schuldrechtsreform	34
a) Die Argumente in der Literatur.....	35
b) Eigene Stellungnahme	35
2. Nacherfüllung durch den Dienstverpflichteten	37
a) Nacherfüllungsanspruch des Dienstberechtigten.....	37
b) Chance zur zweiten Andienung für den Dienstverpflichteten	38
3. Die Anwendung der § 280ff. auf die Dienstleistungen.....	39
a) Unmöglichkeit der Beseitigung der Nachteile durch die Nacherfüllung.....	39
b) Unzumutbarkeit der Nacherfüllung für den Dienstberechtigten trotz Möglichkeit der Beseitigung der Nachteile	40
c) Möglichkeit der Beseitigung der Nachteile durch die Nacherfüllung und Zumutbarkeit derselben für den Gläubiger	41
IV. Ergebnis.....	41
C. Die Abgrenzung zwischen Pflichtverletzung und Fahrlässigkeit bei den Dienstleistungen	43
I. Einführung in die Problematik.....	43
II. Notwendigkeit der Abgrenzung zwischen Pflichtverletzung und Fahrlässigkeit	45
III. Abgrenzung zwischen der Pflichtverletzung und Fahrlässigkeit	47
1. Außerachtlassung der höchstmöglichen Sorgfalt – conditio sine qua non der Pflichtverletzung.....	47
a) Pflichtverletzung und Rechtswidrigkeit.....	47
b) Höchstmögliche Sorgfalt	48
c) Die Qualifizierung der Vertragspflichten und der höchstmöglichen Sorgfalt.....	49
2. Das Beurteilungskriterium des Verschuldens – Außerachtlassung der Sorgfalt im Normalmass.....	51
3. Das Beurteilungskriterium der Pflichtverletzung – Außerachtlassung der höchstmöglichen Sorgfalt.....	52
IV. Begründung der hier vorgeschlagenen Lösung.....	54
1. Das Vertrauen des Dienstberechtigten.....	54
2. Nichtbestehen einer Erfolgshaftung.....	54
3. Die praktische Relevanz der hier vorgeschlagenen Lösung.....	55
4. Der Ansatz anhand des Begriffspaares von „äußerer“ und „innerer“ Sorgfalt	56
5. Der entschuldbare Irrtum und die Änderung der Sorgfaltsanforderungen.....	58

6. Die Theorien der Beweislastverteilung.....	59
a) <i>Die normative Theorie</i>	60
b) <i>Beweislastverteilung nach dem Sphären Gedanken</i>	60
c) <i>Die Theorie der Wahrscheinlichkeit</i>	61
d) <i>Die Garantiewirkung der Beweislastverteilung in § 282 a.F. und § 280 Abs.1 S.2</i>	62
V. <i>Exkurs: Die teleologische Reduktion des § 280 Abs.1 S.2 im Fall der Arzthaftung</i>	63
VI. <i>Ergebnis</i>	66
D. Das Verhältnis zwischen dem Recht zur außerordentlichen Kündigung in § 626 und dem Rücktrittsrecht	67
I. <i>Einführung</i>	67
II. <i>Die Analyse der Begründungen in der Literatur</i>	68
1. <i>Die Praktikabilitätsargumentation</i>	68
a) <i>Die Meinung im Schrifttum</i>	68
b) <i>Eigene Stellungnahme</i>	68
2. <i>Gleiche Rechtswirkungen des Rücktritts und der außerordentlichen Kündigung</i>	69
a) <i>Die Meinung im Schrifttum</i>	69
b) <i>Eigene Stellungnahme</i>	69
c) <i>Vergleich der Rechtswirkungen von Rücktritt und außerordentlicher Kündigung</i>	70
3. <i>Unzweckmäßigkeit des Rücktrittsrechts im Dienstvertrag</i>	74
a) <i>Die Meinung im Schrifttum</i>	74
b) <i>Stellungnahme zur „Unzweckmäßigungsargumentation“</i>	74
4. <i>„lex specialis derogat legi generali“</i>	76
a) <i>Dienstvertrag</i>	77
b) <i>Der wichtige Grund in § 626</i>	77
c) <i>Die Ausschlussfrist in § 626 Abs.2</i>	81
III. <i>Das Verhältnis zwischen dem Rücktritt und der außerordentlichen Kündigung</i>	82
1. <i>Spezialitätsverhältnis</i>	82
2. <i>Reichweite des Spezialitätsverhältnisses</i>	82
3. <i>Ergebnis</i>	88

E. Das Minderungsrecht im freien Dienstvertrag	89
I. Einführung	89
II. Die Notwendigkeit des Minderungsrechts bei den freien Dienstleistungen	90
1. Schweigen des Gesetzgebers zum Minderungsrecht in den §§ 611ff.	90
2. Der Pflichteninhalt des Dienstleistenden: Bemühen statt Erfolg.	92
3. Ermittlung der Dienstleistungsqualität	93
4. Die Berechnung des Minderwerts	95
5. Unerhebliche Pflichtverletzung	97
III. Die Wege der Minderung	98
1. § 614 Satz 1 und § 320 Abs.1	98
a) § 614 Satz 1	98
b) § 320 Abs.1	99
2. Rücktritt oder Herabsetzung der Vergütung nach § 628 Abs.1 S.2	103
3. § 326 Abs.1	104
a) Fragestellung	104
b) Die Ansichten im Schrifttum vor und nach der Schuldrechtsreform	104
c) Gesetzesbegründung zu § 326 Abs. 1 Satz 2 n.F.	105
d) Eigene Stellungnahme	106
4. Schadensersatzanspruch	107
IV. Ergebnis	109
 F. Perspektive des künftigen vertraglichen Dienstleistungshaftungsrechts	 111
I. Nacherfüllungsanspruch	111
II. Schadensersatzanspruch	112
III. Pflichtverletzung und Fahrlässigkeit	113
IV. Rücktritt und außerordentliche Kündigung	114
V. Minderung	117
VI. Ergebnis	117

G. Exkurs: Werkvertrag und Dienstvertrag – eine Überlegung de lege ferenda	119
<i>I. Darstellung der Problematik</i>	119
1. Die Abgrenzungsschwierigkeit	119
2. Die Abgrenzung nach dem „Erfolg“	120
3. Der Sinn der Abgrenzung.....	121
4. Die Notwendigkeit einer Überlegung de lege ferenda.....	121
<i>II. Die Möglichkeit der einheitlichen Regelungen</i>	122
1. Die Pflichten der Vertragsparteien.....	122
2. Übertragung auf Dritte	123
3. Sicherung des Vergütungsanspruchs	123
4. Mitwirkung des Kunden	124
5. Die an die Abnahme anknüpfenden Rechtswirkungen	124
<i>a) Fälligkeit der Vergütung</i>	125
<i>b) Entgeltgefahr</i>	125
<i>c) Leistungsgefahr</i>	127
<i>d) Beweislastumkehr</i>	128
6. Die Beendigung des Vertrags.....	128
<i>III. Ergebnis</i>	129
H. Zusammenfassung	131
Literaturverzeichnis	137

Abkürzungen

Hinsichtlich der verwendeten Abkürzungen wird verwiesen auf:

Kirchner/Butz, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 5. Auflage,
Berlin 2003.

A. Einleitung

Die Schuldrechtsreform hat das allgemeine Leistungsstörungenrecht in erheblichem Umfang neu strukturiert. Neben den Neuregelungen zur Leistungsunmöglichkeit sind insbesondere die neue Systematik des Schadensersatzanspruchs in den §§ 280 ff., die Veränderungen des Instituts des Rücktritts und die Reformierung des Gewährleistungsrechts zu erwähnen. Hierbei ist aber zu bemerken, dass das neue Leistungsstörungenrecht – ebenso wie das alte – am Leitbild des Sachkaufs ausgerichtet ist. Im Verlauf der Gesetzgebung des neuen Schuldrechts wurde den Besonderheiten des Dienstvertrags weniger Aufmerksamkeit geschenkt¹, obwohl es auch beim Dienstvertrag Anwendung findet. Es fragt sich dann, ob überhaupt und – wenn ja – wie das neue Leistungsstörungenrecht auch im Fall der Pflichtverletzung des Dienstverpflichteten adäquate Rechtsfolgen herbeiführen kann. Im Einzelnen sind insbesondere a) der Schadensersatzanspruch des Dienstberechtigten, b) die Abgrenzung zwischen Pflichtverletzung und Fahrlässigkeit im Dienstvertrag, c) das Verhältnis zwischen dem Recht der außerordentlichen Kündigung in § 626 und dem Rücktrittsrecht und d) die Möglichkeit eines Vergütungsmindeungsrechts beim freien Dienstvertrag zu untersuchen.

¹ Dies wird daran deutlich, dass das neue Leistungsstörungenrecht in der Literatur und den Gesetzgebungsmaterialien fast immer anhand von Beispielen aus dem Kaufvertrags-, ggf. auch aus dem Werkvertragsrecht diskutiert wurde. Die Thesen von Manfred Lieb für die Überarbeitung des Dienstvertrags, die in dem Anfang der achtziger Jahre veröffentlichten Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts geäußert wurden (s. Lieb, Dienstvertrag, S. 209ff.), wurden im Zuge der Schuldrechtsreform nicht berücksichtigt.

Bzgl. des Schadensersatzanspruchs entstand nach der Reform ein heftiger Streit über die Abgrenzung zwischen einfachem Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 und Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 281 ff. Welche Schadensposten dem einfachen Schadensersatz unterfallen und welche dem Schadensersatz statt der Leistung zuzuordnen sind, ist eines der leidvollsten Abgrenzungsprobleme im neuen Schuldrecht. Hierzu haben sich – am Beispiel des Kaufvertrags – inzwischen verschiedene Auffassungen herausgebildet. Einigkeit darüber besteht schon im Rahmen des allgemeinen Leistungsstörungenrechts nicht. Auch im Dienstvertrag ist daher unklar, wie der Schadensersatzanspruch des Dienstberechtigten bei den Leistungsstörungen von Seiten des Dienstverpflichteten zu regeln ist. Da es in vielen Fällen der Leistungsstörung im Dienstvertrag an einem Nacherfüllungsbedürfnis fehlt, stellt sich insbesondere die Frage, wie der Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 281 ff. im Dienstvertrag zu konkretisieren ist. Auf die Auslegung der §§ 280 ff. sowie ihrer Anwendung auf dem freien Dienstvertrag ist daher besonderes Augenmerk zu richten.

Die Terminologie der „Pflichtverletzung“ in § 280 Abs.1 stellt auch eine spezielle Problematik für den Dienstvertrag dar. Nach § 280 Abs. 1 muss für einen Schadensersatzanspruch erstens eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt worden sein und der Schuldner muss dies zweitens zu vertreten haben, wobei das Vertretenmüssen nach dem neuen § 280 Abs.1 Satz 2 widerleglich vermutet wird. Bei Kaufverträgen und den meisten Werkverträgen besteht zwischen dem Merkmal der Pflichtverletzung und dem Merkmal des Vertretenmüssens, das in der Regel mit Verschulden gleichzusetzen ist (vgl. § 276 BGB), eine klare Grenzziehung und Aufgabenteilung. Anders ist dies bei den meisten Dienstleistungen: Besteht dort schon die Pflichtverletzung in der Außerachtlassung der vertraglich geschuldeten, d.h. in der Regel der dem Standard entsprechenden Sorgfalt, verschwimmt die Grenze zur Definition der Fahrlässigkeit in § 276 Abs. 2, die in der Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt besteht. Für beide Merkmale ist aber die Beweislast unterschiedlich verteilt. Deshalb besteht ein eminentes Bedürfnis, Pflichtverletzung und Fahrlässigkeit beim freien Dienstvertrag abzugrenzen.²

Die Schuldrechtsreform hat beim Rücktrittsrecht das Vertretenmüssen als dessen Voraussetzung und die Verdrängung des Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung durch den Rücktritt abgeschafft. Deshalb ist der Unterschied zwischen dem Rücktritt und der außerordentlichen Kündigung im neuen Schuldrecht kleiner geworden. Die meisten Literaturstimmen bzgl. des neuen Rechts sind aber der herrschenden Meinung im alten Schuldrecht ohne nähere Untersuchung weiter gefolgt, dass der Rücktritt im allgemeinen Schuldrecht beim Dienstvertrag von der außerordentlichen Kündigung verdrängt werde. Es ist aber erforderlich, das

² Dazu s. unten Teil C.

Verhältnis zwischen der außerordentlichen Kündigung und dem Rücktritt beim freien Dienstvertrag neu zu erforschen.³

Das neue Schuldrecht sieht – ebenso wie schon das alte – ein Minderungsrecht nur für den Kauf-, Werk- und Mietvertrag, nicht aber für andere Verträge, wie insbesondere den Dienstvertrag vor. Damit ist der Gläubiger bei vielen Dienstleistungen rechtlos gestellt, wenn der Schuldner schlecht geleistet hat, der Eintritt eines Schadens aber zufällig bzw. durch Hinzutreten des Gläubigers oder Dritter vermieden worden ist. Hier ist zu diskutieren, ob die Verneinung eines Minderungsrechts beim freien Dienstvertrag gerechtfertigt ist, und wenn nicht, ob diese Schwäche des geltenden Rechts durch Auslegung oder durch ein anderes Institut beseitigt werden kann.

Wie erwähnt hat die Schuldrechtsreform die Besonderheiten des Dienstvertrags nicht genügend berücksichtigt. Durch Gesetzesauslegung kann man nur im Rahmen des geltenden Rechts möglichst angemessene Ergebnisse erreichen. Solche Ergebnisse sind rechtspolitisch nicht unbedingt adäquat. Nach der Untersuchung der konkreten Anwendung des allgemeinen Leistungsstörungsrechts auf den freien Dienstvertrag im geltenden Recht ist deshalb zu überlegen, wie die Dienstleistungshaftung *de lege ferenda* angemessen gestaltet werden sollte.

Wegen der sozialen und wirtschaftlichen Ähnlichkeit zwischen dem freien Dienstvertrag und Werkvertrag stellt die Abgrenzung des Dienstvertrags vom Werkvertrag ein Dauerthema in Rechtsprechung und Lehre dar. Der Sinn der Abgrenzung liegt hauptsächlich in ihrer unterschiedlichen Rechtsfolgen. Nach der Untersuchung der Haftungsfragen des Dienstverpflichteten beim freien Dienstvertrag lässt sich daher die klassische Trennung zwischen Dienstverträgen und Werkverträgen auf den Prüfstand stellen. Es wird in dieser Arbeit schließlich kurz der Frage nachgegangen, wie eine künftige gesetzliche Regelung zum Dienst- und Werkvertrag in Deutschland sinnvoll gefasst werden sollte.

Diese Arbeit ist auf Haftungsfragen im freien Dienstvertrag beschränkt. Freie Dienstverträge sind diejenigen Dienstverträge, die keine Arbeitsverträge darstellen. Hiermit soll der Gegensatz zum auf abhängige Dienstleistungen gerichteten Arbeitsvertrag zum Ausdruck gebracht werden, wobei auf die Abgrenzung zwischen diesen beiden Unterarten des Dienstvertrags hier nicht einzugehen ist. Die wichtigsten Anwendungsfälle der freien Dienstverträge findet man bei den „freien Berufen“ (Ärzte, Anwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer usw.). Im Vordergrund steht der unmittelbare, persönliche Einsatz geistiger Arbeitskraft in eigenverantwortlicher Stellung.⁴ In diesem Beitrag sind die wichtigsten Haftungsfragen aller freien Dienstverträge allgemein erforscht; nicht ausführlich erörtert werden die Sonderfragen im Rahmen eines bestimmten freien Dienstvertragstyps, z.B. der

³ S. unten Teil D.

⁴ Vgl. Herschel, *Freier Beruf und Arbeitsverhältnis*, 1964; Fleischmann, *Die freien Berufe im Rechtsstaat*, 1970, S. 33 ff.

Vergütungsanspruch in einem Anwaltsvertrag⁵ oder die analoge Anwendung einiger arbeitsrechtlicher Vorschriften auf die Dienstverträge der Mitglieder von Organen juristischer Personen. Die Haftungsfragen im Arbeitsvertrag sind hier auch nicht ausführlich zu erörtern, weil wegen der einseitigen Steuerung des Produktionsablaufs, der Monopolisierung der Arbeitskraft durch den Arbeitgeber und dem sozialen Ungleichgewicht zwischen den Parteien die Haftung des Arbeitnehmers eine andere Fragestellung (z.B. Haftungsbeschränkungen zugunsten des Arbeitnehmers) als die Haftung des Dienstverpflichteten im freien Dienstvertrag beinhaltet.

Soweit sich nichts anderes aus dem jeweiligen Kontext ergibt, sind „Dienstleistung“, „Dienstvertrag“ sowie „Dienstverträge“ in diesem Beitrag als „freie Dienstleistung“, „freier Dienstvertrag“ oder „freie Dienstverträge“ zu verstehen.

⁵ Vgl. die Sonderregelung im § 15 Abs. 4 RVG. S. auch Henssler/Deckenbrock NJW 2005, 1.

B. Anspruchsgrundlage des Schadensersatzes

I. Hintergrund und Gang der Darstellung

Durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz wurde eine neue Systematik des Schadensersatzanspruchs wegen Leistungsstörung eingeführt.⁶ § 280 Abs. 1 soll – von § 311a Abs.2 als Sonderregel für die anfängliche Unmöglichkeit abgesehen – die einzige Anspruchsgrundlage für Schadensersatz auf Grund eines Vertrags oder eines anderen Schuldverhältnisses sein.⁷ Danach erhält der Gläubiger bei einer Pflichtverletzung durch den Schuldner grundsätzlich seinen gesamten Schaden ersetzt.⁸ §§ 280 Abs.2, 286 regeln den Schadensersatzanspruch in den Fällen, in denen der Schuldner in zeitlicher Hinsicht hinter den Pflichten aus dem Schuldverhältnis zurückbleibt. Da nicht jede Verzögerung der Leistung es rechtfertigt, den Schuldner für den daraus entstehenden Schaden haften zu lassen, bestimmt § 280 Abs.2, dass der Verzögerungsschaden nach § 280 Abs. 1 nur zu ersetzen ist, wenn die zusätzlichen Voraussetzungen des § 286 über den Schuldnerverzug gegeben sind.⁹ § 280 Abs.3 bestimmt, dass der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung nur unter den weiteren Voraussetzungen der §§ 281 – 283 besteht.

⁶ Dazu vgl. Lorenz, Schuldrechtsmodernisierung – Erfahrungen seit dem 1. Januar 2002, in: Egon Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum 2005, S. 37.

⁷ Begrünung zum Regierungsentwurf, BT-Drucks, 14/6040, S. 135.

⁸ Begrünung zum Regierungsentwurf, BT-Drucks, 14/6040, S. 136.

⁹ Begrünung zum Regierungsentwurf, BT-Drucks, 14/6040, S. 136.

Hier gewährleistet das Erfordernis der Fristsetzung grundsätzlich den Vorrang der primären Leistung.

Nach der Schuldrechtsreform wurde und wird die Abgrenzung zwischen dem einfachen Schadensersatz nach § 280 Abs. 1, dem Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 Abs. 3, 281ff. und dem Schadensersatz wegen Verzögerung nach §§ 280 Abs. 2, 286 heiß diskutiert. Am Beispiel des Kauf- und Werkvertrags wurden viele unterschiedliche Ansätze entwickelt, und bisher ist man zu keiner einheitlichen Auslegung in diesem Punkt gelangt. In diesem Teil der Arbeit wird eigentlich der Schadensersatzanspruch bei der Pflichtverletzung des Dienstverpflichteten behandelt. Da es in den §§ 611ff. nur wenige besondere Vorschriften über Schadensersatzansprüche für den Fall der Pflichtverletzung des Dienstverpflichteten gibt, sind die §§ 280 ff., nämlich die allgemeinen Regelungen zu den Schadensersatzansprüchen im allgemeinen Schuldrecht, auf den Dienstvertrag anzuwenden. Wenn man die allgemeinen Regelungen auf den freien Dienstvertrag anwenden möchte, ist es selbstverständlich zuerst zu erforschen, wie die anzuwendenden allgemeinen Regelungen auszulegen sind; ansonsten wäre die Anwendung unmöglich. D.h., die Anwendung der §§ 280 ff. auf den Dienstvertrag setzt eine angemessene Auslegung der §§ 280 ff. voraus. Im Folgenden wird zuerst die Auslegung der §§ 280 ff. erforscht, die nicht auf den Fall des Dienstvertrags beschränkt, sondern für alle Verträge allgemein geltend sein soll; danach ist die konkrete Anwendung der §§ 280 ff. auf den Dienstvertrag zu erörtern.

II. Die Auslegung der §§ 280 ff.

Nach der Schuldrechtsreform ist die Abgrenzung zwischen dem einfachen Schadensersatz, dem Schadensersatz statt der Leistung und dem Schadensersatz wegen der Verzögerung heftig umstritten. In Anlehnung an den Kauf- und Werkvertrag wurden viele Ansätze entwickelt. Diese sollen nun zunächst näher analysiert werden, bevor dann eine eigene Stellungnahme zu dieser Problematik folgen soll.

1. Die Theorien in der Literatur

a) Abgrenzung nach der Zweckmäßigkeit der Nachfristsetzung

Eine Meinung grenzt den Schadensersatz statt der Leistung und den einfachen Schadensersatz anhand der Zweckmäßigkeit der Nachfristsetzung bzw. der Nacherfüllung ab: Der Schadensersatz statt der Leistung umfasse alle Schadensposten, die durch die Erbringung der geschuldeten Leistung noch hätten verhindert werden können¹⁰ und für die eine Nachfristsetzung noch zweckmäßig ist.¹¹

¹⁰ Das ist wohl herrschende Meinung; s. Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, S. 97; Lorenz, NJW 2002, 2497, 2500; ders, NJW 2005, 1889, 1891; ders., Karlsruher Forum, 2006, S. 42 mzN; Tiedtke / Schmitt, BB 2005, 615, 616f. MünchKomm/Ernst, Band 2, §§ 241 – 432, 5. Aufla-

Auf den ersten Blick sprechen gute Gründe für dieses Abgrenzungskriterium. Es ist aber nicht überzeugend. Tatsächlich sagt dieses Abgrenzungskriterium nur aus, wann der Gläubiger eine Nachfrist setzen soll, nicht aber, wann der Schadensersatz statt der Leistung verlangt werden kann. Die Frage, ob der Gläubiger eine Nachfrist setzen soll, und die Frage, unter welchen Voraussetzungen er den Schadensersatz statt der Leistung verlangen kann, sind voneinander zu unterscheiden. Obwohl in der Regel der Gläubiger zunächst eine angemessene Nachfrist zur Nacherfüllung setzen soll, wenn er Schadensersatz statt der Leistung verlangen will, bedeutet dies nicht, dass er in jedem Fall des Schadensersatzes statt der Leistung eine Frist setzen muss. Bei der Frage, wann der Gläubiger den Schadensersatz statt der Leistung verlangen kann, handelt es sich darum, wann der Gläubiger die Erfüllung des Schuldners ablehnen kann, nämlich dann, wenn der Gläubiger von der Bindung zur Erfüllung befreit werden kann. Der erfolglose Ablauf einer Frist ist nur ein Fall dieser Befreiung des Gläubigers. Es gibt noch Fälle, in denen die Fristsetzung für das Verlangen des Schadensersatzes statt der Leistung entbehrlich ist, was in den §§ 281 Abs.2, 283 deutlich wird.¹²

Der genannte Ansatz ist auch in der praktischen Anwendung nicht unproblematisch. So kann er im Einzelfall, z.B. im Fall des Ersatzes des entgangenen Gewinns, zu ungewöhnlichen Unterscheidungen führen: Wenn der Gewinn aus der Weiterveräußerung infolge der mangelhaften Lieferung bereits endgültig entgangen ist (etwa weil der Käufer an seinen Gläubiger liefern muss, bevor eine dem Verkäufer gesetzte Nachfrist abgelaufen wäre), wäre eine Nachfristsetzung sinnlos, so dass ein Fall des einfachen Schadensersatzes vorläge. Wenn dagegen eine rechtzeitige Nacherfüllung ausreichen würde, um dem Käufer die Erfüllung seiner Pflichten aus der Weiterveräußerung zu ermöglichen, müsste man von Schadensersatz statt der Leistung ausgehen.¹³

b) Abgrenzung nach den verletzten Pflichten

Ein anderer Ansatz stellt für die Abgrenzung auf die Arten der Vertragspflicht ab, auf deren Verletzung der Schaden zurückzuführen ist: Handelt es sich dabei um eine leistungsbezogene Pflicht, soll Schadensersatz statt der Leistung einschlägig sein, während für den einfachen Schadensersatz nur insoweit Raum bliebe, als ausschließlich eine Pflicht im Sinne von § 241 Abs.2 verletzt wurde.¹⁴

Dieser Ansatz wird so begründet: der Schadensersatz statt der Leistung richtet sich auf das positive Interesse; der auf das positive Interesse gerichtete Schadensersatz ersetzt alle Nachteile des Gläubigers, die durch die Nichterfüllung adäquat

ge, § 280, Rn. 66; Palandt/Heinrichs, BGB 64. Auflage, Vor § 281, Rn. 3, § 280 Rn. 18; Emmerich, Leistungsstörungenrecht, 5. Auflage, § 21 III 2 b bb; Medicus, JuS 2003, 521, 528.

¹¹ Haas, Das neue Schuldrecht, § 5 Rn. 235.

¹² Ähnlich Grunewald, Schadensersatz für Mangel- und Mangelfolgeschäden, S. 315.

¹³ Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, § 13, Rn. 104; Grunewald, aaO, S. 315.

¹⁴ Recker, NJW 2002, 1247.

kausal verursacht und mit Sinn und Zweck der Schadensersatzpflicht im Rahmen der §§ 249, 252 vereinbar sind. Deshalb erstrecke sich der Schadensersatz statt der Leistung auf alle Fälle der Verletzung der Leistungspflicht. Da der Verzug den Fall vorübergehender und Schadensersatz statt der Leistung die Fälle endgültiger und nicht durch Nacherfüllung zu heilender Leistungspflichtverletzung betreffen, würden Verzug und Schadensersatz statt der Leistung damit alle Fälle der Verletzung von Haupt- und Nebenleistungspflichten erfassen. § 280 Abs.1 sanktioniere also bei unmittelbarer Anwendung nur die Verletzung des Integritätsinteresses.¹⁵

Die Begründung dieses Ansatzes ist logisch nicht überzeugend. Selbst wenn es, wie Recker behauptet, richtig ist, dass Schadensersatz wegen Verzögerung und Schadensersatz statt der Leistung beide die Fälle der Verletzung der Leistungspflicht erfassen, kann daraus nicht hergeleitet werden, dass Schadensersatz wegen Verzögerung und Schadensersatz statt der Leistung alle Fälle der Verletzung der Leistungspflicht erfassen. Es gibt noch die Fälle der Verletzung der Leistungspflicht, die weder dem Schadensersatz wegen Verzögerung (§§ 280 Abs.1, Abs.2, 286) noch dem Schadensersatz statt der Leistung (§§ 280 Abs.1, Abs.3, 281ff.) zuzuordnen sind. Der Ersatz des entgangenen Gewinns wegen schlechter Erfüllung, der vor der Fristsetzung und während des Laufs der Frist eingetreten ist, kann sich weder auf Schadensersatz statt der Leistung noch auf Schadensersatz wegen Verzögerung stützen, bevor der Gläubiger den Schadensersatz statt der Leistung verlangt,¹⁶ d.h. bevor er das Wahlrecht zwischen der Primärleistung und dem Schadensersatz statt der Leistung ausübt. Nach diesem Lösungsansatz kann dieser Schaden vor der Ausübung des Wahlrechts des Gläubigers nicht ersetzt werden, da für den einfachen Schadensersatz nur insoweit Raum bliebe, als dass ausschließlich eine Pflicht im Sinne von § 241 Abs.2 verletzt wurde. Praktisch würde dies dazu führen, dass das Wahlrecht des Gläubigers zwischen der Primärleistung und dem Verlangen des Schadensersatzes statt der Leistung beeinträchtigt würde.¹⁷ Denn wenn der Gläubiger nach dem erfolglosen Fristablauf noch die Nacherfüllung verlangen möchte, könnte er dann den Ersatz des schon vor dem Fristablauf entgangenen Gewinns nicht verlangen.

Außerdem würde dieser Lösungsansatz dem Schuldner ermöglichen, sich der Haftung für alle bis dahin eingetretenen Schäden durch Nacherfüllung zu entziehen. Wenn der Schuldner nach der Fristsetzung nacherfüllt, kann der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung nicht verlangen. Dann könnte sich der Ersatz des entgangenen Gewinns, der weder dem Schadensersatz wegen Verzögerung

¹⁵ Recker, NJW 2002, 1247.

¹⁶ Ähnliche Argumentation bei Dauner-Lieb, in Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, ein Lehrbuch, S. 93; Canaris, Die Neuregelung des Leistungsstörungen- und des Kaufrechts – Grundstrukturen und Problemschwerpunkte, in: Schuldrechtsmodernisierung: Karlsruher Forum 2002, S. 41.

¹⁷ Canaris, Die Neuregelung des Leistungsstörungen- und des Kaufrechts – Grundstrukturen und Problemschwerpunkte, in: Schuldrechtsmodernisierung: Karlsruher Forum 2002, S. 38.

noch dem einfachen Schadensersatz zuzuordnen wäre, nicht auf Schadensersatz statt der Leistung stützen und bliebe somit unersetzbar.

c) Abgrenzung nach den unterschiedlichen Schadensposten

Ein anderer Ansatz unterscheidet zwischen dem einfachen Schadensersatz, Schadensersatz statt der Leistung und Schadensersatz wegen Verzögerung nach den unterschiedlichen Schadensposten. Manche Autoren greifen auf die Unterscheidung zwischen Mangelschaden und Mangelfolgeschaden im alten Schuldrecht zurück und meinen, dass einfacher Schadensersatz die Mangelfolgeschäden und Schadensersatz statt der Leistung Mangelschäden erfasst. Manche Autoren lehnen zwar die Unterscheidung zwischen den Mangelschäden und Mangelfolgeschäden ab, grenzen aber den Ersatz des einfachen Schadens, Schadensersatz statt der Leistung und Schadensersatz wegen Verzögerung nach den einzelnen Schadensposten (z.B. Minderwertschaden, Reparaturkosten, Nutzungsausfall, entgangener Gewinn, Kosten für Deckungsgeschäfte usw.) ab.

aa) Mangelschaden und Mangelfolgeschaden

Die Differenzierung zwischen Mangelschaden und Mangelfolgeschaden im alten Recht hatte nach Auffassung der Schuldrechtsreformer zu vielfachen Unsicherheiten geführt, deren Beseitigung sie zu einem der wesentlichen Reformziele erklärten.¹⁸ Jedoch wird auch noch nach der Reform das Gegensatzpaar Mangelschäden/Mangelfolgeschäden von manchen Autoren als Ausgangspunkt für die Abgrenzung zwischen § 280 Abs.1 einerseits und §§ 280 Abs.3, 281ff. andererseits genutzt. Es wird vorgeschlagen, dass Mangelschäden unter den Schadensersatz statt der Leistung, Mangelfolgeschäden hingegen unter den einfachen Schadensersatz fallen sollen.¹⁹ Die Rückkehr zu diesem Gegensatzpaar wird als etwas, das „zum Fenster hinausgeworfen, zur Türe wieder hereinkommt“ beurteilt.²⁰ Nach diesem Ansatz sollen zum Schadensersatz statt der Leistung jedenfalls der Minderwert des Leistungsobjekts, die Kosten der Reparatur und die Kosten des Deckungsgeschäfts gehören.²¹ § 280 Abs.1 erfasse alle andere Schäden, vor allem die Schäden, die der Gläubiger an seinen Rechtsgütern außerhalb des Leistungsobjekts erleidet; dies erfasse auch Nutzungsausfall, Gutachterkosten und die Belas-

¹⁸ Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drucks 14/6040, S. 133; Abschlußbericht, S. 129.

¹⁹ Canaris, *Karlsruher Forum* 2002, S. 40f.; Münch, *Jura* 2002, S. 368; Palandt/Heinrichs, *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, § 280, Rn. 18.

²⁰ Sailer, *Die Schadensersatzhaftung des Verkäufers bei Schlechtlieferung und ihre Grenzen*, 2003, S. 30.

²¹ Canaris, *Karlsruher Forum* 2002, S. 40f.; Palandt/Heinrichs, *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, § 280, Rn 18; Palandt/Sprau, § 634, 65. Auflage, Rn. 8.

tung mit einer Schadensersatzpflicht aus dem Weiterverkauf der Sache.²² Wohl umstritten ist die Einordnung des entgangenen Gewinns.²³

Diese Meinung begründet sich dadurch, dass das Erfordernis der Fristsetzung nur hinsichtlich des Mangelschadens als solchem uneingeschränkt passe, jedoch nicht hinsichtlich derjenigen Folgen des Mangels, die sich durch eine später erfolgende mangelfreie Leistung oder die Behebung des Mangels nicht mehr beseitigen lassen.²⁴ Diese Argumentation entspricht im Wesentlichen der Argumentation bzgl. der Abgrenzung anhand der Zweckmäßigkeit der Fristsetzung bzw. Nacherfüllung und leidet auch an deren Nachteilen²⁵. Man kann nicht mit dem Argument, dass die Fristsetzung zu Mangelschäden und nicht zu Mangelfolgeschäden passe, begründen, dass Mangelschäden unter den Schadensersatz statt der Leistung, Mangelfolgeschäden aber unter den einfachen Schadensersatz fallen sollen. Es gibt nämlich noch die Fälle der Entbehrlichkeit der Fristsetzung, so dass diese Argumentation nicht alle Fälle des Schadensersatzes statt der Leistung umfasst.

Es ist auch klar, dass ein Rückgriff auf § 463 a.F. zur Abgrenzung von § 280 Abs. 1 und § 280 Abs.3 i.V.m. § 281 nichts beitragen kann,²⁶ weil diese Regelung gerade nicht auf den „eigentlichen Mangelschaden“ beschränkt war, sondern grundsätzlich auch auf Mangelfolgeschäden erstreckt wurde, wenn der Mangelfolgeschaden in den Schutzbereich der Zusicherung fiel.²⁷ Der Umfang des Schadensersatzanspruchs hing damit in keiner Weise von der Art des zu ersetzenden Schadens ab, sondern ausschließlich von der Reichweite der vom Verkäufer privat übernommenen Garantie.

Noch schlimmer ist, dass die praktische Anwendung dieses Ansatzes auch weiterhin zu dem Problem der leidigen Abgrenzung zwischen Mangelschaden und Mangelfolgeschaden führen würde, mit welcher man im altem Schuldrecht kaum gute Erfahrungen gemacht hatte und deren Beseitigung zu den wesentlichen Zielen der Schuldrechtsmodernisierung zählte.²⁸ Diese schwierige Abgrenzung, die

²² Palandt/Heinrichs, Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, § 280, Rn 18; Palandt/Sprau, § 634, 65. Auflage, Rn. 8.

²³ Heinrichs und Sprau meinen, dass der entgangene Gewinn dem Mangelfolgeschaden zuzuordnen ist, siehe Palandt/Heinrichs, Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, § 280, Rn. 18; Palandt/Sprau, § 634, 65. Auflage, Rn. 8. Obwohl Canaris und Münch zum entgangenen Gewinn nicht speziell Stellung bezogen haben, kann man wohl davon ausgehen, dass nach ihrer Meinung der entgangene Gewinn, der nach erfolgreicher Nacherfüllung doch noch realisiert werden kann, von § 281, § 280 Abs.3 und sonst von § 280 Abs.1 erfasst wird, da sie ihre Meinung im Wesentlichen in Bezug auf die Zweckmäßigkeit der Nacherfüllung begründet haben. Vgl. Canaris, Karlsruher Forum 2002, S. 40.; Münch, Jura 2002, S. 368.

²⁴ Canaris, Karlsruher Forum 2002, S. 40; ähnlich vgl. Münch, Jura 2002, S. 368.

²⁵ Vgl. oben B II 1 a).

²⁶ Dauner-Lieb, in: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, ein Lehrbuch, S. 88; Dauner-Lieb, in: Anwaltkommentar, § 280, Rn. 40f.

²⁷ Palandt/Putzo, § 463, 61. Auflage, Rn. 14ff.; Soergel/Huber, 12. Auflage, § 463, Rn. 60ff. mit umfangreichen Rechtsprechungsangaben.

²⁸ Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drucks 14/6040, S. 133.

schon im alten Schuldrecht der Rechtssicherheit schadete, sollte so wenig wie möglich beibehalten werden.²⁹

Allerdings wird angeführt, dass das Gegensatzpaar Mangelschaden/Mangelfolgeschaden, das hier von den Befürwortern dieses Ansatzes benutzt wird, nicht ganz die gleiche Problematik betreffe wie bei der im alten Recht entwickelten Abgrenzung. Die Kriterien, die zum bisherigen Recht für die Abgrenzung zwischen Mangelschaden und Mangelfolgeschaden entwickelt worden sind und nach denen ersterer ziemlich weit zu verstehen ist, seien auf die vorliegende Problematik nicht übertragbar. Der Nutzungsausfall und der entgangene Gewinn, die im alten Recht als Mangelschäden zu qualifizieren waren, sollten hier unter den Mangelfolgeschaden fallen.³⁰ Auch diese Abweichung von der herkömmlichen Abgrenzung kann aber die oben genannten Nachteile dieser Meinung nicht beseitigen und deshalb die vorliegende Problematik nicht gut lösen.

Die oben geschilderten Überlegungen zeigen, dass sich ein schematischer Rückgriff auf überkommene Begrifflichkeiten des Mangel- und Mangelfolgeschadens verbietet; der Versuch, die neuen Tatbestände mit Hilfe von bisher schon problematischen Kategorien auszufüllen, führt nicht zur Klärung.

bb) Abgrenzung nach den einzelnen Schadensposten

Manche Autoren lehnen zwar die Unterscheidung zwischen den Mangelschäden und Mangelfolgeschäden ab, grenzen aber den einfachen Schadensersatz, Schadensersatz statt der Leistung und Schadensersatz wegen der Verzögerung nach den einzelnen Schadensposten (z.B. Minderwertschaden, Reparaturkosten, Nutzungsausfall, entgangener Gewinn, Kosten für Deckungsgeschäft usw.) ab. Diese Meinung wird von allem von Barbara Dauner-Lieb vertreten.

Sie kritisiert den Rückgriff auf das herkömmliche Gegensatzpaar Mangelschaden/Mangelfolgeschaden und unterscheidet den einfachen Schadensersatz, Schadensersatz statt der Leistung und Schadensersatz wegen Verzögerung nach den einzelnen Schadensposten. Ihrer Meinung nach muss sich die Abgrenzung an Sinn und Zweck der „zusätzlichen Voraussetzungen“ orientieren und zwar unter Berücksichtigung der Eigenart der jeweils konkret zu beurteilenden Leistungsstörung.³¹ Dementsprechend könnten Schäden, deren Ersatz eine Nacherfüllung des Schuldners sinnlos oder unmöglich macht, also die Ablehnung einer Nacherfüllung gedanklich voraussetzen, nur unter den Voraussetzungen des § 281 geltend gemacht werden. Es würde sich um den Minderwert des Leistungsgegenstands, die Reparaturkosten, die Mehrkosten des Deckungsgeschäfts und den entgan-

²⁹ Kritisch zur Beibehaltung der alten Terminologie: MünchKomm/Ernst, Band. 2a, 4. Auflage, § 280, Rn. 53, 65; Lorenz, NJW 2002, S. 2500.

³⁰ Canaris, Karlsruhe Forum 2002, S. 40f.; Palandt/Heinrichs, Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, § 280, Rn. 18; Palandt/Sprau, § 634, 65. Auflage, Rn. 8.

³¹ Dauner-Lieb, in: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, ein Lehrbuch, S. 89; Dauner-Lieb, in: AnwaltKommentar, § 280, Rn. 45.

nen Gewinn, der durch die Nacherfüllung doch noch realisiert werden kann, handeln.³² Unter den Verzögerungsschaden fielen somit der Nutzungsausfall bei der Schlechtleistung, die Kosten einer Ersatzbeschaffung für die Dauer des Verzugs und der entgangene Gewinn, der durch Nacherfüllung nicht mehr realisierbar ist.³³ Die praktische Relevanz des einfachen Schadensersatzes i.S.v. § 280 Abs.1 sei begrenzt; zu dieser Kategorie gehörten die Schäden, die durch die Verletzung der Pflichten i.S.v. § 241 Abs.2 entstanden sind.³⁴

Obwohl diese Meinung die Rückkehr von Mangel und- Mangelfolgeschaden kritisiert, gibt es aber letztlich bei der Abgrenzung des Schadensersatzes statt der Leistung in den Ergebnissen keinen Unterschied zu der vorgenannten Ansicht. Der Unterschied zwischen diesen zwei Ansätzen liegt in der Abgrenzung des einfachen Schadensersatzes und des Schadensersatzes wegen Verzögerung, nämlich zu welcher Kategorie Nutzungsausfall im Fall der Schlechtleistung gehören soll. Als Beispiel sei hier der schlechte Bericht eines Wirtschaftsprüfers zu nennen, dessentwegen der Dienstberechtigte ein Bankdarlehen nicht rechtzeitig bekommen hat. Nach diesem Ansatz könnte der Dienstberechtigte hier den Nutzungsausfall bzgl. des Berichtes als Schadensersatz wegen Verzögerung nach § 286 verlangen.

Dieser Ansatz kann letztlich auch nicht überzeugen. Die Art der Schadensposten sollte nicht als Anknüpfungspunkt für die Abgrenzung dienen. Es ist nicht ersichtlich, warum z.B. der Nutzungsausfall, der nach dem Verlangen des Schadensersatzes statt der Leistung entstanden ist, nicht als Schadensersatz statt der Leistung ersetzt werden kann. Vielleicht mag man dagegen einwenden können, dass der Anspruch auf Schadensersatz wegen Verzögerung in dem Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung aufgehe, wenn dieser geltend gemacht wird (wie es im alten Schuldrecht vorgeschlagen wurde³⁵). Dies ist dogmatisch jedoch zu kompliziert, so dass – wenn eine einfachere Lösung gefunden werden könnte – diese eher den Vorzug erhalten sollte.

Es ist auch nicht gerechtfertigt, den Nutzungsausfall bei den Dienstleistungen als Schaden wegen Verzögerung zu qualifizieren. Im oben genannten Fall des schlechten Berichts des Wirtschaftsprüfers ist es nicht gerechtfertigt, dass der Dienstberechtigte zuerst die Fehler im Bericht untersuchen, und danach eine Mahnung erteilen muss und erst dann Schadensersatz verlangen kann.

Die Abgrenzungskriterien nach dieser Meinung können im Einzelfall, z.B. im Fall des Ersatzes des entgangenen Gewinns, auch zu ungewöhnlichen Unterscheidungen führen: Wenn der Gewinn aus der Weiterveräußerung infolge der mangelhaften Lieferung bereits endgültig entgangen ist, wäre eine Nachfristsetzung sinnlos, so dass ein Fall des einfachen Schadensersatzes vorläge. Wenn dagegen eine

³² Dauner-Lieb, Anwaltcommentar, § 280, Rn. 50f.

³³ Dauner-Lieb, Anwaltcommentar, § 280, Rn. 50.

³⁴ Dauner-Lieb, Anwaltcommentar, § 280, Rn. 55.

³⁵ Huber, Leistungsstörung, Band 2, S. 304ff.

rechtzeitige Nacherfüllung ausreichen würde, um dem Käufer die Erfüllung seiner Pflichten aus der Weiterveräußerung zu ermöglichen, müsste man von Schadensersatz statt der Leistung ausgehen.³⁶

2. Eigene Stellungnahme zur Systematik der §§ 280ff.

a) Die Auslegung der §§ 280 ff.

aa) § 280 Abs. 1

Die Literatur zum neuen Schuldrecht meint überwiegend, dass zwischen Schadensersatz statt der Leistung und dem einfachen Schadensersatz klar und deutlich unterschieden werden muss.³⁷ Hierzu haben sich – am Beispiel des Kaufvertrags – inzwischen verschiedene Auffassungen herausgebildet (Differenzierung nach der Zweckmäßigkeit einer Nachfristsetzung, Differenzierung nach der Art der verletzen Pflichten, Abgrenzung zwischen Mangelschaden und Mangelfolgeschaden wie im altem Recht usw.). Wie erörtert sind alle diese Auffassungen nicht überzeugend.

Richtigerweise muss zwischen Schadensersatz statt der Leistung und einfachem Schadensersatz nicht klar unterschieden werden. Vielmehr stützen sich alle Schadensersatzansprüche aus einer Pflichtverletzung bei einem Schuldverhältnis – von den Fällen des § 311a Abs.2 abgesehen – auf § 280 Abs.1.

§ 280 Abs.1 lautet: „Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.“ Nach dieser Vorschrift setzt ein Schadensersatzanspruch aus Leistungsstörung die Verletzung von Pflichten aus dem bestehenden Schuldverhältnis, einen Schaden, die Kausalität zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden und das Vertretenmüssen voraus.

Bzgl. der Schadensberechnung ist § 249 anzuwenden. Danach erfordert die Schadensberechnung einen Gesamtvermögensvergleich. Bei diesem Vermögensvergleich werden alle Vor- und Nachteile berücksichtigt, die durch die Pflichtverletzung adäquat kausal verursacht wurden und mit Sinn und Zweck der Schadensersatzpflicht im Rahmen der §§ 249, 252 vereinbar sind. Bei der Prüfung, ob ein Schaden überhaupt vorliegt, muss schon der Anspruch auf Erfüllung *in natura* hineinspielen. Wenn der Gläubiger den Anspruch auf Leistung oder Nacherfüllung noch hat und wenn die Leistung oder Nacherfüllung den Mangel beseitigen

³⁶ Vgl. oben B II 1 a).

³⁷ Ausdrücklich Grunewald, Schadensersatz für Mangel- und Mangelfolgeschäden, S.317, 319; Sailer, Schadensersatzhaftung des Verkäufers, S. 30; Dauner-Lieb, in Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, ein Lehrbuch, S. 85; S. 86f. Grigoleit/Richm, AcP 2003, 727, 729ff. Häufig wird dies in der Literatur zwar nicht ausdrücklich geäußert, aber vom Ergebnis her so praktiziert.

kann, bestehen dann manche Schäden, z.B. der Minderwert, überhaupt nicht. Hier verbleibt es beim Anspruch auf die primäre Leistung anstelle eines ansonsten zu verlangenden Schadensersatzes: da es hier überhaupt keinen Schaden gibt, kann der Gläubiger dessen Ersatz natürlich auch nicht verlangen. Dies zeigt sich beispielsweise in dem Fall, in dem der Verkäufer ein mangelhaftes Auto geliefert hat und in dem es außer dem Minderwert keine weiteren Nachteilen für den Gläubiger gibt (etwa dann, wenn der Gläubiger das Auto gar nicht weiter verkaufen und erst nach einem Monat selber nutzen will; hier gibt es dann weder entgangenen Gewinn noch Nutzungsausfall); hier entsteht erst gar kein Schaden i.S.v. § 280 Abs.1, weil der Gläubiger den Nacherfüllungsanspruch noch hat. Wenn der Gläubiger in diesem Fall Ersatz für den Nachteil des Minderwerts bekommen will, muss er die Nacherfüllung wirksam abwenden, d.h. er muss in der Regel zunächst eine Nachfrist setzen und nach dem erfolglosen Fristablauf die Nacherfüllung ablehnen (§§ 281 – 283 behandeln die Ablehnung der Leistung in natura). Wenn der Gläubiger den Anspruch auf primäre Leistung oder Nacherfüllung zwar noch hat, aber diese die bei dem Gläubiger bereits entstandenen Nachteile nicht mehr beseitigen kann, liegt ein Schaden i.S.v. § 280 Abs.1 endgültig vor. Sofern die anderen Voraussetzungen bejaht werden können, hat der Gläubiger dann den Anspruch auf Schadensersatz. Als Beispiel können etwa der Ersatz von Integritätschäden oder Schäden aus just-in-time Verträgen dienen: Hier kann eine Nacherfüllung den Schaden nicht mehr beseitigen, weswegen das Vorliegen eines Schadens zu bejahen ist.

Obwohl auch nach diesem Lösungsansatz z.B. der entgangene Gewinn nach der Zweckmäßigkeit der Nacherfüllung unterschiedlich zu behandeln ist, ist die dogmatische Begründung eine andere als bei den oben analysierten Ansätzen a)³⁸ oder c)³⁹. Hier spielt die Zweckmäßigkeit der Nacherfüllung nur bei der Schadensberechnung eine Rolle, wohingegen sie z.B. nach der Meinung von Canaris sogar die Anspruchsgrundlage verändern kann.⁴⁰

Die Prüfung des Schadensersatzanspruchs nach der hier vorgeschlagenen Lösung ist anders als die in der herrschenden Literatur. Nach der herrschenden Literatur muss zwischen den unterschiedlichen Arten von Schadensersatz unterschieden werden, so dass die Prüfung des Schadensersatzanspruches wie folgt vorgenommen werden soll: Zuerst wird ein Schadensposten (z.B. der Minderwert, Nutzungsausfall, entgangener Gewinn usw.) festgestellt und dann wird entschieden, ob dieser Schadensposten zum Schadensersatz statt der Leistung, zum einfachem Schadensersatz oder zum Schadensersatz wegen Verzögerung gehört. Wenn dieser Schadensposten zum Schadensersatz statt der Leistung gehört, werden dann die Voraussetzungen der §§ 281 – 283 geprüft. Nach diesem Gedankengang spielt § 281 bei der Prüfung des Schadensersatzes statt der Leistung eine entscheidende

³⁸ S. oben B II 1 a).

³⁹ S. oben B II 1 c) aa).

⁴⁰ Canaris, *Karlsruher Forum* 2002, S. 35.

Rolle, so dass manche Autoren §§ 281 – 283 für die Anspruchsgrundlage des Schadensersatzes statt der Leistung halten.⁴¹

Nach der hier vorgeschlagenen Lösung sollen sich alle⁴² Schadensersatzansprüche auf § 280 Abs.1 stützen. Nur bei der Prüfung des Schadens ist die Existenz des Anspruchs auf Leistung *in natura* und die Zweckmäßigkeit der Nacherfüllung zu berücksichtigen. Erst hierdurch stehen die §§ 281 – 283 in einem Zusammenhang mit dem Schadensersatzanspruch, denn die §§ 281 – 283 behandeln nur das Recht des Gläubigers zur Ablehnung der Leistung *in natura*.

Nur durch diese Auslegung kann § 280 Abs.1 eine echte umfassende Anspruchsgrundlage und somit ein wirklicher Grundtatbestand für den Schadensersatz sein.

bb) §§ 280 Abs. 3, 281 – 283

Der Hintergrund der Vorschriften der §§ 281 ff. ist der Vorrang des Erfüllungsanspruchs, der das deutsche Recht bestimmt. Der Gläubiger hat zunächst und in erster Linie ein Recht auf Erfüllung *in natura*. Dementsprechend kann sich der Schuldner von seiner Leistungspflicht durch Bewirkung der Leistung *in natura* befreien. Der Gläubiger bedarf nach deutschem Recht einer zusätzlichen Legitimation, wenn er die ursprünglich geschuldete Leistung ablehnen und an deren Stelle eine Schadensersatzsumme in Geld beanspruchen will, womit zugleich der Schuldner der Chance beraubt werden würde, sich durch Bewirkung der ursprünglich geschuldeten Leistung von seiner vertraglichen Pflicht zu befreien.⁴³

Die Formulierung in §§ 281 – 283., dass der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung verlangen kann, bedeutet meines Erachtens, dass der Gläubiger die Leistung des Schuldners ablehnen kann. Die §§ 281ff. schreiben nur vor, unter welchen Voraussetzungen der Gläubiger die Leistung des Schuldners nicht annehmen muss. Der Kern des Begriffs „Schadensersatz statt der Leistung“ ist nicht der „Schadensersatz“, sondern „statt der Leistung“. Bzgl. des anderen Teils des Begriffs „Schadensersatz statt der Leistung“, nämlich „Schadensersatz“, ist auf § 280 Abs.1 zu verweisen. Wenn der Gläubiger die Leistung oder Nacherfüllung abgelehnt hat, ist die logische Folge, dass anstelle der Leistung Schadensersatz verlangt werden kann (sofern die anderen Voraussetzungen des Schadensersatzanspruches, z.B. das Vertretenmüssen, vorliegen). Hier betreffen §§ 281 – 283 jedoch nicht den Anspruch auf Schadensersatz; vielmehr muss dieser Anspruch nach § 280 Abs.1 geprüft werden.

§§ 281 ff. betreffen den Schadensersatzanspruch nur in der Schadensberechnung. Solange der Gläubiger den Anspruch auf Leistung oder Nacherfüllung noch hat, gibt es dann manche Schäden, z.B. den Minderwert, überhaupt nicht. Nur

⁴¹ Canaris, *Karlsruher Forum* 2002, S. 35; Wilmowsky, *JuS* 2002, Beilage zu Heft 1, S. 3f. und 9.

⁴² Die Besonderheit des Schadensersatzes wegen Verzögerung wird weiter unten diskutiert, s. unten B II 2 a) cc).

⁴³ *MünchKomm/Ernst*, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Band 2a, 4. Auflage, § 281, Rn. 1.

wenn der Gläubiger nach §§ 281ff. die Leistung oder Nacherfüllung wirksam abgelehnt hat, können solche Schäden eventuell entstehen und deren Ersatz vom Gläubiger verlangt werden.

Es entspräche dem Sinn und Zweck der §§ 281 ff. besser, wenn „Schadensersatz“ in diesen Vorschriften gar nicht genannt wäre und in diesen Vorschriften nur vorgeschrieben worden wäre, unter welchen Voraussetzungen der Gläubiger die Leistung oder Nacherfüllung des Schuldners ablehnen kann. § 281 Abs.1 könnte z.B. wie folgt formuliert werden: „Soweit der Schuldner die fällige Leistung nicht oder nicht wie geschuldet erbringt, kann der Gläubiger die Leistung oder Nacherfüllung ablehnen, wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat.“

cc) §§ 280 Abs.2, 286

Wie gezeigt handelt es sich bei §§ 281 – 283 nur um das Recht des Gläubigers zur Ablehnung der primären Leistung. Nur durch die Schadensberechnung stehen §§ 281 – 283 im Zusammenhang mit dem Schadensersatzanspruch. Im Gegensatz dazu stellen §§ 280 Abs.2, 286 echte zusätzliche Voraussetzungen des Schadensersatzanspruches dar: Um Schadensersatz wegen Leistungsverzögerung verlangen zu können, muss der Schuldner nach § 286 in Verzug gekommen sein. Ein durch die Leistungsverzögerung verursachter Nachteil, der nicht durch die Leistung *in natura* von dem Schuldner beseitigt werden kann (z.B. der Nutzungsausfall im Fall der Leistungsverzögerung), kann nur ersetzt werden, wenn die zusätzlichen Voraussetzungen der §§ 280 Abs.2, 286 erfüllt sind..

Ein weiteres Problem ist der Ersatz des Nutzungsausfalls im Fall der Schlechtleistung. Es ist nach der Schuldrechtsmodernisierung heftig umstritten, ob Schadensersatz wegen Nutzungsausfall im Fall der Schlechtleistung dem Schadensersatz wegen Verzögerung zuzuordnen ist, d.h. ob Schäden aufgrund Nutzungsausfalls nur ersetzt werden können, wenn die Voraussetzungen des Schuldnerverzugs erfüllt sind.⁴⁴ Eine Auffassung bejaht dies.⁴⁵ Diese Auffassung begründet sich wie folgt: Da nunmehr die Mangelfreiheit der Sache zum Inhalt der Erfüllungspflicht des Verkäufers gehöre, liege in der Lieferung einer mangelhaften Sache logisch immer auch eine Verzögerung der geschuldeten mangelfreien Leistung. Es läge daher nahe, diese Schäden als „Verzögerungsschaden“ zu qualifizieren und sie infolgedessen den §§ 280 Abs.2, 286 zuzuordnen.⁴⁶ Außerdem solle nichts anderes gelten, wenn der Verkäufer überhaupt nicht liefert, sondern eine mangelhafte

⁴⁴ Ausführlich s. Lorenz, NJW 2005, 1889, 1891; ders, Karlsruher Forum 2005, S. 44f.

⁴⁵ Dauner-Lieb, in: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, ein Lehrbuch, S. 93; Dauner-Lieb, in: Ernst/Zimmermann, S. 305, 310ff.; Dauner-Lieb/Dötsch, DB 2001, 2537; Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 155; Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, S. 98, Fn. 362; Petersen, JURA 2002, 463; Looschelders, Rn. 575.

⁴⁶ Dauner-Lieb, in Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, ein Lehrbuch, S. 93; Dauner-Lieb, Anwaltkommentar, § 280, Rn. 48.

Sache liefert. Andernfalls würde der Verkäufer besser stehen, wenn er vor der Mahnung gar nichts geliefert hat, als wenn er vor der Mahnung eine mangelhafte Sache geliefert hat.⁴⁷

Die zweite Auffassung verneint, dass in diesem Fall der Ersatz des Nutzungsausfalls zusätzlich Verzug und damit das Vorliegen der Voraussetzungen von §§ 280 Abs.2, 286 erfordert.⁴⁸ Gegen den Rückgriff auf §§ 280 Abs.2, 286 sei einzuwenden, dass es sich zwar auch um einen Verzögerungsschaden handle, aber eben nicht nur um einen solchen, sondern zugleich um einen Schaden, der auf einer Schlechtleistung und somit nicht nur auf der bloßen Verzögerung beruhe.⁴⁹ Im Fall der Schlechtleistung bemerke der Gläubiger den Mangel typischerweise erst dann, wenn der Schaden schon eingetreten oder unabwendbar geworden ist, wohingegen er den Verzug meist so rechtzeitig vor der Entstehung des Schadens erkennen könne, dass er noch Zeit zu einer Mahnung habe.⁵⁰

Der zweiten Auffassung ist zuzustimmen.⁵¹ Zwar hat die erste Auffassung damit Recht, dass der Schuldner besser stehen kann, wenn er vor der Mahnung gar nichts geliefert hat als wenn er vor der Mahnung eine mangelhafte Sache geliefert hat, wenn die Ersatzfähigkeit des Nutzungsausfalls nicht von dem Vorliegen des Verzugs abhängig ist. Diese Situation stellt aber nur einen am Rande stehenden Fall dar, nämlich nur den Fall des durch Mahnung verursachten Verzugs. In dem Fall hingegen, in dem eine kalendarisch bestimmte Zeit für die Leistung im Sinne von § 286 Abs.2 Nr.1 vereinbart wird, kommt diese Problematik überhaupt nicht in Betracht. Dauner-Lieb, die hauptsächliche Vertreterin der ersten Auffassung, erkennt auch an, dass dieses Problem praktisch nicht brennend ist, weil es wenige Fälle gibt, in denen es praktisch relevant wird.⁵² Wenn die Ersatzfähigkeit des Nutzungsausfalls nun aber von dem Vorliegen des Verzugs abhängig wäre, wären die Schäden in vielen Fällen deswegen nicht ersetzbar, weil die Mahnung nicht rechtzeitig ausgesprochen werden kann. Dies ist häufig ungerecht, da – wie Canaris zeigt – im Fall der Schlechtleistung der Gläubiger eine Mahnung sehr häufig überhaupt nicht rechtzeitig aussprechen kann, weil der Gläubiger den Mangel normalerweise erst dann bemerken kann, wenn der Schaden schon eingetreten oder unabwendbar geworden ist. Im Fall der bloßen Verzögerung hingegen kann

⁴⁷ Dauner-Lieb, in: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, ein Lehrbuch, S. 93; Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 155; Looschelders, Rn. 575.

⁴⁸ So die wohl überwiegende Ansicht, s. MünchKomm/Ernst, 4. Auflage, 2003, § 280, Rn. 55, 48; Canaris, ZIP 2003, 321; ders, Karlsruher Forum 2002, S. 38; Staudinger/Otto, Neubearb. 2004 § 280 Rn. E 30; Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn. 546f.; Lorenz, NJW 2002, 2497, 2501, Fn. 32; ders, NJW 2005, 1889, 1891; Faust, in: Bamberger/Roth, BGB, 2003, § 437 Rn. 61.

⁴⁹ Canaris, Karlsruher Forum 2002, S. 38.

⁵⁰ Canaris, Karlsruher Forum 2002, S. 39.

⁵¹ Die Rechtsprechung hat diese Frage auch so entschieden, vgl. OLG Hamm: 28 U 164/05 vom 23.02.2006.

⁵² Dauner-Lieb, in: Lorenz, Egon (Hrsg.), Karlsruher Forum 2002, S. 134.

der Gläubiger die Leistungsverzögerung meistens so rechtzeitig bemerken, dass er noch Zeit für eine Mahnung hat.

Nach dem oben Erörterten stellen §§ 280 Abs.2, 286 echte zusätzliche Voraussetzungen des Schadensersatzanspruches auf; diese müssen im Fall des Schadensersatzes wegen Verzögerung erfüllt sein.

b) Begründungen

aa) Einfachheit der Lösung

Der größte Vorteil der hier vorgeschlagenen Lösung ist ihre Einfachheit. Nach dieser Lösung ist die Prüfung des Anspruchs auf Schadensersatz bei Leistungsstörungen grundsätzlich nur in zwei Schritten zu unternehmen. Zuerst ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen des § 280 Abs.1 vorliegen. Die Prüfung der Schäden ist oben ausführlich erörtert. Die Schadensberechnung erfordert nach § 249 einen Gesamtvermögensvergleich. Erst bei der Berechnung der Schäden sind §§ 281 – 283 einzubeziehen. Denn §§ 281 – 283 bestimmen, wann der Gläubiger die Leistung oder Nacherfüllung des Schuldners ablehnen kann, und einige Schäden können erst vorliegen, wenn der Gläubiger die Leistung oder Nacherfüllung wirksam abgelehnt hat. Nach diesem Schritt ist dann zu prüfen, ob ein Fall der bloßen Verzögerung vorliegt und ob die durch die Verzögerung verursachten Nachteile, die nicht durch Leistung im natura beseitigt werden, zu ersetzen sind. Wenn ja, müssen die Voraussetzungen des § 286 für das Verlangen dieses Schadensersatzes erfüllt sein. Bei dieser Prüfung braucht man nicht zwischen einfachem Schadensersatz und Schadensersatz statt der Leistung unterscheiden und muss nicht entscheiden, welche Schadensposten zum Schadensersatz statt der Leistung und welche zum einfachen Schadensersatz gehören. Man braucht somit auch nicht zwischen Mangelschaden und Mangelfolgeschaden zu unterscheiden.

bb) § 280 Abs.1 als echter Grundtatbestand

Nur nach dieser Lösung ist § 280 Abs.1 ein echter Grundtatbestand des Anspruchs auf Schadensersatz bei der Leistungsstörung, was die Verfasser des Gesetzes ausdrücklich beabsichtigt hatten.⁵³ Nach der herrschenden Literatur ist die unmittelbare Anwendung des § 280 Abs.1 praktisch begrenzt. Nach einer Meinung ist er nur im Fall der Verletzung der Pflichten i.S.v. § 241 Abs.2 unmittelbar anzuwenden.⁵⁴ Eine andere Meinung erweitert die unmittelbare Anwendung des § 280 Abs.1 auf den Ersatz des durch Nacherfüllung nicht behebbaren Nutzungsausfalls und des entgangenen Gewinns.⁵⁵ Manche Autoren meinen sogar, dass §§

⁵³ Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drucks 14/6040, S. 135.

⁵⁴ Recker NJW 2002, 1247; Dauner-Lieb, in: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, ein Lehrbuch, S. 94.

⁵⁵ Canaris, Karlsruher Forum 2002, S. 47ff.; Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, S. 97.

281 – 283 selbständige Anspruchsgrundlagen darstellen.⁵⁶ Nach der hier vorgeschlagenen Auslegung der §§ 280ff. sollen sich jedoch alle Ansprüche auf Schadensersatz – von der besonderen Vorschrift des § 311a Abs.2 abgesehen – auf § 280 Abs.1 stützen; nur im Fall des Schadensersatzes wegen der Verzögerung ist das Vorliegen der zusätzlichen Voraussetzungen des Verzugs zu fordern. § 280 Abs.1 ist somit die echte und einzige Anspruchsgrundlage und Grundtatbestand.

cc) Zweck der §§ 281 – 283

Diese Lösung entspricht auch dem Zweck der §§ 281 – 283. Der Hintergrund der §§ 281 – 283 ist der Vorrang der Erfüllung in natura im deutschen Schuldrecht. Dies wurde auch in der Gesetzesbegründung ausdrücklich erwähnt, nämlich „Fristsetzung sichert Vorrang des Erfüllungsanspruchs.“⁵⁷ Nach der hier vorgeschlagenen Lösung sollen §§ 281 – 283 nur das Schicksal des Anspruchs der Erfüllung in natura behandeln. Der Schadensersatz anstelle der primären Leistung soll durch § 280 Abs.1 geregelt werden.

Diese Lösung widerspricht auch nicht dem Wortlaut der §§ 281 – 283. Die §§ 281 – 283 besagen folgendes: wenn die Voraussetzungen erfüllt sind, „kann der Gläubiger unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 Schadensersatz statt der Leistung verlangen.“ Hier ist auf die Formel „unter den Voraussetzungen des § 280 Abs.1“ ausdrücklich hingewiesen. Dieser Satz ist wie folgt auszulegen: Der Gläubiger kann die Erfüllung ablehnen und nach der Ablehnung kann er anstelle der Erfüllung Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 verlangen. Dass in §§ 280 – 283 auch das Wort „Schadensersatz“ und nicht nur Wörter wie „die Leistung ablehnen“ benutzt werden, kann dadurch erklärt wird, dass das Verlangen von Schadensersatz eine logische Folge der Ablehnung der Leistung ist.

dd) Die Lösung anderer Problematiken durch diese Auslegung

Wenn man wie die herrschende Literatur nach der Schuldrechtsreform zwischen dem einfachen Schadensersatz, Schadensersatz statt der Leistung und Schadensersatz wegen Verzögerung unterscheidet, muss man folgende zwei Fragen beantworten: (1) Kann die Ersatzfähigkeit der Schäden, die vor dem Verlangen des Schadensersatzes statt der Leistung nach § 280 Abs.1 oder §§ 280 Abs.2 286 zu ersetzen sind, nach dem Verlangen des Schadensersatzes statt der Leistung weiter bestehen, so dass sich der Gläubiger auch noch hinsichtlich der Schäden, die er nach dem Verlangen des Schadensersatzes statt der Leistung erleidet, zusätzlich auf § 280 Abs.1 oder §§ 280 Abs.2 286 stützen kann?⁵⁸ (2) Kann der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung auch für solche Schäden verlangen, die schon vor dem Verlangen nach Schadensersatz statt der Leistung gemäß § 280 Abs.1

⁵⁶ Canaris, *Karlsruher Forum* 2002, S. 35; Wilmsky, *JuS* 2002, Beilage zu Heft 1, S. 3f. und 9.

⁵⁷ Begründung zum Regierungsentwurf, *BT-Drucks* 14/6040, S. 92f.;

⁵⁸ *MünchKomm/Ernst*, § 280, Rn. 68, 4. Auflage, Band 2a; Canaris, *Karlsruher Forum* 2002, S. 42.

oder §§ 280 Abs.2 286 ersatzfähig sind? Anders formuliert, können alle Schäden ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt ihrer Entstehung als unselbstständige Rechnungsposten in den Anspruch aus § 281 einbezogen werden, wenn der Gläubiger diesen Anspruch nach § 281 Abs.4 geltend gemacht hat?⁵⁹ Meines Erachtens bestehen diese zwei Problematiken überhaupt nicht. Denn §§ 281 – 283 sind hauptsächlich nur für die Existenz des Leistungs- oder Nacherfüllungsanspruchs von Bedeutung, und alle Schadensersatzansprüche stützen sich auf § 280 Abs.1, der die einzige Anspruchsgrundlage für Schadensersatz ist. Für das Verlangen des Ersatzes für durch Pflichtverletzung entstandene Schäden sind nach § 249 zwei Zustände zu vergleichen: der Zustand des Gläubigers, wenn die Pflichtverletzung hypothetisch nicht passiert wäre, und der Zustand, in dem der Gläubiger wegen der Pflichtverletzung jetzt steht. Hierdurch entsteht die Frage des Weiterbestehens der Ansprüche nach § 280 Abs.1 oder §§ 280 Abs.2, 286 und nach der Einbeziehung solcher Ansprüche nach dem Verlangen nach Schadensersatz statt der Leistung überhaupt nicht.

3. Zwischenergebnis

Nach dem oben Erörterten lässt sich folgendes zusammenfassen: In einem Fall des Schadensersatzanspruchs ist zuerst § 280 Abs.1 zu prüfen. Sind alle Voraussetzungen des § 280 Abs.1 erfüllt, ist zu prüfen, ob ein Fall der bloßen Verzögerung vorliegt und der Schadensersatz wegen Verzögerung zu verlangen ist; in diesem Fall müssen dann §§ 280 Abs. 2, 286 geprüft werden. Die §§ 281 – 283 sind nur bei der Schadensberechnung auf den Schadensersatzanspruch bezogen.

III. Schadensersatzanspruch des Dienstberechtigten im freien Dienstvertrag

1. Die Literaturmeinungen nach der Schuldrechtsreform

Nach der Schuldrechtsreform ist die Abgrenzung zwischen dem einfachen Schadensersatz, dem Schadensersatz statt der Leistung und dem Schadensersatz wegen Verzögerung heftig umstritten. Wie oben erörtert wurden einige Ansätze der Abgrenzung am Beispiel des Kauf- und Werkvertrags entwickelt. Aber nach welcher Norm die Schäden aus einer fehlerhaften Erbringung von Dienstleistungen zu ersetzen sind, wurde bislang – soweit ersichtlich – wenig diskutiert. Im Folgenden werden zuerst diese Diskussionen analysiert.

⁵⁹ Bejaht s. Lorenz/Riehm, Rn. 538, 545; Teichmann, DB 2001, 1485ff.; Däubler, NJW 2001, 3729ff., 3731; Lorenz, NJW 2002, 2497. Verneint s. Canaris, Karlsruher Forum 2002, S. 41; MünchKomm/Ernst, § 280, Rn. 69, 4. Auflage, Band 2a; Huber/Faust, S. 184f.; Lorenz/Riehm, Rn. 287ff.

a) Die Argumente in der Literatur

Soweit nach der Schuldrechtsreform in der Literatur die Anwendung der §§ 280 ff. auf die fehlerhafte Erbringung von Dienstleistungen problematisiert wurde, wurde nahezu überwiegend vertreten, dass der Schadensersatzanspruch wegen Schlechtführung sich fast ausschließlich nach § 280 Abs.1 richte,⁶⁰ wobei allerdings nur wenige Begründungsansätze geboten wurden. Manche Autoren halten die ausschließliche Anwendung des § 280 Abs.1 auf Dienstleistungen für selbstverständlich und begründen dies überhaupt nicht.⁶¹

Andere Autoren begründen ihre Ansicht damit, dass es ein Verlangen des Schadensersatzes statt der Leistung infolge mangelhafter Dienstleistungen überhaupt nicht gibt.⁶² Nach der Meinung von Grunewald ist Schadensersatz statt der Leistung im Fall der schlechten Dienstleistung aus folgendem Grund zu verneinen: „Der Wortlaut der Norm bringt dies recht treffend zum Ausdruck: Statt, also anstelle der Dienstleistung, wird nichts verlangt. Was geltend gemacht wird, ist Ersatz für die Folgen, die die fehlerhafte Dienstleistung im Vermögen des Berechtigten verursacht hat.“⁶³ Nach Ansicht Westermanns liegt der Grund der Verneinung des Schadensersatzes statt der Leistung bei den Dienstleistungen darin, dass nachteilige Folgen der Erfüllungsweise des Schuldners sich in aller Regel erst nach seinen Handlungen herausstellen werden, so dass ein Vorgehen des Gläubigers nach § 281 keinen Sinn mehr habe; auch ein Ersatzanspruch wegen des „Mangelunwertes“ scheide aus.⁶⁴ Manche Autoren erkennen zwar einen anstelle der Leistung stehenden Schadensersatzanspruch in einigen Fällen an, haben dies aber nicht ausführlich erläutert.⁶⁵ Hier fehlt es an der genauen Konkretisierung der Anwendung der §§ 280 ff. auf die Fälle der Dienstleistung.

b) Eigene Stellungnahme

Diesen Argumentationen ist nicht ohne weiteres zuzustimmen. Erstens ist die ausschließliche Anwendung des § 280 Abs.1 auf die Fälle der Dienstleistung nicht selbstverständlich. Die Autoren, die dieser Ansicht sind, vertreten gleichzeitig

⁶⁰ Dauner-Lieb, in Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, ein Lehrbuch, S. 95; Dauner-Lieb, Anwaltkommentar, § 280, Rn. 55; Canaris, in: Karlsruher Forum 2002, S. 36, 205; Ulrich Huber, in: Lorenz, Egon (Hrsg.), Karlsruher Forum 2002, S. 192; Palandt/Heinrich, Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, § 280, Rn. 16; Erman/Westermann, 11. Auflage, § 280, Rn. 44; Grunewald, Schadensersatz für Mangel- und Mangelfolgeschäden, in: Das neue Schuldrecht in der Praxis, hrsg. von Dauner-Lieb/ Horst Konzen/Kastern Schmidt, 2003, S. 319.

⁶¹ Dauner-Lieb, in Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, ein Lehrbuch, S. 95; Dauner-Lieb, Anwaltkommentar, § 280, Rn. 55; Canaris, in: Karlsruher Forum 2002, S. 36, 205; Ulrich Huber, in: Karlsruher Forum, S. 192.

⁶² Grunewald, Schadensersatz für Mangel- und Mangelfolgeschäden, S. 319; Erman/Westermann, 11. Auflage, § 280, Rn. 44.

⁶³ Grunewald, Schadensersatz für Mangel- und Mangelfolgeschäden, S. 319.

⁶⁴ Erman/Westermann, 11. Auflage, § 280, Rn. 44.

⁶⁵ Palandt/Heinrich, Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, § 280, Rn. 16; Spickhoff, NJW 2002, 2530, 2533.

auch die Theorien, nach denen zwischen den unterschiedlichen Arten von Schadensersatz abzugrenzen ist. Das bedeutet, dass diese Theorien nicht auf Dienstleistungen angewandt werden können. Jedoch ist es bei der Argumentation dieser Theorien nicht ersichtlich, dass sie nicht auf Dienstleistungen anzuwenden sind da die §§ 280 ff. zum allgemeinen Leistungsstörungenrecht gehören und daher eigentlich auf alle Fälle der Leistungsstörung angewandt werden müssen. Ohne Begründung wird plötzlich behauptet, dass sie nicht auf Dienstleistungen angewandt werden sollen. Meines Erachtens fehlt es hier an einer überzeugenden Argumentation. Außerdem führen Lösungen, nach denen die Dienstleistungen und die anderen Leistungen unterschiedlich zu behandeln sind, dazu, dass §§ 280 ff. – insbesondere §§ 281 – 283 und 286 – hauptsächlich nur im Kauf- Werk- Mietvertrag usw. Sinn haben und dass das „allgemeine“ Leistungsstörungenrecht somit eben nicht allgemein ist.

Die Meinungen von Grunewald und Westermann setzen die Vorstellung voraus, dass zwischen dem einfachen Schadensersatz und Schadensersatz statt der Leistung zu unterscheiden ist. Nach ihren Meinungen käme Schadensersatz statt der Leistung im Fall der schlechten Dienstleistung überhaupt nicht in Frage, weil der Minderwertschaden im Fall der schlechten Dienstleistung überhaupt nicht vorliegt. Da nach ihrer Argumentation der Schadensersatz statt der Leistung in den Fällen der schlechten Dienstleistung überhaupt nicht existieren soll, würde sich der Schadensersatzanspruch wegen schlechter Dienstleistung fast ausschließlich nach § 280 Abs.1 richten. Diese Argumentation ist nicht zu akzeptieren.

Wie oben dargelegt⁶⁶ handelt es sich bei den §§ 281 ff. nicht um eigenständige Arten von Schadensersatz. Die §§ 281 ff. beantworten die Frage, wann der Gläubiger die Leistung in natura ablehnen darf. Erst wenn er nach §§ 281 ff. die Leistung in natura rechtmäßig abgelehnt hat, können einige Schäden wie z.B. der Minderwertschaden entstehen. Dann kommt der Anspruch auf Ersatz dieser Schäden in § 280 Abs. 1 in Betracht. Daher sind die Meinungen von Grunewald und Westermann, die eine klare Abgrenzung zwischen dem einfachen Schadensersatz und Schadensersatz statt der Leistung voraussetzen schon von vornherein abzulehnen.

Die Argumentation, dass es im Fall der schlechten Dienstleistung den Minderwertschaden überhaupt nicht gäbe, ist nicht zu akzeptieren. Vielmehr ist der Minderwertschaden hier zu bejahen. Auch bei den freien Dienstverträgen greift das Qualitätskriterium. Obwohl der Dienstverpflichtete sich nur zum bloßen Bemühen verpflichtet, ist ein Synallagma beim freien Dienstvertrag zu bejahen. Wenn der Dienstverpflichtete nicht vertragsgemäß gehandelt hat, ist der Wert der erbrachten Dienste naturgemäß weniger wert als der des vertragsgemäßen Sollverhaltens, oder sogar ganz wertlos. Die Schwierigkeit bei der Berechnung des Minderwertschadens im Fall der schlechten Dienstleistung kann aber nicht das Beste-

⁶⁶ S. oben B II a) bb).

hen eines Schadensersatzanspruchs als solchen verhindern. Bzgl. des Minderwertschadens bei der Schlechtdienstleistung ist nach unten zu verweisen.⁶⁷

2. Nacherfüllung durch den Dienstverpflichteten

Die Anwendung der §§ 280 ff. auf den Fall der schlechten Dienstleistung verlangt zuerst die Erforschung bezüglich der Nacherfüllung in diesem Fall. Bei der Problematik der Nacherfüllung sind zwei Fragen zu beantworten: 1. Darf der Dienstberechtigte im Fall der Schlechterfüllung vom Dienstverpflichteten Nacherfüllung verlangen oder ist der Dienstberechtigte gezwungen, sich im Fall der schlechten Dienstleistung auf einen Schadensersatzanspruch statt des Nacherfüllungsanspruchs zu berufen? 2. Kann der Dienstverpflichtete durch ein Recht auf Nacherfüllung (eine Chance zur zweiten Andienung) den Schadensersatzanspruch oder das Rücktrittsrecht abwenden?

a) Nacherfüllungsanspruch des Dienstberechtigten

Anders als im Werkvertrag normieren die §§ 611 ff. keinen speziellen Nacherfüllungsanspruch. Es wird schon lange gefordert, für den Dienstvertrag gleichermaßen ein Nacherfüllungsrecht einzuräumen.⁶⁸ In diesem Punkt hat die Schuldrechtsmodernisierung aber keine Neuerung eingeführt: Zwar statuiert § 281 nunmehr für alle Schuldverhältnisse den Vorrang der Nacherfüllung und gibt damit dem Schuldner grundsätzlich das Recht einer „zweiten Andienung“. In § 281 ist aber nicht von einem Nacherfüllungsanspruch des Gläubigers die Rede.⁶⁹ Hier geht es vielmehr um ein Recht zur „zweiten Andienung“ des Schuldners.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass dem Vorwurf, dass der Nacherfüllungsanspruch bei der Nicht- oder Schlechtdienstleistung ein Eingriff in das Freiheitsrecht des Schuldners bedeutet, nicht zuzustimmen ist. Zwar kann man behaupten, dass der Nacherfüllungsanspruch des Dienstberechtigten in die Freiheit des Schuldners eingreift (dies ist sogar in jedem Schuldverhältnis so, da hier die Freiheit des Schuldners immer auf irgendeine Weise beschränkt oder betroffen ist), allerdings kann man nicht sagen, dass der Nacherfüllungsanspruch das Freiheitsrecht verletzt. Denn durch das Schuldverhältnis hat der Schuldner sein Freiheitsrecht im Rahmen des Inhalts der Schuld schon aufgegeben. Aufgrund des Schuldverhältnisses soll der Schuldner leisten; wenn er nicht oder schlecht erfüllt hat, muss er eben nacherfüllen.

Ein Nacherfüllungsanspruch des Dienstberechtigten kann aus dem Erfüllungsanspruch des Gläubigers begründet werden, besser gesagt aus dem Schuld-

⁶⁷ S. unten E III 4.

⁶⁸ Vgl. Lieb, Dienstvertrag, S. 211; Hirte, Berufshaftung, S. 374 ff.

⁶⁹ Auch Wendehorst, S. 264.

verhältnis und dem Vorrang des Erfüllungsanspruchs im deutschen Recht.⁷⁰ Es gibt keinen triftigen Grund, weshalb der Dienstberechtigte im Vergleich zu den Gläubigern in anderen Verträgen in diesem Punkt benachteiligt werden sollte, wenn die Dienstleistung nacherfüllungs- bzw. nachbesserungsfähig ist.⁷¹ Wegen § 627 kann sich der Dienstverpflichtete zwar in vielen freien Dienstverträgen jederzeit von dem Dienstverhältnis lösen; jedoch begründet sich § 627 aus dem besonderen Vertrauensverhältnis in solchen Dienstverträgen, welches nicht in jedem Dienstvertrag vorliegt und eigentlich mit der Bemühenspflicht nichts zu tun hat. Zwar muss man anerkennen, dass wegen § 888 Abs. 3 ZPO und § 627 eine Nacherfüllung im Dienstvertrag nur einen schmalen Anwendungsbereich hat;⁷² theoretisch ist sie aber nicht zu verneinen.

b) Chance zur zweiten Andienung für den Dienstverpflichteten

§ 281 statuiert ausdrücklich eine Chance der „zweiten Andienung“ für den Schuldner.⁷³ Es gibt keinen überzeugenden Grund, dieses Recht des Schuldners beim Dienstvertrag zu verneinen. § 888 Abs. 3 ZPO stellt hier kein Problem dar, da § 888 Abs. 3 nur den Nacherfüllungsanspruch des Dienstberechtigten verhindern will, nicht aber das Recht des Dienstverpflichteten zur zweiten Andienung. Obwohl der Dienstberechtigte in vielen freien Dienstverträgen durch das Kündigungsrecht in § 627 diese Chance zur zweiten Andienung abwenden kann, gibt es doch noch die Fälle, in denen entweder die Voraussetzungen in § 627 nicht erfüllt sind oder der Dienstberechtigte das Kündigungsrecht in § 627 nicht ausüben will. Insoweit hat die Nacherfüllung in § 281 doch noch einen eigenen Anwendungsbe-

⁷⁰ Dazu S. oben B II 2 a) bb); MünchKomm/Ernst, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 2a, 4. Auflage, § 281, Rn. 1. Dieser Vorrang ist die Folge einer langen historischen Entwicklung in der deutschen Rechtsgeschichte (zur historischen Entwicklung vgl. Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, S. 770ff; Tilman Repgen, *Vertragstreue und Erfüllungszwang in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft*; Hermann Dilcher, *Geldkondemnation und Sachkondemnation in der mittelalterlichen Rechtstheorie*). Der Vorrang des Erfüllungsanspruchs hat hauptsächlich zwei Wirkungen: einerseits soll der Gläubiger ein Recht zur Nacherfüllung anstelle eines Geldersatzanspruchs haben; andererseits soll der Schuldner eine Chance zur zweiten Andienung haben, um den Schadensersatzanspruch oder das Rücktrittrecht abwenden zu können; dies ist nunmehr in § 281 ausdrücklich festgelegt.

⁷¹ Lieb, *Dienstvertrag*, S. 211. Die Ausnahme der Nacherfüllung nach Art. 7.2.2. Alt. (d) PICC (Version 2004) (nämlich der Fall, in dem die Leistung hochpersönlichen Charakter aufweist) erfasst auch nicht die Anwalts- und Arzttätigkeit, soweit deren Leistungen auch von anderen Personen mit ähnlichen Fähigkeiten und Erfahrungen durchgeführt werden können, vgl. Official Comment to Art. 7.2.2 PICC (Version 2004), in: <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637&cx=1>.

⁷² Näher. Wendehorst, S. 264f.. Hier benennt Wendehorst einen möglichen Fall des Nacherfüllungsanspruchs: „Ein Nacherfüllungsanspruch bei Bemühensverpflichtungen kommt also praktisch fast nur in Betracht, wenn er darauf gerichtet ist, das geschuldete Bemühen durch einen (anderen) Erfüllungsgehilfen walten zu lassen und der Schuldner nicht in Person tätig werden muss.“

⁷³ Da es sich bei der zweiten Andienung um ein Recht des Schuldners handelt, ist es sachgerecht, die Tatbestandsmerkmale des § 281 Abs.2 vom Gläubiger beweisen zu lassen, wenn dieser durch Geltendmachung der Entbehrlichkeit der Fristsetzung in § 281 Abs.2 die Nacherfüllung des Schuldners verhindern möchte.

reich und sollte nicht gänzlich verneint werden. Auch § 281 Abs. 2 Alt. 2 kann die Chance zur zweiten Andienung für den Dienstverpflichteten nicht in allen Fällen verhindern, da die Bejahung der Entbehrlichkeit der Nachfristsetzung in § 281 Abs. 2 Alt. 2 nicht nur das Interesse des Dienstberechtigten, sondern auch das des Dienstverpflichteten mitberücksichtigen muss. Allein die Tatsache, dass der Dienstberechtigte wegen der schlechten Dienstleistung das Vertrauen in den Dienstverpflichteten verloren hat, kann nicht in jedem Fall den sofortigen Übergang auf einen Schadensersatzanspruch rechtfertigen.

3. Die Anwendung der §§ 280ff. auf die Dienstleistungen

Die oben vertretene Auslegung der §§ 280ff. gelangt nicht nur beim Kauf-, Werk- oder Mietvertrag zur Anwendung, sondern ist auch bei der Pflichtverletzung im Dienstvertrag anzuwenden. Nach dieser Auslegung der §§ 280 ff. braucht man zwischen einfachem Schadensersatz und Schadensersatz statt der Leistung nicht abzugrenzen. Vom Schadensersatz wegen Verzögerung und dem Schadensersatz im Sinne von § 311 a Abs. 2 abgesehen, beinhaltet § 280 Abs. 1 schon alle Tatbestandsmerkmale des Schadensersatzanspruches wegen Pflichtverletzung in einem Schuldverhältnis. Bei der Prüfung dieser Tatbestandsmerkmale ist insbesondere das Merkmal „Schaden“ zu berücksichtigen. Erst durch dieses Merkmal stehen §§ 281 ff. mit dem Schadensersatzanspruch in Zusammenhang. Denn es handelt sich bei den §§ 281 ff. eigentlich um das Recht des Dienstberechtigten auf Ablehnung der Leistung *in natura*, und nur wenn der Dienstberechtigte die Leistung *in natura* gerechtfertigt abgelehnt hat, gelten die Nachteile, die durch die Leistung *in natura* noch hätten beseitigt werden können, als Schäden i.S.v. § 280 Abs. 1. Daher sind die folgenden drei Konstellationen zu unterscheiden: 1) Die Nacherfüllung kann die Nachteile, die dem Dienstberechtigten durch die Pflichtverletzung des Dienstverpflichteten entstanden sind, nicht mehr beseitigen; 2) Die Nacherfüllung kann zwar die Nachteile noch beseitigen, ist aber dem Dienstberechtigten nicht zuzumuten; 3) Die Nacherfüllung kann die Nachteile noch beseitigen und ist dem Dienstberechtigten auch noch zuzumuten.

a) Unmöglichkeit der Beseitigung der Nachteile durch die Nacherfüllung

Wenn die Nacherfüllung die Nachteile der Pflichtverletzung nicht mehr beseitigen kann, ist die Nacherfüllung für den Gläubiger sinnlos, weswegen solche Nachteile endgültig als Schäden i.S.v. § 280 Abs. 1 zu qualifizieren sind. Der Gläubiger kann unmittelbar gemäß § 280 Abs.1 Schadensersatz verlangen, soweit die anderen Tatbestandsmerkmale erfüllt sind. Dies wäre etwa beispielsweise der Fall bei einem durch eine schlechte Operation entstandenen Anspruch auf Schmerzensgeld, welcher sofort nach § 280 Abs.1, 253 Abs.2 verlangt werden kann. Gleiches gilt für die Schäden aus der Verletzung aus einem Arztbehandlungsvertrag, deren Heilung nicht mehr möglich ist oder für die Schäden aus einer endgültigen Niederlage in einem Prozess wegen der Schlechtleistung des Rechtsanwalts. In diesen

Fällen ist eine Nachholung der geschuldeten Leistung sinnlos, weil der Erfolg, um den sich der Dienstverpflichtete pflichtmäßig zu bemühen hatte, nicht mehr eintreten kann.

Wenn die Nacherfüllung unmöglich geworden ist, kann sich der Dienstberechtigte ebenfalls unmittelbar auf § 280 Abs.1 berufen und Schadensersatz verlangen, da hier der Schaden schon endgültig entstanden ist.

Die Schäden, die durch die Leistungsverzögerung entstanden sind und durch die Nacherfüllung nicht mehr beseitigt werden können, sind als Verzugsschäden zu ersetzen. Dafür müssen die weiteren Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 2, 286 erfüllt sein.

b) Unzumutbarkeit der Nacherfüllung für den Dienstberechtigten trotz Möglichkeit der Beseitigung der Nachteile

Wenn der Dienstleistende den Erfolg, um den er sich pflichtmäßig zu bemühen hatte, durch die Nacherfüllung noch erbringen kann, kann sich der Dienstberechtigte nicht sofort auf § 280 Abs.1 berufen und Schadensersatz verlangen, da es dann keinen Schaden i.S.v. § 280 Abs.1 gibt. Jedoch kann dem Dienstberechtigten die Nacherfüllung durch den Dienstverpflichteten nicht mehr zuzumuten sein, weil er zu diesem das Vertrauen verloren hat oder weil der Dienstverpflichtete dem Dienstberechtigten die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert hat. In diesem Fall muss der Dienstberechtigte zuerst nach § 281 Abs.2. oder § 627 die Leistung des Dienstverpflichteten wirksam ablehnen. Erst danach kann er den Schadensersatz nach § 280 Abs.1 verlangen. Denn sofern der Dienstberechtigte den Anspruch auf Nacherfüllung noch hat und die Nacherfüllung die Nachteile noch beseitigen kann, hat er keinen Schaden i.S.v. § 280 Abs.1 erlitten, weil die Nacherfüllung für die Beseitigung der Nachteile des Dienstberechtigten noch sinnvoll ist und anstelle eines zu ersetzenden Schadens steht. Erst nachdem der Dienstberechtigte die Nacherfüllung des Dienstverpflichteten wirksam abgelehnt hat, erleidet er endgültig den Schaden i.S.v. § 280 Abs.1, weswegen er Schadensersatz nach § 280 Abs.1 verlangen kann. Aufgrund des besonderen personalen Bezugs bei Dienstleistungen wird man davon ausgehen können, dass die Voraussetzungen des § 281 Abs.2 bzw. des § 627 häufig vorliegen werden.⁷⁴

Wenn dem Gläubiger die Leistung wegen der Verletzung der Pflichten i.S.v. § 242 Abs.2 nicht mehr zuzumuten ist, kann er die Leistung zuerst nach § 282 oder § 627 ablehnen und danach Schadensersatz nach § 280 Abs.1 verlangen. Dies gilt z.B. im Rahmen von Hausbesuchen zum Zweck der Behandlung von Patienten, die noch einige Zeit fort dauern sollen, bei denen aber der Arzt durch Unachtsamkeit immer wieder Gegenstände im Hause der Patienten beschädigt.⁷⁵

⁷⁴ Spickhoff, NJW 2002, 2530, 2533.

⁷⁵ Dieses Beispiel entstammt dem Beitrag von Spickhoff, NJW 2002, 2530, 2533.

c) Möglichkeit der Beseitigung der Nachteile durch die Nacherfüllung und Zumutbarkeit derselben für den Gläubiger

Wenn der Dienstverpflichtete den Erfolg, um den sich der Dienstverpflichtete pflichtmäßig zu bemühen hatte, durch die Nacherfüllung noch erbringen kann und die Leistung des Dienstverpflichteten dem Dienstberechtigten noch zuzumuten ist, kann sich der Dienstberechtigte nicht sofort auf § 280 Abs.1 berufen und Schadensersatz verlangen. Denn in diesem Fall gibt es keinen Schaden i.S.v. § 280 Abs.1 und der Dienstberechtigte kann die Nacherfüllung des Dienstleistenden nicht gemäß § 281 Abs.2 sofort ablehnen. Um anstelle der primären Leistung Schadensersatz verlangen zu können, muss der Dienstberechtigte nach § 281 Abs.1 zunächst eine Nachfrist setzen. Erst nachdem die Nachfrist erfolglos abgelaufen ist, kann er die Leistung oder Nacherfüllung des Dienstverpflichteten nach § 281 Abs.1 ablehnen und danach gemäß § 280 Abs.1 Schadensersatz verlangen. Der Dienstberechtigte kann auch nach § 627 oder § 626 den Dienstvertrag kündigen und danach gemäß § 628 Abs.2 i.V.m. § 280 Schadensersatz verlangen.

Da im Fall der Dienstleistung eine Nachholung der geschuldeten Leistung meistens sinnlos ist, weil der Erfolg, um den sich der Dienstleistende pflichtgemäß zu bemühen hatte, nicht mehr eintreten kann oder dem Gläubiger die Nacherfüllung durch denselben Dienstleistenden nicht zuzumuten sein wird, weil er zu diesem das Vertrauen verloren hat, stellt die Nachfristsetzung im Fall der Dienstleistungen in der Tat einen eher seltenen Fall dar. Meistens kann der Dienstberechtigte sofort nach § 280 Abs.1 Schadensersatz verlangen. Jedoch ist die Möglichkeit zur zweiten Andienung durch den Dienstverpflichteten wie oben erörtert⁷⁶ zumindest theoretisch nicht in allen Fällen zu verneinen; ebenso wird der Dienstberechtigte bei der schlechten Dienstleistung auch nicht immer zu anderen Dienstleistern wechseln wollen, so dass die Möglichkeit zur Nachfristsetzung nicht gänzlich abgelehnt werden sollte.

IV. Ergebnis

Die allgemeine Auslegung der §§ 280 ff. in der Literatur ist nicht überzeugend. Auch die nach der Schuldrechtsreform herrschenden Ansichten über die Anwendung der §§ 280ff. auf Dienstleistungen können nicht überzeugen. Die hier entwickelte Lösung hingegen ist nicht nur auf Kauf-, Werk- oder Mietverträge anwendbar, sondern liefert auch bei den Dienstleistungen angemessene Ergebnisse. Danach soll § 280 Abs.1 – von § 311a Abs.2 abgesehen – die umfassende Anspruchsgrundlage des Schadensersatzanspruchs bei den Leistungsstörungen sein. Bei §§ 281 – 283 handelt es sich nicht um den Schadensersatzanspruch, sondern um das Recht der Ablehnung der Leistung *in natura*; sie stehen nur durch die Be-

⁷⁶ S. oben B III 2 b).

rechnung der Schäden i.S.v. § 280 Abs.1 in Zusammenhang mit dem Schadensersatzanspruch. §§ 280 Abs.2, 286 stellen hingegen wirkliche zusätzliche Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs im Fall der Verzögerung auf.

Im Fall der Dienstleistung müssen demgemäß folgende Konstellationen unterschiedlich und wie folgt behandelt werden: 1). Wenn die Leistung oder Nacherfüllung unmöglich ist, oder die Nachteile nicht mehr beseitigt werden können und somit nachbesserungsunfähig sind, kann sich der Dienstberechtigte sofort auf § 280 Abs.1 berufen und Schadensersatz verlangen. 2). Wenn die Leistung oder die Nacherfüllung zwar möglich sind und die Nachteile auch beseitigt werden können, dies dem Dienstberechtigten aber nicht mehr zuzumuten ist, kann er nach §§ 281 Abs.2, 282 oder §§ 626 oder 627 die Leistung oder Nacherfüllung ablehnen und danach Schadensersatz nach § 280 Abs.1 verlangen. 3). In den anderen Fällen kann der Dienstberechtigte eine Nachfrist setzen und nach deren erfolglosem Ablauf die Leistung oder Nacherfüllung ablehnen; erst danach kann er gemäß § 280 Abs.1 Schadensersatz verlangen. Wenn in solchen Konstellationen ein Fall der bloßen Verzögerung vorliegt, müssen, um Schadensersatz nach § 280 Abs.1 verlangen zu können, die Voraussetzungen des Verzugs erfüllt sein.

C. Die Abgrenzung zwischen Pflichtverletzung und Fahrlässigkeit bei den Dienstleistungen

I. Einführung in die Problematik

Wie oben erörtert soll § 280 Abs. 1 die einzige Anspruchsgrundlage für Schadensersatz in den Fällen der vertraglichen Dienstleistungshaftung sein. Für die vertragliche Haftung verlangt § 280 Abs.1 folgende Tatbestandsvoraussetzungen: die Verletzung einer Pflicht, das Vertretenmüssen (Verschulden in Form von Vorsatz oder Fahrlässigkeit, §§ 280 Abs.1 S.2, 276, oder Garantie usw.), einen Schaden sowie die Kausalität der Pflichtverletzung und die Zurechenbarkeit des Schadens. Im Folgenden ist die Abgrenzung zwischen Pflichtverletzung und Verschulden zu diskutieren.

Der Fall der „klassischen“ Leistungsstörungen wie Verzug und Unmöglichkeit stellt kein Problem dar, Das Vorliegen einer Pflichtverletzung bei Verzug oder Unmöglichkeit ist nach der Vorstellung des Gesetzgebers und nach überwiegender Auffassung in der Literatur dann zu bejahen, wenn die vertraglich geschuldete Leistung nicht oder nicht pünktlich erbracht wird.⁷⁷ Im Rahmen des Verschuldens

⁷⁷ Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drucks, 14/6040, S. 135f; Canaris, JZ 2001, 499, 512; Jauernig/Vollkommer, § 280 8. Auflage, Rn. 8; Lorenz/Riehm, Rn. 181; Schlechtriem, Schuldrecht AT, 5. Auflage, Rn.327. Bei Larenz heißt es dazu jedoch demgegenüber: „Objektiv pflichtwidrig kann jedoch niemals die Unmöglichkeit der Leistung als solche, sondern nur ein Verhalten des Schuldners ... sein, das sie bewirkt hat.“ Larenz, Schuldrecht I, 14. Auflage, § 24 I b, S.371.

bleibt lediglich zu prüfen, ob der Schuldner die jeweilige Nichtleistung auch zu vertreten hat, also ob das zur Unmöglichkeit bzw. zum Verzug führende Verhalten des Schuldners auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit beruht.

Schwieriger ist die Abgrenzung von Pflichtverletzung und Verschulden im Rahmen der vertraglichen Haftung der Dienstleistungsberufe.

Die Verträge, deren Pflichten sich auf Dienstleistungen beziehen, zielen im Gegensatz zu einem Werkvertrag nicht auf ein „Werk“ ab, sondern auf die bloße Ausführung eines Dienstes. Die betreffenden Berufsträger stehen nicht für die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges ein; so schuldet etwa ein Arzt nicht die Gesundung des Patienten, der Anwalt nicht das Obsiegen im Prozess oder der Steuerberater die Gewährung einer bestimmten Steuererstattung. Geschuldet ist in allen diesen Fällen nur das bloße Tätigwerden. Gegenstand des Leistungsversprechens ist nur ein bestimmtes Verhalten, nämlich das pflichtgemäße Bemühen um einen mehr oder weniger konkret definierten Erfolg.

Da der Dienstverpflichtete sich nur zum sorgfältigen Verhalten zum Zwecke der Herbeiführung eines bestimmten Erfolgs verpflichtet, und da die Fahrlässigkeit nach § 276 Abs.2 als Nichtberücksichtigung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt qualifiziert ist, wird man sich nun fragen müssen, welcher Unterschied zwischen den verschiedenen Tatbestandmerkmalen Pflichtverletzung und Vertretenmüssen in § 280 Abs.1 überhaupt vorliegt. Vor der Schuldrechtsreform waren manche Autoren der Ansicht, „dass die Fahrlässigkeit in der Verletzung einer dem Geschädigten gegenüber obliegenden Sorgfaltspflicht besteht“.⁷⁸ Die Formulierung „Sorgfaltspflicht“⁷⁹ vermengt den Unterschied zwischen Pflichtverletzung und Fahrlässigkeit. Im Rahmen der Reform des Leistungsstörungenrechts ist die Dienstleistungshaftung in einer offenbar unzureichend reflektierten Weise berücksichtigt worden.⁸⁰ § 280, und sogar das gesamte Schuldrecht, ist am Leitbild des Kaufs ausgerichtet⁸¹ bzw. danach zugeschnitten. Im Vergleich zum Kaufrecht, in dem man zwischen Pflichtverletzung und Fahrlässigkeit sauber unterscheiden kann, ist dies im Rahmen der Dienstleistung leider nicht so einfach möglich. Die Beantwortung dieser Frage ist allerdings praktisch besonders wichtig, weil im Hinblick auf die Beweislastverteilung nach § 280 Abs.1 grundsätzlich der Dienstberechtigte in Bezug auf die Pflichtverletzung, der Dienstverpflichtete hingegen in Bezug auf das nicht vorhandene Verschulden beweisbelastet ist.⁸²

⁷⁸ Walter, Spezialisierung und Sorgfaltsstandard im Arzt- und Anwaltshaftungsrecht, S. 101, m.w.N.

⁷⁹ Vor diesem Begriff warnend Larenz, Schuldrecht I, 14. Auflage, § 20 IV, S. 291.

⁸⁰ Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht: Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinproduktrecht, und Transfusionsrecht, 5.Auflage, S. 92, Rn. 135.

⁸¹ Spickhoff, NJW 2002, S.2530.

⁸² Deutsch, JZ 2002, S. 588, 592; Spickhoff, NJW 2002, S. 2530, 2532; Walter, Spezialisierung und Sorgfaltsstandard im Arzt- und Anwaltshaftungsrecht, S. 100, 103.

II. Notwendigkeit der Abgrenzung zwischen Pflichtverletzung und Fahrlässigkeit

Eine Lösungsmöglichkeit wäre es, in allen Fällen, in denen über die Abgrenzung zwischen Pflichtverletzung und Verschulden Zweifel bestehen, die objektive Pflichtverletzung mit dem objektivierten Fahrlässigkeitsbegriff gleichzusetzen und die Prüfung der objektiven Pflichtverletzung gleichzeitig mit der Prüfung der Fahrlässigkeit vorzunehmen.⁸³ Hiernach würde das Tatbestandsmerkmal der Fahrlässigkeit im Rahmen der Dienstleistungshaftung keine eigene Bedeutung mehr haben. In der Rechtspraxis der Anwaltshaftung vor der Schuldrechtsreform wurde zwischen Rechts-/Pflichtwidrigkeit und Verschulden nicht immer scharf unterschieden, wie folgende Aussagen belegen:⁸⁴ „In der Praxis erfolgt also bei Bejahung einer objektiven Pflichtwidrigkeit die Feststellung von Rechtswidrigkeit und Schuld (Fahrlässigkeit) beinahe von selbst.“⁸⁵ „Insoweit überschneidet sich die Verschuldensfrage mit der objektiven Pflichtverletzung, bezüglich derer ebenfalls ein Verstoß gegen die standesüblichen Sorgfaltspflichten zu prüfen ist.“⁸⁶

Der Vermengung von Pflichtverletzung und Fahrlässigkeit ist jedoch nicht zuzustimmen.⁸⁷ Die Abgrenzung zwischen Pflichtverletzung und Fahrlässigkeit ist im geltenden deutschen Schuldrecht wegen des Verschuldensprinzips unvermeidbar.

Die Vermengung von Pflichtverletzung und Fahrlässigkeit widerspricht dem Wortlaut des § 280 Abs.1. Systematisch würden zwei unterschiedliche Voraussetzungen der Vertragshaftung, Pflichtverletzung und Schuld, vermengt.⁸⁸ Dieser Meinung folgend müsste der Gläubiger zuerst die Pflichtverletzung beweisen, die nach dem Kriterium der Fahrlässigkeit beurteilt würde. Dies würde dann aber auch bedeuten, dass der Gläubiger auch die Fahrlässigkeit beweisen müsste, die gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB zunächst vermutet wird, wobei der Schuldner diese Vermutung zu widerlegen hat. Hierdurch würde dem Gläubiger sein Vorteil aus der Vermutung des Vertretenmüssens entzogen. Der Gläubiger im freien Dienstvertrag würde in einer schlechteren Position stehen als die Gläubiger in anderen Schuldverhältnissen, die Verschuldensvermutung ginge ins Leere.⁸⁹ Dies ergibt sich auch daraus, dass die dem deutschen Recht eigene Unterscheidung zwischen Rechtswidrigkeit⁹⁰ und Verschulden eine wichtige rechtsdogmatische Errungen-

⁸³ Scheffler, NJW 1961, S. 579; Lorenz, NJW 2005, 1889, 1890.

⁸⁴ Vgl. BGH NJW 1969, 601; so auch Rinsche, 5. Auflage, Rn. I 153.

⁸⁵ Rinsche, Die Haftung des Anwalts und des Notars, 5. Auflage, Rn. I 149.

⁸⁶ Rinsche, Die Haftung des Anwalts und des Notars, 5. Auflage, Rn. I 153.

⁸⁷ Kritisch zur Gleichsetzung von Pflichtverletzung und Fahrlässigkeit bereits Scheffler, NJW 1961, S. 579.

⁸⁸ Scheffler, NJW 1961, S. 579.

⁸⁹ Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 5. Auflage, S. 93, Rn.135.

⁹⁰ Hier bedeutet „Rechtswidrigkeit“ im Grunde das Gleiche wie „Pflichtverletzung“ i.S.v. § 280 Abs.1.

schaft darstellt, die nicht wegen ihrer geringen Relevanz für die Praxis aufgegeben werden sollte.⁹¹

Praktisch würde dies zu Missverständnissen führen, wie etwa, wenn von der Rechtsprechung⁹² formuliert wird, der Rechtsanwalt habe „jeden Rechtsirrtum zu vertreten“; dies würde in der Tat bedeuten, dass eine Verschuldensprüfung gar nicht mehr stattzufinden hätte, der Anwalt also einer Art Gefährdungshaftung unterworfen wäre.⁹³ Die Geltung des Verschuldensprinzips für die Dienstleistungshaftung würde in Frage gestellt.⁹⁴ Die Vermengung von Pflichtverletzung und Fahrlässigkeit im geltenden Recht ist also dogmatisch nicht überzeugend und praktisch auch gefährlich.

Die Differenzierung zwischen Pflichtverletzung und Verschulden ist auch bei der Verwendung von haftungsbeschränkenden Klauseln, die beim Verschuldensmaßstab ansetzen (z.B. an den Polen grobe bzw. leichte Fahrlässigkeit) erforderlich.⁹⁵ Die Anwendung solcher Klauseln kann nur dann erfolgen, wenn das Merkmal Fahrlässigkeit gegenüber der Pflichtverletzung selbstständig ist.

Dass diese Frage in der Rechtsprechung bislang nicht besonders vertieft worden ist, spricht dabei noch nicht gegen eine dogmatisch saubere Differenzierung.⁹⁶ Der Einwand Rinsches⁹⁷, die Unterscheidung sei nur für den Rechtsdogmatiker, nicht aber für den Praktiker bedeutsam, da sich bei der Bejahung einer Pflichtverletzung die Feststellung von Rechtswidrigkeit und Schuld beinahe „von selbst“ ergäben, geht in seiner Pauschalität fehl. Soweit sich Rinsche auf Belegstellen in der Rechtsprechung⁹⁸ beruft, bei denen die Differenzierung ebenfalls nicht vorgenommen wurde, so liegt dies daran, dass in den entschiedenen Fällen die Unterscheidung nicht fallentscheidend war. Die Rechtsprechung ist in der Tat der Rechtsdogmatik nicht verpflichtet und braucht Differenzierungsüberlegungen nicht anzustellen, wo diese nicht zum Tragen kommen.⁹⁹

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, dass es abzulehnen ist, die Pflichtverletzung und Fahrlässigkeit einfach zu vermengen und dadurch die selbstständige Bedeutung der Letzteren zu verneinen. Es ist daher notwendig, zwischen Pflichtverletzung in § 280 Abs.1 S. 1 und Fahrlässigkeit in § 280 Abs. 1 S. 2 auch bei der Dienstleistung klar zu differenzieren.

⁹¹ Katzenmeier, *Arzthaftung*, S. 188.

⁹² *VersR* 1959, 638, 641; *NJW* 1989, 2699.

⁹³ Henssler, *Haftungsrisiken anwaltlicher Tätigkeit*, *JZ* 1994, S. 183.

⁹⁴ Raiser, *Die Haftung des deutschen Rechtsanwalts bei grenzüberschreitender Tätigkeit*, *NJW* 1991, S. 2053.

⁹⁵ Kleutgens, *Die Sekundärhaftung des Rechtsanwalts*, S. 71.

⁹⁶ Vollkommer/Jönn/Heinemann, *Anwaltshaftungsrecht*, 2.Auflage, 2003, S. 202, Rn. 382.

⁹⁷ Rinsche, *Die Haftung des Anwalts und des Notars*, 5. Auflage, Rn. I 149.

⁹⁸ *BGH. VersR* 1978, 1169; *OLG München, NJW* 1989, 1166.

⁹⁹ Kleutgens, *Die Sekundärhaftung des Rechtsanwalts*, S. 72.

III. Abgrenzung zwischen der Pflichtverletzung und Fahrlässigkeit

1. Außerachtlassung der höchstmöglichen Sorgfalt – *conditio sine qua non* der Pflichtverletzung

a) Pflichtverletzung und Rechtswidrigkeit

Zum Tatbestand der positiven Vertragsverletzung im alten Recht und der heutigen Pflichtverletzung im § 280 Abs. 1 gehörte unstreitig – wie bei jeder Verschuldenshaftung¹⁰⁰ – die Rechtswidrigkeit.¹⁰¹ In einigen Darstellungen der positiven Vertragsverletzung wurde die Rechtswidrigkeit als Haftungsvoraussetzung nicht behandelt. Dies hängt wohl vor allem damit zusammen, dass die Verletzung einer Vertragspflicht nach h.M. die Rechtswidrigkeit des Handelns oder Unterlassens indiziert.¹⁰² Häufig ist auch argumentiert, dass im Bereich der Vertragshaftung die Rechtswidrigkeit mit der Pflichtwidrigkeit zusammenfällt und die Rechtswidrigkeit gleichbedeutend mit der Pflichtwidrigkeit ist.¹⁰³ Dies soll bei der Haftung aus Pflichtverletzung i.S.v. § 280 nicht anders sein.

Auch im Bereich der Dienstleistungshaftung folgt die Rechtswidrigkeit des Verhaltens eines Dienstverpflichteten fast automatisch aus der Feststellung einer objektiven Pflichtverletzung. Rechtsdogmatisch kann zwar nach der Bejahung einer Pflichtverletzung das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrunds geprüft werden, etwa der Notwehr, des Notstandes oder der Selbsthilfe. Falls derartige Rechtfertigungsgründe gegeben sind, wird man aber regelmäßig schon eine objektive Pflichtverletzung verneinen können.¹⁰⁴ Die Aufklärung und Einwilligung bei der Arzthaftung etwa, die im Rahmen der Deliktshaftung erst einen Rechtfertigungsgrund darstellt, verhindert bei der vertraglichen Haftung bereits die Qualifikation des ärztlichen Handelns als Vertragspflichtverletzung.

Für den Bereich der Dienstleistung ist die Lehre vom Verhaltensunrecht vorzugswürdig, da der Dienstverpflichtete nur zum sorgfältigen Verhalten und bloßen Bemühen verpflichtet ist. Eine Anknüpfung an einen bestimmten Erfolg als Ausgangspunkt des Rechtswidrigkeitsurteils passt auf den Dienstvertrag als rein tätigkeitsbezogener Vertrag nicht.¹⁰⁵

¹⁰⁰ Staudinger/Löwisch, 13. Auflage, § 276, Rn.10; MünchKomm/ Grundmann, 4. Auflage, § 276, Rn. 52.

¹⁰¹ Staudinger/Löwisch, 13. Auflage, § 276, Rn.10; MünchKomm/ Grundmann, 4. Auflage, § 276, Rn. 52; Erman/Westermann, 11. Auflage, § 276, Rn. 4; Jauernig/Vollkommer, § 276, Rn. 13.

¹⁰² Zuehör/Fischer, Handbuch der Anwaltshaftung, Rn. 996 m.v.N.

¹⁰³ Palandt/Heinrichs, § 276, 64. Auflage, Rn. 8; Borgmann/Haug, § 26, Rn. 12; Vollkommer/Heinemann, Rn. 383, allerdings mit wichtigen Einschränkungen für den Anwaltdienstvertrag.

¹⁰⁴ Für Anwaltsrecht vgl. Rinsche, 3.Auflage, S. 47, Rn. I 71.

¹⁰⁵ Für Anwalthaftung vgl. Vollkommer/Heinemann, Rn. 384.

Die Diskussion über die Rechtswidrigkeit hat gezeigt, dass die handlungsbezogene Rechtswidrigkeit dann gegeben ist, wenn die höchstmögliche Sorgfalt außer Acht gelassen wurde. Dies erlaubt die Aussage, dass die gegenüber dem Höchstmaß auf das Normalmaß herabgesetzte Sorgfalt die Grundlage für die Zurechnung zum Haftenden bildet. Insoweit ist eine Umkehr der Beweislast für Verschulden durchaus möglich. Dann müsste die höchstmögliche Sorgfalt vom Verletzten das herabgesetzte Normalmaß der Sorgfalt vom Verletzenden zu beweisen sein.¹⁰⁶

b) Höchstmögliche Sorgfalt

Die Beachtung oder Außerachtlassung der höchstmöglichen Sorgfalt ist nach objektiven Kriterien aus der Sicht eines sachkundigen Betrachters in Kenntnis aller relevanten Umständen zu beurteilen, wobei davon ausgegangen wird, dass alle unter den jeweiligen Umständen wirtschaftlich und technisch durchführbaren Möglichkeiten zur Verfügung stehen.¹⁰⁷ Die Vergleichssicht bzgl. der höchstmöglichen Sorgfalt ist die eines optimalen Beobachters. Die höchstmögliche Sorgfalt bestimmt sich im Wesentlichen nach der Gesamtheit der dem optimalen Beobachter erkennbaren Umstände.¹⁰⁸ Diese höchstmögliche Sorgfalt gilt allgemein und ohne Rücksicht darauf, inwieweit der Dienstverpflichtete als Angehöriger einer bestimmten Verkehrsgruppe in der konkreten Situation mehr oder weniger hätte erkennen und leisten können. Dies ist eine Frage des Verschuldens.¹⁰⁹ Die Beachtung oder Außerachtlassung der höchstmöglichen Sorgfalt ist zudem nur aus der ex-post-Persektive zu beurteilen.¹¹⁰ Denn nur mit dem Wissen der Gegenwart kann man möglichst richtig beurteilen, welches Verhalten der Dienstverpflichtete bei Berücksichtigung der höchstmöglichen Sorgfalt in der Vergangenheit hätte durchführen können. Je mehr Wissen der Beobachter bei dieser Beurteilung besitzt, desto richtiger ist das Urteil. Eine ex-ante-Betrachtungsweise wird so tatsächlich zu einer Beurteilung der Sorgfalt im Normalmass führen.

Bei der Feststellung der höchstmöglichen Sorgfalt muss man zunächst durch Vertragsauslegung bestimmen, zu welcher Verkehrsgruppe der Dienstverpflichtete gehört, d.h. was für eine Art Dienstverpflichteter der Vertragspartner dem Vertrag nach sein soll, ob also z.B. ein Allgemeinarzt oder ein Facharzt für einen bestimmten Bereich tätig sein soll, ob die Tätigkeit eines Allgemeinanzwals oder eines Fachanzwals für Arbeitsrecht vereinbart wurde oder ähnliches. Wenn durch Vertragsauslegung ermittelt wird, dass der Vertrag mit einem Allgemeinarzt geschlossen worden ist, ist Bezugspunkt für die Feststellung der höchstmöglichen Sorgfalt das bestmögliche Verhalten eines optimalen Allgemeinanzwales. Erst wenn ermittelt

¹⁰⁶ Deutsch, JZ 2002, 588, 591.

¹⁰⁷ Soergel/Wolf, 12.Auflage, § 276, Rn. 36.

¹⁰⁸ Deutsch, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, S. 125.

¹⁰⁹ Soergel-Wolf, 12.Auflage, § 276, Rn. 36.

¹¹⁰ Soergel-Wolf, 12.Auflage, § 276, Rn. 36.

wird, dass der Vertrag mit einem Sportarzt geschlossen worden ist, beurteilt sich die Beachtung oder Außerachtlassung der höchstmöglichen Sorgfalt nach dem optimalen Verhalten eines Sportarztes. Besondere Fähigkeiten sowie Sonderwissen zählen nicht zum Pflichtenkreis des Schuldners, soweit nicht der besondere „Spezialistenkreis“ von vornherein als selbständige Berufsgruppe und damit als eigener Verkehrskreis anzusehen ist bzw. die besonderen Fähigkeiten Gegenstand des Vertrags geworden sind, etwa weil extra ein bestimmter Spezialist engagiert wurde.¹¹¹

Die Beachtung oder Außerachtlassung der höchstmöglichen Sorgfalt ist abstrakt zu beurteilen. „Optimaler Dienstverpflichteter“ verlangt einen Leistenden, der den typischen, idealen und vernünftigen Vertreter des vertraglich bestimmten Verkehrskreises darstellt, was abstrakt zu beurteilen ist. Man kann keine Außerachtlassung der höchstmöglichen Sorgfalt begründen, wenn ein bestimmter konkreter Allgemeinarzt bestimmtes Sonderwissen hat und den zu behandelnden Patienten richtig behandeln könnte, obwohl dies – bei abstrakter und allgemeiner Beurteilung – für einen normalen Allgemeinarzt unmöglich ist. Ein Allgemeinarzt kann zufällig einen fachlich sehr speziellen Artikel gelesen und somit bestimmtes Sonderwissen erworben haben; jedoch sind solche zufälligen Sonderfälle nicht zu berücksichtigen. Ansonsten wäre die Beurteilung der Beachtung oder Außerachtlassung der Sorgfalt zufällig und kaum möglich.

c) Die Qualifizierung der Vertragspflichten und der höchstmöglichen Sorgfalt

Die Bestimmung der Pflichtverletzung setzt zunächst die Feststellung der verletzten konkreten Vertragspflichten voraus. Beim Dienstvertrag schuldet der Schuldner nicht einen bestimmten Erfolg, sondern nur das nach der Verkehrsgewohnheit und den Vertragsabreden erforderliche Verhalten. Welches Verhalten in einem konkreten Dienstvertrag erforderlich und deshalb zu leisten ist, ergibt sich zunächst aus dem Inhalt und Umfang des konkreten Vertrags. Die Pflichten sind entweder ausdrücklich vereinbart oder durch Auslegung (§§ 133, 157) nach Inhalt und Umfang dem Vertrag zu entnehmen.

Zunächst ist zu ermitteln, welches Verhalten des Dienstverpflichteten ausdrücklich von den Vertragsparteien ausdrücklich vereinbart worden ist. So kann sich etwa beim Anwaltvertrag aus dem konkreten Inhalt des erteilten Mandats eine Beschränkung des Umfangs der Interessenwahrnehmungs- und Sicherungspflicht ergeben, desgleichen eine Beschränkung des Umfangs der Aufklärungspflicht bei einem prozesserfahrenen Auftraggeber oder schließlich auch Begrenzung des Umfangs der Prüfungspflicht, wenn etwa zur Fristwahrung sofort gehandelt werden soll.¹¹²

¹¹¹ Walter, Spezialisierung und Sorgfaltsstandard im Arzt- und Anwaltshaftungsrecht, S. 120.

¹¹² Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, 2. Auflage, Rn. 265, S. 150.

Jedoch sind bei den freien Dienstverträgen die meisten Verhaltenspflichten nicht ausdrücklichen Vereinbarungen der Vertragsparteien zu entnehmen. Dann muss man durch Vertragsauslegung, insbesondere im Wege ergänzender Vertragsauslegung gem. §§ 157, 242, die allgemeinen Berufspflichten zu den Vertragspflichten erheben.

Was im Einzelnen zu den Berufspflichten gehört, ist in zahlreichen Gerichtsentscheidungen über viele Jahre hinweg konkretisiert worden. So muss z.B. der Arzt im Bereich der Arbeitsvorbereitung, insbesondere bei Diagnose und Anamnese, diejenigen Erkenntnisquellen heranziehen, die nach dem Stand der medizinischen Erkenntnis¹¹³ und der verfügbaren Mittel¹¹⁴ in Betracht kommen; bei einem Unfallpatienten muss der Arzt versuchen, Informationen über die Art des Unfalls zu erhalten, um daraus Rückschlüsse auf die möglichen Verletzungen zu ziehen.¹¹⁵ Des Weiteren muss er bei Schmerzen die Ursache erforschen und darf nicht undifferenziert Schmerzmittel verabreichen;¹¹⁶ ebenso sind – insbesondere vor Operationen – Voruntersuchungen durchzuführen und Kontrollbefunde zu erheben und auszuwerten.¹¹⁷ Bei der Auswahl und Durchführung der Behandlung muss der Arzt dafür Sorge tragen, dass er bei Operationen die richtigen Organe behandelt bzw. entfernt,¹¹⁸ die notwendigen Desinfektionsmaßnahmen vornimmt¹¹⁹ und keine Operationstücher, -tupfer oder -instrumente in der Wunde vergisst.¹²⁰ Als Kardinalpflicht eines Anwalts müssen die Interessen seines Mandanten nach jeder Richtung und umfassend wahrgenommen werden.¹²¹ Zu diesem Zweck ist der zu bearbeitende Sachverhalt in jeder Beziehung erschöpfend zu prüfen.¹²² Insbesondere müssen die geeigneten Schritte unternommen werden, um die Rechte des Mandanten zu wahren¹²³ und ihn vor Rechtsverlusten und Schäden zu schützen.¹²⁴ Hierbei ist insbesondere darauf zu achten, dass kein Rechtsverlust durch Verjährung¹²⁵ oder durch Ablauf anderer Fristen eintritt.¹²⁶

¹¹³ BGHZ, 107, 222, 225; RGRK/Nüßgens, § 823, Anh. II. Rn. 188.

¹¹⁴ BGH VersR 1975, 43, 44.

¹¹⁵ Vgl. BGHZ 63, 265, 273; BGH NJW 1989, 1541, BGH NJW 1989, 2332.

¹¹⁶ OLG Nürnberg VerR 1988, 1050, 1051.

¹¹⁷ BGH NJW 1959, 1583; BGH NJW 1961, 2203; BGH NJW 1987, 2293, 2294.

¹¹⁸ BGHZ 101, 215, 218; OLG Celle OLGZ 1977, 221 222.

¹¹⁹ BGH NJW 1978, 1681, 1682; BGH NJW 1982, 699f.

¹²⁰ BGHZ 4, 138, 143ff.; BGH VersR 1967, 1185; BGH VersR 1981, 462, 463.

¹²¹ Vgl. BGH VersR 1961, 467, 468; BGHZ 94, 380, 386; BGHZ 96, 352, 354; BGH NJW 1988, 486, 487; BGH NJW 1988, 2880, 2881; BGH NJW 1989, 1148; BGH NJW 1993, 1320, 1322; BGH VersR 1995, 212, 213.

¹²² BGH VersR 1967, 704, 705; BGH VersR 1995, 212, 213.

¹²³ RGZ 158, 130, 134; BGH VersR 1971, 1119, 1120f.; OLG Düsseldorf, VersR. 1985, 347.

¹²⁴ BGH VersR 1975, 425 m.w.N.; BGHZ 79, 249, 251; BGH, NJW 1981, 1553; BGH VersR 1984, 785, 786; BGH NJW, 1986, 581, 582; BGH NJW 1988, 1079, 1080; BGH NJW 1992, 2694.

¹²⁵ BGH NJW 1981, 1553; BGH NJW 1984, 431, 432; BGH NJW, 1988, 1079, 1082; BGH VersR 1992, 447, 448; BGH VersR 1993, 1525, 1526; BGH NJW 1994, 2822, 2823.

¹²⁶ BGH NJW 1983, 1665, 1666; BGH WM 1995, 719, 720; OLG Düsseldorf VersR 1985, 92.

Jedoch ist zu berücksichtigen, dass nicht jede von der Rechtsprechung entwickelte Berufspflicht ohne weiteres durch ergänzende Auslegung zur Vertragspflicht werden muss. Bei der Dienstleistung verpflichtet sich der Dienstleistende im Wesentlichen nur zu dem im einzelnen Vertrag erforderlichen Verhalten, welches grundsätzlich nach Lage des Falls bzw. des Vertrags zu ermitteln ist. Die allgemeinen sog. Berufspflichten stellen lediglich abstrakte Richtlinien, formelhafte Verhaltensleitlinien, allgemeine Grundsätze oder programmatische Zielsetzungen dar, die keineswegs ohne weiteres mit den Vertragspflichten gleichgesetzt werden können. Ob solche abstrakt bestimmten Berufspflichten im Einzelfall als Vertragspflichten zu qualifizieren sind, bestimmt sich danach, ob sie im Verkehr erforderlich sind. Bei der Prüfung des im Verkehr erforderlichen Verhaltens ist insbesondere folgender Punkt zu berücksichtigen: Wenn kein Angehöriger der fraglichen Berufsgruppe – auch nicht bei Berücksichtigung der höchstmöglichen Sorgfalt – ein bestimmtes Verhalten an den Tag legen kann, ist dieses Verhalten nicht als im Verkehr erforderlich zu qualifizieren. Denn was für einen optimalen Angehörigen einer Berufsgruppe unmöglich ist, kann auch nicht vom Schuldner gefordert werden. Deshalb setzt die Qualifizierung der durch die Rechtsprechung entwickelten „Berufspflichten“ als die Vertragspflichten voraus, dass der Dienstverpflichtete die „Berufspflichten“ mit der Beachtung der Sorgfalt am Höchstmass erfüllen kann. Erst wenn der Dienstverpflichtete mit dem Einhalten der höchstmöglichen Sorgfalt ein Verhalten an den Tag legen kann, ist er zu diesem auch verpflichtet.

Daher ist es notwendige Voraussetzung (*conditio sine qua non*) der Pflichtverletzung, dass dem Dienstleistenden das Verhalten, welches er nicht an den Tag gelegt hat, bei Berücksichtigung der höchstmöglichen Sorgfalt möglich gewesen wäre. Weiter unten¹²⁷ wird dann noch herauszuarbeiten sein, dass die Pflichtverletzung i.S.v. § 280 Abs.1 bei der freien Dienstleistung als die Verletzung der höchstmöglichen Sorgfalt zu qualifizieren ist, da nur so eine Trennung zwischen Pflichtwidrigkeit und Schuld erreichbar ist.

2. Das Beurteilungskriterium des Verschuldens – Außerachtlassung der Sorgfalt im Normalmass

Zunächst ist festzustellen, dass Fahrlässigkeit heutzutage objektivierte Fahrlässigkeit bedeutet. Dabei wird nicht primär danach gefragt, ob dem einzelnen Täter ein persönlicher Vorwurf zu machen ist, sondern danach, ob er den Verhaltensstandard eingehalten hat, den man im Rechtsverkehr von einem durchschnittlich besonnenen und gewissenhaften Rechtsgenossen erwarten darf. Im Fall der Dienstleistungen bedeutet dies, ob ein durchschnittlich gewissenhafter und erfahrener Angehöriger der Berufsgruppe die Pflicht erkennen und die Pflichtverletzung vermeiden kann.

¹²⁷ S. unten C III 3.

Während die Fahrlässigkeit nach generell typisierenden Merkmalen bestimmt wird, beinhaltet das Verschulden im Grunde doch noch einen Vorwurf.¹²⁸ Bei der Fahrlässigkeit bezieht sich der Vorwurf darauf, dass der Handelnde die Folgen seines Verhaltens hätte erkennen und durch die erforderlichen Vorsichtsmaßnahmen hätte vermeiden können.¹²⁹ Hinsichtlich der Vorausseh- und Vermeidbarkeit ergibt es sich, dass bei der Fahrlässigkeit hinsichtlich der zur Vermeidung der Pflichtverletzung möglichen und geeigneten Maßnahmen eine konkret situationsbezogene Beurteilung stattzufinden hat. Bei der Beurteilung der Fahrlässigkeit ist deshalb eine ex-ante-Betrachtung in Bezug auf den Zeitpunkt des Verhaltens im Hinblick darauf anzustellen, ob der Dienstverpflichtete unter den konkreten Umständen in jenem Zeitpunkt die Pflichtverletzung hätte vermeiden können. Nur so kann das Wesen des Verschuldens als Vorwurf zur Geltung kommen.

Die obigen Ausführungen gelten nicht nur bei den Dienstleistungen, sondern finden auch allgemein in anderen Fällen Anwendung; in diesem Punkt stellt der Fall der Dienstleistung keine Besonderheit dar.

3. Das Beurteilungskriterium der Pflichtverletzung – Außerachtlassung der höchstmöglichen Sorgfalt

Da der Dienstverpflichtete nicht wie im Werkvertrag zur Herbeiführung eines bestimmten Erfolgs, sondern nur zu sorgfältigem Verhalten verpflichtet ist, kann aus der Tatsache, dass z.B. die Krankheit nicht geheilt oder der Prozess verloren wurde, nicht gefolgert werden, dass der Dienstleistende seine Pflicht verletzt hat.

Da eine Überlappung von Pflichtverletzung und Fahrlässigkeit abzulehnen ist¹³⁰ und die Fahrlässigkeit von einem ex-ante-Standpunkt nach den konkreten Umständen im Zeitpunkt des zu betrachtenden Verhaltens zu beurteilen ist, kann die Beurteilung der Pflichtverletzung dann nicht mehr ebenfalls von einem ex-ante-Standpunkt aus erfolgen. Ansonst würden Pflichtverletzung und Fahrlässigkeit gleichgesetzt werden und folglich würde die Voraussetzung des Vertretensmüssens in § 280 Abs.1 S.2 ins Leere laufen.

Daher ist die Pflichtverletzung des Dienstverpflichteten von einem ex-post-Standpunkt aus abstrakt zu beurteilen. Nur auf diese Weise ist eine Trennung zwischen Pflichtwidrigkeit und Schuld zu erreichen. Hiernach wird die Pflichtverletzung nach objektiven Kriterien aus der Sicht eines sachkundigen Betrachters in Kenntnis aller relevanten Umstände bestimmt, wobei davon ausgegangen wird, dass alle unter den jeweiligen Umständen wirtschaftlich und technisch durchführbaren Möglichkeiten zur Verfügung stehen. Man kann deshalb davon sprechen, dass bzgl. der Verhaltenspflichten das Höchstmaß an objektiv möglicher Sorgfalt

¹²⁸ S. etwa Larenz, Schuldrecht I, 14. Auflage, § 20 I; Fikentscher, Schuldrecht, 9. Auflage, § 53 I; Esser/Schmidt, Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 1, 8. Auflage, § 7 II 1.

¹²⁹ Soergel-Wolf, 12. Auflage, § 276, Rn. 41, 69.

¹³⁰ S. oben C II.

zu verlangen ist.¹³¹ Diese höchstmögliche Sorgfalt gilt allgemein und ohne Rücksicht darauf, inwieweit der Dienstverpflichtete als Angehöriger einer bestimmten Verkehrsgruppe in der konkreten Situation mehr oder weniger hätte erkennen und leisten können. Dies ist eine Frage des Verschuldens. Erst auf der Ebene des Verschuldens ist dann zu prüfen, ob ein besonnener und gewissenhafter Angehöriger des betreffenden Verkehrskreises diese Pflicht auch hätte erfüllen können, ob also der konkrete Dienstverpflichtete als Angehöriger seines Verkehrskreises im konkreten Fall den jeweiligen Sorgfaltsanforderungen genügt hat.

Nur auf diese Weise ist eine Trennung zwischen Pflichtwidrigkeit und Schuld zu erreichen, und nur so kann einer Ausuferung des Verantwortungsmaßstabs des Dienstverpflichteten und damit der Gefahr einer verschuldensunabhängigen Haftung begegnet werden.

Als Beispiel sei der Fall eines Unfallopfers genannt, das mit diversen Knochenbrüchen in die Unfallchirurgie einer Klinik eingeliefert wird. Bei der Behandlung wird einer der zahlreichen Brüche übersehen, wodurch der Patient einen Schaden erleidet. Nach dem oben Erörterten handelt der Arzt pflichtwidrig. Denn auf der Pflichtverletzungsebene geht es um die höchstmögliche Sorgfalt, und ein normaler Arzt kann bei Berücksichtigung der höchstmöglichen Sorgfalt den Bruch bemerken. Wenn allerdings bei abstrakter Analyse und Beurteilung kein normaler Arzt diesen Bruch bemerken kann, liegt eine Pflichtverletzung nicht vor. Ist die Pflichtverletzung zu bejahen, kann der Arzt sein Verschulden dadurch widerlegen, dass die Diagnose eines kleinen Bruches dem Arzt in der gegebenen Situation nicht zuzumuten war, da es sehr viele Brüche gab und die Behandlung zeitlich so dringend war. Auch handelt etwa ein Allgemeinmediziner, der die Ursache eines Leidens fehlerhaft deutet, lediglich pflichtwidrig und nicht schuldhaft, wenn die Feststellung der Krankheitsursache nur von einem entsprechenden Facharzt hätte erwartet werden können.¹³² Auch handelt z.B. ein Rechtsanwalt zwar pflichtwidrig, aber nicht schuldhaft, wenn er zwar eine bestimmte BGH-Rechtsprechung nicht berücksichtigt hat, diese aber so neu war, dass es für ihn zum Zeitpunkt des Handelns sehr schwierig war, von ihr Kenntnis zu erlangen. Wenn diese höchst-richterliche Rechtsprechung zu diesem Zeitpunkt sogar mangels Publikation der Öffentlichkeit überhaupt nicht zugänglich war, war es bei abstrakter Beurteilung und von Zufälligkeiten abgesehen für alle normalen Anwälte unmöglich, diese Rechtsprechung zu kennen; in diesem Fall ist schon das Vorliegen einer Pflichtverletzung zu verneinen.

¹³¹ Zustimmend für die Arzthaftung Katzmeier, Arzthaftung, S. 188; für die Anwaltshaftung Vollkommer/Heinemann, Anwaltshaftungsrecht, 2. Auflage, 2003, Rn. 385ff.; Scheffler, NJW 1961, 577, 579f.; Raiser, NJW 1991, 2049, 2053; Henssler JZ 1994, 178, 182; Kleutgens, Die Sekundärhaftung des Rechtsanwalts, S. 72ff.; für Arzt- und Anwaltshaftung, Walter, Spezialisierung und Sorgfaltsstandard im Arzt- und Anwaltshaftungsrecht, S. 120ff.

¹³² Zu diesem Beispiel s. Walter, Spezialisierung und Sorgfaltsstandard im Arzt- und Anwaltshaftungsrecht, S. 124.

IV. Begründung der hier vorgeschlagenen Lösung

Oben wurde die These, dass die Pflichtverletzung als die Außerachtlassung der höchstmöglichen Sorgfalt und die Fahrlässigkeit als die Außerachtlassung der verkehrserforderlichen normalen Sorgfalt (Sorgfalt im Normalmass) zu qualifizieren sind, dadurch begründet, dass sich nur so Pflichtverletzung und Fahrlässigkeit voneinander trennen lassen. Im Folgenden wird gezeigt, dass diese Abgrenzung auch sachgerecht ist.

1. Das Vertrauen des Dienstberechtigten

Dass als Pflichtverletzung i.S.v. § 280 Abs.1 in den Fällen der Dienstleistungen die Außerachtlassung der höchstmöglichen Sorgfalt angesehen wird, entspricht der normalen Erwartung und dem Vertrauen des Rechtsverkehrs. Die Achtung der höchstmöglichen Sorgfalt bezeichnet im Grunde das Verhalten, welches ein normaler Berufsangehöriger in einer gegebenen Situation im Optimalfall an den Tag legen kann. Im Vergleich zu anderen Personen haben solche Berufsträger speziellere Kenntnisse und Erfahrungen in ihrem Bereich; als Spezialisten wissen sie mehr als Andere. Genau deswegen wendet man sich an sie, wenn man z.B. Krankheiten oder rechtliche Probleme hat. Auch Spezialisten können natürlich nicht immer perfekt handeln. Jedoch weiß der normale Kunde nicht genau, was die konkreten Berufsträger im Einzelfall können oder nicht können, sondern vertraut darauf, dass die Spezialisten seine Probleme lösen und erwartet immer die bestmögliche Dienstleistung. Dies bringt Lieb in seinem Gutachten und seinen Vorschlägen zur Überarbeitung des Schuldrechts wie folgt auf den Punkt: „Hier geht es typischerweise um die Erbringung spezieller Dienstleistung gegenüber einem weitgehend unkundigen Publikum. Dementsprechend wird – quasi als „Widerlager“ zur Behauptung, über die erforderlichen Spezialkenntnisse zu verfügen – das Vertrauen des Publikums durch Auferlegung weitgehender, berufsbezogener Sorgfaltspflichten besonders schützt.“¹³³

2. Nichtbestehen einer Erfolgshaftung

Obwohl die Pflichtverletzung nach dem Kriterium der höchstmöglichen Sorgfalt rückschauend beurteilt wird, führt dies nicht zu einer Erfolgshaftung. Die äußerste Ausweitung des Pflichtbegriffes, das Abstellen auf die objektiv bestmögliche Leistung, über die rückschauend entschieden wird, findet ihre sachgerechte Kompensation darin, dass die Beurteilung der Fahrlässigkeitsfrage vom ex-ante-Standpunkt

¹³³ Manfred Lieb, Dienstvertrag, S. 209. Lieb begründet hier das Entstehen des Freiberuflers für die Qualität der von ihm zu erbringenden Leistung mit dem Vertrauen des unkundigen Publikums. Dieser Gedanke wird hier als ein Argument für die Qualifizierung der Pflichtverletzung als Außerachtlassung der höchstmöglichen Sorgfalt fruchtbar gemacht. Ähnliche Erörterungen über das Vertrauen des Publikums auch bei Steffen/Dressler, Arzthaftungsrecht, Rn. 133; Katzenmeier, Arzthaftung, S. 187.

aus erfolgt und dabei die Leistung des durchschnittlichen, gewissenhaften und erfahrenen Angehörigen der Berufsgruppe zum Maßstab genommen wird. Würde diese Kompensation unterbleiben, würde die „Höchstleistungspflicht“ im Ergebnis tatsächlich zu einer Erfolgshaftung führen, die dem Dienstvertrag systematisch fremd und in der Praxis ungerecht wäre.¹³⁴ Die Auferlegung einer solchen „Höchstleistungspflicht“ findet also ihr Korrektiv in der Beurteilung des Verschuldens.¹³⁵

3. Die praktische Relevanz der hier vorgeschlagenen Lösung

Spickhoff ist der Ansicht, dass die praktische Relevanz der Differenzierung anhand der Sorgfalt im Höchstmass und Sorgfalt im Normalmass gering sei. Denn sie erfasse insbesondere nicht den Wechsel des Verkehrskreises, wie er wie folgt ausführt: „So wird man den auszubildenden oder in Weiterbildung stehenden Arzt von vornherein einem anderen Verkehrskreis zuordnen als den ausgebildeten Arzt bzw. den Facharzt, so dass während der Behandlung nicht das Zurückbleiben hinter dem Standard des fertig Ausgebildeten bzw. des Facharztes eine Pflichtverletzung des Anfängers auslöst.“¹³⁶ Hier beruft sich Spickhoff im Grunde darauf, dass der Unterschied zwischen der höchstmöglichen und der durchschnittlichen Sorgfalt wegen des Nichtwechsels des Verkehrskreises eher klein ist und deshalb dieser Unterscheid auch keine große Relevanz hat.

Jedoch ist der Unterschied zwischen der Außerachtlassung der höchstmöglichen und der normalen Sorgfalt doch schon beachtlich. Die Einhaltung der höchstmöglichen Sorgfalt wird aus einer ex-post-Betrachtungsweise beurteilt, wobei alle wirtschaftlichen und technischen Voraussetzungen für einen optimalen Beobachter als vorliegend angenommen werden. Im Gegensatz hierzu ist das Verschulden aus einer Ex-ante-Sicht nach den konkreten Umständen zu beurteilen. Nach dieser Differenzierung kann in vielen Fällen zwar eine Pflichtverletzung zu bejahen, Fahrlässigkeit aber zu verneinen sein.

In der Tat wird das Vorliegen einer Pflichtverletzung abstrakt beurteilt. Hierbei ist die konkrete einzelne Verkehrsuntergruppe nicht zu berücksichtigen, wenn durch Vertragsauslegung keine besondere diesbezügliche Vereinbarung zu ermitteln ist. Nur wenn der Vertrag eine konkrete Verkehrsgruppe für den Dienstverpflichteten (z.B. „auszubildender Arzt“) vorsieht, wird die Pflichtverletzung nach den Kriterien für die Einhaltung oder Außerachtlassung der höchstmöglichen Sorgfalt dieser Verkehrsgruppe beurteilt.

¹³⁴ Scheffler, NJW 1961, 577, 580.

¹³⁵ Scheffler, NJW 1961, 577, 580; Kleutgens, Die Sekundärhaftung des Rechtsanwalts, S. 75;

¹³⁶ Spickhoff, NJW 2002, 2530, 2536; Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 5. Auflage, Rn. 136.

4. Der Ansatz anhand des Begriffspaares von „äußerer“ und „innerer“ Sorgfalt

Zur klaren Abgrenzung könnte die Unterscheidung von „äußerer“ und „innerer“ Sorgfalt¹³⁷ beitragen.¹³⁸ Die so genannte äußere Sorgfalt besteht im sachgemäßen Verhalten. Sachgemäß ist das Verhalten dann, wenn entweder das von der tatbestandlichen Verhaltensnorm verlangte Verhalten an den Tag gelegt wird oder der für die Bewahrung des Rechtsguts erforderliche Umgang mit der Gefahr erfolgt.¹³⁹ „Äußere Sorgfalt“ bezeichnet hiermit ein bestimmtes kunst- oder sachgerechtes äußeres Verhalten.¹⁴⁰ Der Betroffene soll also bei seinem Verhalten gewisse Vorsichtsmaßnahmen, Kunstregeln oder dergleichen anwenden, die dazu dienen, bestimmte erwünschte Ergebnisse herbeizuführen oder bestimmte unerwünschte Ergebnisse zu vermeiden. Beispielsweise muss ein sorgfältiger Arzt die Injektionsnadel sterilisieren, bevor er eine Injektion vornimmt, und die Körperstelle, an der er injizieren will, desinfizieren.¹⁴¹

Die innere Sorgfalt bezeichnet einen intellektuell-emotionalen Vorgang, der aus zwei Teilen zusammengesetzt ist.¹⁴² Die eine Hälfte bezieht sich auf die Erkenntnis des sachgerechten Handelns. Im genannten Beispiel soll der Arzt wissen, dass er vor der Injektion sterilisieren muss. Die andere Hälfte der inneren Sorgfalt ist auf die Erbringung der äußeren Sorgfalt gerichtet. Man hat sich geistig-seelisch so einzurichten, dass man norm- bzw. sachgemäß handelt. Man muss sich bemühen, sorgfältig zu handeln.

Eine mögliche Lösung für die Unterscheidung von Pflichtverletzung und Vertretenmüssen wäre nun, die Verletzung der äußeren Sorgfalt als äußerlich wahrnehmbare Verletzung einer Verhaltenspflicht mit der Pflichtverletzung gleichzusetzen, die Verletzung der inneren Sorgfalt (insbesondere die Erkennbarkeit der Tatumstände sowie der normativen Anforderungen) hingegen dem Vertretenmüssen i.S.v. § 280 Abs.1 S.2 zuzuordnen. Hierfür spräche, dass dem Verschulden dann noch ein einer Vermutung zugänglicher eigener Gegenstand verbliebe.¹⁴³ Denn die Nichteinhaltung der äußeren Sorgfalt indiziert die Verletzung der inneren.¹⁴⁴ Allerdings ist diese Lösungsmöglichkeit nicht unproblematisch. Bzgl. der Beurteilung der Beachtung bzw. Außerachtlassung der äußeren oder inneren Sorgfalt gibt

¹³⁷ Die Unterscheidung zwischen „äußerer“ und „innerer“ Sorgfalt wurde zuerst im Strafrecht entwickelt und vertieft und wurde dann von der Zivilrechtsdogmatik übernommen. Die Berechtigung dieses Begriffspaar ist im Zivilrecht jedoch sehr umstritten. Ausführlich Katzenmeier, *Arzthaftung*, S. 189, Fn. 269; Fabarius, *Äußere und innere Sorgfalt*, 1991, S. 67ff.

¹³⁸ Deutsch, *JZ*, 2002, 588, 591; ders., *Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt*, S. 94ff.

¹³⁹ Deutsch, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2. Auflage, S. 248, Rn. 385.

¹⁴⁰ Huber, *Festschrift E. R. Huber*, S. 265.

¹⁴¹ Huber, *Festschrift E. R. Huber*, S. 265.

¹⁴² Ausführlich Deutsch, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2. Auflage, S. 250, Rn. 388; Huber, *Festschrift E. R. Huber*, S. 265f.

¹⁴³ Deutsch/Spickhoff, *Medizinrecht*, 5. Auflage, S. 93, Rn. 136.

¹⁴⁴ Deutsch, *JZ* 2002, 588, 591; BGH *NJW* 1968, 1279; BGHZ 51, 91, 103ff.; BGH 116, 60, 72f. Ausführlich vgl. Deutsch, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2. Auflage, S. 252f., Rn. 391.

es grundsätzlich zwei Betrachtungsweisen: die ex-ante- oder die ex-post-Betrachtungsweise. Der Haupteinwand gegen diese Lösungsmöglichkeit ist nun, dass es – wenn die Einhaltung der äußeren und inneren Sorgfalt beide nach der ex-ante Betrachtungsweise beurteilt werden – im Rahmen der Dienstleistungen sehr wenige Fälle gäbe, in denen die Verletzung der äußeren Sorgfalt zwar zu bejahen, die Verletzung der inneren aber zu verneinen ist. Wenn die Nichteinhaltung der äußeren Sorgfalt erfolgreich bewiesen wird, wäre es somit fast unmöglich, die Verletzung der inneren Sorgfalt zu widerlegen. Hat der Arzt in der Operationswunde einen Tupfer zurückgelassen lassen oder der Anwalt die Berufungsfrist verpasst, ist es dem Arzt oder dem Rechtsanwalt höchst schwierig zu beweisen, dass er innerlich die genügende Sorgfalt berücksichtigt hat. Das Vorliegen der Außerachtlassung der äußeren Sorgfalt indiziert die Außerachtlassung der inneren Sorgfalt, wobei diese Indizwirkung höchst schwierig zu widerlegen ist. Die äußere Sorgfalt und die innere Sorgfalt werden also fast immer gleichlaufend zu bejahen oder zu verneinen sein. Dies würde dann zu fast den gleichen Folgen führen wie die Überlappung von Pflichtverletzung und Fahrlässigkeit, welche oben schon ausführlich kritisiert wurde.¹⁴⁵

Eine Möglichkeit, die äußere Sorgfalt zu bejahen, die innere aber zu widerlegen, wäre, die Einhaltung der äußeren Sorgfalt als bestmögliches sachgemäßes Verhalten zu qualifizieren, dessen Nichterbringung bzw. Erbringung ex-post festzustellen ist¹⁴⁶. Hiernach wäre dann die Verletzung der äußeren Sorgfalt ohne die Vermutbarkeit zu prüfen ist, wenn der Arzt das medizinische Kriterium nicht befolgt hat. So könnte man zwar vermeiden, dass die äußere und die innere Sorgfalt immer gleichlaufend bejaht oder verneint werden müssten. Jedoch ist im Grunde die Differenzierung zwischen der äußeren Sorgfalt und der inneren Sorgfalt nicht wesentlich. Von Bedeutung ist vielmehr die Differenzierung zwischen der Sorgfalt im Höchstmass und Sorgfalt im Normalmass.

Die hier vertretenen Bedenken gegen die Differenzierung von Pflichtverletzung und Fahrlässigkeit anhand des Begriffspaars der äußeren und inneren Sorgfalt gründen nicht auf die Schwierigkeiten bei der Abgrenzung von innerer und äußerer Sorgfalt, sondern darauf, dass bei Nichteinhaltung der äußeren Sorgfalt auch fast immer die Verletzung der inneren zu bejahen ist. Dieser Einwand ist von der Möglichkeit oder Unmöglichkeit einer sauberen Unterscheidung zwischen äußerer und innerer Sorgfalt unabhängig.¹⁴⁷

¹⁴⁵ vgl. oben C II.

¹⁴⁶ vgl. Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, 2. Auflage, S. 253, Rn. 391; Spickhoff, NJW 2002, 2530, 2535.

¹⁴⁷ Dem Einwand, dass äußere und innere Sorgfalt sich nur schwer voneinander trennen lassen und die Unterscheidung generell verfehlt sei, wurde von Ulrich Huber wie folgt begegnet: „Dies Argument, das den klarsten Unterschied, wie zwischen Tag und Nacht, durch den Hinweis auf die Dämmerung leugnen könnte, beruht in seiner allgemeinen Form auf einem Trugschluss und ist, wie für alle praktischen, so auch für alle theoretischen Zwecke ganz unbrauchbar.“ (Huber, Festschrift E. R. Huber, S.267.).

Zudem würde die Zuordnung der Nichtbeachtung der äußeren Sorgfalt zur Pflichtverletzung und der Verletzung der inneren Sorgfalt zum Verschulden in bestimmten Fällen zu ungerechten Ergebnissen führen. Ein Beispiel ist der Diagnosefehler im Arzthaftungsrecht.¹⁴⁸ Der Diagnosefehler ist eine Fehlinterpretation bzw. Fehlbewertung von erhobenen oder sonst vorliegenden Befunden.¹⁴⁹ Da als innere Sorgfalt jede Disposition und Motivation verstanden wird, welche zum Erkennen der Erkrankung und ihrer Behandlungswege sowie zur Beachtung der äußeren Sorgfalt befähigt, bilden typische Diagnosefehler eine Außerachtlassung der inneren Sorgfalt, nämlich bei der auf die Erkenntnis gerichteten Tätigkeit.¹⁵⁰ Nach dem hier analysierten Ansatz, nämlich der Abgrenzung von Pflichtverletzung und Fahrlässigkeit anhand des Begriffspaares der äußeren und inneren Sorgfalt, würde es bedeuten, dass bei Diagnosefehlern aufgrund vermuteten Verschuldens ein Vertretenmüssen des Arztes zunächst angenommen würde, welches von dem Arzt widerlegt werden müsste. Dies widerspricht jedoch der bisherigen Rechtslage und ist auch sehr ungerecht. Im vor der Schuldrechtsreform geltenden Recht trug der Patient als Anspruchssteller die Beweislast für den Behandlungsfehler, also für eine fehlerhafte Diagnose. Diese Beweislastverteilung ist auch nach der Schuldrechtsreform weiter beizubehalten, insbesondere deshalb, weil der BGH den Diagnosefehler im Sinne von Fehlinterpretation von Befunden nur mit erheblicher Zurückhaltung als Behandlungsfehler bewertet hat. Der Grund für diese Zurückhaltung ist neben der besonderen Schwierigkeit einer zutreffenden Diagnose derjenige, dass dem Arzt ein ausreichender Beurteilungs- und Entscheidungsspielraum bei Diagnose und Therapie gelassen werden muss.¹⁵¹ Die Anwendung der Verschuldensvermutung auf den Diagnosefehler würde die Arzthaftung in diesem Punkt stark verschärfen und letztlich die Entscheidungsspielräume für Diagnose abschaffen.

Somit erweist sich eine pauschale Zuordnung der Verletzung der äußeren Sorgfalt zur Pflichtverletzungsebene und der Verletzung der inneren Sorgfalt zum vermuteten Verschulden jedenfalls nicht durchgängig als sachgerecht.

5. Der entschuldbare Irrtum und die Änderung der Sorgfaltsanforderungen

In der Literatur sind auch andere Lösungsansätze entwickelt worden, nämlich die Figur des entschuldbaren Irrtums und der Änderung der Sorgfaltsanforderungen

¹⁴⁸ Spickhoff, NJW 2002, 2530, 2536; Walter, Spezialisierung und Sorgfaltsstandard im Arzt- und Anwaltshaftungsrecht, S. 115.

¹⁴⁹ Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 4. Auflage, Rn. B 55.

¹⁵⁰ Deutsch/Matthies, Arzthaftungsrecht, 3. Auflage, S. 39; Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 2. Auflage, § 99, Rn. 18; Walter, Spezialisierung und Sorgfaltsstandard im Arzt- und Anwaltshaftungsrecht, S. 115.

¹⁵¹ Spickhoff, NJW 2002, 2530, 2536; Steffen/Dressler, Arzthaftungsrecht: neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung, Rn. 154.

gen.¹⁵² Hiernach würde es an der Fahrlässigkeit fehlen, wenn der Irrtum trotz Anspannung der normalen inneren Sorgfalt nicht zu vermeiden gewesen wäre,¹⁵³ z.B. bei einem Rechtsirrtum eines Rechtsanwalts. Der Rechtsanwalt hat darzulegen und zu beweisen, dass eine fehlerhaft zugrunde gelegte Rechtsauffassung für den Anwalt nicht erkennbar war.¹⁵⁴ Der entschuldigte Irrtum, namentlich der Rechtsirrtum des Schuldners, wird sogar als einzig denkbarer Fall der nicht zu vertretenden Pflichtverletzung genannt.¹⁵⁵ Auch wenn die Sorgfaltsanforderungen geändert bzw. nach den Vorstellungen des Verkehrs verschärft werden, braucht der durchschnittliche Handelnde dafür nicht sofort zu haften. Im Allgemeinen wird er die verschärfte Haftung nicht „kennen müssen“.¹⁵⁶

Völlig zutreffend ist die Folge der Behandlung der genannten Fälle; allerdings ist der theoretische Ansatz, dass der entschuldbare Irrtum und die Änderung der Sorgfaltsanforderungen Beurteilungskriterien für die Fahrlässigkeit sind, nicht haltbar. Vielmehr sind die Fälle des entschuldbaren Irrtums und der Änderung der Sorgfaltsanforderungen als Beispiele für die Einhaltung der Sorgfalt im Normalmass anzusehen und dienen somit als konkrete Anwendungsfälle für den hier vertretenen Lösungsansatz, dass nämlich die Fahrlässigkeit als die Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen normalen Sorgfalt zu qualifizieren ist.

6. Die Theorien der Beweislastverteilung

Der Gesetzgeber hat die Beweislastumkehr für das Vertretenmüssen in Anlehnung an § 282 a.F. in § 280 Abs.1 S.2 normiert.¹⁵⁷ Hiernach ist es am Schuldner zu beweisen, dass er die bereits vom Gläubiger dargelegte Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Über die Beweislastverteilung im Allgemeinen wurden im alten Recht unterschiedliche Theorien entwickelt, z.B. die normative Theorie, die Theorie des Sphärengedankens, die Theorie der Wahrscheinlichkeit und die – spezifisch auf § 282 a.F. angewandte – Theorie der Garantiewirkung. Im Folgenden wird zunächst die Anwendung dieser unterschiedlichen Theorien auf § 280 Abs.1 kurz diskutiert.¹⁵⁸ Danach wird die hier vorgeschlagene Differenzierung von Pflichtverletzung und Fahrlässigkeit durch deren Garantiewirkung erklärt.

¹⁵² Deutsch, JZ 2002, 588, 591; Spickhoff, NJW 2002, 2530, 2536; Spickhoff, Aktuelle Rechtsfragen der medizinischen Behandlungsverhältnisse, 2004, S. 60; Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 5. Auflage, Rn. 137.

¹⁵³ Deutsch, JZ 2002, 588, 591.

¹⁵⁴ Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 5. Auflage, Rn. 137.

¹⁵⁵ Huber, in: Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 31, 102f.

¹⁵⁶ Deutsch, JZ 2002, 588, 591.

¹⁵⁷ Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drucks, 14/6040, S. 136.

¹⁵⁸ Zu berücksichtigen ist, dass hier nur die Anwendung dieser Theorien auf § 280 Abs.1, nicht deren allgemeine Richtigkeit, zu diskutieren ist.

a) Die normative Theorie

Nach der normativen Theorie sollte die Beweislast wie folgt verteilt werden: Diejenige Partei, deren Prozessbegehren ohne die Anwendung eines bestimmten Rechtssatzes keinen Erfolg haben kann, trägt die Beweislast dafür, dass die tatsächlichen Voraussetzungen dieses Rechtssatzes verwirklicht sind, kurz gesagt: jede Partei hat die Voraussetzungen der ihr günstigen Norm zu beweisen.¹⁵⁹ Allerdings ist diese Theorie für die dogmatische Erklärung der Beweislastumkehr in § 280 Abs.1 unbrauchbar. Denn wenn das Vorliegen einer Voraussetzung einer Partei günstig und deshalb von ihr zu beweisen ist, kann man genauso gut entgegengesetzt argumentieren und behaupten, dass das Nichtvorliegen dieser Voraussetzung der anderen Partei günstig ist und deshalb von ihr bewiesen werden soll. So ist z.B. das Vorliegen des Vertretenmüssens günstig für den Gläubiger, so dass es nach dieser Theorie von dem Gläubiger bewiesen werden müsste; allerdings ist spiegelbildlich das Nichtvorliegen des Vertretenmüssens günstig für den Schuldner, so dass man nun dieser Theorie zufolge auch sagen könnte, dass der Schuldner das Nichtvorliegen des Vertretenmüssens zu beweisen habe.

b) Beweislastverteilung nach dem Sphärengedanken

Nach der Theorie des Sphärengedankens ist die Beweislast nach Sphären oder Gefahrenbereichen zu verteilen.¹⁶⁰ Die Partei, in deren Gefahrenbereich die Ursache des Schadens fällt, ist für die jeweilige Tatsache beweispflichtig, da sie näher dran ist, die Folge des Nichterwiesenseins dieser Ursache zu tragen.¹⁶¹ In gewisser Weise mögen die Aspekte der Beweisnähe und Beweisnot als Erwägungsfaktoren eine Rolle spielen; als hauptsächliches Prinzip der Beweislastverteilung eignen sie sich jedoch nicht.¹⁶² Denn Aufklärungsschwierigkeiten betreffen in der Regel die Pflichtverletzung und das Vertretenmüssen gleichzeitig, was bedeutet, dass – wenn der Beweis des Vertretenmüssens schwierig zu erbringen ist – meistens auch die Pflichtverletzung schwierig zu beweisen sein wird.¹⁶³ Nach der Theorie des Sphärengedankens würde dies bedeuten, dass die Pflichtverletzung und das Vertretenmüssen meistens von ein und derselben Partei zu beweisen wäre, was dem Wortlaut des § 280 Abs.1 offensichtlich widerspricht.

¹⁵⁹ Musielak, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess, S. 288; Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast, S. 265f; Rosenberg, Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung, 5. Auflage, S.98f.

¹⁶⁰ Die Rechtsprechung verwendete den Sphärengedanken vor der Schuldreform schon seit langem bei der Beweislastverteilung iRd positiven Forderungsverletzung. RGZ 148, 148; BGHZ 8, 239; 23, 288 290f.; 27, 236, 238f.; 28, 251 254.

¹⁶¹ Prölss, Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozess, S. 72.

¹⁶² Heinemann, Die Beweislastverteilung bei positiven Forderungsverletzungen, S. 35.

¹⁶³ Heinemann, Die Beweislastverteilung bei positiven Forderungsverletzungen, S. 32.

Hinsichtlich der Arzthaftung wurde vorgeschlagen, „nach dem eigentlichen Sachgrund für die Verteilung der Beweislast in § 280 Abs.1 BGB zu fragen.“¹⁶⁴ Weiter wurde argumentiert, dass sich ein Patient typischerweise nur wegen eines körperlichen Defizits zum Arzt begäbe. Dieses Defizit läge zunächst einmal in der Sphäre des Patienten. Deshalb sei es nicht sachgerecht, den Behandlungsfehler oder eine der Behandlung vorausgehende zutreffende Diagnose zum Gegenstand der Vermutung von § 280 Abs.1 S.2 zu erheben, so dass der Arzt fehlendes Verschulden beweisen müsste.¹⁶⁵ Dieses Ergebnis ist zwar richtig, allerdings ist die Argumentation unzutreffend; dies beruht meines Erachtens auf einem falschen Verständnis des Sphärengedankens. Das wesentliche Kriterium der Beurteilung der zu verantwortenden Sphäre ist die Beweismähe oder die Beweisnot oder beides,¹⁶⁶ also eine rechtliche Wertung, nicht der physikalische Sachbereich. Obwohl das körperliche Defizit bei dem Patienten vorliegt, bedeutet dies nicht, dass der Patient bzgl. des Beweises von Behandlungs- oder Diagnosefehlern näher an der Problematik steht als der Arzt. Der Patient, der weder über das nötige Fachwissen noch über einen Einblick in den Bereich verfügt, aus dem die Schadensursache stammt, kann bzgl. des Behandlungsfehlers typischerweise viel weniger als der Arzt aussagen. Aus dem Sphärengedanken ist nicht zu folgern, dass die Pflichtverletzung (nämlich der Behandlungsfehler) von dem Patient zu beweisen ist. Der Sphärengedanke kann also die Beweislastverteilung, dass der Patient die Pflichtverletzung des Arztes zu beweisen hat, nicht vernünftig erklären bzw. rechtfertigen.

c) Die Theorie der Wahrscheinlichkeit

Die Theorie der Wahrscheinlichkeit verteilt die Beweislast nach dem Wahrscheinlichkeitsprinzip. Die Beweislast ist grundsätzlich von demjenigen zu tragen, der einen Umstand zu seinen Gunsten behauptet, der nicht überwiegend wahrscheinlich ist.¹⁶⁷ Begründet wird dieser Ansatz mit dem Gedanken der Leichtigkeit der Beweisführung. In der Literatur gibt es hierbei vielfältige und z.T. unterschiedliche Ansätze des Wahrscheinlichkeitsgedankens. Insbesondere wird unterschieden, ob die Beweislastverteilung nach der Wahrscheinlichkeit der konkreten Tatsachenbehauptung oder nach der abstrakten Lebenswahrscheinlichkeit¹⁶⁸ erfolgen soll. Obwohl die Wahrscheinlichkeitstheorie vielfältig kritisiert wird¹⁶⁹, kann insbesondere

¹⁶⁴ Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 5. Auflage, Rn. 137.

¹⁶⁵ Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 5. Auflage, Rn. 137.

¹⁶⁶ Erst deswegen hat der BGH anerkannt, dass § 282 a.F. analog angewandt werden soll, nämlich dass sich der Krankenhausträger entlasten können soll, wenn der Gesundheitsschaden des Patienten sich in einem Bereich ereignet hatte, dessen Gefahren vom Klinikpersonal voll beherrscht hätte werden können und müssen.

¹⁶⁷ Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast, S. 192f.; Reinecke, Die Beweislastverteilung im Bürgerlichen Recht und Arbeitsrecht als rechtspolitische Aufgaben, S. 40ff.

¹⁶⁸ Zur abstrakten Wahrscheinlichkeitstheorie vgl. Reinecke, Die Beweislastverteilung im Bürgerlichen Recht und Arbeitsrecht als rechtspolitische Aufgaben, S. 51

¹⁶⁹ Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast, S. 194, 212.

die abstrakte Wahrscheinlichkeitstheorie theoretisch gut erklären, warum die Pflichtverletzung nach § 280 Abs.1 S.1 von dem Gläubiger bewiesen werden soll. Der Grund hierfür liegt darin, dass im Vergleich zu den unzähligen im Rechtsverkehr auftretenden Schuldverhältnissen diejenigen Schuldverhältnisse, in denen eine Pflichtverletzung eventuell vorkommt, sehr selten und somit eher unwahrscheinlich sind. Jedoch vermag auch diese Theorie die Beweislastumkehr in § 280 Abs.1 S.2 nicht befriedigend zu erklären, da man allein aus der Tatsache der Pflichtverletzung und der dadurch verursachten Schäden nicht schließen kann, dass das Vertretenmüssen überwiegend wahrscheinlich vorliegen müsste, da die Konstellationen der Pflichtverletzung zu unterschiedlich sind, um ein einheitliches Wahrscheinlichkeitsurteil zu fällen. Zudem kann diese Theorie auch nicht die hier vorgeschlagene Lösung erklären, dass nämlich die Pflichtverletzung bei den Dienstleistungen als die Außerachtlassung der höchstmöglichen Sorgfalt und die Fahrlässigkeit als die Außerachtlassung der normalen Sorgfalt unter Berücksichtigung der konkreten Umstände zu qualifizieren ist.

d) Die Garantiewirkung der Beweislastverteilung in § 282 a.F. und § 280 Abs.1 S.2

Neben dem Sphären- und dem Wahrscheinlichkeitsgedanken wurde im Schrifttum ein weiterer Grund für die Beweislastverteilungsregel des § 282 a.F. entwickelt, welcher mit dem Begriff „Garantieprinzip“ umschrieben wurde.¹⁷⁰ Dieser Theorie zufolge enthielt § 282 a.F. gleichsam ein Stück Erfüllungsgarantie, die der Schuldner aufgrund seiner Leistungsverpflichtung auf sich genommen habe. Die Beweislastverteilung im Rahmen des § 282 a.F. stellte eine Art Gewährleistung dar, welche eine Abschwächung des Verschuldensgrundsatzes im Sinne der persönlichen Vorwerfbarkeit zur Folge hatte.¹⁷¹ Der Schuldner war nämlich nicht nur dann verantwortlich, wenn sein Verschulden nachgewiesen war, sondern auch schon dann, wenn es nicht bewiesen werden konnte. Insofern hatte die Beweislastregelung eine weitreichende materiellrechtliche Wirkung, da sie das materielle Recht nachhaltig beeinflusste.¹⁷²

Es war vor der Schuldrechtreform umstritten, ob aus der Garantiewirkung des § 282 a.F. ein selbständiges Garantieprinzip abzuleiten war.¹⁷³ Hierauf ist im Rahmen dieser Arbeit nicht weiter einzugehen. Zumindest ist aber nicht zu verneinen, dass die Beweislastumkehr in § 282 a.F. bzw. § 280 Abs.1 S.2 eine Garantiewirkung hat. Meines Erachtens ist diese Garantiewirkung auch gerechtfertigt: Sie rechtfertigt sich aus dem Versprechen des Schuldners im Vertrag, aus dem nicht gehaltenen Wort des Schuldners. Der Schuldner hat versprochen, sich in einer

¹⁷⁰ Prütting, *Gegenwartsprobleme der Beweislast*, S. 263; Heinemann, *Die Beweislastverteilung bei positiven Forderungsverletzungen*, S. 45ff.; Währendorf, *Prinzipien der Beweislast im Haftungsrecht*, S. 100f.

¹⁷¹ Währendorf, *Prinzipien der Beweislast im Haftungsrecht*, S. 100f.

¹⁷² Währendorf, *Prinzipien der Beweislast im Haftungsrecht*, S. 101.

¹⁷³ Heinemann, *Die Beweislastverteilung bei positiven Forderungsverletzungen*, S. 46.

gewissen Weise zu verhalten oder etwas zu unterlassen. Wenn er dieses Versprechen nicht hält, soll er grundsätzlich dafür haften, sofern er das vermutete Bestehen des Verschuldens nicht widerlegen kann.

Die Garantiewirkung des § 280 Abs.1 S.2 ist in den Fällen der Dienstleistung auch gerechtfertigt. Zudem entspricht sie der hier vorgeschlagenen Lösung, dass die Pflichtverletzung bei den Dienstleistungen als die Außerachtlassung der höchstmöglichen Sorgfalt und die Fahrlässigkeit als die Außerachtlassung der normalen Sorgfalt unter Berücksichtigung der konkreten Umstände zu qualifizieren ist. Wie oben erörtert bezeichnet „Beachtung der höchstmöglichen Sorgfalt“ das Verhalten, welches ein normaler Berufsangehöriger in einer gegebenen Situation im Optimalfall an den Tag legen kann. Die Qualifizierung der Pflichtverletzung als Außerachtlassung der höchstmöglichen Sorgfalt bedeutet, dass der konkrete Berufsangehörige durch sein Leistungsversprechen zunächst das bestmögliche Verhalten garantiert. Wenn er dieses Versprechen nicht einhält, soll er grundsätzlich dafür haften, sofern er das Bestehen des Verschuldens nicht widerlegen kann. Durch die Garantiewirkung des § 280 Abs.1 S.2 wird das Vertrauen des Publikums, dass der Berufsangehörige das bestmögliche Verhalten an den Tag legen soll, geschützt.

V. Exkurs: Die teleologische Reduktion des § 280 Abs.1 S.2 im Fall der Arzthaftung

Vor der Schuldrechtsreform hat die Rechtsprechung bzgl. des Verschuldens des Arztes und der Verbindung des Verschuldens mit dem Fehler eine Beweislastumkehr in Anlehnung an § 282 a.F. stets abgelehnt.¹⁷⁴ Dies fand auch die Zustimmung des überwiegenden Teils des Schrifttums.¹⁷⁵

Im Zuge der Schuldrechtsreform wurde die Arzthaftung nur rudimentär berücksichtigt. Lediglich im Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts liest man folgendes: „Nach geltendem Recht liegen Behauptungs- und Beweislast für das Nichtvertretenmüssen auch in den meisten Fällen der positiven Forderungsverletzung beim Schuldner, freilich mit einigen Ausnahmen, etwa bei der Arzthaftung Doch sind diese nach Auffassung der Kommission einer gesetzlichen Regelung zumindest derzeit noch nicht zugänglich. Daher muss die Verteilung der Behauptungs- und Beweislast einstweilen

¹⁷⁴ RGZ 78, 432; BGHZ 4, 138; BGH NJW 1969, 553; VersR 1980, 428; BGH, NJW 1980, 1333; BGH, NJW, 1980, 2751; BGH NJW, 1981, 2002; VersR 1981, 462; BGH NJW, 1991, 1540; BGH NJW, 1991, 1541; BGH NJW, 1999, 860.

¹⁷⁵ Laufs, *Arztrecht*, 5. Auflage, Rn. 619; Deutsch, *Medizinrecht*, 4. Auflage, Rn. 319; Deutsch/Matthies, *Arzthaftungsrecht*, S. 26; MünchKomm-Emmerrich, vor 275, 4. Auflage, 2001, Rn. 321; Staudinger-Schiemann (1998), Vorbemerkung zu §§ 249ff., Rn. 94; Staudinger-Löwisch (2001), § 282, Rn. 29ff.

ohne Ausnahme formuliert werden. Doch soll dies keine Absage an die bisher geübte Praxis bedeuten.¹⁷⁶

Vor diesem Hintergrund ist zu überlegen, ob das Recht der vertraglichen Arzthaftung von der Verschuldensvermutung des § 280 Abs.1 S.2 im Wege der teleologischen Reduktion auszunehmen ist.¹⁷⁷

Allerdings war die Ablehnung der analogen Anwendung des § 282 a.F. auf die vertragliche Arzthaftung schon vor der Schuldrechtsreform heftig umstritten. Die Argumentation der Kritiker¹⁷⁸ zur Rechtsprechungspraxis scheint auch überzeugend. Zumindest ist die Verschuldensvermutung bei der Arzthaftung im neuen Recht nicht sachfremd, weswegen der teleologischen Reduktion des § 280 Abs.1 S.2 für den Fall der vertraglichen Arzthaftung nicht zuzustimmen ist. Im Folgenden sind die Argumente der Ablehnung der Verschuldensvermutung für den Fall der vertraglichen Arzthaftung im Einzelnen zu analysieren.

Zunächst wurde die Unanwendbarkeit des § 282 a.F. häufig damit begründet, dass der Arzt regelmäßig nur für eine sachgerechte Behandlung des Patienten eintreten, nicht aber die Gewähr für den Eintritt des erwünschten Heilungserfolges übernehmen kann.¹⁷⁹ Da der Heilungserfolg außerhalb des ärztlichen Leistungsrisikos liege, könne es bei einer Beweislastverteilung nach dem vertragsspezifischen Leistungsrisiko nicht zum Nachteil des Arztes reichen, wenn es im Prozess ungeklärt bleibt, aus welchen Gründen der Heilungserfolg ausgeblieben oder ein sonstiger Gesundheitsschaden eingetreten ist.¹⁸⁰ Die analoge Anwendung § 282 a.F. würde also im Ergebnis bedeuten, dass der Arzt für den Heilungserfolg verantwortlich ist. Allerdings beruht dieses Argument auf einem Missverständnis. Anknüpfungspunkt einer Verschuldensvermutung – nicht nur vor, sondern auch nach der Schuldrechtsreform – kann und soll keinesfalls der ausbleibende Heilungserfolg, sondern muss vielmehr eine feststehende Pflichtverletzung des Arztes sein.¹⁸¹ Der Patient muss zuerst die Pflichtverletzung, also die nicht sachgerechte Behandlung durch den Arzt, beweisen. Gelingt dem Patienten dieser Nachweis, erscheint es allerdings sachgerecht, dass der Arzt die Umstände darlegen muss, aufgrund derer er die Pflichtverletzung subjektiv nicht zu vertreten hat.¹⁸²

Die Nichtanwendung des § 282 a.F. bei der Arzthaftung wurde weiterhin auch so erklärt, dass dem Arzt nicht die Beweislast bezüglich des Nichtvorliegens von

¹⁷⁶ Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, S. 130.

¹⁷⁷ So ausdrücklich Medicus, Schuldrecht I, 13. Auflage, Rn. 420; Katzenmeier sieht dieses Ergebnis für die künftige Rechtsprechung und herrschende Lehre voraus, vertritt jedoch selbst eine andere Auffassung, vgl. Katzenmeier, Arzthaftungsrecht, S. 493, Fn. 575; ders, VersR 2002, 1066, 1068.

¹⁷⁸ Vgl. nur Katzenmeier, Arzthaftungsrecht, S. 493 m.w.N.

¹⁷⁹ Vgl. BGH NJW 1977, 1102, 1103; BGH NJW 1991, 1540, 1541; OLG Karlsruhe, VersR 1997, 241f.; Müller, Beweislast und Beweisführung im Arzthaftungsprozess, NJW 1997, 3049.

¹⁸⁰ Baumgärtel, Beweislastpraxis im Privatrecht. Die Schwierigkeiten der Beweislastverteilung und die Möglichkeiten ihrer Überwindung, Rn. 66.

¹⁸¹ Katzenmeier, Arzthaftungsrecht, S. 492.

¹⁸² Katzenmeier, Arzthaftungsrecht, S. 492 m.w.N.

Behandlungsfehlern auferlegt werden sollte.¹⁸³ Im alten Recht war dies in manchen Fällen zutreffend. Nach allgemeinem zivilrechtlichen Verständnis konnte die Beweislastumkehr des § 282 a.F. auch den Nachweis eines objektiven Pflichtverstoßes des Schuldners erfassen, wenn der Gläubiger im Herrschafts- und Organisationsbereich des Schuldners zu Schaden gekommen ist und dessen Vertragspflichten auch dahin gingen, den Gläubiger gerade vor einem solchen Schaden zu bewahren.¹⁸⁴ Mit der analogen Anwendung des § 282 a.F. konnte in manchen Fällen auch die Pflichtverletzung des Arztes vermutet werden. Jedoch trifft dies im neuen Recht nicht mehr zu. Die Beweislastumkehr im neuen Recht bezieht sich nach § 280 Abs.1 S.2 nur auf die Verschuldensvermutung, nicht auf die Pflichtverletzung. Die Pflichtverletzung ist vom Patienten zu beweisen. Die Gefahr, dass der Arzt die vermutete Pflichtverletzung widerlegen müsste, besteht im neuen Schuldrecht nicht.

Im alten Recht wurde auch die Besonderheit des menschlichen Organismus als Einwand gegen die analoge Anwendung des § 282 herangezogen: Da Zwischenfälle bei einer medizinischen Behandlung wegen der Unberechenbarkeit des lebenden Organismus immer gleichsam schicksalhaft eintreten könnten, dürfe nicht schon durch einen ausbleibenden Erfolg oder einen Fehlschlag auf ein Verschulden des Arztes geschlossen werden.¹⁸⁵ Hiergegen lassen sich auch nicht die Besonderheiten des menschlichen Organismus anführen;¹⁸⁶ denn dass ein Gesundheitsschaden aufgrund der Unwägbarkeiten des lebenden Körpers auch schicksalhaft eingetreten sein kann, spricht bloß gegen eine Kausalitätsvermutung, nicht gegen die Annahme, dass der Handelnde sein objektives Fehlverhalten auch subjektiv zu vertreten hat.¹⁸⁷

Die für den Patienten ungünstige Beweislage rechtfertigt sich auch aus dem Gedanken, dass das Eingriffsrisiko zunächst krankheitsbedingt sei und damit aus der Sphäre des Patienten komme.¹⁸⁸ Dem ist allerdings nicht zuzustimmen. Denn wenn ein Behandlungsfehler des Arztes und dessen Ursächlichkeit für den Schaden feststeht, lässt sich einer den Arzt treffenden Verschuldensvermutung auch nicht mehr entgegenhalten, dass das Eingriffsrisiko ursprünglich krankheitsbedingt war und damit aus der Sphäre des Patienten kam.¹⁸⁹

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, dass die Verschuldensvermutung nach § 280 Abs.1 S.2 auch im Fall der vertraglichen Arzthaftung als sachgerecht erscheint und eine teleologische Reduktion nicht notwendig ist. Die vertragliche Arzthaf-

¹⁸³ Deutsch, JZ 2002, 588, 592.

¹⁸⁴ Vgl. BGHZ 51, 91, 103ff.; BGHZ 67, 383, 387; Larenz, Schuldrecht I, 14. Auflage, § 24 I b, S. 374 f.

¹⁸⁵ BGH NJW 1980, 1333; BGH NJW 1980, 2751, 2752.

¹⁸⁶ Seorgel-Wiedemann, 12. Auflage, vor § 275, Rn. 559.

¹⁸⁷ Katzenmeier, Arzthaftung, S. 493.

¹⁸⁸ BGH NJW 1980, 1333; Laufs, Arztrecht, 5. Auflage, Rn. 619.

¹⁸⁹ Katzenmeier, Arzthaftung, S. 493.

tung stellt im Punkt der Verschuldensvermutung keinen Ausnahmefall der Dienstleistungshaftung vor.

VI. Ergebnis

Die Schuldrechtsreform hat eine neue Problematik hinsichtlich der Abgrenzung zwischen Pflichtverletzung in § 280 Abs.1 S.1 und Fahrlässigkeit in § 280 Abs.1 S.2 bei der Dienstleistung geschaffen. Der Vermengung von Pflichtverletzung und Fahrlässigkeit, wodurch eine selbstständige Bedeutung der Letzteren verneint werden würde, ist nicht zuzustimmen. Richtig ist vielmehr, die Pflichtverletzung als die Außerachtlassung der höchstmöglichen Sorgfalt, die von einem ex-post-Standpunkt aus beurteilt wird, die Fahrlässigkeit hingegen als die Verletzung der im Verkehr erforderlichen normalen Sorgfalt, die von einem ex-ante-Standpunkt aus beurteilt wird, zu qualifizieren. Die Einhaltung der höchstmöglichen Sorgfalt auf der Ebene der Pflichten entspricht dem Vertrauen der Kunden auf den jeweiligen Berufsträger. Der hohe Pflichtenmaßstab erfährt auf der Verschuldensebene durch die ex-ante und konkret zu beurteilende Figur der Fahrlässigkeit eine Korrektur. Durch das Zusammenspiel der verschiedenen Tatbestandsmerkmale können so sachgerechte Folgen herbeigeführt werden.

D. Das Verhältnis zwischen dem Recht zur außerordentlichen Kündigung in § 626 und dem Rücktrittsrecht

I. Einführung

Nach ganz überwiegender Ansicht wird das Rücktrittsrecht beim Dienstvertrag – nicht nur vor, sondern auch nach der Schuldrechtsreform – durch das Recht zur außerordentlichen Kündigung ersetzt.¹⁹⁰ Im alten Schuldrecht war der Vertragsrücktritt nach §§ 325, 326 a.F. erheblich anders geregelt als das Kündigungsrecht nach § 626: Der Rücktritt vom Vertrag setzte nach §§ 325, 326 a.F. das Vertretenmüssen des Schuldners voraus und schloss den Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus. Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz hat eine der Rücktrittsvoraussetzungen, das Vertretenmüssen, abgeschafft (§ 323), und der Rücktritt schließt nach § 325 n.F. den Schadensersatzanspruch nun nicht mehr aus. Im Vergleich zur Rechtslage im alten Schuldrecht ist der Unterschied zwischen Rücktritt und außerordentlicher Kündigung im neuen Schuldrecht kleiner geworden. Im Folgenden ist zu erforschen, ob das Rücktrittsrecht des allgemeinen Schuldrechts bei

¹⁹⁰ RGZ 81, 303, 304f.; RGZ 92, 158, 160; Beitzke, Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen, S.21ff.; Staudinger/Preis (2002), § 626, Rn.13; MünchKomm/Henssler, 4.Auflage, § 626, Rn.6; § 627, Rn.5; Oetker, Dauerschuldverhältnis, S. 352 m.w.N.

den Dienstleistungen auch noch nach der Schuldrechtsreform durch das Kündigungsrecht gem. § 626 verdrängt wird.

II. Die Analyse der Begründungen in der Literatur

1. Die Praktikabilitätsargumentation

a) *Die Meinung im Schrifttum.*

Im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen, zu denen auch die meisten selbständigen Dienstverträge gehören, vertritt die ganz überwiegende Ansicht einen Ausschluss des Rücktrittsrechts durch das Kündigungsrecht. Eine Argumentation dieser Meinung ist, dass eine mit einer ex-tunc Wirkung verbundene Rückabwicklung des in Vollzug gesetzten Dauerschuldverhältnisses nach Rücktrittsregeln große praktische Schwierigkeiten mit sich brächte. In der höchstrichterlichen Rechtsprechung wurde hierzu ausgeführt, dass die Anwendung der §§ 346ff., also die Rückabwicklung des in Vollzug gesetzten Dauerschuldverhältnisses, „Unklarheiten und Verwicklungen bedenklichster Art ergeben“¹⁹¹ würde, „zu unerträglicher Verwirrung führen würde“¹⁹², „nicht den Interessen der Parteien entspricht und angesichts der insbesondere bei längerer Vertragsdauer entstehenden erheblichen Durchführungsschwierigkeiten zu Unzuträglichkeiten“¹⁹³ führen würde. Auch das zivilrechtliche Schrifttum verweist zumeist auf die fehlende Praktikabilität einer Rückabwicklung bei in Vollzug gesetzten Dauerschuldverhältnissen.¹⁹⁴

b) *Eigene Stellungnahme*

Die Praktikabilitätsargumentation ist nur vordergründig.¹⁹⁵ Sie sieht sich nicht nur dem Einwand des 8. Senats des Bundesarbeitsgerichts ausgesetzt, dass Schwierigkeiten bei der Rechtsanwendung nicht von der Pflicht entbinden, das geltende Recht anzuwenden,¹⁹⁶ sondern steht auch im Widerspruch zu den Wertungen des Bürgerlichen Gesetzbuches.¹⁹⁷ Im alten Recht gab es mit § 346 S. 2 a.F. eine Sonderregelung, nach der bei Dienstleistungen eine Anwendung der §§ 346ff. a.F. möglich war. Die Schwierigkeiten, die bei der Durchführung einer Rückabwick-

¹⁹¹ RGZ 81, 303 305.

¹⁹² RGZ 89, 333 335.

¹⁹³ BGHZ 50, 312 315.

¹⁹⁴ Christodoulou, Vom Zeitelement im Schuldrecht: Vorstudien aus der Sicht des Dauerschuldverhältnisses, S. 168f.; Gutzler, Lösung von Dauerlieferungsverträgen durch Rücktritt und Kündigung, S. 41f.

¹⁹⁵ Oetker, Dauerschuldverhältnis, S. 351.

¹⁹⁶ BAG, AP Nr. 1 zu § 611 BGB; Oetker, Dauerschuldverhältnis, S. 351.

¹⁹⁷ Oetker, Dauerschuldverhältnis, S. 351.

lung von Dienstleistungen auftraten, beseitigte diese Regelung dadurch, dass für Dienstleistungen Wertersatz zu leisten war. Dementsprechend – § 346 S. 2 a.F. wurde über den Wortlaut hinaus als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes verstanden – regelt § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 n.F. eine Sonderform der Rückgewähr: Ist nach der Natur des Erlangten eine Rückgewähr oder Herausgabe ausgeschlossen, so ist der Rückgewährschuldner zu Wertersatz verpflichtet. Die Rückgewähr der Dienstleistung ist also durch Wertersatz nach dieser Regelung möglich.¹⁹⁸ Somit kann die vermeintliche Schwierigkeit der Rückgewähr von Dienstleistungen nicht als Argument für den Ausschluss des Rücktrittsrechts durch das Kündigungsrecht herangezogen werden.

2. Gleiche Rechtswirkungen des Rücktritts und der außerordentlichen Kündigung

a) Die Meinung im Schrifttum

Ein weiteres Argument für den Ausschluss des Rücktrittsrechts durch das außerordentliche Kündigungsrecht ist, dass das Rücktrittsrecht bei Dienstleistungen grundsätzlich in seinen Rechtswirkungen der Kündigung gleichgestellt sei: Der Rücktritt hat nach § 346 eine Rückgewähr der schon erbrachten Leistungen zur Folge. Schon bei der Schaffung des BGB war erkannt worden, dass diese Rückgewähr sich nicht immer durchführen lässt. An die Stelle der unmöglichen Rückgewähr der Dienstleistung solle ein Wertersatz treten, der sich nur hilfsweise nach dem objektiven Wert der Leistung, grundsätzlich aber nach der Höhe der vereinbarten Gegenleistung richten solle,¹⁹⁹ mag sich die Vereinbarung ausdrücklich oder aus bloßen Gewohnheiten ergeben. Damit sei prinzipiell festgelegt, dass hinsichtlich der Hauptleistungen der Rücktritt bei Dienstleistungsverträgen dieselben Wirkungen habe wie eine Kündigung. Wurde die Gegenleistung für die Dienste schon erbracht, so müsste nach § 346 von beiden Seiten das vereinbarte Entgelt bzw. der Wertersatz für die Dienstleistung in gleicher Höhe, „zurückgewährt“ werden, ein nutzloses Hin- und Her, das in der Praxis kaum durchgeführt und durch eine vom Richter vorgenommene Aufrechnung ersetzt werden würde. Es bleibt bei den einmal erbrachten vertragsmäßigen Leistungen. Es sei doch gewiss lebensnäher zu sagen, es gebe hier keinen Rücktritt, sondern nur die Kündigung.²⁰⁰

b) Eigene Stellungnahme

Diese Argumentation trifft für eine Vielzahl von denkbaren Fällen zu und könnte in der Tat gegen die Zulassung des Rücktrittsrechts sprechen. Allerdings übersieht

¹⁹⁸ Oetker, Dauerschuldverhältnis, S. 351; Gernhuber, Das Schuldverhältnis, § 16 II 8, S. 396.

¹⁹⁹ § 346 S.2 a.F.; § 346 Abs. 2 S.2 n.F.

²⁰⁰ Beitzke, Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen, S. 21f.

diese Meinung, dass nicht alle Fälle von der Regelung, dass der Dienstberechtigte den Wert der geleisteten und zurückzugewährenden Dienste in Höhe des vereinbarten Entgelts zurückzugeben hat, umfasst sind; es gibt nämlich auch viele Fälle, in denen die geleisteten Dienste mangelhaft und somit objektiv wertlos oder zumindest minderwertiger als die vertragsgemäß zu erbringenden Dienste sind. Die Bestimmung des § 346 S.2 a.F. oder § 346 Abs. 2 S.2 n.F., dass die Gegenleistung bei der Berechnung des Wertersatzes zugrunde zu legen ist, ist nicht so zu verstehen, dass das im Vertrag vereinbarte Entgelt in jedem Fall zu zahlen ist. Die Bestimmung ist nur eine Ausgestaltung des Grundsatzes, dass im Fall des Rücktritts die gegenseitige Bereicherung zurückzugeben ist; das Entgelt soll nur als Berechnungsgrundlage für den Wert der Bereicherung des Dienstberechtigten dienen. Sind aber die geleisteten Dienste objektiv wertlos oder objektiv weniger wert als die vereinbarte Vergütung, so ist mangels einer Bereicherung des Dienstberechtigten auch nichts oder entsprechend weniger zu erstatten.²⁰¹ Weiterhin ist anzumerken, dass beim Rücktritt vom Dienstvertrag nicht in allen Fällen nur der Wertersatz an die Stelle der Rückgewähr der Dienstleistung tritt. Denn wenn ggf. neben der Dienstleistung auch Sachleistungen vereinbart wurden, sollen diese auch nach dem Rücktritt zurückgegeben werden, was bei einer Kündigung überhaupt nicht passieren kann.

c) Vergleich der Rechtswirkungen von Rücktritt und außerordentlicher Kündigung

Nach allgemeinem Verständnis unterscheiden sich die Rechtsfolgen der außerordentlichen Kündigung erheblich von denen des Rücktritts. Die rechtsgestaltende Rücktrittserklärung des Rücktrittsberechtigten hebt die im Vertrag begründeten primären Leistungspflichten auf, soweit sie noch nicht erfüllt wurden oder auf andere Weise erloschen waren (Befreiungswirkung). Zugleich aber begründet der Rücktritt eine Pflicht zur Rückgewähr der empfangenen Leistungen, nämlich ein Rückgewährschuldverhältnis. Nach § 346 Abs. 1 Halbsatz 1 ist zunächst die empfangene Leistung zurückzugewähren oder – falls eine Rückgewähr nach der Natur des Erlangten ausgeschlossen ist – nach § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Wertersatz zu leisten. Außerdem müssen nach § 346 Abs. 1 Halbsatz 2 die gezogenen Nutzungen herausgegeben werden. Das Kündigungsrecht beendet zwar auch das Vertragsverhältnis, es verzichtet jedoch auf die Rückgewähr der beiderseits schon empfangenen Leistungen und berührt deshalb nicht den in der Vergangenheit liegenden Leistungsaustausch. Im Unterschied zu der ex-nunc Wirkung einer Kündigung entzieht der Rücktritt dem in der Vergangenheit liegenden Leistungsaustausch zwar nicht die causa, wohl aber verpflichtet er die Vertragsparteien zur Rückabwicklung des Leistungsaustausches und zielt auf seine Beseitigung ab.

²⁰¹ Palandt/Heinrichs, 64. Auflage, § 346, Rn. 10; Jauernig/Teichmann, Kommentar zum BGB, 11. Auflage 2004, § 346, Rn. 6; MünchKomm/Gaier, 4. Auflage, Band 2a, § 346, Rn. 22, 47.

Jedoch wird der in der Vergangenheit liegende Leistungsaustausch im Fall der Kündigung nach § 626, 627 ggf. auch berührt, und zwar durch § 628 Abs.1 S.2.: „Veranlasst er (scil. der Dienstverpflichtete) durch sein vertragswidriges Verhalten die Kündigung..., so steht ihm ein Anspruch auf Vergütung insoweit nicht zu, als seine bisherigen Leistungen infolge der Kündigung für den anderen Teil kein Interesse haben.“ Diese Bestimmung ist meines Erachtens so zu verstehen, dass die Kündigung gemäß § 626 unter den Voraussetzungen des § 628 Abs.1 S.2 ähnliche Rechtswirkungen haben soll wie ein Rücktritt des Dienstberechtigten von dem Dienstvertrag.

Auf den ersten Blick berührt § 628 Abs.1 S.2 nicht die schon erbrachte Vergütung, da der Wortlaut des § 628 Abs. S. 2 wie folgt lautet: „so steht ihm ein Anspruch auf Vergütung insoweit nicht zu“; hier ist also nur vom Ausschluss des bestehenden Vergütungsanspruchs die Rede, nicht von der Rückgewähr der evtl. schon erbrachten Vergütung. In der Literatur wird denn auch die Meinung vertreten, dass sich die Kürzung oder der völlige Wegfall des Vergütungsanspruchs nach § 628 Abs,1 S.2 nur auf die nach § 628 Abs.1 S. 1 noch *zu beanspruchende* Teilvergütung beziehe; eine Rückabwicklung der bereits abgerechneten Vergütungsperioden wegen Wegfalls des Interesses soll hingegen nicht vorgenommen werden.²⁰²

Diesem ist zwar insoweit zuzustimmen, als dass die vollständig abgerechneten Vergütungsperioden dann nicht rückabzuwickeln sind, wenn die Dienstleistung vertragsgemäß geleistet wurde. Dies würde z.B. bei einem Anwalt, der in der ersten Instanz vertragstreu, aber in der zweiten Instanz vertragswidrig gehandelt hat, bedeuten, dass die abgerechnete Vergütung für die Dienstleistung in der ersten Instanz nicht berührt wird.

Die Kürzung oder der Wegfall des Vergütungsanspruchs nach § 628 Abs.1 S.2 ist ansonsten aber nicht auf die „zu beanspruchende“ Vergütung zu beschränken. Veranlasst der Dienstverpflichtete durch sein vertragswidriges Verhalten die Kündigung durch den Vertragspartner und hat dieser aufgrund der Kündigung an den bisherigen Leistungen kein Interesse mehr, dann soll der Dienstverpflichtete auch nicht die Vergütung für diesen Teil seiner Leistung erhalten oder behalten können. Dies entspricht dem allgemeinen Gerechtigkeitsgefühl: Verhält sich jemand vertragswidrig, dann soll er auch die hieraus resultierenden ungünstigen Folgen tra-

²⁰² MünchKomm/Henssler, 4. Auflage 2005, § 628, Rn. 12; Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht/Müller-Glöge, 5. Auflage 2005, § 626, Rn. 22. Die Argumente dieser Literaturansicht sind allerdings fehlerhaft. Die Meinung von Henssler stützt sich auf BGH, Urteil vom 15. 7. 2004 – IX ZR 256/03 (BGH NJW 2004, 2817). In diesem Urteil wurde zwar die Herabsetzung der Vergütung nach § 628 Abs.1 Satz 2 abgelehnt, allerdings nicht weil die Vergütung schon vollständig abgerechnet wurde, sondern allein aus dem Grund, dass der Dienstvertrag überhaupt nicht gekündigt wurde, so dass die Anwendung der §§ 626ff. von vornherein nicht in Frage kam. Die Meinung von Müller-Glöge im Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht stützt sich auf das Urteil BGH, Urteil vom 17.10.1996 – IX ZR 37/96 (BGH NJW 1997, 189) In diesem Urteil wurde eine Herabsetzung der Vergütung nach § 628 Abs.1 Satz 2 deshalb abgelehnt, weil die Kündigung durch den Anwalt gerade durch das vertragswidrige Verhalten des Mandanten veranlasst wurde, so dass die Voraussetzungen des § 628 Abs.1 Satz 2 für die Vergütungskürzung in diesem Fall nicht erfüllt waren.

gen. Diese Wertung kann nicht davon abhängen, ob die Vergütung bereits erbracht oder noch nicht erbracht wurde. Es gibt keinen überzeugenden Grund, die gleiche Situation je nach Erbringung oder Nichterbringung der Vergütung unterschiedlich zu behandeln. Sogar wenn die Vergütung schon abgerechnet worden ist, ändert dies nichts daran, dass die bereits erbrachten Dienstleistungen aufgrund der durch die Vertragswidrigkeit des Dienstverpflichteten veranlassten Kündigung für den Dienstberechtigten nutzlos geworden sind. Der Dienstverpflichtete hat dann für diese Nutzlosigkeit zu haften. Die der nutzlos gewordenen Dienstleistung entsprechende bereits gezahlte Vergütung ist deswegen zurückzuzahlen, wobei sich die gesetzliche Grundlage für diesen Anspruch durch eine teleologische Extension des § 628 Abs. 1 Satz 3 begründen lässt.²⁰³

Nach überwiegender Meinung ist das vertragswidrige Verhalten i.S.v. § 628 Abs.1 S.2 als schuldhaftes Verhalten zu verstehen.²⁰⁴ Danach hätte die Kündigung, wenn die Pflichtverletzung von dem Dienstverpflichteten nicht zu vertreten ist, nur eine ex-nunc Wirkung und würde die Vergütung für erbrachte Dienste nicht berühren. Die Rechtswirkungen der außerordentlichen Kündigung nach § 626 wären im Fall der nicht zu vertretenden Pflichtverletzung ganz andere als die des Rücktritts. Denn nach der Schuldrechtsreform setzt das Rücktrittsrecht nicht mehr das Vertretenmüssen des Schuldners voraus; im Fall der nicht zu vertretenden Pflichtverletzung könnte der Dienstberechtigte also auch vom Vertrag zurücktreten, so dass die erbrachten Dienste und Vergütung rückabgewickelt werden müssten. Allerdings kann auf der anderen Seite § 628 Abs.1 S.2 nach der überwiegenden Meinung nicht angewendet werden, wenn der Dienstverpflichtete die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat, so dass nach einer Kündigung gemäß § 626 die schon erbrachten Dienste und die dementsprechende Vergütung nicht berührt würden, so dass die noch nicht abgerechnete Vergütung noch von dem Dienstberechtigten bezahlt werden müsste bzw. die schon abgerechnete Vergütung nicht zurückabzuwickeln wäre.

Richtigerweise jedoch ist das vertragswidrige Verhalten in § 628 Abs.1 S.2 nicht als schuldhaftes Verhalten zu verstehen. Hier handelt es sich im Grunde um die Frage der Verlustverteilung. Wenn sich der Dienstverpflichtete ohne Verschulden vertragswidrig verhält und der Dienstberechtigte deswegen den Vertrag nach § 626 kündigt, könnte § 628 Abs. 1 Satz 2 nach der herrschenden Meinung nicht angewendet werden. Die nicht abgerechnete Vergütung müsste also noch vom Dienstberechtigten bezahlt bzw. die schon abgerechnete Vergütung müsste nicht rückgewährt werden, obwohl die bereits erbrachten Dienstleistungen aufgrund der Kündigung für den Dienstberechtigten nicht mehr von Interesse sind. Meines Erachtens hingegen braucht der Dienstberechtigte hier die schon erbrach-

²⁰³ Wendehorst, S. 271. Ähnlich MünchKomm/Henssler, 4.Auflage, 2005, § 628 Rn. 22; Henssler/Deckenbrock NJW 2005, 1, 5.

²⁰⁴ BGH NJW 1995, 1954; Staudinger/Preis (2002), § 628, Rn. 25; MünchKomm/Henssler, 4.Auflage, § 628, Rn. 13; Henssler/Deckenbrock, NJW 2005, 2, m.w.N.

ten Dienste nicht zu vergüten. Zugunsten des Dienstverpflichteten könnte man zwar argumentieren, dass er die Vergütung für von ihm schon erbrachte Dienstleistungen bekommen sollte, weil er die Dienstleistung erbracht und Zeit und Mühe investiert hat. Demgegenüber kann man aber zugunsten des Dienstberechtigten argumentieren, dass dieser die Vergütung nicht bezahlen soll, weil er ohne Verschulden gehandelt hat und an der Dienstleistung kein Interesse mehr hat. Da beide Parteien des Vertrags nicht schuldhaft gehandelt haben und es hier einen Verlust (die erbrachte Dienstleistung) gibt, fragt es sich, wer diesen Verlust tragen soll. Die überwiegende Literatur entwickelt eine Lösung zugunsten des Dienstverpflichteten: Obwohl die geleisteten Dienste für den Dienstberechtigten nutzlos sind, fiel diese Nutzlosigkeit als allgemeines Lebensrisiko zulasten des Dienstberechtigten. Nach der herrschenden Lehre muss der Dienstberechtigte somit die nutzlosen Dienste vergüten. Gerechter wäre es jedoch, den Dienstverpflichteten diesen Verlust (die erbrachte, nutzlos gewordene Dienstleistung) tragen zu lassen und diesen Verlust als das normale Lebens- oder Berufsrisiko des Dienstverpflichteten und nicht des Dienstberechtigten anzusehen. Denn zum einen ist das vertragswidrige Verhalten auf Seiten des Dienstverpflichteten (des Berufsträgers, also des Arztes, Anwalts, Steuerberaters, Wirtschaftsprüfers usw.) geschehen; der Dienstleistende hat dasjenige, was ein normaler Berufsträger im optimalen Fall leisten kann (die höchstmögliche Sorgfalt), nicht erreicht und das Vertrauen des unkundigen Publikums, also des Dienstberechtigten enttäuscht; der Dienstberechtigte hat mit der Pflichtverletzung gar nichts zu tun und ist diesbezüglich ganz „unschuldig“.²⁰⁵ Zum anderen hat der Berufsträger auch die für die Dienstleistung relevanten Spezialkenntnisse und befindet sich somit gegenüber dem Dienstberechtigten in einer günstigeren Position. Zwar ist es richtig, dass auch den Berufsträger in den hier relevanten Fällen kein Verschulden trifft; die Verneinung des Vertretenmüssens ist aber nur für einen etwaigen Schadensersatzanspruch relevant und sollte keinen Einfluss auf die Vergütung haben. Der Berufsträger hat eben schlecht geleistet, weswegen es folgerichtig ist, wenn er dafür keine Vergütung bekommt.

Wie oben erörtert ist die Rechtsfolge der Anwendung des § 628 Abs.1 S.2 nicht nur die Herabsetzung oder der völlige Wegfall der zu beanspruchenden Vergütung, sondern auch die Rückabwicklung der schon abgerechneten Vergütung nach § 346. Diese Herabsetzung oder Rückabwicklung bei der Kündigung durch den Dienstberechtigten wegen vertragswidrigen Verhaltens des Vertragspartners setzt kein Vertretenmüssen des Dienstverpflichteten voraus. Durch die Anwendung des § 628 Abs.1 S.2 hat die außerordentliche Kündigung dann annähernd die gleiche Rechtswirkung wie ein Vertragsrücktritt durch den Dienstberechtigten.

²⁰⁵ S. oben C III und IV.

3. Unzweckmäßigkeit des Rücktrittsrechts im Dienstvertrag

a) *Die Meinung im Schrifttum*

In der Literatur wird auch die Unzweckmäßigkeit der Ausübung des Rücktrittsrechts im Dienstvertrag als Begründung für den Ausschluss desselben herangezogen: „...eine Verpflichtung zur Rückgewähr der von beiden Teilen empfangenen Leistungen und bereits beiderseits erfüllten Leistungspflichten würde hier dem Interesse des Zurücktretenden meist nicht entsprechen und zudem wirtschaftlich vielfach unzweckmäßig sein.“²⁰⁶

Dass die Vorschriften über die außerordentliche Kündigung i.S.v. § 626 besondere Vorschriften gegenüber denen bzgl. des Rücktrittsrechts darstellen, wird in der höchstrichterlichen Rechtsprechung²⁰⁷ und der Literatur häufig damit begründet, dass die vorzeitige Aufhebung des Dienstvertrags schon durch das Kündigungsrecht erschöpfend und endgültig geregelt werde. Für Dienstverträge griff der III. Zivilsenat des Reichsgerichts in einem Urteil vom 5. Februar 1918 diese Argumentation ausdrücklich auf und hob hervor, dass das Rücktrittsrecht überall da zurücktreten muss und nicht geltend gemacht werden kann, „wo besondere Vorschriften die Möglichkeiten der vorzeitigen Aufhebung eines bestimmten Vertragsverhältnisses in anderer Weise endgültig und erschöpfend regeln.“ Für die §§ 626 bis 628 bejahte dies das Reichsgericht in dem vorgenannten Urteil ausdrücklich.²⁰⁸

b) *Stellungnahme zur „Unzweckmäßigkeitsargumentation“*

Um die Fragen, ob das Rücktrittsrecht im Dienstvertrag überhaupt unzweckmäßig ist und ob die vorzeitige Aufhebung des Dienstvertrags bereits durch das Kündigungsrecht erschöpfend und endgültig geregelt wird, beantworten zu können, muss untersucht werden, ob es Fälle gibt, bei denen die Möglichkeit der Auflösung des Dienstverhältnisses allein durch die Kündigung nicht allen praktischen Bedürfnissen gerecht wird, also ob es Fälle gibt, bei denen vielmehr die Möglichkeit der Vertragsbeendigung durch Rücktritt offen bleiben muss, um zu befriedigenden Ergebnissen zu gelangen. Es fragt sich also, ob allein durch die Möglichkeit der Kündigung das Interesse an der Auflösung des Vertragsverhältnisses in jeder Richtung und in so umfassender Weise befriedigt wird, dass das Rücktrittsrecht für das Dienstvertragsrecht überflüssig und entbehrlich wäre.²⁰⁹ Allein die Tatsache, dass ein Vertrag ein Dienstvertrag ist, kann den Ausschluss des Rücktrittsrechts nicht begründen. Zu untersuchen ist vielmehr, ob es im Einzelfall die Notwendigkeit gibt, die schon erbrachte Leistung zurückabzuwickeln.

²⁰⁶ Larenz, Schuldrecht I, 14. Auflage, § 26 d, S. 416; Esser, Schuldrecht, 2. Auflage, S. 369.

²⁰⁷ RGZ, 92, 158, 159f; RGZ, 158, 321, 326; BGHZ, 50, 312, 314.

²⁰⁸ RGZ, 92, 158, 159f.

²⁰⁹ Stutz, Der Rücktritt bei den Dauerverträgen des Bürgerlichen Gesetzbuches, S. 10f.

Wie oben erörtert²¹⁰ kann bei einer außerordentlichen Kündigung durch das Zusammenspiel von § 626 und 628 eine annähernd identische Rechtswirkung erreicht werden wie bei einem Rücktritt des Dienstberechtigten vom Vertrag. Somit gibt es in der Tat kein Bedürfnis, die Regelungen zum Rücktrittsrecht anzuwenden, wenn die Voraussetzungen für die außerordentliche Kündigung erfüllt sind.

Noch zu erörtern ist aber, ob die Regelungen zum Rücktrittsrecht auch durch § 626 ausgeschlossen werden, wenn die Voraussetzungen der Kündigung i.S.v. § 626 eben nicht erfüllt sind, wenn also. der Dienstberechtigte nicht gemäß § 626 außerordentlich kündigen könnte. Es gibt nämlich Fälle, in denen eine außerordentliche Kündigung gar nicht in Frage kommt. Man nehme etwa an, dass die Pflichten in einem Dienstvertrag zwar schlecht erfüllt wurden, aber das Vertragsprogramm schon vollendet worden ist; als Beispiel sei die Schlechterfüllung des Anwalts genannt, durch die der Mandant einen Prozess endgültig verloren hat. Hier kommt eine Kündigung überhaupt nicht in Betracht, weil das Vertragsverhältnis schon beendet ist, die Kündigung aber die Möglichkeit zur weiteren Leistung voraussetzt und nur insoweit Sinn hat. Somit findet auch § 628 in diesen Fällen keine Anwendung, da die Anwendung des § 628 eine Kündigung nach § 626 oder § 627 voraussetzt. Demzufolge kann in solchen Fällen eine den Folgen des Rücktritts entsprechende Rechtswirkung nicht durch die Zusammenarbeit von § 626 und § 628 erreicht werden. Wenn nach der Interessenlage im Einzelfall die Rückabwicklung der schon erbrachten Leistungen zu befürworten ist²¹¹ (wenn etwa wie im Beispiel des Anwalts eine Herabsetzung der Vergütung gerecht wäre²¹²), bedarf es dann der Ausübung des Rücktrittsrechts durch den Dienstberechtigten. Denn die Rückabwicklung der erbrachten Leistung im Dienstvertrag nach § 346 kann – wie im nächsten Teil dieser Arbeit ausführlich diskutiert wird – annähernd die gleiche Wirkung wie die Herabsetzung der Vergütung haben.

Deshalb ist das Rücktrittsrecht auszuschließen, wenn die Voraussetzungen für die außerordentliche Kündigung nach § 626 vorliegen. Ob aber die Regelungen zum Rücktritt im Dienstvertrag auch verdrängt werden wenn die Tatbestandsmerkmale der außerordentlichen Kündigung nicht erfüllt sind, hängt jeweils von der Interessenlage im Einzelfall ab.

²¹⁰ vgl. oben D II 2 c).

²¹¹ Auch der BGH hat bereits eine ähnliche Überlegung angestellt, welche zwar nicht speziell auf Dienstverträge, aber doch allgemein auf Dauerschuldverhältnisse bezogen war: „Zwar tritt bei einem Dauerschuldverhältnis ... in der Regel die Kündigung an die Stelle des Rücktritts, wenn der Vertrag bereits vollzogen ist. Diesen Grundsatz hat der BGH aber nur für den Regelfall aufgestellt, weil die Parteien eines Dauerschuldverhältnisses im Allgemeinen kein Interesse haben, wegen einer nachträglich eingetretenen Störung auch die bereits erbrachten Leistungsteile rückgängig zu machen. Besteht ausnahmsweise ein derartiges Interesse, kann auch bei einem Dauerschuldverhältnis ein Rücktrittsrecht oder ein Schadensersatzanspruch in Betracht kommen.“ (BGH, NJW 1986, 124 = LM § 326 [A] BGB Nr. 22; NJW 1987, 2004 [2006] = LM § 139 BGB Nr. 65; NJW, 2002, 1870)

²¹² Nähere Erläuterung s. unten Teil E.

4. „lex specialis derogat legi generali“

Einige Vertreter der Ansicht, dass das Recht zum Rücktritt durch das Kündigungsrecht in § 626 ausgeschlossen werde, stützen sich auf den Satz: *lex specialis derogat legi generali*. Der für das Recht des Dienstvertrages geschaffene § 626 stelle gegenüber dem für alle Verträge geltenden § 323 (oder §§ 325, 326 a.F.) eine Sondernorm dar, die die Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften ausschließe.²¹³

Im alten Schuldrecht war diese Argumentation nicht unproblematisch. Es war zwar richtig, dass § 626 eine auf das Recht des Dienstvertrages beschränkte Sondervorschrift darstellte, während §§ 325, 326 a.F. als allgemeine Vorschriften für alle Vertragsformen des Schuldrechts galten. Auch ist richtig, dass eine *lex generalis* in den Fällen einer *lex specialis* unanwendbar ist. Jedoch war und ist es zweifelhaft, ob § 626 überhaupt „*lex specialis*“ im Sinne des oben genannten Satzes gegenüber den §§ 325, 326 a.F. war.

Ein Gesetz ist als *lex specialis* gegenüber einem anderen Gesetz (der *lex generalis*) anzusehen, wenn der Tatbestand des ersten Gesetzes stets zugleich auch die Tatbestandsmerkmale des anderen umfasst, diesen aber noch ein oder mehrere weitere Tatbestandsmerkmale hinzufügt, so dass alle Fälle der *lex specialis* auch unter die Fälle der *lex generalis* fallen.²¹⁴

In diesem Sinne konnte § 626 nicht als *lex specialis* gegenüber den §§ 325, 326 a.F. angesehen werden. Die §§ 325, 326 a.F. umfassten die Fälle schuldhafter Nicht- bzw. Späterfüllung; § 626 betrifft – neben Fällen schuldhaften vertragswidrigen Verhaltens – auch Fälle, bei denen ein Verschulden nicht vorzuliegen braucht. Alle diese von der Sondervorschrift des § 626 abgedeckten Fälle nicht schuldhaften Verhaltens konnten aber natürlich nicht unter die §§ 325, 326 a.F. fallen. § 626 konnte also nicht als *lex specialis* im technischen Sinne gegenüber jenen Vorschriften bezeichnet werden. Infolgedessen konnte nicht argumentiert werden, dass § 626 als *lex specialis* gegenüber den *leges generales* §§ 325, 326 a.F. jene ausschließe.²¹⁵

Allerdings ist die Lage in diesem Punkt im neuen Schuldrecht eine andere als im alten Schuldrecht: Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz hat eine der Voraussetzungen des Rücktrittsrechts, das Vertretenmüssen, abgeschafft, so dass die von § 626 abgedeckten Fälle des nicht schuldhaften Verhaltens nunmehr auch unter § 323 fallen können. Deshalb greifen die Bedenken gegen die Qualifizierung des § 626 als spezielle Regelung gegenüber den Regelungen zum Rücktrittsrecht

²¹³ Staudinger/Preis, 13. Bearbeitung 1995, § 626, Rn. 13; MünchKomm/Henssler, 4. Auflage, § 626, Rn. 6; Oetker, Dauerschuldverhältnis, S. 352ff; Herschel, BB 1982, S. 254; Anders/Gehle, Das Recht der freien Dienste, Rn. 91, S. 28.

²¹⁴ Rudolf Schmidt, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht, S. 28; Heinrich Stutz, Der Rücktritt bei den Dauerverträgen des Bürgerlichen Gesetzbuches, S. 10; ähnliche Ausführungen bei Larenz/Wolf, AT, 9. Auflage, § 18, Rn. 20, S. 320.

²¹⁵ Heinrich Stutz, Der Rücktritt bei den Dauerverträgen des Bürgerlichen Gesetzbuches, S. 10; Beitzke, Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen, S. 23.

nicht mehr. Somit stellt sich die die Frage, ob nach der Schuldrechtsreform § 626 nicht doch eine *lex specialis* gegenüber den Regelungen zum Rücktrittsrecht darstellt. Es ist also zu prüfen, ob die Anwendung des § 626 mehr (zusätzliche, striktere oder konkretere) Voraussetzungen als die Anwendung der Regelungen zum Rücktrittsrecht verlangt.

a) Dienstvertrag

Im BGB befindet sich § 626 systematisch unter dem Titel „Dienstvertrag“. Möglicherweise kann man daher behaupten, dass die außerordentliche Kündigung in § 626 als spezieller Beendigungsgrund gerade des Dienstvertrags gegenüber dem allgemeinen Rücktrittsrecht zu qualifizieren ist, dass also die Identität des § 626 als *lex specialis* sich aus den Besonderheiten des Dienstvertrags ergibt.

Als Besonderheit des Dienstvertrags könnte man anführen, dass es schwierig und somit nicht praktikabel ist, die schon erbrachten Dienstleistungen rückabzuwickeln. Dieses Argument ist – wie oben ausgeführt²¹⁶ – nicht überzeugend. Ob das Rücktrittsrecht im Dienstvertrag unzweckmäßig ist oder ob die vorzeitige Aufhebung des Dienstvertrags schon durch das Kündigungsrecht erschöpfend und endgültig geregelt wird, hängt von der Interessenlage der Parteien im Einzelfall ab. Das bloße Vorliegen eines Dienstvertrags an sich kann eine Verneinung des Rücktrittsrechts im Rahmen desselben nicht rechtfertigen.²¹⁷ Deshalb lässt sich die Identität des § 626 als *lex specialis* nicht aus den Besonderheiten des Dienstvertrags begründen.

b) Der wichtige Grund in § 626

aa) Strengere Anforderungen als an die Rücktrittsgründe in § 323

Nach § 626 Abs. 1 können die Vertragsparteien den Dienstvertrag ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist nur aus wichtigem Grund kündigen. Der wichtige Grund bei der außerordentlichen Kündigung wird in Form einer Generalklausel normiert, wobei der Begriff des „wichtigen Grundes“ als unbestimmter Rechtsbegriff zu qualifizieren ist.²¹⁸ § 626 Abs. 1 dient vorwiegend der Einzelfallgerechtigkeit. Die Ausgestaltung des § 626 Abs. 1 verbietet die Entwicklung sog. „absoluter“ Kündigungsgründe, bei deren Vorliegen per se von einem Recht zur fristlosen Kündigung ausgegangen werden könnte.²¹⁹ Vielmehr setzt jede außerordentliche Kündigung ebenso wie jede ordentliche Kündigung eine allseitige Interessenabwägung voraus.²²⁰ Deshalb kann man nicht sagen, dass bestimmte Tatsachen,

²¹⁶ Vgl. oben D II 1 b).

²¹⁷ Vgl. oben D II 4 a).

²¹⁸ MünchKomm/Henssler, 4. Auflage 2005, § 626, Rn. 73.

²¹⁹ MünchKomm/Henssler, 4. Auflage 2005, § 626, Rn. 74; Staudinger/Preis, § 626, Rn. 8.

²²⁰ MünchKomm/Henssler, 4. Auflage 2005, § 626, Rn. 74 m.w.N.

z.B. der erfolglose Ablauf der Nachfrist in § 323 Abs. 1, stets als Kündigungsgrund zu bejahen sind.

Ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung ist dann gegeben, wenn dem einen Vertragsteil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden kann, das Dienstverhältnis generell oder für die Dauer der vorgeschriebenen ordentlichen Kündigungsfrist fortzusetzen.²²¹ Nur wenn es dem Gläubiger unzumutbar ist, das Vertragsverhältnis bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Dienstverhältnisses fortzusetzen, ist ein wichtiger Grund in § 626 Abs.1 zu bejahen. Es richtet sich also zum Großteil nach der Dauer der Frist für die reguläre Vertragsbeendigung, ob ein wichtiger Grund i.S.v. § 626 Abs. 1 vorliegt. Regelmäßig ist demnach bei unbefristeten Dienstverhältnissen auf die Frist für die ordentliche Kündigung bzw. bei befristeten Verträgen auf die Restlaufzeit abzustellen.²²² Kriterium für die Bejahung des wichtigen Grundes ist also, ob es dem Dienstberechtigten unzumutbar ist, das Dienstverhältnis bis zur ordentlichen Vertragsbeendigung fortzusetzen.

Nach § 323 gibt es grundsätzlich zwei Arten von Fällen, in denen ein Rücktrittsrecht entstehen kann: die Fälle, in denen eine nach der Pflichtverletzung gesetzte Nachfrist fruchtlos abgelaufen ist (§ 323 Abs.1) und die Fälle, in denen die Fristsetzung nach § 323 Abs.2 entbehrlich ist. Bezüglich der Entbehrlichkeit der Fristsetzung sind in § 323 Abs.2 drei Konstellationen vorgeschrieben: die ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung des Schuldners, das so genannte relative Fixgeschäft und sonstige besondere Umstände.

In diesen vier Konstellationen, in denen der Gläubiger ein Rücktrittsrecht haben kann, ist der Gläubiger nicht in jedem Fall dazu berechtigt, das Dienstverhältnis nach § 626 zu kündigen und somit das Dienstverhältnis sofort zu beenden, ohne die ordentliche Frist einhalten zu müssen. Denn die außerordentliche Kündigung setzt die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zur ordentlichen Vertragsbeendigung voraus, und diese Unzumutbarkeit muss in den Fällen des fruchtlosen Fristablaufs, der ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung und des relativen Fixgeschäfts nicht unbedingt vorliegen. Obwohl in diesen drei Konstellationen der Dienstberechtigte das Vertrauen in den Dienstleistenden meistens verloren haben wird, bedeutet dies nicht in jedem Fall, dass der Dienstberechtigte die ordentliche Kündigungsfrist in § 621 nicht einzuhalten braucht und den Dienstvertrag sofort beenden darf. Ist es dem Dienstberechtigten in diesen drei Konstellationen nämlich gleichgültig, den Vertrag sofort oder erst nach dem Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zu beenden, dann ist es dem Dienstberechtigten nicht unzumutbar, das Dienstverhältnis bis zur ordentlichen Beendigung fortzusetzen. Als Beispiel diene etwa ein Rechtsanwalt, der bei der

²²¹ MünchKomm/Henssler, 4. Auflage 2005, § 626, Rn. 72.

²²² MünchKomm/Henssler, 4. Auflage 2005, § 626, Rn. 110.

Bearbeitung eines Falls die Verjährung eines Anspruchs nicht berücksichtigt hat, so dass der Anspruch verjährt ist und der Mandant den Prozess höchstwahrscheinlich verlieren würde. Hier könnte der Mandant nach § 323 Abs. 2 Nr. 3 von dem Dienstvertrag zurücktreten, falls die Regelungen zum Rücktrittsrecht im Dienstvertrag nicht durch diejenigen zum Kündigungsrecht ausgeschlossen würden. Allerdings kann hier der Mandant nach § 626 den Vertrag nicht unbedingt sofort beenden, da es dem Mandanten vielleicht noch zumutbar ist, das Dienstverhältnis bis zur ordentlichen Beendigung fortzusetzen; dies wäre z.B. der Fall, wenn die Parteien eine Kündigungsfrist von zehn Tagen vereinbart haben und es dem Mandanten gleichgültig ist, ob der Vertrag sofort oder erst nach zehn Tagen beendet wird. Hier ist die Unzumutbarkeit i.S.v. § 626 zu verneinen und der Mandant kann das Dienstverhältnis nicht nach § 626 außerordentlich kündigen. Deshalb sind die tatbestandlichen Voraussetzungen des außerordentlichen Kündigungsrechts wegen der Unzumutbarkeitsmaxime in diesem Sinne strenger als die des Rücktrittsrechts.²²³

Hierzu ist zu erläutern, warum der wichtige Grund in § 626 strikter als die Rücktrittsgründe in § 323 ist.

Wenn die Vertragsleistung noch nicht vollständig erbracht worden ist – nur dann kommt ein Konkurrenzverhältnis zwischen dem Rücktrittsrecht und dem außerordentlichen Kündigungsrecht in Betracht – haben der Rücktritt und die außerordentliche Kündigung die gleiche Rechtswirkung: sie beenden beide das Vertragsverhältnis mit sofortiger Wirkung. Der Hintergrund dieser sofortigen Vertragsbeendigung ist, dass dem Rücktritts- oder Kündigungsberechtigten unter besonderen Umständen (bei Vorliegen einer wesentlichen Pflichtverletzung bzw. beim Vorliegen eines wichtigen Grundes) ein Abwarten bis zur ordentlichen Beendigung des Vertrags nicht mehr zumutbar ist. Dies ist bei der außerordentlichen Kündigung sehr deutlich, und auch beim Rücktritt ist diese Begründung anzutreffen, wie z.B. das Unzumutbarkeitskriterium in § 324 zeigt. Die erfolglose Fristsetzung in § 323 Abs.1, die Leistungsverweigerung des Schuldners und die Pflichtverletzung beim Fixgeschäft in § 323 Abs.2 können als vom Gesetzgeber vorgeschriebene Vermutungen für die Unzumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag bis zur ordentlichen Vertragsbeendigung verstanden werden. Solche Vermutungen sind zwar grundsätzlich im Vertragsrecht gerechtfertigt, z.B. im Kaufvertrag. Allerdings wird für den Bereich der Dauerschuldverhältnisse und somit auch des Dienstvertrags übersehen, dass es hier eine weitere Möglichkeit zur Beendigung des Vertrags gibt, nämlich die ordentliche Kündigung. Hierdurch erklärt sich, warum die Voraussetzungen der außerordentlichen Kündigung, insbesondere des wichtigen Grundes, strikter als die Voraussetzungen des Rücktrittsrechts sind. Denn sogar wenn die zum Rücktritt berechtigenden Umstände in § 323 ff. vorliegen und infolgedessen dem Gläubiger das Festhalten am Vertrag bis zur verein-

²²³ Ähnliche Meinung auch S. Oetker, Dauerschuldverhältnis, S. 354.

barten Beendigung des Vertragsverhältnisses nicht mehr zumutbar ist, ist eben dies dem Gläubiger aber vielleicht noch bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zumutbar. Bei der Erwägung der Rücktrittsgründe ist die Besonderheit der Dauerschuldverhältnisse, dass eine Beendigung des Vertrags auch durch die ordentliche Kündigung möglich ist, nicht berücksichtigt. Somit ist der wichtige Grund bei der außerordentlichen Kündigung als Rechtfertigung für die sofortige Beendigung des Dauerschuldverhältnisses besser geeignet als die Voraussetzungen des Rücktrittsrechts in § 323. Für die sofortige Beendigung des Vertragsverhältnisses passt die außerordentliche Kündigung bei den Dauerschuldverhältnissen also besser als das Institut des Rücktritts.

bb) Mildere Anforderungen als an die Rücktrittsgründe in § 323?

Auf der anderen Seite könnten die Anforderungen an die Kündigungsgründe aber auch milder als an die Voraussetzungen des Rücktritts in § 323 sein. Denn die außerordentliche Kündigung in § 626 Abs.1 setzt nicht wie das Rücktrittsrecht in § 323 eine „nicht oder nicht vertragsgemäß(e)“ Leistung voraus. Als Beispiel lässt sich etwa der ernsthafte Selbstmordversuch eines Internatsschülers, der nicht im Internat bleiben will, anführen; dieser Selbstmordversuch kann einen wichtigen Grund für die fristlose Kündigung des Internatsschulvertrages durch die Eltern des Schülers darstellen, obwohl sich die Schule hier überhaupt nicht pflichtwidrig verhalten hat. Eine außerordentliche Kündigung nach § 626 könnte z.B. auch bejaht werden, wenn ein Rechtsanwalt den dringenden Verdacht strafbarer Handlungen zum Nachteil anderer Auftraggeber hervorgerufen und dadurch schwerwiegende Zweifel an seiner beruflichen Zuverlässigkeit und Redlichkeit ausgelöst hat,²²⁴ obwohl sich dieser Rechtsanwalt dem kündigungswilligen Mandanten gegenüber fehlerfrei verhalten hat.

Allerdings kann man – wenn man auch den Rücktritt wegen der Störung der Geschäftsgrundlage gem. § 313 in die Betrachtung mit einbezieht – auch argumentieren, dass es zwischen den Voraussetzungen der Rücktrittsrechte im allgemeinen Schuldrecht (nicht nur derer in § 323) und dem wichtigen Grund in § 626 in diesem Punkt doch keinen erheblichen Unterschied gibt. Denn wenn die als wichtiger Grund gem. § 626 zu bejahende Tatsache keine Nicht-Leistung oder

²²⁴ BGH NJW 1995, 1954. In diesem Urteil ging es im Grunde um die Herabsetzung des Honorars nach § 628 Abs.1 S.2. Hier wurde die Kündigung durch den Mandanten nicht auf § 626, sondern auf § 627 gestützt und der Herabsetzung der Vergütung nach § 628 Abs.1 S.2 vom BGH zugestimmt. Es ging hier zwar nicht unmittelbar um die Kündigungsgründe des § 626; jedoch kommt eine Herabsetzung der Vergütung nur in Betracht, wenn der Vertrag auch nach § 626 hätte gekündigt werden können (vgl. MünchKomm/Henssler, 4. Auflage 2005, § 628, Rn. 14). Deshalb sollte auch in Fällen wie dem vorgenannten eine außerordentliche Kündigung gem. § 626 bejaht werden. Der BGH hatte zwar in dem besagten Fall eine Pflichtverletzung des Anwalts – nämlich die Verletzung einer sich aus dem Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) ergebenden vertraglichen Nebenpflicht – bejaht; dieser Begründung kann jedoch nicht gefolgt werden, weil der Anwalt speziell dem kündigungswilligen Mandanten gegenüber gerade nicht untreu gehandelt hat.

vertragswidrige Leistung darstellt, wird sie meistens einen Rücktrittsgrund gem. § 313 begründen.

Als vorläufiges Ergebnis lässt sich also zusammenzufassen, dass an die Voraussetzungen für den wichtigen Grund in § 626 strengere Anforderungen als an die Voraussetzungen des Rücktrittsrechts im allgemeinen Schuldrecht zu stellen sind.

c) Die Ausschlussfrist in § 626 Abs.2

Nach § 626 Abs. 2 kann die außerordentliche Kündigung nur innerhalb von zwei Wochen erklärt werden. Die Frist beginnt nach § 626 Abs. 2 S. 2 mit dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt. Der Gesetzgeber hat den grundsätzlichen Bedarf nach einer Ausschlussfrist für fristlose Kündigungen durch § 314 Abs. 3 bestätigt, dort allerdings auf eine Festlegung der Fristdauer verzichtet. § 626 Abs. 2 geht als *lex specialis* § 314 vor.²²⁵

Für die Vertragsbeendigung eines Dauerschuldverhältnisses sieht § 314 Abs. 3 vor, dass der Kündigungsberechtigte sein Kündigungsrecht nur innerhalb einer angemessenen Frist kündigen kann, nachdem er von dem Kündigungsgrund Kenntnis erlangt hat. Der Grund für diese zeitliche Beschränkung liegt darin, dass die Ausübung des Aufhebungsrechts hier nicht nur über die Rückabwicklung eines schon erfolgten Austauschs entscheidet, sondern zugleich zum Abbruch eines an sich noch fortlaufenden Vertragsprogramms führt; hierüber muss der Vertragspartner alsbald Klarheit erhalten.

Für die Ausübung des Rücktrittsrechts sieht das Gesetz nun keinen zeitlichen Endtermin vor. Bei einem unbefristeten Fortbestand eines einmal begründeten Rücktrittsrechts kann es aber nicht bleiben, wenn es mit dem Rücktritt nicht bloß darum geht, dass ein erfolgter Leistungsaustausch rückabgewickelt werden, sondern vielmehr ein noch bestehendes Vertragsprogramm abgebrochen werden soll, der Rücktritt insofern also auch zukunftsgerichtet ist.²²⁶ In entsprechender Anwendung des § 314 Abs. 3 ist daher zu verlangen, dass der Gläubiger sein Rücktrittsrecht innerhalb einer angemessenen Frist ausübt, sofern noch ein weiterer vertraglicher Austausch bevorsteht, d.h. sofern der Rücktritt auch zu einer Stornierung eines noch unerfüllten Vertragsprogramms führt.²²⁷ Dies ergibt sich aus dem Gebot der Beachtung von Treu und Glauben (§ 242). Der Gläubiger kann sich nicht die weitere Vertragserfüllung durch den Schuldner gefallen lassen, um anschließend ein Rücktrittsrecht auszuüben und damit auch die Erfüllungsanstrengungen, die der Schuldner noch nach Entstehung des Rücktrittsrechts unternommen hat, zu frustrieren. Da der Gläubiger von seinem Rücktrittsrecht nicht

²²⁵ MünchKomm/Henssler, 4. Auflage 2005, § 626, Rn. 280.

²²⁶ MünchKomm/Ernst, 4. Auflage 2005, § 323, Rn. 149.

²²⁷ MünchKomm/Ernst, 4. Auflage 2005, § 323, Rn. 150.

notwendig Kenntnis haben muss, sollte der Lauf der angemessenen Frist – wie in § 314 Abs. 3 – mit dem Zeitpunkt der Kenntniserlangung vom Rücktrittsrecht beginnen.²²⁸

In entsprechender Anwendung des § 314 Abs.3 soll der Gläubiger sein Rücktrittsrecht innerhalb einer angemessenen Frist ausüben müssen. Die Ausschlussfrist des Rücktrittsrechts ist wie die in § 314 Abs.3 nicht festgelegt, während für das außerordentliche Kündigungsrecht in § 626 Abs.2 eine zweiwöchige Ausschlussfrist vorgeschrieben wird. Beim Konkurrenzverhältnis zwischen den Regelungen des Rücktrittsrechts und § 626 hat die zweiwöchige Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 Vorrang, da diese Ausschlussfrist konkreter und spezieller ist. In § 626 Abs. 2 geht es nicht um eine „angemessene“, sondern eben um eine zweiwöchige Frist. Denn wenn im Fall der außerordentlichen Kündigung des Dienstverhältnisses auch die Regelungen zum Rücktrittsrecht angewendet werden könnten, könnte die zweiwöchige Frist in § 626 Abs.2 ins Leere laufen.

III. Das Verhältnis zwischen dem Rücktritt und der außerordentlichen Kündigung

1. Spezialitätsverhältnis

Die Voraussetzungen für das Vorliegen des wichtigen Grundes beim außerordentlichen Kündigungsrecht nach § 626 sind wie gezeigt strikter als die Voraussetzungen des Rücktrittsrechts im allgemeinen Schuldrecht; zudem ist die Ausschlussfrist in § 626 Abs.2 auch konkreter als die Frist, innerhalb derer das Rücktrittsrecht auszuüben ist. § 626 stellt somit als besonderer Vertragsbeendigungsgrund beim Dienstvertrag gegenüber den Regelungen zum Rücktrittsrecht im allgemeinen Schuldrecht eine *lex specialis* dar. Um eine Umgehung der strikteren Voraussetzungen für die außerordentliche Kündigung durch das Rücktrittsrecht zu vermeiden, ist das Rücktrittsrecht auszuschließen, wenn die Tatbestandsmerkmale der außerordentlichen Kündigung gem. § 626 vorliegen und deshalb § 626 anzuwenden ist.

2. Reichweite des Spezialitätsverhältnisses

Eine verdrängende Wirkung des außerordentlichen Kündigungsrechts wurde oben zumindest für die Fälle bejaht, in denen die Voraussetzungen für die außerordentliche Kündigung des Vertrags vorliegen. Nicht geklärt ist damit aber die Reichweite des Spezialitätsverhältnisses. Fraglich bleibt nämlich, ob das Rücktrittsrecht aufgrund des allgemeinen Kündigungsrechts schlechthin ausgeschlossen

²²⁸ MünchKomm/Ernst, 4. Auflage 2005, § 323, Rn. 150.

ist.²²⁹ Hier lassen sich zwei Modelle für ein Spezialitätsverhältnis des außerordentlichen Kündigungsrechts ableiten. Am weitesten reicht dabei der sogenannte institutionelle Ansatz; dieser leitet bereits aus der rechtlichen Verankerung eines außerordentlichen Kündigungsrechts im Dienstvertrag als solchem die Verdrängung des Rücktrittsrechts ab. Schwächere Auswirkungen hat demgegenüber der rechtsfolgenorientierte Ansatz, der einen Rückgriff auf das Rücktrittsrecht erst und nur dann ausschließt, wenn sich der Gläubiger zur Vertragsbeendigung tatsächlich auf ein außerordentliches Kündigungsrecht stützen kann, also wenn im Einzelfall die Voraussetzungen des § 626 tatbestandlich wirklich vorliegen.²³⁰

Beide Ansätze können wegen ihrer teleologischen Schwächen nicht restlos überzeugen. Ein institutioneller Ansatz lässt sich nur schlecht begründen. Der Spezialitätscharakter des außerordentlichen Kündigungsrechts lässt sich nicht durch die Besonderheiten des Dienstvertrags oder generell der Dauerschuldverhältnisse begründen.²³¹ Die annähernd gleiche Rechtsfolge des außerordentlichen Kündigungsrechts und des Rücktrittsrechts rechtfertigt nur insofern die verdrängende Wirkung, wenn die Tatbestandmerkmale der außerordentlichen Kündigung nach § 626 und des Rücktritts gleichzeitig vorliegen. Es gibt keine überzeugenden Gründe für die Verdrängung des Rücktrittsrechts, wenn die Kündigung überhaupt nicht in Betracht kommt, wenn also z.B. die Dienstleistung schon vollständig erbracht wurde und auch kein Nacherfüllungsanspruch mehr besteht.

Aber auch ein rechtsfolgenorientierter Ansatz ist nicht unproblematisch. Wegen den im Vergleich zum Rücktritt strikteren Voraussetzungen der außerordentlichen Kündigung kann nicht gesagt werden, dass die Regelungen zum Rücktrittsrecht immer dann anzuwenden sind, wenn die Voraussetzungen der außerordentlichen Kündigung nicht erfüllt sind. Denn dies würde einen Rückgriff auf das Rücktrittsrecht ermöglichen, obwohl dem Gläubiger die Ausübung des Beendigungsinstituts „außerordentliche Kündigung“ versagt ist, z.B. wenn die Zumutbarkeit der Vertragsfortführung bis zum Ablauf der für eine ordentliche Kündigung vorgesehenen Frist zu bejahen ist.²³² Die strengeren Voraussetzungen der außerordentlichen Kündigung würden dann ins Leere laufen.²³³

Um diese Diskrepanzen zu vermeiden, hat Oetker einen vermittelnden Ansatz vorgeschlagen. Dieser stellt für das *lex specialis*-Verhältnis auf den Kündigungsgrund ab und versteht die Reichweite der verdrängenden Wirkung als eine Problematik, die auf der Tatbestandsebene der Gestaltungsrechte Rücktritt und außerordentliche Kündigung anzusiedeln sei: „Stets dann, wenn der zum Rücktritt berechtigende Umstand als wichtiger Grund für den Ausspruch einer außerordentli-

²²⁹ Vgl. zu dieser Fragestellung Oetker, Dauerschuldverhältnis, S.355f.

²³⁰ Oetker, Dauerschuldverhältnis, S.355.

²³¹ S. oben D II 4 a).

²³² Oetker, Das Dauerschuldverhältnis, S. 356.

²³³ Vgl. Oetker, Das Dauerschuldverhältnis, S. 356.

chen Kündigung in Betracht kommt, wird das Rücktrittsrecht durch das Institut der außerordentlichen Kündigung verdrängt.²³⁴

Leider wird dieser Ansatz nicht näher begründet, so dass nicht ganz klar wird, was hiermit genau gemeint wird. Meines Erachtens ist die zitierte These wie folgt zu verstehen: wenn die bloße Möglichkeit bestehe, dass die zum Rücktritt berechtigenden Umstände als wichtiger Grund für die außerordentliche Kündigung qualifiziert werden könnten, werde das Rücktrittsrecht von der außerordentlichen Kündigung verdrängt; auf ein tatsächliches Vorliegen eines wichtigen Grundes käme es hierbei nicht an. Dieser Ansatz vermeidet die Nachteile der oben genannten institutionellen und rechtsfolgenorientierten Ansätze.²³⁵ Denn wenn dem Gläubiger die Kündigung noch möglich ist, weil z.B. die Leistung durch den Schuldner noch nicht vollständig erbracht worden ist, können fast alle zum Rücktritt berechtigenden Umstände als wichtiger Grund für den Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung in Betracht kommen (die oben genannte „Möglichkeit“ ist dann zu bejahen); hierdurch wird der Nachteil des rechtsfolgenorientierten Ansatzes vermieden, da in diesen Fällen das Rücktrittsrecht von dem außerordentlichen Kündigungsrecht verdrängt wird und ein Rückgriff auf das Rücktrittsrecht gar nicht in Frage kommt. Auch der Nachteil des institutionellen Ansatzes kann durch Oetkers Ansatz vermieden werden, denn wenn ein Sachverhalt bereits tatbestandlich gar nicht von dem außerordentlichen Kündigungsrecht erfasst wird (also wenn z.B. die Leistung schon vom Schuldner vollständig erbracht worden ist und der Nacherfüllungsanspruch entfällt), ist es sinnlos zu überlegen, ob nicht ein Umstand als Kündigungsgrund in Betracht kommt, so dass nach dem Ansatz von Oetker die verdrängende Wirkung zu verneinen ist. Der Ansatz von Oetker nähert sich somit bereits der richtigen Lösung dieser Problematik, ist jedoch nicht ganz klar formuliert und behandelt zudem leider das Verhältnis zwischen Teilrücktritt und Kündigung nicht.

Das Institut des Rücktritts dient dem Gläubiger dazu, sich unter bestimmten Umständen vom Vertrag befreien zu können, z.B. bei erheblicher Pflichtverletzung des Schuldners oder beim Wegfall der Geschäftsgrundlage. Durch das Institut des Rücktritts wird der Gläubiger nicht nur von dem noch nicht geleisteten Teil des Vertrags befreit, sondern auch von der schon erbrachten Leistung, nämlich durch die Rückgewähr der empfangenen Leistungen. Das Kündigungsrecht beendet zwar auch das Vertragsverhältnis, es verzichtet jedoch auf die Rückgewähr der beiderseits schon empfangenen Leistungen und berührt deshalb nicht den in der Vergangenheit liegenden Leistungsaustausch. Die Ausübung des Rücktrittsrechts befreit also den Rücktrittsberechtigten vom ganzen Vertrag, nämlich sowohl vom vergangenen als auch vom zukünftigen Teil des Vertrags; die Aus-

²³⁴ Oetker, Das Dauerschuldverhältnis, S. 356.

²³⁵ Oetker, Das Dauerschuldverhältnis, S. 356.

übung des Kündigungsrechts hingegen befreit den Kündigungsberechtigten nur vom zukünftigen Teil des Vertrags.

Deshalb passt für die außerordentliche Beendigung von Dauerschuldverhältnissen das Institut der außerordentlichen Kündigung grundsätzlich besser als das des Rücktritts. Denn eine Rückabwicklung bei Dauerschuldverhältnissen ist zwar wegen der Möglichkeit des Wertersatzes nicht unmöglich, aber im Allgemeinen doch schwieriger als bei anderen Schuldverhältnissen. Meist ist die Rückabwicklung der schon erbrachten Dienstleistung für die Parteien unzweckmäßig und deshalb nicht von ihnen gewollt. Die Rückgewähr der vergangenen Leistung ist z.B. für den Mieter und Vermieter normalerweise sinnlos und deshalb nicht von ihnen gewollt; sie möchten in der Regel nur den zukünftigen Leistungsaustausch beseitigen. Dies ist grundsätzlich bei allen Dauerschuldverhältnissen der Fall. Weiterhin sind auch die in §§ 314, 626 vorgeschriebenen wichtigen Gründe der außerordentlichen Kündigung als Rechtfertigung für die sofortige Beendigung des Vertrags geeigneter als die in § 323 vorgesehenen Rücktrittsgründe.²³⁶ Somit ist das Institut der außerordentlichen Kündigung grundsätzlich besser für die Dauerschuldverhältnisse geeignet als das Institut des Rücktritts.

Allerdings ist es so, dass die Rückabwicklung der bereits erbrachten Leistungen – etwa durch das Institut des Rücktritts – für den Gläubiger dann nicht sinnlos ist, wenn die in der Vergangenheit erbrachte Leistung mangelhaft war und der Gläubiger ein Interesse daran hat, die Gegenleistung wegen der Mangelhaftigkeit der Leistung des Schuldners zu mindern. Dies ist insbesondere bei derartigen Verträgen der Fall, bei denen ein Minderungsrecht nicht gesetzlich vorgeschrieben wird. Denn die Rückgewähr der erbrachten Leistung nach dem Rücktritt vom Vertrag erzeugt für den Gläubiger eine annähernd identische Rechtswirkung wie die Minderung.

Die Befreiung vom Vertrag bedeutet für den Rücktrittsberechtigten im Grunde Befreiung von der eigenen Vertragspflicht. Er ist nur in diesem Sinn an einer Befreiung vom Vertrag interessiert. Denn ein Rechtsträger wird sich grundsätzlich nur um sein eigenes Interesse kümmern, während es ihm völlig egal sein wird, ob die Gegenpartei des Vertrags von ihrer Pflicht befreit wird oder nicht. Der Käufer tritt vom Kaufvertrag zurück, weil er wegen der Pflichtverletzung des Verkäufers den Kaufpreis nicht mehr bezahlen bzw. den schon bezahlten Kaufpreis zurückbekommen oder von der Abnahmepflicht befreit werden möchte; ob der Verkäufer noch leisten muss bzw. die Kaufsache zurückbekommen kann, ist dem Käufer im Grunde gleichgültig. In diesem Sinn funktioniert das Institut des Vertragsrücktritts in ähnlicher Weise wie das Institut der Minderung der Gegenleistung: Es befreit von der eigenen Pflicht. Die Kündigung hingegen ist der Minderung der Gegenleistung in keiner Weise ähnlich, da die Minderung erst in Frage kommt, wenn der Schuldner seine Leistung schon erbracht hat, wenn auch nur teilweise

²³⁶ S. oben D II 4 b) aa).

oder nicht vertragsgemäß. Die Minderung beeinflusst die vergangene Leistung, wohingegen sich die Kündigung nur auf die zukünftige Leistung bezieht. Allein aus diesem Grund erklärt es sich, warum man den Kaufpreis nur anstelle der Ausübung des Rücktrittsrechts mindern darf; dieser Grund führte auch bereits zu der These, dass es sich beim Teilrücktritt und bei der Minderung im Kern um dieselbe Sache handle.²³⁷ Der Totalrücktritt beseitigt den primären Leistungsaustausch und führt in der Tat zu zweiseitigen Rechtsfolgen, nämlich zu einer Rückgewähr der vergangenen Leistungen einerseits und zu einer sofortigen Befreiung vom zukünftigen Leistungsaustausch andererseits. Deshalb erfüllt der Totalrücktritt die Aufgaben der Institute Minderung und außerordentliche Kündigung.

Weiterhin ist anzumerken, dass der auf die vergangene Leistung gerichtete Teilrücktritt nicht in einem Konkurrenzverhältnis zu dem Institut der außerordentlichen Kündigung steht. Gegenüber dem gewöhnlichen Rücktritt (dem Totalrücktritt) zeichnet sich der Teilrücktritt dadurch aus, dass der Gläubiger nur von einem Teil des Vertrages zurücktritt. Die Rücktrittsfolgen erfassen dann nur denjenigen Teil der Leistung, hinsichtlich dessen eine Vertragsverletzung zu verzeichnen ist, und den entsprechenden Teil der Gegenleistung. Im Übrigen bleibt es bei der Verpflichtung zum vertraglichen Leistungsaustausch. Das SMG hat der Figur des Teilrücktritts einen festen Platz in den Regelungen zum gesetzlichen Rücktritt gegeben. Die Möglichkeit des Teilrücktritts ist in § 323 Abs. 5 anerkannt (Rücktritt „vom ganzen Vertrag“).²³⁸ Auch im Fall der nicht vertragsgemäß bewirkten Leistung kann man zwischen Teil- und Totalrücktritt unterscheiden. Der Teilrücktritt ist hier – wenn es sich um einen Mangel beim Kauf handelt – als „Minderung“ selbstständig geregelt, § 441 (beim Werkvertrag ist die entsprechende Regelung in § 638 zu finden). Die Anerkennung des Teilrücktritts als generelle Rechtsfigur, die über die traditionellen Minderungsfälle hinausgeht, ist gerade einer der wesentlichen Aspekte bei der Neuregelung des Rücktritts wegen Vertragsverletzung.²³⁹ Zwar heißt es in der Begründung zum Regierungsentwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes wie folgt: „Es besteht in diesen Fällen (nämlich in den Fällen der mangelhaften Leistung) gewöhnlich auch kein Grund, den Gläubiger am Vertrag teilweise festzuhalten, wenn die Leistung Mängel aufweist. Dies ist nur gerechtfertigt, wenn die Pflichtverletzung unerheblich und damit das Leistungsinteresse des Gläubigers im Grunde nicht gestört ist.“²⁴⁰ Allerdings ist der Teilrücktritt aber in denjenigen Fällen doch sinnvoll, in denen es kein gesetzlich ausdrücklich geregeltes Minderungsrecht gibt und in denen ein solches Recht gerechtfertigt ist, wie es z.B. in den freien Dienstverträgen der Fall ist.²⁴¹

²³⁷ MünchKomm/Ernst, 4.Auflage, 2003, § 323, Rn. 240.

²³⁸ MünchKomm/Ernst, 4.Auflage, 2003, § 323, Rn.199; AnwK-BGB/Dauner-Lieb Rn. 23.

²³⁹ MünchKomm/Ernst, 4.Auflage, 2003, § 323, Rn. 240.

²⁴⁰ Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drucks, 14/6040, S. 187.

²⁴¹ Dazu s. unter Teil E.

Der auf die vergangene Leistung gerichtete Teilrücktritt konkurriert nicht direkt mit dem Institut der außerordentlichen Kündigung, denn dieses richtet sich auf die zukünftige Leistung, womit die außerordentliche Kündigung in einem Dauerschuldverhältnis im Grunde einen Rücktritt für die Zukunft – eine Art Teilrücktritt – darstellt.²⁴² Jedoch könnte der auf die vergangene Leistung gerichtete Teilrücktritt in einem Konkurrenzverhältnis zur Herabsetzung der Vergütung nach § 628 Abs.1 S.2 stehen, welche eine Folge der außerordentlichen Kündigung aufgrund Pflichtverletzung des Dienstleistenden ist. Angesichts dessen, dass bei Bejahung einer außerordentlichen Kündigung wegen vertragswidrigen Verhaltens die Minderung bzw. Herabsetzung der Vergütung durch § 628 Abs.1 S.2 erreicht werden kann,²⁴³ ist eine Bejahung des Teilrücktritts wegen schlechter Dienstleistung in diesen Fällen sinnlos. Aus diesem Grund wird der Teilrücktritt durch die außerordentliche Kündigung verdrängt, wenn deren Voraussetzungen vorliegen.

Letztlich ist somit der Schluss zu ziehen, dass das Teil- und das Totalrücktrittsrecht durch das Institut der außerordentlichen Kündigung verdrängt werden, wenn die Voraussetzungen für die außerordentliche Kündigung vorliegen, weil in diesen Fällen durch das Zusammenspiel von außerordentlicher Kündigung und § 628 Abs.1 S.2 nahezu die gleichen Rechtswirkungen erreicht werden, die auch ein Rücktritt zur Folge hätte. Wenn eine außerordentliche Kündigung allein wegen des Fehlens des wichtigen Grundes nicht in Betracht kommt, ist auch der Totalrücktritt ausgeschlossen, weil die strikteren Voraussetzungen für die außerordentliche Kündigung ansonsten durch das Rücktrittsrecht umgangen würden. Der auf die vergangene mangelhafte Dienstleistung gerichtete Teilrücktritt wird hingegen nicht verdrängt, da er wie eine Vergütungsminderung funktioniert, das Vertragsverhältnis nicht beendet und deshalb nicht mit dem außerordentlichen Kündigungsrecht konkurriert. In den Fällen, in denen eine außerordentliche Kündigung überhaupt nicht in Betracht kommt – z.B. wenn ein Leistungsverhältnis zwischen einem Mandanten und einem Rechtsanwalt mit dem Erlass eines unanfechtbaren Gerichtsbeschlusses bereits beendet ist²⁴⁴ – kann die Minderung der Vergütung zwar nicht mehr durch die nur nach einer außerordentlichen Kündigung mögliche Herabsetzung der Vergütung gem. § 628 Abs.1 S.2, wohl aber noch durch das Rücktrittsrecht verwirklicht werden. In diesem Fall ist der auf die vergangene Leistung gerichtete Teilrücktritt im Grunde doch ein Totalrücktritt, da hier der Totalrücktritt nur eine Rechtswirkung bezüglich der vergangenen Leistung bewirken kann. Durch die Bejahung des Rücktrittsrechts können die Voraussetzungen der außerordentlichen Kündigung in diesen Fällen nicht umgangen werden, da eine solche Umgehung nur in Frage kommt, wenn der Rücktritt oder die außeror-

²⁴² MünchKomm/Ernst, 4. Auflage, 2003, § 323, Rn. 199.

²⁴³ S. oben Teil D II 2 c).

²⁴⁴ Zur Verneinung eines außerordentlichen Kündigungsrechts in einem solchen Fall vgl. BGH, Urteil vom 15. 7. 2004, BGH NJW 2004, 2817.

dentliche Kündigung das Vertragsverhältnis vorzeitig beenden können, wenn also im genannten Beispiel das Mandat noch nicht beendet wäre.

Wenn vor der Vollendung der Dienstleistung wegen einer Schlechtleistung des Dienstverpflichteten die Erheblichkeit in § 326 Abs.5 S.2 zwar zu bejahen, der Kündigungsgrund in § 626 aber zu verneinen ist (der Kündigungsgrund gem. § 626 hat wie gezeigt strengere Voraussetzungen als die Rücktrittsgründe in § 323, vgl. oben D II 4 b) aa)), hat der Dienstberechtigte folgende Möglichkeiten: Er kann den auf die Vergangenheit gerichteten Teilrücktritt erklären und lässt den übrigen Teil des Vertrags zu Ende durchführen. Er kann auch den Dienstvertrag bis zum Ende durchführen lassen und danach den Rücktritt vom Vertrag erklären. Wenn der Dienstverpflichtete die übrigen Dienste vertragsgemäß erbracht hat, gibt es zwischen diesen zwei Alternativen keinen erheblichen Unterschied, da bei der Berechnung des Wertersatzes für die vertragsgemäß erbrachte Dienstleistung die diesem Teil der Dienstleistung entsprechende Vergütung zugrunde zu legen ist (§ 346 Abs.2 S.2 Halbs.1). Hier bewirkt der Dienstberechtigte mit dem Teil- oder Totalrücktritt im Grunde eine Minderung der Vergütung.

3. Ergebnis

Als Ergebnis lässt sich somit folgendes zusammenfassen: Wenn die Voraussetzungen für die außerordentliche Kündigung vorliegen, werden das Teil- und das Totalrücktrittsrecht durch das Institut der außerordentlichen Kündigung verdrängt; wenn die Voraussetzungen für die außerordentliche Kündigung nicht vorliegen und die Erbringung der Dienstleistung noch nicht beendet ist, kann ein auf die vergangene Leistung gerichteter Teilrücktritt erklärt werden; wenn die Voraussetzungen für die außerordentliche Kündigung nicht vorliegen und die Dienstleistung schon vollständig erbracht worden ist und ein Nacherfüllungsanspruch nicht besteht, ist ein Totalrücktritt möglich.

E. Das Minderungsrecht im freien Dienstvertrag

I. Einführung

Im Recht des freien Dienstvertrages ist die Frage ungeklärt, ob und ggf. inwieweit bei mangelhafter Dienstleistung die Gegenleistung herabgesetzt, verweigert oder – wenn sie bereits erbracht wurde – vom Vertragspartner zurückverlangt werden kann. Anders als beim Kauf-, Miet- und Werkvertrag enthält das Gesetz für den Dienstvertrag keine spezifischen, auch das Schicksal der Vergütung erfassenden Mängelgewährleistungsrechte. Für das Arbeitsrecht wird eine Lohnminderung bei mangelhafter Arbeitsleistung überwiegend verneint²⁴⁵, was nicht nur mit dem Fehlen eines spezifischen Mängelgewährleistungsrechts für den Dienstvertrag, sondern auch mit der sozialen Abhängigkeit des Arbeitnehmers begründet wird. Die wohl herrschende Rechtsprechung²⁴⁶ hat zwar auch bei den freien Dienstverträgen eine Kürzung des Honoraranspruchs unter dem Gesichtspunkt der Minderung abgelehnt. Allerdings wird – nicht nur im alten Schuldrecht, sondern auch

²⁴⁵ Ausführlich vgl. Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 10. Auflage, § 52 II 1; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, zweiter Band, Besonderer Teil, 1 Halbband, 13. Auflage, § 52 II a), S.315f.

²⁴⁶ BGH, NJW, 1963, 1301; OLG Düsseldorf NJW, 1975, 595; WPM 73, 1382. BGH NJW 1982, 1532; BGH NJW 1983, 1188; BGH NJW-RR 1988, 352, 353; BGH NJW 2002, 1571; BGH NJW 2004, 2817. Diese Meinung in den Literaturen vgl. Dietz/Wiedemann, JuS 1961, 116, 118; Palandt/Weidenkaff, § 611, Rn. 16; Jauerling/Mansel, § 611, Rn. 16; Bamberger/Roth/Fuchs, § 611, Rn. 32f.; Peukert, § 326 Abs. 1 S. 2 BGB und die Minderung als allgemeiner Rechtsbehelf, AcP 2005, 430, 454ff. m.w.N.

nach der Schuldrechtsreform – die Meinung vertreten, dass das Fehlen von besonderen gesetzlichen Vorschriften über die Vergütungsinderung im Dienstvertragsrecht zu kritisieren sei. Diese Meinung versucht, durch Anwendung der Regelungen des allgemeinen Schuldrechts auf Dienstverträge bei diesen zu Ergebnissen zu gelangen, die mit denen einer Vergütungsinderung vergleichbar sind.²⁴⁷

II. Die Notwendigkeit des Minderungsrechts bei den freien Dienstleistungen

1. Schweigen des Gesetzgebers zum Minderungsrecht in den §§ 611ff.

Die ganz herrschende Lehre im alten Schuldrecht ging offenbar – genauere Begründungen fehlen leider weithin – davon aus, dass die Nichtnormierung von Gewährleistungsvorschriften im Bereich der §§ 611ff. als beredtes Schweigen des Gesetzgebers anzusehen sei, also dass der Gesetzgeber eine bewusste Entscheidung gegen ein Entstehenmüssen des Dienstleistungsverpflichteten bzw. des Arbeitnehmers für den bloßen Minderwert seiner Dienstleistung getroffen habe,²⁴⁸ so dass durch eine Schlechtleistung der Vergütungsanspruch gar nicht (auch nicht über die allgemeinen Vorschriften) berührt werden solle. Allerdings finden sich für diese Argumentation keine Anhaltspunkte in den Gesetzesmaterialien²⁴⁹; dies rührt vor allem daher, dass die freie Dienstleistung zum Zeitpunkt der Schaffung und des Inkrafttretens des BGB keine so wichtige Rolle wie in der heutigen Wirtschaft gespielt hat. Für die Verneinung eines Minderungsrechts bei den freien Dienstverträgen fehlen fast durchweg nähere Begründungen;²⁵⁰ wenn doch einmal zu einer diesbezüglichen Argumentation angesetzt wird, handelt es sich bei den angeführten Beispielen fast immer um Arbeitsverträge, also um bloße Sonderformen des Dienstvertrages.²⁵¹

Die Rechtsprechung hat nun in einem neueren Urteil auch für das neue Schuldrecht ein Minderungsrecht im Dienstvertrag aus dem Grunde abgelehnt, dass das Schweigen des Gesetzgebers im Dienstvertragsrecht eine bewusst getroffene Entscheidung indiziere. „Wenn der Gesetzgeber diese Folge gewollt hätte, hätte das zur Konsequenz, dass er eine Regelung genau entgegen der bisherigen

²⁴⁷ Zum alten Recht vgl. Lieb, Dienstvertrag, S. 207f.; Roth, VersR 1979, 494ff., 600ff.; Ullrich, NJW 1984, 585, 588; Lessmann, FS Ernst Wolf, 1985, 395ff.; Kramer, MDR 1998, S. 324ff. Zur Rechtslage nach der Schuldrechtsreform vgl. Schlechtriem, Schuldrecht, Besonderer Teil, 6. Auflage, Rn.377, S.157; Medicus, Schuldrecht II, 12. Auflage, § 97 II 1c; MünchKomm/Emmerich, 4. Auflage, 2003, § 320, Rn. 12.

²⁴⁸ Siehe BGH NJW 1963, 1301, 1302f.; BGH NJW 1982, 1532; BGH NJW 1990, 2549f.; BGH NJW 2004, 2817. Umfassende Nachweise bei Motzer, Die „positive Vertragsverletzung“ des Arbeitnehmers, S. 174, Fn. 51, sowie bei Hirte, Berufshaftung, S. 370, Fn. 59.

²⁴⁹ Vgl. Manfred Lieb, Dienstvertrag, S. 208.

²⁵⁰ Peukert, AcP 2005, 430, 457.

²⁵¹ Lessmann, FS Ernst Wolf, 1985, 398 m.w.N.

Rechtsprechung zur Minderung bei Dienstverträgen getroffen hätte und die speziellen, im besonderen Schuldrecht befindlichen Minderungsvorschriften obsolet würden.“²⁵²

Im Vorfeld des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes wurde diskutiert, ob die Minderung als weiterer allgemeiner Rechtsbehelf in das allgemeine Leistungsstörungenrecht neben Rücktritt und Schadensersatz eingestellt werden sollte.²⁵³ Letztlich wurde eine Normierung des Minderungsrechts im allgemeinen Schuldrecht aus dem Grund abgelehnt, dass „die Minderung für einzelne Vertragstypen, insbesondere für den Dienstvertrag, als Rechtsbehelf ausgeschlossen bleiben muss“²⁵⁴.

Allerdings ist zweifelhaft, ob diese Aussage überhaupt als eindeutige Stellungnahme des Gesetzgebers zum freien Dienstvertrag angesehen werden kann. Es wird zwar deutlich, dass der Gesetzgeber ein Minderungsrecht im Dienstvertragsrecht ausschließen wollte; jedoch bezog man sich hierbei allgemein auf alle Dienstleistungen, nicht aber speziell auf die freien Dienstleistungen. Angesichts der Tatsache, dass der Arbeitsvertrag den überwiegenden Teil der Dienstverträge im BGB ausmacht und wegen der sozialen Abhängigkeit des Arbeitnehmers, welche eine unterschiedliche Behandlung vieler Probleme im Arbeitsrecht – möglicherweise also auch der Minderung der Gegenleistung für die Dienste (Vergütung oder Lohn) – im Vergleich zu dem Recht der freien Dienstverträge erfordert, ist diese Aussage unterschiedlich auszulegen, nämlich je nachdem, ob im Einzelfall die soziale Abhängigkeit des Dienstleistenden wesentlich ist oder nicht. Im Arbeitsvertrag spielt das soziale Schutzbedürfnis eine wichtige Rolle: der Arbeitnehmer und seine Familie sind ganz oder überwiegend von seinem Lohn abhängig. Der Arbeitnehmer soll vor dem Risiko eines möglicherweise vollständigen Lohnausfalls geschützt werden, welcher ihn im Hinblick auf seine Abhängigkeit hart trafe und dem er wegen des Fixgeschäftscharakters seiner Arbeitsleistung nicht ausweichen könnte. Dies rechtfertigt die Ablehnung der Lohnminderung wegen schlechter Arbeitsleistung im Arbeitsrecht.²⁵⁵ Bei den freien Dienstleistungen gibt es dieses Schutzbedürfnis hingegen nicht. Normalerweise werden von einem Dienstleistenden, z.B. einem Rechtsanwalt oder Arzt, mehrere Aufträge gleichzeitig durchgeführt, weswegen er nicht von einem einzelnen Mandat abhängig ist. Da der Hauptanwendungsbereich der §§ 611 ff. beim Arbeitsverhältnis liegt – bei welchem das soziale Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers bei der Gestaltung der Rege-

²⁵² AG Ludwigslust, Urteil vom 14. 10. 2003 – 3 C 473/03, NJW 2005, S.611; in dem Fall handelte es sich um einen Künstlervertrag.

²⁵³ Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, S. 217; Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drucks, 14/6040, S. 223.

²⁵⁴ Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, S. 217; Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drucks, 14/6040, S. 223.

²⁵⁵ Zutreffend Roth, VersR 1979, 494, 501f.; Lessmann, in FS für Wolf, S.394, 398, 409f.; Lieb, Dienstvertrag, S. 206ff., 210f.; Motzer, Positive Vertragsverletzung, S. 204ff.; Hirte, Berufshaftung, S. 372; sowie BAG (6.6.1972) 24, 286.

lungen wie gezeigt eine sehr wichtige Rolle spielt – liegt es nahe, dass die zitierte Aussage in der Begründung zum Regierungsentwurf vor allem auf die Arbeitsverträge bezogen war, so dass sie das Minderungsrecht bei den freien Dienstleistungen nicht unbedingt betreffen muss.

Sogar wenn der Gesetzgeber in der oben genannten Begründung auch das Minderungsrecht bei den freien Dienstleistungen erfassen wollte, wäre dies zudem nur die bloße Nachzeichnung der wohl herrschenden Rechtsprechung und Literaturmeinung zum alten Schuldrecht. Diese war jedoch nicht unproblematisch und wurde schon vor der Schuldrechtsreform von einer breiten Gegenansicht überzeugend kritisiert²⁵⁶. Der Ausgangspunkt der These, dass eine Minderungsmöglichkeit beim Dienstvertrag im alten Schuldrecht nicht vorgesehen war, ist somit keineswegs zwingend, was in der Gesetzesbegründung leider nicht angesprochen wird. Hier wäre zumindest eine Diskussion darüber wünschenswert gewesen, aus welchen Gründen das Zurückbleiben der erbrachten gegenüber der geschuldeten Leistung nicht zu den allgemeinen Elementen des Leistungsstörungenrechts zugeordnet werden soll.²⁵⁷

Somit ist die Begründung einer strikten Ablehnung eines eventuellen Minderungsrechts im Dienstvertrag, welche sich auf einen dahingehenden bewussten Willen des Gesetzgebers beruft, insbesondere für den Bereich der freien Dienstverträge eher zweifelhaft, da die diesbezügliche Stellungnahme des Gesetzgebers ziemlich unklar ist.

2. Der Pflichteninhalt des Dienstleistenden: Bemühen statt Erfolg.

Soweit der Standpunkt, dass das Minderungsrecht im Dienstvertrag zu verneinen sei, überhaupt näher begründet wird, scheint dem die folgende Vorstellung zugrunde zu liegen: Da der Dienstverpflichtete im Gegensatz zum Unternehmer des Werkvertragsrechts keinen Erfolg, sondern nur ein bloßes Bemühen schulde, brauche er für qualitative Schlechtleistung jedenfalls insoweit nicht zu einstehen, als es um den Anspruch auf die Gegenleistung gehe.²⁵⁸ Diese Argumentation überzeugt nicht. Die rechtliche Ausgestaltung des Pflichteninhalts des Dienstverpflichteten, nämlich dass er nicht einen bestimmten Erfolg, sondern nur bloßes Bemühen schuldet, kann nur dazu führen, dass der Schuldner im Fall des Ausbleibens eines mit der Dienstleistung bezweckten Erfolges weder schadensersatzrechtlich noch auf der Seite der Vergütung für dieses Ausbleiben verantwortlich ist. Es ist nicht entscheidend, ob dieser Erfolg eingetreten ist, sondern allein, ob sich der Dienstverpflichtete mit der erforderlichen Sorgfalt um den Erfolg bemüht hat. Die Unantastbarkeit des Vergütungsanspruchs bei der schlechten Dienstleis-

²⁵⁶ Vgl. Lieb, Dienstvertrag, S. 207f.; Roth, VersR 1979, 494ff., 600ff.; Ullrich, NJW 1984, 585, 588; Lessmann, FS Ernst Wolf, 1985, 395ff.; Kramer, MDR 1998, S. 324ff.

²⁵⁷ Hirte, Berufshaftung, S. 182.

²⁵⁸ Vgl. Manfred Lieb, Dienstvertrag, S. 208; auch vgl. OLG Frankfurt, Urteil vom 13.6.1991, MDR 1992, S.347; Peukert, AcP 2005, 430, 458ff.

tung kann aus dem Pflichteninhalt des Dienstverpflichteten gar nicht gefolgert werden. Im Gegenteil, vielmehr kann man aus ihm eine Herabsetzung der Vergütung bei Schlechterfüllung der Dienstleistung herleiten. Der Dienstverpflichtete hat zwar keine Garantie für den Erfolg seiner Leistung übernommen, aber ein sein Bemühen darum versprochen. Ein gestörtes Äquivalenzverhältnis muss sich bei allen gegenseitigen Vertragsarten auswirken.²⁵⁹ Die Parteien eines Dienstvertrags tauschen miteinander ihre Leistungen aus, also Dienstleistung im Sinne von Bemühen unter Berücksichtigung der erforderlichen Sorgfalt einerseits und Vergütung andererseits. Wenn der Dienstverpflichtete sich nicht richtig bemüht, also wenn er die erforderliche Sorgfalt nicht berücksichtigt hat, muss der Dienstberechtigte für diese Schlechterfüllung naturgemäß auch nicht den vollen „Preis“ zahlen; dies ist Sinn und Zweck des Synallagmas.

Obwohl der Dienstverpflichtete sich nur zu bloßem Bemühen verpflichtet, ist das Synallagma im freien Dienstvertrag nämlich nicht zu verneinen. Der Dienstschuldner muss richtiges Verhalten mit der erforderlichen Sorgfalt an den Tag legen, wofür der Dienstgläubiger vergüten soll. Ein etwas altertümliches Argument bildet die Bezeichnung der Vergütung als „Honorar“. Sie erweckt den Eindruck, als handele es sich beim Entgelt eines Freiberuflers gar nicht um eine Gegenleistung, sondern um eine Art Ehrengeschenk oder Hilfe zum Lebensunterhalt zum Dank für die genossenen Früchte der Wissenschaft.²⁶⁰ Der modernen Marktgesellschaft entspricht eine solche Vorstellung gerade in Bezug auf höhere Dienstleistungen in keiner Weise²⁶¹. Der Dienstberechtigte verpflichtet sich, dem Dienstverpflichteten die vereinbarten Dienste zu vergüten, und zwar nur die vertragsgemäßen Dienste, nicht aber die Dienste, die die im Vertrag festgelegten Kriterien nicht erreichen. Es ist daher gerecht, dass z.B. der Mandant die Vergütung herabsetzen kann, wenn der Anwalt bei der Durchführung des Mandats im Prozess schlecht geleistet hat; dies ist sogar dann der Fall, wenn der Eintritt eines Folgeschadens zufällig oder durch Eingreifen des Gläubigers oder Dritter (z.B. des Richters) vermieden worden ist.

3. Ermittlung der Dienstleistungsqualität

Das Minderungsrecht bei der Dienstleistung setzt voraus, dass überhaupt eine Minderleistung vorliegt. Zu deren Bestimmung muss die Dienstleistung vertraglich so präzise festgelegt sein, dass ein Abweichen der tatsächlich erbrachten Dienstleistung vom geschuldeten Leistungsstandard festgestellt werden kann.²⁶²

²⁵⁹ Soergel/Wiedemann, 12.Auflage, vor § 275, Rn. 445.

²⁶⁰ So insb. Löwenfeld, Gutachten aus dem Anwaltsstande über die erste Lesung des Entwurfs eines BGB, 1890, S.858ff., 892ff., 905; Leonhard, Schuldrecht, besonderer Teil, 1931, S.199; zitiert aus Schiemann, Die freie Dienstvertrag, JuS, 1983, 649, 657.

²⁶¹ Roth, VerR 1979, 494, 502; Schiemann, Die freie Dienstvertrag, JuS 1983, 649, 657;

²⁶² Bamberger/Roth/Fuchs, Aktualisierung August 2004, § 611, Rn. 32

Es fragt sich somit, wie und in welcher Qualität die Dienste zu erbringen sind.²⁶³ In Teil C wurde oben bei der Diskussion des Verhältnisses zwischen Pflichtverletzung und Fahrlässigkeit herausgearbeitet, dass die Pflichtverletzung als die Außerachtlassung der höchstmöglichen Sorgfalt, welche von einem ex-post-Standpunkt aus zu beurteilen ist, anzusehen ist. Der Dienstverpflichtete ist zu dem Verhalten verpflichtet, welches ein normaler Berufsträger in seinem Verkehrskreise mit der höchstmöglichen Sorgfalt an den Tag legen kann.²⁶⁴ Daher schuldet der Dienstverpflichtete dem Dienstberechtigten nicht allein subjektive Mühewaltung (also nur bemühen, wenn auch erfolglosen Tätigkeitsaufwand), sondern ist auch objektiv dazu verpflichtet, standardisierte Leistungen²⁶⁵ von bestimmter Qualität zu erbringen, welche nach der erforderlichen Sorgfalt zu bestimmen sind.

Heribert Hirte hat eine konkrete Methode zur Ermittlung der Dienstleistungsqualität entwickelt, wonach die Dienstleistungsqualität durch Zerlegung der Dienstleistung in Einzelleistungen zu ermitteln sei.²⁶⁶ Der Anwalt haftet, weil er eine Frist versäumt oder seine Rechtskenntnisse nicht ausreichend waren; der Arzt haftet für mangelnde Sterilisierung seiner Instrumente oder die fehlerhafte Organisation seines Betriebs. Betrachtet werden mithin immer einzelne, abgegrenzte und klar definierbare Einzelpflichten, deren Verletzung eine Haftung gegenüber dem Vertragspartner auslöst.²⁶⁷ Diese Methode wird auch durch die Rechtsprechung indirekt bestätigt; denn diese stützt eine Haftung des Dienstverpflichteten tatsächlich – unabhängig von der Rechtsnatur des zugrunde liegenden Vertrags – immer auf die Schlechterfüllung einzelner Leistungsaspekte der geschuldeten Tätigkeit.²⁶⁸ Durch eine Zerlegung von Dienstleistungen in ihre Einzelemente wird im Wesentlichen erreicht, dass an die Stelle eines schwer zu definierenden Endzwecks wie die „Gesundung des Patienten“ oder der „Erfolg des Rechtsstreits“ klar fassbare und damit nachprüfbar Einzelleistungen treten.²⁶⁹ Diese Ermittlungsmethode ist nicht nur die richtige, sondern m.E. sogar die einzige Methode, mit der man die Qualität der Dienstleistung ermitteln kann. Die Pflichtverletzung im Dienstvertrag ist demnach nur durch die Aufspaltung der Vertragspflichten in einzelne Tätigkeiten zu ermitteln.²⁷⁰

²⁶³ Lessmann, FS für Wolf, S. 401.

²⁶⁴ S. oben C III 1 b) und C III 3.

²⁶⁵ Schlechtriem, Schuldrecht, Besonderer Teil, 6. Auflage, Rn.377, S. 157; ähnlich Schiemann, JuS 1983, 649, 657; Odersky, NJW 1989, 1.ff.; Kramer, MDR 1998, S.325.

²⁶⁶ Hirte, Berufshaftung, S. 357.

²⁶⁷ Hirte, Berufshaftung, S. 357.

²⁶⁸ Heribert Hirte, Berufshaftung, S. 357.

²⁶⁹ Heribert Hirte, Berufshaftung, S. 358.

²⁷⁰ Bzgl. der Aufspaltung in einzelne Tätigkeiten ist auf die diesbzgl. umfangreiche Rechtsprechung sowie auf die an Einzeltätigkeiten orientierte Abrechnung nach der GOÄ, der BRAGO, der StBGebV, der HOAI oder – für Notare – der KostO zu verweisen. Vgl. Hirte, Berufshaftung, S. 359.

Hier ist zu anzumerken, dass die Aufspaltung der Vertragspflichten meines Erachtens nur als Methode zur Ermittlung der Pflichtverletzung, nicht aber als Methode zur Berechnung des Minderwerts der schlechten Dienstleistung dient. Durch die Aufspaltung der Vertragspflichten kann man festlegen, ob die Qualität der Dienstleistung gut oder schlecht ist; dies hat aber mit der Berechnung des Minderwerts der Dienstleistung nichts zu tun.

Obwohl die Qualität der Dienstleistung somit in der Tat generell ermittelt werden kann, ist es nicht zu leugnen, dass die Bestimmung der Schlechtleistung im Einzelfall höchst schwierig ist. Es ist manchmal unklar, ob und welches Verhalten unter bestimmten Umständen erforderlich ist. In diesen Fällen ist zugunsten des Dienstleistenden eine Schlechtleistung nur zurückhaltend zu bejahen, um eine zu viel strikte Haftung des Dienstleistenden zu vermeiden und diesem notwendige Tätigkeitsspielräume zu erhalten. Denn eine zu strikte Haftung der Träger der freien Berufe würde schädlich für die Entwicklung der jeweiligen Berufsstände sein.

4. Die Berechnung des Minderwerts

Ein weiterer Begründungsansatz gegen die Einführung eines Minderungsrechts bei schlechter Dienstleistung setzt bei der Berechnung des Minderwerts an, da die durch die Dienstleistung zu verzeichnende „Vermögensmehrung“ beim Dienstberechtigten anders als bei Kauf-, Miet- und Werkvertrag schwer bewertbar sei.²⁷¹ Diese Schwierigkeiten bestehen jedoch auch beim Architektenvertrag und anderen Werken²⁷², bei denen die Minderung des Werklohns nicht abgelehnt wird, so dass diese Argumentation nicht überzeugen kann. Höchstwahrscheinlich kommt in dieser Ansicht lediglich der Unwille zur Bewertung von Dienstleistungen zum Ausdruck.

Hinsichtlich der Vergütungsinderung bei der Dienstleistung wird die Meinung vertreten, dass diese nicht analog nach § 441 Abs.3 n.F. (§ 472 a.F.), sondern nach dem Vergütungsmaßstab des § 628 Abs.1 zu berechnen sei.²⁷³ Begründet wird dies wie folgt: Wenn man die Vergütungsinderung (analog) nach § 441 Abs.3 n.F. (§§ 472 a.F.) berechnen würde, welcher für die Wertermittlung auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abstellt, würde man auf Schwierigkeiten treffen, da in den meisten freien Dienstleistungsverträgen Leistung und Gegenleistung nicht von Anfang an in ihrem gesamten Umfang fixiert seien, so dass sich dann die Teil- oder Schlechtleistung nicht ins Verhältnis zur Gesamtleistung setzen und sich die von § 441 Abs.3 n.F. (§ 472 a.F.) angestrebte verhältnismäßige Minderung der Gegenleistung nicht durchführen ließe.²⁷⁴ Nach dieser Ansicht würden diese

²⁷¹ Bamberger/Roth/Fuchs, Aktualisierung August 2004, § 611, Rn. 32

²⁷² Schlechtriem, Schuldrecht, Besonderer Teil, 6. Auflage, S.157, Fn. 53.

²⁷³ Lessmann, FS. Ernst Wolf, 1985, S.414; Roth, VersR, 1979, 601.

²⁷⁴ Roth, VersR 1979, 601; Lessmann, FS. Ernst Wolf, 1985, S. 414.

Schwierigkeiten durch die Anwendung des Herabsetzungsmaßstabs des § 628 Abs. 1 vermieden, da nach § 628 Abs. 1 der Vergütungsanspruch nicht durch eine Minderung des Gesamthonorars, sondern durch Bewertung der tatsächlich erbrachten Leistungen berechnet wird: Was geleistet ist, wird entgolten.²⁷⁵ § 628 Abs.1 sei damit gerade auf die Besonderheiten der Dienstverträge der freien Berufe zugeschnitten.²⁷⁶

Allerdings wird hierbei nicht klar, nach welchem Satz des § 628 die geleistete Dienstleistung vergütet werden soll. Meines Erachtens soll hier § 628 Abs.1 S.2 Alt.2 gemeint sein, da das Minderungsrecht im Grunde nur vorliegen kann, wenn der Dienstverpflichtete seine Vertragspflichten verletzt hat. Hierbei betrifft die Kündigung des Dienstberechtigten gem. § 628 Abs.1 S.2 Alt.2 (der Dienstverpflichtete veranlasst durch sein *vertragswidriges* Verhalten die Kündigung des anderen Teils) eine ähnliche Fragestellung wie das Minderungsrecht wegen *Pflichtverletzung*.

Da in den meisten freien Dienstleistungsverträgen Leistung und Gegenleistung beim Abschluss des Vertrags nicht in ihrem gesamten Umfang fixiert sind, ist eine verhältnismäßige Minderung im freien Dienstvertrag analog § 441 Abs.3 in der Tat unmöglich. Denkbar ist alleine, dass der Dienstberechtigte die geleisteten Dienste nach ihrem tatsächlichen Wert, nicht aber nach der vereinbarten Vergütung oder der den bisherigen Dienstleistungen entsprechenden Teilvergütung vergüten muss. Die vereinbarte Vergütung abzüglich des tatsächlichen Wertes der geleisteten Dienste ist gleich der Summe der Minderung. Es fragt sich somit, wie der tatsächliche Wert der geleisteten Dienste zu berechnen ist. § 628 Abs.1 S.2 Alt.2 bietet hierfür eine geeignete Lösung: Ein Anspruch auf die Vergütung steht dem Dienstverpflichteten insoweit nicht zu, als seine bisherigen Leistungen für den anderen Teil kein Interesse haben. Der Wert der geleisteten Dienste ist somit nach dem Interesse des Dienstberechtigten an den schon erbrachten Diensten zu berechnen. Bei dieser Berechnungsmethode wird das Interesse des Dienstberechtigten deswegen berücksichtigt, weil zum einen viele Dienstleistungen in einem engen Zusammenhang mit dem Dienstberechtigten stehen, für die es keinen Marktpreis gibt und deren Wert nur im Hinblick auf das Interesse des Dienstberechtigten berechnet werden kann, und weil zum anderen der Grund für die Minderung – nämlich die Pflichtverletzung – auf Seiten des Dienstverpflichteten und nicht des Dienstberechtigten liegt, weswegen das Interesse des letzteren als Anknüpfungspunkt für die Berechnung des Werts der geleisteten Dienste näher liegt als das des Dienstverpflichteten.

Auch wenn Leistung und Gegenleistung beim Abschluss des Dienstvertrags in ihrem gesamten Umfang fixiert sein sollten, ist die Minderung grundsätzlich ebenfalls nach § 628 Abs.1 S.2, also nach dem Kriterium „Interesse des Dienstberech-

²⁷⁵ Lessmann, FS. Ernst Wolf, 1985, S. 414; Roth, VersR 1979, S. 601.

²⁷⁶ Roth, VersR 1979, S.601.

tigten an den geleisteten Diensten“ zu berechnen. Denn obgleich hier die Minderung analog § 441 Abs.3 verhältnismäßig berechnet werden kann, muss der Wert der geleisteten Dienste Anknüpfungspunkt für die Berechnung sein. Analog § 441 Abs.3 ist die vereinbarte Vergütung in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem der Wert der vertragsgemäßen Dienstleistung (also wenn die Pflichtverletzung nicht aufgetreten wäre) zu dem tatsächlichen Wert der geleisteten Dienstleistung steht. Es ist also folgende Gleichung aufzustellen: Vereinbarte Vergütung (VV) : X = Wert der vertragsgemäßen Dienstleistung (WdvD) : tatsächlicher Wert der Dienstleistung (tWdD). Da nach dem Grundgedanken des § 346 Abs.2 S.2 Halbs.1 die Gegenleistung (vereinbarte Vergütung (VV)) bei der Berechnung des Werts der vertragsgemäßen Dienstleistung (WdvD) zugrunde zu legen ist, ist die zu zahlende Vergütung (X) grundsätzlich gleich dem tatsächlichen Wert der geleisteten Dienstleistung (tWdD). Da nach dem oben Erörterten der tatsächliche Wert der geleisteten Dienstleistung (tWdD) gemäß § 628 Abs.1 S.2 nach dem Interesse des Dienstberechtigten zu berechnen ist, bedeutet die analoge Anwendung des § 441 Abs.3 auf die Berechnung der Minderwerts im Grunde zugleich auch die Anwendung des § 628 Abs.1 S.2.

5. Unerhebliche Pflichtverletzung

Durch die oben befürwortete Berechnungsmethode kann auch vermieden werden, dass jede und somit möglicherweise sogar eine ganz unerhebliche Pflichtverletzung bei der Dienstleistung zur Vergütungsminderung führt. Als Beispiel seien etwa die Fälle genannt, in denen ein Arzt seinen Patienten vor der Behandlung trotz Bestehen einer Aufklärungspflicht nicht über eine eigentlich unwichtige Tatsache aufklärt, wobei diese Unterlassung keinen negativen Einfluss auf die Entscheidung des Patienten oder die Behandlung hat oder in denen in einem in fremder Sprache verfassten Vertrag einige Klauseln grammatikalisch fehlerhaft sind, obwohl die Fehler bei sorgfältiger Nachprüfung durch den vertragsgestaltenden Anwalt hätten vermieden werden können, dies aber keine negative Wirkung auf das Verständnis des Vertrags herbeiführt. Angesichts der Flexibilität der Dienstleistung und der Schwierigkeit bzgl. der Qualitätsfeststellung²⁷⁷ muss vermieden werden, jegliche unerhebliche Pflichtverletzung zu einer Vergütungsminde rung führen zu lassen. Ansonsten würden übermäßig viele Streitigkeiten wegen Kleinigkeiten zwischen dem Dienstleistenden und den Kunden entstehen, was eine Gefährdung für die normale Berufstätigkeit des Dienstverpflichteten darstellen würde. Bei solchen nur unerheblich schlechten Dienstleistungen ist

²⁷⁷ Die objektive Qualität der freien Dienstleistung kann zwar durch sorgfältige Ermittlung ermittelt werden; allerdings ist nicht zu leugnen, dass diese Ermittlung bei Dienstleistungen – etwa im Vergleich zu Sachleistungen – deutlich schwieriger ist und deswegen zwischen dem Dienstleistenden und dem Kunden häufiger zum Streit führen wird: Wegen der Flexibilität der Dienstleistungen und der Schwierigkeit der Qualitätsfeststellung kann ein böswilliger Kunde bei fast jeder Dienstleistung einen noch so kleinen Fehler finden oder behaupten und sich deswegen beschweren.

anzunehmen, dass der Gläubiger volles Interesse an der Leistung hat, so dass hier nichts zu mindern ist.

Für die Feststellung der Erheblich- oder Unerheblichkeit der Pflichtverletzung sind mindestens zwei Elemente zu berücksichtigen: die Pflichtverletzung an sich und die Folge der Pflichtverletzung. Wenn bereits die Schlechterfüllung an sich im Vergleich zur ordentlichen Leistung schon erheblich ist, ist die Erheblichkeit der Pflichtverletzung in jedem Fall zu bejahen, selbst wenn diese Schlechterfüllung gar keinen Folgeschaden herbeigeführt hat. Wenn etwa ein von einem Anwalt verfasseter Joint-Venture-Vertrag wegen schlechter Qualität überhaupt nicht brauchbar ist, ist die Erheblichkeit der Pflichtverletzung anzunehmen, selbst wenn der Kunde den Vertrag aus anderen Gründen – z.B. wegen erfolglosen Verhandlungen mit dem Geschäftspartner, die das Joint-Venture-Projekt scheitern lassen – überhaupt nicht benutzt hat. Auch wenn die Schlechterfüllung an sich nicht als erheblich zu bewerten ist, sie aber zu einem schwerwiegenden Schaden geführt hat, ist diese Schlechterfüllung als erheblich anzusehen. Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass die Erheblich- oder Unerheblichkeit der Pflichtverletzung immer von den Umständen des Einzelfalls abhängig ist, so dass man sie nur unter deren Berücksichtigung bestimmen kann.

III. Die Wege der Minderung

1. § 614 Satz 1 und § 320 Abs.1

Die Möglichkeit, die Vergütung bei schlechter Dienstleistung bis zu deren vollständiger Erbringung zu verweigern (dilatorische Einrede), könnte sich aus §§ 614, 320 ergeben. Diese Vorschriften könnten es ermöglichen, Leistungs- und Vergütungspflicht derart miteinander zu verknüpfen, dass kein Vertragsteil seine Leistung erbringen muss, ohne dass er zugleich die Gegenleistung erhält. Der Dienstberechtigte dürfte also nach § 614 oder § 320 mit der Bezahlung der Vergütung warten, bis die Dienstleistung vollständig und ordnungsgemäß erbracht ist.

a) § 614 Satz 1

§ 614 Satz 1 ordnet an, dass die Vergütung nach der Leistung der Dienste zu entrichten ist. Während nach den allgemeinen Regeln des Schuldrechts der Vergütungsanspruch mit Abschluss des Vertrags fällig wird (§ 271 Abs.1), kann der Dienstberechtigte nach § 614 Satz 1 mit der Bezahlung warten, bis die Dienste vollständig erbracht sind.²⁷⁸ § 614 Satz 1 stellt nur auf die Erbringung der Dienste ab, ohne dass damit klargestellt ist, ob es nur auf den Umfang der Erfüllung der

²⁷⁸ In der Tat ist die Bedeutung des § 614 gering, weil er vielfach durch Sondervorschriften (§§ 64, 87c HGB, § 11 BerBG) verdrängt wird und im Arbeitsrecht in der Regel durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung häufig abbedungen ist. s. Palandt, 61.Auflage, § 614, Rn. 1

Leistungspflicht oder auch auf die Art und Weise der Leistung ankommt. In der Literatur ist dies umstritten. Nach der Meinung von Medicus hängt die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs von der Vertragsmäßigkeit der erbrachten Dienste ab: solange der Dienstschuldner nicht vertragsgemäß geleistet habe, sei sein Vergütungsanspruch noch nicht fällig. Der Dienstberechtigte könne nach § 614 Erfüllung, also die vertragsgemäße Leistung, verlangen.²⁷⁹

Nach der h.M. hingegen enthält § 614 richtigerweise lediglich eine Fälligkeitsregelung, die die Vorleistungspflicht des Dienstverpflichteten zum Ausdruck bringt, und nichts darüber aussagt, welche Rechtsfolgen sich aus einer Schlechterfüllung ergeben.²⁸⁰ Denn es handelt sich bei § 614 Satz 1 allein um eine Norm, die einen von § 271 Abs.1 abweichenden Zeitpunkt der Fälligkeit festlegen soll. Durch diese Regelung soll der Zeitpunkt der Fälligkeit grundsätzlich klar und eindeutig bestimmt werden – ein Ziel, welches aber nicht erreicht werden kann, wenn die Fälligkeit der Gegenleistung von der Mangelfreiheit der Leistung abhängt.²⁸¹ Diese Interpretation wird auch durch § 614 Satz 2 bestätigt: „Ist die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen, so ist sie nach dem Ablauf des einzelnen Zeitabschnittes zu entrichten.“ Bei der Vergütung langfristiger Dienstverhältnisse soll es damit nur auf den Ablauf des Zeitabschnittes, nicht aber auf die Vertragsmäßigkeit der Leistung ankommen. Da in § 614 Satz 2 der Zeitpunkt „nach dem Ablauf des einzelnen Zeitabschnittes“ den Zeitpunkt „nach der Leistung der Dienste“ ersetzt, wird deutlich, dass auch in § 614 Satz 1 die Vertragsmäßigkeit der Leistung nicht entscheidend ist.²⁸²

Die qualitative Schlechtleistung ist in § 614 somit nicht angesprochen, so dass eine entsprechende Vergütungsverweigerung richtigerweise aus ihr nicht hergeleitet werden kann.

b. § 320 Abs.1

Solange der geschuldete Dienst überhaupt nicht oder nicht vollständig geleistet wurde, ist der Vergütungsanspruch nach § 614 Satz 1 noch nicht fällig. Wurde der

²⁷⁹ Medicus, Schuldrecht, BT, 12.Auflage, Rn. 324. Die Anwendbarkeit des § 320 bei der schlecht geleisteten Dienstleistung wird hier nicht diskutiert; dies ist vermutlich darin begründet, dass Medicus bei mangelhafter Dienstleistung eine Anwendbarkeit des § 614 für gegeben hält, so dass ein Rückgriff auf § 320 Abs.1 nicht mehr nötig wäre.

²⁸⁰ So die h.M., vgl. Palandt/Weidenkaff, 65. Auflage, § 614, Rn. 1; Ermann/Edenfeld/Belling, 11. Auflage, § 614, Rn. 1; Kramer, MDR 1998, S. 325; Lessmann, FS für Wolf, S. 408; mit ausführlicher Begründung insbesondere Roth, VersR 1979, S. 496f.

²⁸¹ § 614 Satz 1 ist nicht die einzige Norm des Vertragsrechts, die für den Fälligkeitszeitpunkt eine Abweichung von § 271 Abs.1 bestimmt. Siehe etwa § 551 a.F. (§ 556b Abs. 1 BGB weicht von der Regelung in § 551 Abs. 1 vor der Mietrechtsreform insoweit ab, als in § 551 Abs. 1 BGB der Mietzins am Ende der Mietzeit zu entrichten war.) beim Mietvertrag, § 641 beim Werkvertrag, § 699 bei der Verwahrung; diese Normen bestimmen einen Fälligkeitszeitpunkt, der zwar mit der Erbringung der für den Vertrag charakteristischen Leistung zusammenhängt, nicht aber die Mangelfreiheit dieser Leistung voraussetzt. Vgl. Roth, VersR 1979, S. 497; Lessmann, FS für Wolf, S. 408.

²⁸² Roth, VersR 1979, S. 497.

Dienst vollständig geleistet, ist zu prüfen, ob sich der Dienstberechtigte auf § 320 Abs. 1 berufen kann, so dass er die Bezahlung der Vergütung verweigern kann.

Vor der Schuldrechtsreform wurde die Frage, ob der Dienstberechtigte im Fall der schlechten Dienstleistung gemäß § 320 Abs.1 die Vergütung verweigern kann, überwiegend verneint, weil die Anwendung des § 320 hier im Ergebnis auf ein vom Gesetz bei Dienst- und Arbeitsverträgen gerade nicht vorgesehenes, verschuldensunabhängiges Minderungsrecht des Dienstberechtigten hinauslief.²⁸³ Auch nach der Schuldrechtsreform wird diese Meinung weiterhin vertreten.²⁸⁴ Demgegenüber bejaht allerdings Emmerich die Anwendung des § 320 auf die schlechte Dienstleistung in den freien Dienstverträgen, „da das Gesetz (ebenso wie früher, s. die §§ 325 Abs. 1 S. 3 und 323 Abs. 1 Halbsatz 2 a.F.) in der Schlechtleistung eine Pflichtverletzung sieht (s. §§ 281 Abs. 1 S. 1, 323 Abs. 1 nF).“²⁸⁵ Vom Ergebnis her ist diese Meinung zwar zu begrüßen; allerdings überzeugt ihre Begründung nicht.

Die Meinung von Emmerich begründet sich dadurch, dass die Schlechtleistung im neuen Schuldrecht als Pflichtverletzung i.S.v §§ 281 Abs. 1 S. 1, 323 Abs. 1 zu qualifizieren ist. Dies kann nicht überzeugen. Auf das allgemeine Verhältnis zwischen Pflichtverletzung und Nichterfüllung nach der Schuldrechtsreform ist hier nicht einzugehen. Sicher ist aber, dass nicht alle Pflichtverletzungen, die möglicherweise einen Schadensersatzanspruch verursachen können, mit der Nichterfüllung i.S.v. § 320 gleichzusetzen sind. Beispielsweise kann die Verletzung bloßer Abwicklungspflichten wie die Rückgabepflicht des Mieters oder des Verwahrers (§§ 546 Abs. 1, 695) oder die Rückzahlungspflicht des Darlehensnehmers (§ 488 Abs. 1 S. 2) das Verweigerungsrecht des § 320 nicht rechtfertigen, weil diese Pflichten nicht im Austauschverhältnis mit den Hauptleistungspflichten des anderen Teils stehen.²⁸⁶ Als weiteres Beispiel zu nennen ist die Verletzung von Schutzpflichten i.S.v. § 241 Abs.2. Die Nichterfüllung i.S.v. § 320 bedeutet nur die Nichterfüllung der (Haupt- oder Neben-)Leistungspflicht. Nach dem Wortlaut des § 320 kann der Einredoberechtigte seine Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern. In § 320 ist nur von der Gegenleistungspflicht, nicht von Schutzpflichten die Rede. Auch unter teleologischen Aspekten kann die Nichterfüllung i.S.v. § 320 nicht die Verletzung von Schutzpflichten umfassen. Die Schutzpflichten sind in einem Vertrag grundsätzlich nicht klar festgelegt, sondern

²⁸³ OLG Hamburg VersR 1989, 1169, 1170; BAG AP§ 611 – Haftung des Arbeitnehmers Nr. 71; OLG Frankfurt MDR 1992, 347; Palandt/Heinrichs, § 320, 61. Auflage, Rn. 9; Staudinger/Richardi (1999), § 611 Rn. 473; Staudinger/Otto (2001), § 320, Rn. 28; Soergel/Wiedemann, 12. Auflage, § 320, Rn. 55; Ullrich, NJW 1984, 585; gegen die Möglichkeit der Minderung auch BGH NJW 2002, 1571, 1572; aM für den Dienstvertrag Roth VersR 1979, 494, 503 f.; Lessmann FS E. Wolf, 1985, 395, 410 f.; s. zur Problematik im alten Recht zuletzt Kramer MDR 1998, 324 ff.

²⁸⁴ Palandt/Heinrichs, 64. Auflage, § 320, Rn. 9; Bamberger/Roth/Fuchs, Aktualisierung August 2004, § 611, Rn. 32; Bamberger/Roth/Grothe, 1. Auflage, 2003, § 320, Rn. 8; Jauernig/Vollkommer, 11. Auflage, 2004, § 320, Rn. 4.

²⁸⁵ MünchKomm/Emmerich, 4. Auflage, 2003, § 320, Rn. 12.

²⁸⁶ MünchKomm/Emmerich, 4. Auflage, 2003, Vorbemerkung zu den § 320 bis § 327, Rn.29.

von den konkreten Umständen abhängig. Die Verweigerung der Leistung bis zur Erfüllung der derartig unbestimmten Schutzpflichten ist unzweckmäßig. Selbst wenn der Gläubiger nach der Verletzung von Schutzpflichten durch die andere Partei möglicherweise seine eigene Leistung verweigern kann, ist nur die Gegenseitigkeit zwischen seiner eigenen Leistung und dem Schadensersatzanspruch wegen der Schutzpflichtverletzung relevant, nicht aber die Gegenseitigkeit zwischen seiner eigenen Leistung und den Schutzpflichten an sich.

Zwar kann die Begründung der Meinung von Emmerich nicht überzeugen, im Ergebnis ist dieser Meinung aber zuzustimmen. Die Schlechtleistung der Dienste kann ein Verweigerungsrecht des Dienstberechtigten gem. § 320 hervorrufen. Die Argumentation der überwiegenden Meinung, dass § 320 wegen des Fehlens eines Minderungsrechts im Dienstvertragsrecht auf den Fall der schlechten Dienstleistung nicht anwendbar ist, ist nicht überzeugend. Denn wie oben schon ausgeführt ist das Fehlen von Gewährleistungsvorschriften für den Dienstvertrag nicht als bewusste Entscheidung des Gesetzgebers gegen ein Einstehenmüssen des Dienstleistenden – insbesondere in den freien Dienstverträgen – für die Qualität seiner Dienste anzusehen.²⁸⁷

Weiterhin ist auch die im alten Schuldrecht vertretene Meinung, die auch der schlecht erbrachten Dienstleistung Erfüllungswirkung i.S.v. § 362 zusprach²⁸⁸, so dass § 320 nicht anzuwenden war, abzulehnen, insbesondere im geltenden Recht nach der Schuldrechtsreform. Gemäß § 362 Abs.1 tritt Erfüllung nur ein, wenn die geschuldete Leistung bewirkt wird. Inhalt und Umfang der geschuldeten Leistung ergeben sich aus dem zu erfüllenden Schuldverhältnis.²⁸⁹ Sicherlich verspricht nun der Dienstverpflichtete kein „Werk“, sondern ein „Wirken“, weswegen aus dem Nichteintritt eines Erfolgs nicht auf die Nichterfüllung der Leistungspflicht geschlossen werden kann. Andererseits schuldet er nicht irgendeinen Tätigkeitsaufwand, sondern Dienstleistung unter Berücksichtigung der erforderlichen Sorgfalt. Zumindest bei projektgebundenen bzw. sachbezogenen Tätigkeiten, wie es die Dienste im freien Dienstvertrag häufig sein werden, muss die Dienstleistung generell geeignet sein, den angestrebten Erfolg zu erreichen, soweit es in der Macht des Leistungspflichtigen steht. Insofern sind Dienstleistungen nicht nur ein quantitatives Zeitmoment zueigen, sondern müssen sie auch qualitativen Anforderungen genügen.²⁹⁰ Im neuen Schuldrecht gibt es sogar beim Stückkauf grundsätzlich einen Anspruch auf Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache gem. § 439 I Alt. 2 BGB.²⁹¹ Es gibt keinen überzeugenden Grund dafür, dass der Dienstverpflichtete nur zu irgendeinem Tätigkeitsaufwand, nicht aber zu einwand-

²⁸⁷ Vgl. oben E II 1.

²⁸⁸ Vgl. hierzu ausführlich Roth, VersR 1979, S.498ff.; Lessmann, FS für Wolf, S. 400ff.

²⁸⁹ MünchKomm/Wenzel, 4.Auflage, 2003, § 362, Rn.3.

²⁹⁰ Kramer, MDR 1998, S. 325.

²⁹¹ Canaris, Die Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache beim Stückkauf, JZ 2003, S. 831ff.

freien Diensten verpflichtet sein soll. Eine mangelhafte Dienstleistung ist somit nicht als Erfüllung i.S.v. § 362 zu qualifizieren.

An Aussagekraft verliert nach der Schuldrechtsreform auch diejenige Ansicht im alten Schuldrecht, dass die schlecht erbrachte Dienstleistung weder als Erfüllung noch als Nichterfüllung zu qualifizieren sei. Sie stelle eine dritte, zwischen Nichterfüllung und vollständiger und ordnungsgemäßer Erfüllung stehende eigene Kategorie dar, die von dem Institut der positiven Vertragsverletzung erfasst werde.²⁹² Denn im neuen Schuldrecht ist die pVV von einem allgemeinen Tatbestand, nämlich dem übergreifenden Begriff der Pflichtverletzung, erfasst und hat ihre eigene Bedeutung verloren.

Das Wesen der Einrede in § 320 liegt in der Gegenseitigkeitseigenschaft des Vertrags: Die wechselseitige Abhängigkeit der beiden im Austauschverhältnis stehenden Leistungspflichten beeinflusst ihre Geltendmachung, jede Partei kann die ihr geschuldete Leistung grundsätzlich nur verlangen, wenn sie bereit und in der Lage ist, die von ihr geschuldete Gegenleistung zu erbringen.²⁹³ Ohne Zweifel handelt es sich beim Dienstvertrag um einen gegenseitigen Vertrag, und auch die Dienstleistungspflicht steht in einem Gegenseitigkeitsverhältnis, so dass der für die Anwendung des § 320 erforderliche synallagmatische Zusammenhang gegeben ist. Geht man davon aus, dass die Qualität der Leistung zur selbigen gehört, liegt auch bei nicht vertragsgemäßer Dienstleistung ein Fall einer Nichterfüllung vor, so dass diese Voraussetzung des § 320 ebenfalls gegeben ist. Anders als bei den Arbeitsverträgen, bei denen die schlecht erbrachten Leistungen wegen des Fixschuldcharakters grundsätzlich nicht mehr nachholbar und somit die Unmöglichkeitsregelungen anstelle des § 320 anzuwenden sind, sind die Dienste bei freien Dienstverträgen häufig nachholbar. Hier greifen dann nicht die Regelungen zur Unmöglichkeit, sondern § 320, wonach der Dienstberechtigte die Vergütung ganz oder teilweise zurückhalten und dadurch Druck zur Beseitigung der Mängel schaffen kann.

Als Zwischenergebnis lässt sich folgendes zusammenfassen: Nach § 614 ist der Dienstverpflichtete grundsätzlich vorleistungspflichtig; wenn die Leistungen i.S.v. § 614 S.1 erbracht worden sind oder der Zeitabschnitt i.S.v. § 614 S.2 abgelaufen ist, wird der Vergütungsanspruch fällig, ungeachtet dessen, ob die erbrachte Leistung den erforderlichen qualitativen Standard erreicht hat oder nicht. Wegen des Synallagmatarakters des Dienstvertrags kann sich der Dienstberechtigte jedoch im Fall der mangelhaften Dienstleistung auf das Leistungsverweigerungsrecht in § 320 berufen und hiernach die Vergütung vorläufig verweigern.

²⁹² Vgl. hierzu Lessmann, FN für Wolf, S. 400ff.; Roth, VersR 1979, S. 499ff.

²⁹³ MünchKomm/Emmerich, 4. Auflage 2003, Vorbemerkung zu den §§ 320 – 327, Rn. 20; Staudinger/Otto (2001) Einleitung vor § 320, Rn. 13. Auf das Wesen Erklärungsmuster des Synallagmas ist an dieser Stelle nicht weiter einzugehen, vgl. hierzu MünchKomm/Emmerich, 4. Auflage 2003, Vorbemerkung zu den §§ 320 – 327, Rn. 12ff.

2. Rücktritt oder Herabsetzung der Vergütung nach § 628 Abs.1 S.2

Mit der Einrede aus § 320 kann der Dienstberechtigte die Vergütung jedoch nur zeitlich begrenzt verweigern. § 320 ist nämlich als echte dilatorische (verzögernde) Einrede ausgestaltet,²⁹⁴ welche nicht zu einer endgültigen Vergütungsverweigerung führt, so dass sie keinen vollständigen Wegfall der Vergütungspflicht bewirken kann, welcher aber häufig ebenfalls im Interesse des Dienstberechtigten liegen wird.

Um zu einem endgültigen Wegfall der Vergütungspflicht zu gelangen, kommen als Rechtsinstitute der Rücktritt und die Herabsetzung der Vergütung nach § 628 Abs.1 S.2 in Betracht. Der Teilrücktritt und die Minderung der Vergütung entsprechen sich im Wesentlichen.²⁹⁵ Auch § 628 Abs.1 S.2 führt nach einer außerordentlichen Kündigung gemäß §§ 626, 627 zu einer endgültigen Herabsetzung der Vergütung. Mit der in Teil D dieser Arbeit herausgearbeiteten Meinung²⁹⁶ kann der Dienstberechtigte nahezu bei jeder erheblichen Pflichtverletzung des Dienstverpflichteten durch Teilrücktritt oder durch die Zusammenarbeit von § 626 und § 628 Abs.1 S.2 die Vergütung mindern. Wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist, kann der Dienstberechtigte nicht nach § 323 Abs.5 S.2 vom Vertrag zurücktreten und ist es ihm wegen Nichtvorliegen eines wichtigen Grundes gem. § 626 im Grunde auch unmöglich, den Vertrag außerordentlich zu kündigen. Daher kann er die Vergütung bei unerheblicher Pflichtverletzung nicht durch Rücktritt oder außerordentliche Kündigung herabsetzen. Sogar wenn der Vertrag nach § 627 ohne Grund gekündigt wurde, ist § 628 Abs.1 S.2 wegen der Verneinung des wichtigen Grundes nicht anzuwenden.²⁹⁷

Nach dem Rücktritt verändert sich das primäre Vertragsverhältnis in ein Rückabwicklungsverhältnis. Bei der Rückabwicklung der Dienstleistung ist grundsätzlich nach § 346 Abs.2 S.1 Nr.1 Wertersatz zu leisten. Der Wertersatz ist hierbei prinzipiell nach dem Interesse des Dienstberechtigten an den schon geleisteten Diensten gemäß § 628 Abs.1 S.2 zu berechnen.²⁹⁸

²⁹⁴ Bamberger/Roth/Grothe, 1. Auflage, 2003, § 320., Rn. 1; s. aus der Rspr. etwa BGH NJW 1999, 53.

²⁹⁵ S. oben D III 3.

²⁹⁶ Die im Einzelnen folgende These beinhaltet: Wenn die Voraussetzungen für die außerordentliche Kündigung vorliegen, werden das Teil- und Totalrücktrittsrecht durch das Institut der außerordentlichen Kündigung verdrängt; wenn die Voraussetzungen für die außerordentliche Kündigung nicht vorliegen, ist der auf die vergangene Leistung gerichtete Teilrücktritt zu bejahen, welcher mit dem Totalrücktritt gleichzusetzen ist, wenn die Dienstleistung bereits vollständig erbracht worden ist und Nacherfüllungsanspruch nicht besteht.

²⁹⁷ MünchKomm/Henssler, 4. Auflage, § 628, Rn. 14.

²⁹⁸ Ausführlich oben E II 4.

3. § 326 Abs.1

a) Fragestellung

Die Anwendung des § 320 setzt weiterhin voraus, dass die Gegenleistungspflicht, die das Leistungsverweigerungsrecht des in Anspruch genommenen Schuldners stützt, noch fortbesteht, also dass die Dienstleistung noch erbringbar ist. Solange eine Leistungsbefreiung gem. § 275 I nicht feststeht oder die Einrede nach § 275 II, III nicht erhoben ist, ist die Einrede aus § 320 zulässig,²⁹⁹ wobei entsprechendes auch bei teilweiser Leistungsbefreiung gilt.³⁰⁰ Sollte doch ein Fall des § 275 vorliegen, sind §§ 280, 283, 326 anzuwenden. Daher kommt mit § 326 Abs.1 eine weitere zu einem endgültigen Wegfall der Vergütung führende Regelung in Betracht. Nach § 326 Abs.1 S.1 Halbsatz 2 wird die Gegenleistung bei Teilunmöglichkeit automatisch gemindert. Hier ist zu diskutieren, ob sich ein endgültiges Vergütungsverweigerungsrecht bei der schlechten Dienstleistung durch § 326 Abs.1 begründen lässt.

Wenn die Mangelhaftigkeit der schlecht erbrachten Dienstleistung nicht mehr durch Nachholung der vertragsgemäßen Erfüllung beseitigt werden kann, ist eine qualitative Unmöglichkeit zu bejahen. Soll die Dienstleistung nach ihrem Zweck zu einer genau bestimmten Zeit bzw. in einem genau gestimmten Zeitraum erbracht werden (z.B. der anwaltliche Beistand während eines Polizeiverhörs), so ist die betreffende Leistungszeit integraler Bestandteil der geschuldeten Leistung (sog. absolute Fixschuld), und die Erbringung der Dienste wird mit dem Zeitablauf gemäß § 275 Abs.1 unmöglich. Gleiches gilt, wenn die Tätigkeit aus einem anderen Grund nicht nachholbar ist.³⁰¹

b) Die Ansichten im Schrifttum vor und nach der Schuldrechtsreform

Vor der Neufassung des Leistungsstörungenrechts nahmen diejenigen Autoren, die die Einhaltung des vertragsgemäßen Qualitätsstandards als Problem des Leistungsinhalts ansahen, bei nicht korrigierbarer Schlechtleistung konsequenterweise einen Fall der Teilunmöglichkeit i.S. des § 323 Abs.1 a.F. an, mit der Folge, dass die Gegenleistungspflicht (also die Vergütungspflicht) entsprechend zu mindern war.³⁰²

Eine dem § 323 Abs.1 a.F. entsprechende Regelung enthält nunmehr § 326 Abs.1 S.1 Halbsatz 2 n.F. Nach der Schuldrechtsreform wird weiterhin die Meinung vertreten, dass § 326 Abs.1 in dem Fall, in dem die mangelhafte Dienstleis-

²⁹⁹ MünchKomm/Emmerich, 4. Auflage 2003, § 320, Rn. 35; Bamberger/Roth/Grothe, 1.Auflage, 2003, § 320., Rn. 4; Jauernig/Vollkommer, 11. Auflage 2004, Rn. 9.

³⁰⁰ Jauernig/Vollkommer, 11. Auflage 2004, Rn. 9.

³⁰¹ Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Auflage, 2004, S. 411.

³⁰² MünchKomm/Emmerich, 4. Auflage, § 326 Rn. 19; Medicus, Schuldrecht II, 10. Auflage, Rn. 324; Schlechtriem, Schuldrecht, besonderer Teil, 5. Auflage, Rn. 377; Roth, VersR 1979, S. 601; Lessmann, FS für Wolf, S. 413.

tung nicht mehr nachholbar ist, zur Befreiung des Dienstgläubigers von seiner Vergütungspflicht führen kann.³⁰³ Hierbei wird jedoch übersehen, dass der Gesetzgeber im Zuge der Neuregelung des Leistungsstörungenrechts durch § 326 Abs.1 Satz 2 zugleich entschieden hat, dass die nicht korrigierbare Schlechtleistung keine Teilunmöglichkeit i.S. des § 326 Abs.1 Satz 1 Halbsatz 2 mit der Rechtsfolge einer automatischen Minderung der Gegenleistung nach Maßgabe des § 441 Abs.2 sein soll.³⁰⁴ Der Begriff der Teilunmöglichkeit soll vielmehr auf die Nichterbringung gegenständlich abgrenzbarer Leistungsteile begrenzt sein.

c) Gesetzesbegründung zu § 326 Abs. 1 Satz 2 n.F.

Die Begründung zum Regierungsentwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes benennt als Rechtfertigung für die Rechtsfolge, dass der Gläubiger bei einer irreparablen Schlechtleistung nicht kraft Gesetzes von der Leistung frei wird, drei Gründe: Erstens würde sich anderenfalls ergeben, dass ein Minderungsrecht zwar nicht allgemein geregelt sei, sich dieselben Rechtsfolgen aber aus § 326 herleiten ließen; zweitens käme es sonst bei der Schlechtleistung für die Frage einer Minderung kraft Gesetzes auf den Umstand an, ob das Leistungsdefizit bei einer Schlechtleistung noch behoben werden kann oder nicht, was für den Gläubiger nicht ohne weiteres erkennbar und für die Befriedigung seines Leistungsinteresses unerheblich ist; drittens gäbe es bei manchen Vertragstypen – z.B. beim Kauf – bei Mangelhaftigkeit der Leistung schon das spezielle Gestaltungsrecht der Minderung, das nur anstelle des Rücktritts ausgeübt werden könne und nicht kraft Gesetzes neben ein Rücktrittsrecht treten solle.³⁰⁵

Die erste Argumentation gegen das Minderungsrecht kraft Gesetzes leitet sich aus der angeblich vom Gesetzgeber gewollten Verneinung eines allgemeinen Minderungsrechts her. Wie bereits oben diskutiert,³⁰⁶ ist die Annahme einer Verneinung eines allgemeinen Minderungsrechts allerdings nicht ohne weiteres zu akzeptieren. Hintergrund dieser Verneinung ist wie gezeigt der Ausschluss der Minderungsmöglichkeit bei den Dienstverträgen; dass bei diesen zwischen Arbeitsverträgen und freien Dienstverträgen zu unterscheiden ist, wurde bei der Gesetzesbegründung nicht gesehen, weswegen die vom Gesetzgeber intendierte Regelung des Minderungsrechts speziell bei den freien Dienstverträgen eher unklar ist, so dass sich aus der Gesetzesbegründung weder Argumente für noch gegen das Minderungsrecht ableiten lassen.

Auch die zweite Argumentation kann nicht überzeugen. Ob das Leistungsdefizit bei einer Schlechtleistung noch behoben werden kann, ist zwar für den Gläubiger schwieriger erkennbar als bei der Teilleistung, aber dies hat nichts mit dem

³⁰³ Medicus, Schuldrecht II, 12. Auflage, Rn. 324.

³⁰⁴ BT-Drucks, 14/6040, S. 189.

³⁰⁵ Begründung zur Regierungsentwurf, BT-Drucks, 14/6040, S. 189.

³⁰⁶ S. oben E II 1.

Minderungsrecht des Gläubigers zu tun, weil die prozessuale Frage, ob ein Tatbestandsmerkmal erkenn- und beweisbar ist, schlecht das materielle Recht beeinflussen kann. Dass ein Rechtsträger wegen Unkenntnis einer Tatsache sein Recht nicht ausübt, ist durchaus üblich, beeinträchtigt aber grundsätzlich das Bestehen dieses Rechtes nicht. Zudem ist die Behebbarkeit des Leistungsdefizits – im Gegensatz zur Auffassung der Verfasser der Begründung zum Regierungsentwurf – für die Befriedigung des Leistungsinteresses des Gläubigers sehr wohl erheblich. Denn die Behebbarkeit oder Nichtbehebbarkeit der Schlechtleistung bestimmt die Möglichkeit der Nacherfüllung. Ob die Behebbarkeit des Leistungsdefizits für die Befriedigung des Leistungsinteresses erheblich oder unerheblich ist, beeinflusst die Minderung kraft Gesetzes nicht; zwischen Behebbarkeit des Mangels und der Befürwortung oder Ablehnung des Minderungsrechts besteht kein logischer Zusammenhang.

Die Existenz des Gestaltungsrechts der Minderung im Kauf- und Werkvertragsrecht schließlich kann nur den Ausschluss der Anwendung des § 326 Abs. 1 S. 1 beim Kauf- und Werkvertrag begründen. Beim Dienstvertrag hingegen gibt es anders als beim Kauf- und Werkvertrag kein ausdrücklich geregeltes Minderungsrecht, weswegen auch dieser Begründungsansatz nicht aussagekräftig ist.

d) Eigene Stellungnahme

Somit lässt sich § 326 Abs. 1 Satz 2 zwar beim Kauf- und Werkvertrag wegen der Existenz des Gestaltungsrechts der Minderung rechtfertigen, ist aber zumindest beim freien Dienstvertrag nicht gerechtfertigt. § 326 Abs. 1 Satz 2 ist nicht als Hindernis für ein Minderungsrecht bei Dienstleistungen zu verstehen. Da die Minderungsmöglichkeit beim Kauf schon durch das entsprechende Gestaltungsrecht besteht, es bei den freien Dienstverträgen an einem solchen aber fehlt, ist für diese eine Regelungslücke anzunehmen, welche durch eine analoge Anwendung des § 326 Abs. 1 S. 1 Halbsatz 2 zu schließen ist³⁰⁷. Die automatische Minderung der Vergütung ist beim freien Dienstvertrag im Fall der schlechten und nicht mehr behebbaren Dienstleistungen also gemäß § 326 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 gegeben. Denn eine Teilunmöglichkeit liegt auch dann vor, wenn in einem Schuldverhältnis aus einem umfangreicheren Pflichtenbestand eine einzelne der geschuldeten Leistungen unmöglich ist.³⁰⁸

Gegen die analoge Anwendung des § 326 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 auf die freien Dienstverträge könnte argumentiert werden, dass diese – im Gegensatz zur Minderung durch den Vertragsrücktritt (§ 323 Abs. 5 Halbsatz 2) – bei allen (also auch bei ganz unerheblichen) Schlechtleistungen zu einer Minderung führen wür-

³⁰⁷ Oetker/Maultsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, S. 415.

³⁰⁸ MünchKomm/Ernst, 4. Auflage, 2003, § 275, Rn. 122.

de. Dieser Problematik kann aber – wie oben diskutiert ³⁰⁹ – durch die hier vertretene Berechnungsmethode des Minderwertes begegnet werden.

Die Anwendung des § 326 Abs.1 Satz 1 Halbsatz 2 auf die freien Dienstverträge schließt den Total- und Teilrücktritt nach § 323 nicht aus. Nach § 326 Abs. 5 kann der Dienstberechtigte auch im Fall der Unmöglichkeit den Rücktritt erklären und somit vom Vertrag zurücktreten.

4. Schadensersatzanspruch

Im alten Schuldrecht wurden die Folgeschäden bei der schlechten Dienstleistung unstreitig durch das Institut pVV ersetzt. Ungeklärt war hingegen, wie der Dienstleistungsminderwert als solche zu behandeln war. Die Rechtsprechung ließ den Dienstleistungsminderwert meistens unberücksichtigt und sah es nicht als Schaden an, dass der Dienstberechtigte eine „schlechtere“ Dienstleistung bekommen hat als er fordern konnte.³¹⁰ Es wurde aber in der Literatur gefordert, dass der Dienstleistungsminderwert als ersatzfähiger Schaden³¹¹ angesehen und durch einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung³¹² oder durch das Institut der pVV³¹³ ersetzt werden solle. Wenn der Minderwert der schlecht erbrachten Dienstleistung durch Schadensersatzregelungen geltend gemacht werden könne, könne dann dieser Schadensersatzanspruch gegen den Vergütungsanspruch des Dienstleistenden aufgerechnet werden, so dass eine Minderungswirkung der Vergütung bei schlechter Dienstleistung durch einen Schadensersatzanspruch zu erreichen sei. Des Weiteren gab es auch im alten Schuldrecht Stimmen in Schrifttum³¹⁴ und Rechtsprechung³¹⁵, wonach die Vergütungsminderung bei schlechter Dienstleistung als unmittelbare Rechtsfolge der pVV auch ohne Aufrechnung eintrete.

Im neuen Schuldrecht ist ebenfalls unklar, ob der Dienstleistungsminderwert als solcher zum Schaden gehört und somit zu ersetzen ist, wobei in der Literatur zu diesem Problem kaum Stellung bezogen wird; dies liegt vermutlich daran, dass der wohl herrschenden Meinung zur Rechtslage im alten Schuldrecht ohne weiteres gefolgt wird.

³⁰⁹ S. oben E II 5.

³¹⁰ Vgl. BGH NJW 1963, 1302; OLG Frankfurt, MDR 1992, 347; OLG Köln, MedR 1994, 199.

³¹¹ Lessmann, F.S für Wolf, 1985, S. 416; Ullrich, NJW 1984, S. 589; Beuthien, ZfA 1972, 75 zur schlechten Leistung im Arbeitsvertrag.

³¹² Lessmann, F.S für Wolf, 1985, S. 416.

³¹³ Ullrich, NJW 1984, S. 589; OLG Köln, VersR 1987, S. 620f.; OLG München OLGR 1998, 247.

³¹⁴ Soergel/Wiedemann, 12. Auflage, Vor § 275, Rn. 445.

³¹⁵ OLG Köln MedR 1994, 198; OLG München OLGR 1998, 247. In beiden Fällen wurde im Rahmen eines zahnärztlichen Behandlungsvertrags ein Schadensersatzanspruch eines Patienten aus positiver Vertragsverletzung (jetzt § 280 Abs. 1) wegen Unbrauchbarkeit der zahnärztlichen Leistung bejaht, welcher die Befreiung von der Vergütungspflicht zum Inhalt hatte.

Allerdings wird immerhin die Meinung vertreten, dass nach der Schuldrechtsreform der Rückgewähranspruch bzgl. der Vergütung als eine Folge des Schadensersatzes statt der ganzen Leistung nach § 281 Abs.5 anzusehen ist.³¹⁶ Als Beispiel sei folgender Fall genannt: Rechtsanwalt R hat seinem Mandanten M zu einer Markenrechtsklage geraten, obwohl der BGH in einem anderen Verfahren ein Jahr vor Klageerhebung die zugrunde liegende Rechtsfrage aus Sicht des M ungünstig entschieden hatte, weswegen M mit seiner Klage vor Gericht erfolglos bleibt. M verlangt nun von R Rückerstattung des bereits gezahlten Honorars. Bei diesem Anspruch handele es sich nach der Meinung von Oechsler nun im Grunde um Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 281ff. Ist die Erheblichkeit der Schlechtleistung in § 281 Abs.1 S.3 zu bejahen, könnte der Dienstberechtigte Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangen. Da der Mandant im Hinblick auf die Rechtsfolgen des Ersatzanspruchs so zu stellen sei, als sei er zurückgetreten, kann der Mandant auch das gezahlte Honorar zurückfordern, wenn der Beratungsfehler die Erheblichkeitsschwelle des § 281 Abs.1 S.3 überschreitet.³¹⁷

Wie oben erwähnt, wurde im alten Schuldrecht von der Rechtsprechung teilweise³¹⁸ die Befreiung von der Vergütungspflicht bei schlechter Dienstleistung als Schadensersatzanspruch aus pVV gem. § 249 S.1 gewährt. Nach der Meinung von Fuchs war diese Rechtsprechung vom Ergebnis her zwar befriedigend, ohne allerdings eine überzeugende dogmatischen Begründung zu liefern.³¹⁹ Dies begründete er wie folgt: „unzulässig ist der Trick, die Verpflichtung des frustrierten Dienstgläubigers zur Entgeltzahlung als den ersatzfähigen Schaden zu deklarieren, weil ihr keine vollwertige Gegenleistung gegenüberstehe. Diese Verpflichtung sei ja schon durch den Vertragsschluss entstanden, also nicht i.S.d. § 249 durch den Mangel verursacht.“³²⁰

Somit erscheint die Frage, ob die schlechte Dienstleistung als solche einen ersatzfähigen Schaden darstellen kann – also ob der Minderwert bei schlechter Dienstleistung ebenso wie beim Kauf- oder Werkvertrag einen Schaden darstellt – als Kernpunkt dieses Streites. Diese Frage ist zu bejahen. Auch bei den freien Dienstverträgen ist das Qualitätskriterium einzuhalten. Obwohl der Dienstverpflichtete sich nur zum bloßen Bemühen verpflichtet, ist das Synallagma beim freien Dienstvertrag zu bejahen. Der Dienstschuldner muss richtiges Verhalten mit der erforderlichen Sorgfalt an den Tag legen, was der Dienstgläubiger auf der anderen Seite auch vergüten muss. Der ersatzfähige Schaden liegt nicht in der trotz des schlecht geleisteten Dienstes zu bezahlenden Vergütung, sondern in dem

³¹⁶ Oechsler, Schuldrecht, Besonderer Teil, Vertragsrecht, S. 375f., Rn. 623.

³¹⁷ Oechsler, Schuldrecht, Besonderer Teil, Vertragsrecht, S. 375f., Rn. 623.

³¹⁸ OLG Köln MedR 1994, 198; OLG München OLGR 1998, 247.

³¹⁹ Bamberger/Roth/Fuchs, Aktualisierung August 2004, § 611, Rn. 32.

³²⁰ Bamberger/Roth/Fuchs, Aktualisierung August 2004, § 611, Rn. 32, Fn. 118; Esser/Weyers, Schuldrecht II, TB 1, 8. Auflage, § 29 I 1

trotz voll zu bezahlender Vergütung schlecht geleisteten Dienst, also im Minderwert der Dienstleistung.

Somit ist der Minderwertschaden bei schlechter Dienstleistung zu ersetzen. Die Vergütungsminde rung wird durch die Aufrech tung des Schadensersatzanspruchs gegen die Vergütung bewirkt. Der von Wiedemann vorgeschlagenen Lösung³²¹, dass die Vergütungsminde rung als unmittelbar eintretende Rechtsfolge der pVV (der Pflichtverletzung gem. § 280 n.F.) anzusehen sei, ist nicht zuzustimmen. Wenn der Gläubiger gleichzeitig auch den Rücktritt vom Vertrag erklärt hat,³²² kann er den Schadensersatz nur nach der so genannten Differenztheorie verlangen, so dass hier für die Vergütungsminde rung nicht eine Aufrech tung, sondern eine Anrech nung stattfindet.

Hinsichtlich der Berechnung der Schadensersatzsumme ist nicht zu leugnen, dass Schwierigkeiten bei der Berechnung des Minderwertes bei schlechter Dienstleistung auftreten könnten. Aber auch hier hilft die Berechnungsmethode in § 628 Abs.1 S.2, nach der ein Anspruch auf die Vergütung dem Dienstverpflichteten nur insoweit zusteht, dass seine bisherigen Leistungen infolge der Kündigung für den anderen Teil Interesse haben. Man kann die vereinbarte Vergütung bei der Berechnung des Wertes der richtigerweise zu erbringenden Dienstleistung zugrunde legen.³²³ Die vereinbarte gesamte Vergütung abzüglich der nach § 628 Abs.1 S.2 berechneten Teilvergütung ist gleich der Summe des Minderwertschadens bei der Schlechtdienstleistung.

IV. Ergebnis

Das Vergütungsminde rungsrecht des Dienstberechtigten bei der schlechten Dienstleistung ist zu bejahen. Obwohl dieses Recht im BGB nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist, ergibt sich dies bei richtiger Gesetzesauslegung aus verschiedenen anderen Institutionen des BGB: § 320 gewährt ein vorübergehendes Vergütungsverweigerungsrecht; § 326 Abs.1, der Teil-Rücktritt in § 323, die Vergütungsminde rung in § 628 Abs.1 S.2 und der Schadensersatzanspruch nach §§ 280ff. können ein endgültiges Vergütungsminde rungsrecht bewirken.

³²¹ Soergel/Wiedemann, 12. Auflage, Vor § 275, Rn. 445.

³²² Zur Möglichkeit des Rücktritts beim freien Dienstvertrag s. oben Teil D.

³²³ Vgl. § 346 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 1.

F. Perspektive des künftigen vertraglichen Dienstleistungshaftungsrechts

Basierend auf den oben durchgeführten Untersuchungen zur vertraglichen Dienstleistungshaftung im freien Dienstvertrag im geltenden Recht sollen im Folgenden einige Überlegungen bezüglich der Perspektive eines künftigen Dienstleistungshaftungsrechts sowie des allgemeinen Leistungsstörungenrechts kurz skizziert werden. Die Erläuterungen können an dieser Stelle recht kurz gehalten werden, da viele Begründungsansätze und Argumente für die hier vertretenen rechtspolitischen Ansichten bereits bei den de lege lata Untersuchungen präsentiert wurden, weswegen im Einzelnen auch auf diese zu verweisen ist.

I. Nacherfüllungsanspruch

Wie oben erörtert³²⁴ ist die Nacherfüllung im freien Dienstvertrag bereits de lege lata zu bejahen. Ein Nacherfüllungsanspruch des Dienstberechtigten im geltenden Recht ergibt sich aus dem Erfüllungsanspruch des Gläubigers, also aus dem Schuldverhältnis und dem im deutschen Recht herrschenden Vorrang des Erfüllungsanspruchs. Das Recht zur zweiten Andienung für den Dienstverpflichteten leitet sich aus § 281 ab. Im geltenden Recht stellen § 627 und § 888 Abs. 3 ZPO

³²⁴ S. oben B III 2.

Hindernisse für den Nacherfüllungsanspruch des Dienstberechtigten und das Recht zur zweiten Andienung für den Dienstverpflichteten dar; allerdings sollten diese Vorschriften de lege ferenda überdacht werden.

Die Regelung in § 888 Abs.3 ZPO, nach der nicht vertretbare Handlungen in einem Dienstvertrag nicht durch Zwangsgeld oder Zwangshaft vollstreckt werden können, sollte nicht beibehalten werden. Es ist nicht einzusehen, warum die Erfüllung im freien Dienstvertrag nicht durch Zwangsgeld oder Zwangshaft herbeigeführt werden können soll, zumal die Argumentation, dass hierin eine Verletzung von Freiheitsrechten des Dienstleistenden liege, nicht überzeugend ist³²⁵ und der freie Dienstvertrag dem Werkvertrag in wirtschaftlicher und sozialer Hinsicht sehr ähnlich ist. Die Hindernisse für einen Nacherfüllungsanspruch aus § 627 stellen vermutlich kein Problem dar, weil das weitere Bestehen des § 627 fraglich ist. Denn bei § 627 handelt es sich um ein Relikt aus dem *mandatum*, das ursprünglich durch Unentgeltlichkeit und Freiwilligkeit gekennzeichnet war, was der heutigen sozialen Rolle typischer Dienstleister nicht mehr entspricht.³²⁶

Daher sollte der Anspruch des Dienstberechtigten auf Nacherfüllung de lege ferenda durch Zwangsgeld oder Zwangshaft vollstreckt werden können. Zwar wird der Dienstberechtigte bei Pflichtverletzungen im freien Dienstvertrag häufig die Nacherfüllung nicht mehr verlangen wollen, weil er das Vertrauen in den Dienstverpflichteten häufig verloren haben wird; das prinzipielle Bestehen eines Nacherfüllungsanspruchs sollte aber nicht verneint werden. Dieses Recht kann der Dienstberechtigte als Rechtsträger natürlich preisgeben, es ist aber nicht von vornherein abzulehnen.

Darüber hinaus sollte auch weiterhin der Dienstverpflichtete die Chance zur zweiten Andienung haben. Da ein Kündigungsrecht aus § 627 de lege ferenda abzulehnen ist, sollte ein solches der Chance zur zweiten Andienung nicht mehr im Wege stehen. Die Voraussetzungen des Andienungsrechts sind allein nach den Regelungen des § 281 zu prüfen. Bei der Prüfung der Zumutbarkeit der Nacherfüllung für den Dienstberechtigten sind daher die Interessen beider Vertragsparteien und nicht nur die Interessen des Dienstberechtigten zu berücksichtigen.

II. Schadensersatzanspruch

Wie oben erörtert³²⁷, findet § 280 im geltenden Recht als einheitlicher Tatbestand des Schadensersatzanspruches auch im Dienstvertrag Anwendung. Nach der oben vorgeschlagenen Auslegung des § 280 erfassen diese Vorschriften bereits im gel-

³²⁵ S. oben B III 2 a). Bereits jetzt gibt es Durchbrechungen des § 888 Abs.3 ZPO; so ist z.B ein Titel auf Aufnahme eines Ehegatten in die Ehemwohnung und Gestattung des Verbleibs nach § 888 Abs. 1 zu vollstrecken, ohne dass § 888 Abs. 3 anzuwenden ist, vgl. OLG Hamm MDR 1965, 577; Musielak/Lackmann, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 4. Auflage, 2005, § 888, Rn. 2.

³²⁶ Wendehorst, S. 263.

³²⁷ S. oben. B II 2 und B III 3.

tenden Recht auch den Dienstvertrag unproblematisch. Bei den §§ 281 ff. handelt es sich nicht um Regelungen für einen Schadensersatzanspruch; sie beschreiben vielmehr, unter welchen Voraussetzungen der Gläubiger die Leistung *in natura* ablehnen kann. §§ 281 ff. stehen erst durch die Berechnung des Schadens im Sinne von § 280 Abs. 1 mit dem Schadensersatzanspruch in Zusammenhang, da manche Schäden und deren Ersatz rechtlich erst zu bejahen sind, wenn die Leistung *in natura* durch den Gläubiger rechtmäßig abgelehnt wurde. De lege ferenda ist vorzuschlagen, den Wortlaut der §§ 280 ff. deutlicher zu gestalten, so dass kein Zweifel mehr daran bestehen kann, dass § 280 einen echten einheitlichen Tatbestand für die Schadensersatzansprüche darstellt und es in den §§ 281 ff. nur um das Recht der Ablehnung der Leistung *in natura* geht. So könnte z.B. § 281 Abs. 1 wie folgt formuliert werden: Soweit der Schuldner die fällige Leistung nicht oder nicht wie geschuldet erbringt, kann der Gläubiger die Leistung oder Nacherfüllung ablehnen, wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat. Näheres ist oben B II 2 zu entnehmen.

III. Pflichtverletzung und Fahrlässigkeit

Wie oben erörtert, ist die Abgrenzung zwischen Pflichtverletzung und Fahrlässigkeit im geltenden deutschen Schuldrecht wegen des Verschuldensprinzips und des Wortlauts des § 280 Abs. 1 unvermeidbar. Dafür wird diese Abgrenzung mit Hilfe des Unterschieds zwischen Höchstmass an Sorgfalt und Normalmaß an Sorgfalt geschafft. Da die oben befürwortete Abgrenzung zwischen Pflichtverletzung und Fahrlässigkeit im Grunde auf das Verschuldensprinzip im geltenden Recht zurückzuführen ist,³²⁸ würde diese Problematik nicht mehr vorliegen, wenn das Verschuldensprinzip in der vertraglichen Haftung durch die künftige Gesetzgebung abgeschafft würde, was angesichts der Tendenzen in der europäischen einheitlichen Gesetzgebung durchaus möglich erscheint.³²⁹ Würde das Verschuldensprinzip abgeschafft, wäre es zu erwägen, ob bereits die Pflichtverletzung (oder non-performance) an sich bei obligations de moyens den Schadensersatz auslösen

³²⁸ S. oben C II.

³²⁹ Den PECL liegt wie dem common law nicht Verschulden als Hauptregel für die Verantwortlichkeit des Schuldners zugrunde; wie im CISG und in den UNIDROIT-Prinzipien gilt grundsätzlich eine verschuldensunabhängige Haftung, s. Ole Lando, Das neue Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs und die Grundregeln des europäischen Vertragsrechts, *RabelsZ* Bd. 67 (2003), S. 239. Im Grunde erscheint der Unterschied zwischen den Systemen mit Verschuldensprinzip einerseits und verschuldensunabhängiger Haftung andererseits jedoch größer als er wirklich ist; hierzu näher Ingeborg Schwenger, Rechtsbehelfe und Rückabwicklungsmodelle im CISG, in den *European and UNIDROIT Principles*, im *Gandofi-Entwurf* und im deutschen Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, in Peter Schlechtriem (Hrsg.), *Wandlungen des Schuldrechts*, 2002, S. 49ff; Zimmermann, *The new German Law of obligations*, S.50.

sollte, also ob die Prüfung der Entlastungsklausel³³⁰ für obligations de moyens schlicht irrelevant werden sollte.³³¹

IV. Rücktritt und außerordentliche Kündigung

Im BGB ist die außerordentliche Kündigung im Dienstvertrag ausdrücklich geregelt.³³² Der Rücktritt vom Vertrag ist beim Werkvertrag zweifellos möglich (§§ 634 Nr. 3, 636), wohingegen er beim Dienstvertrag von der h.M. abgelehnt wird.³³³ Wegen des Fehlens eines ausdrücklich geregelten Minderungsrechts im Dienstvertrag ist oben bereits die Meinung vertreten worden, dass vor der Beendigung des Vertrags der auf die vergangene Leistung gerichtete Teilrücktritt und nach Vertragsbeendigung der Vollrücktritt möglich ist.³³⁴ Allerdings würde – wenn es ein für alle Verträge (bis auf die Arbeitsverträge) geltendes Minderungsrecht gäbe, was zu befürworten und unten näher erörtert ist – die oben³³⁵ diskutierte Grundlage für ein Rücktrittsrecht beim Dienstvertrag entfallen. Weil zudem die außerordentliche Kündigung aus wichtigen Grund für den Dienstvertrag besser als das Rücktrittsrecht passt,³³⁶ wäre dann zu fragen, wie das Institut des Rücktritts im Dienstvertrag de lege ferenda ausgestaltet werden sollte.

Die außerordentliche Kündigung und der Rücktritt unterscheiden sich grundsätzlich in zwei Punkten, nämlich in den Voraussetzungen (wichtiger Kündigungsgrund einerseits, Rücktrittsgründe andererseits) und in der Rechtsfolge. Im geltenden Recht unterliegt der wichtige Grund strengeren Anforderungen als die Rücktrittsgründe.³³⁷ Bei den Rechtsfolgen unterscheiden sich die beiden Institute dadurch, dass die Kündigung nur eine Befreiungswirkung hinsichtlich der künftig zu erbringenden Leistung, der Rücktritt hingegen zusätzlich auch eine Rückgewährwirkung mit sich bringt. De lege ferenda ist hier zu erwägen, ob es adäquat wäre, die zwei unterschiedlichen Vertragsaufhebungsinstitute Rücktritt und außerordentliche Kündigung in einem Institut zu vereinigen.

Der Rücktritt und die außerordentliche Kündigung unterscheiden sich voneinander durch die unterschiedlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen. Zunächst

³³⁰ Zur Entlastungsklausel vgl. z.B. Art. 79 CISG, Art. 8: 808 PECL (Excuse Due to an Impediment) oder Art. 7.1.7 PICC (force majeure).

³³¹ Zur Rechtslage in den PECL vgl. Ole Lando, Das neue Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs und die Grundregeln des europäischen Vertragsrechts, *RabelsZ* Bd. 67 (2003), S. 240.

³³² Für den Werkvertrag gibt es zwar keine gesetzliche Regelung zur außerordentlichen Kündigung; allerdings wird ein solches Kündigungsrecht überwiegend angenommen, weswegen die Möglichkeiten, den Vertrag wegen einer Leistungsstörung zu kündigen, bei Dienst- und Werkvertrag im wesentlichen identisch ausgestaltet sind. S. Wendehorst, S. 261, m.w.N.

³³³ S. oben D I.

³³⁴ S. oben D III 3.

³³⁵ S. oben D III 3.

³³⁶ S. oben D III 3.

³³⁷ Näheres S. oben D II 4 b) aa).

ist hier die Möglichkeit der Vereinheitlichung auf der Seite der Voraussetzungen zu erörtern. Dass der wichtige Grund gewissermaßen strikter als die Rücktrittsgründe ist, stellt kein großes Hindernis für eine Vereinheitlichung der beiden Institute dar, da sich der wichtige Grund bei der außerordentlichen Kündigung und die Rücktrittsgründe meistens decken: Die außerordentliche Kündigung wird meistens durch eine Pflichtverletzung möglich, und wenn eine Vertragspartei wegen einer Vertragsverletzung von dem Vertrag zurücktreten kann, kann diese Partei im Grunde auch den Vertrag nur hinsichtlich des restlichen Teils aufheben (Kündigung). Der Unterschied zwischen den Rücktrittsgründen und dem wichtigen Grund der außerordentlichen Kündigung wäre nun fast nicht mehr zu bemerken, wenn man insbesondere bei der Prüfung der wesentlichen Vertragsverletzung oder der besonderen Umstände i.S.v. § 323 Abs. 2 auch die Frist einer ordentlichen Kündigung³³⁸ mitberücksichtigen und den Wegfall der Geschäftsgrundlage als Rücktrittsgrund³³⁹ für möglich halten würde.

Im deutschen Recht unterscheiden sich die außerordentliche Kündigung und der Rücktritt weiterhin insbesondere durch die unterschiedlichen Rechtsfolgen. Die Rückgewährwirkung des Rücktritts ergibt sich bei der Kündigung nicht; eben deswegen passt die außerordentliche Kündigung besser zu den Dauerschuldverhältnissen als der Rücktritt.³⁴⁰ § 346 Abs. 1 bewirkt hingegen beim Rücktritt automatisch ein Rückabwicklungsverhältnis; gerade aus diesem Grund verdrängt die außerordentliche Kündigung bei den Dauerschuldverhältnissen nach h.M. das Rücktrittsrecht. Allerdings könnte überlegt werden, beide Institute zu einem Institut zu vereinheitlichen. In Anlehnung an die PECL ist dabei zu überlegen, ob die Vertragsaufhebung i.S.v. Art. 9: 301 ff. PECL ein adäquates Regelungsregime für die einheitliche Behandlung der Fälle von Rücktritt und außerordentlicher Kündigung in Deutschland darstellen könnte.

In den PECL sind Rücktritt und außerordentliche Kündigung nicht getrennt, sondern einheitlich durch den Begriff der Vertragsaufhebung geregelt. Die Vertragsaufhebung in den PECL befreit, ebenso wie der Rücktritt und die außerordentliche Kündigung im deutschen Recht, die Parteien von ihrer Verpflichtung, künftige Leistungen zu erbringen und anzunehmen (Art. 9: 305 Abs. (1) Halbsatz 1), berührt – genau wie die außerordentliche Kündigung, aber anders als der Rücktritt im deutschen Recht – die bereits empfangene Leistung prinzipiell nicht (Art. 9: 305 Abs. (1) Halbsatz 2). Im Prinzip bedeutet das also, dass die Parteien nach der Aufhebung des Vertrags die schon erbrachten Leistungen nicht zurückgewähren müssen. Nur unter den in Art. 9: 306, 9: 307 und 9: 308 vorgeschriebe-

³³⁸ Zum Einfluss der Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung auf den Unterschied zwischen den Rücktrittsgründen und dem wichtigen Grund der außerordentlichen Kündigung s. oben D II 4 b) aa).

³³⁹ Würde man den Rücktritt wegen Störung der Geschäftsgrundlage außer Acht lassen, wäre der wichtige Grund in § 626 gewissermaßen milder als die Rücktrittsgründe in § 323, s. hierzu oben D II 4 b) bb).

³⁴⁰ S. oben D III 3.

nen Umständen ist die schon erbrachte Leistung zurückzugewähren. Diese Umstände liegen vor, wenn a) das Synallagma bezüglich der erbrachten Leistung durchbrochen ist (Art. 9: 307³⁴¹, 9: 308³⁴² und 9: 309³⁴³),³⁴⁴ und wenn sich b) der Wert der empfangenen Gegenstände für den Empfänger wesentlich vermindert hat (Art. 9: 306).³⁴⁵ Diese Regelung ist empfehlenswert, weil außer diesen Umständen eigentlich keine Fälle vorstellbar sind, in denen eine Rückabwicklung gerechtfertigt wäre.

Im Vergleich zum deutschen Recht unterscheiden die PECL nicht zwischen Rücktritt und außerordentlicher Kündigung. Dies bedeutet, dass es nicht zwingend ist, dass in einem Vertragstyp (z.B. Kaufvertrag) nur der Rücktritt, in einem anderen Vertragstyp (z.B. Dienstvertrag) hingegen nur die Kündigung möglich sein soll. Zwar kann man in Deutschland zumeist identische Rechtswirkungen wie nach dem Regime der PECL erzielen; dogmatisch ist der Weg in Deutschland jedoch komplizierter. Als Beispiel sei folgender Fall genannt: nach der Lieferung einer Maschine verweigert der Verkäufer ernsthaft und endgültig die Montage, wozu er nach dem Vertrag verpflichtet wäre; hier kann der Käufer nach Art. 9 : 301 PECL den Vertrag aufheben, und zwar gemäß Art. 9: 305 Abs. 1 mit der Wirkung, dass die Parteien nur hinsichtlich der künftig zu erbringenden Leistung (hier: Montage der Maschine) befreit werden; der Kauf an sich bleibt unberührt. In Deutschland kann zwar auch die gleiche Rechtswirkung erreicht werden, allerdings muss man hierzu auf das Institut „Teilrücktritt“ zurückgreifen. Auch bei der schlechten Dienstleistung z.B. kann der Dienstberechtigte zwar möglicherweise den Vertrag nach § 626 kündigen, muss aber prinzipiell für die Schlechtleistung den vollen Preis bezahlen; hier kann dem Dienstberechtigten nur die Sonderregelung des § 628 Abs. 1 S.2 helfen. Zudem führt diese Unterscheidung in Deutschland in der Praxis manchmal zu ungerechten Folgen, so wenn z.B. im letztgenannten Beispiel die außerordentliche Kündigung überhaupt nicht in Betracht kommt (etwa, wenn die Dienstleistung bereits vollständig erbracht worden ist und ein

³⁴¹ Art. 9: 307 PECL: Nach Aufhebung des Vertrags kann eine Partei die Rückerstattung von Geld verlangen, das für eine von ihr nicht empfangene oder berechtigterweise zurückgewiesene Leistung bezahlt worden ist.

³⁴² Art. 9: 308 PECL: Nach Aufhebung des Vertrags kann eine Partei, die Gegenstände geliefert hat, die zurückgegeben werden können und für die sie keine Bezahlung oder andere Gegenleistung erhalten hat, Rückgabe dieser Gegenstände verlangen.

³⁴³ Art. 9: 309 PECL:

³⁴⁴ PECL gewähren „lediglich einen Rückerstattungsrechtsbehelf nach der Vertragsaufhebung, wenn eine Partei der anderen einen Vorteil übertragen, im Gegenzug jedoch nicht die versprochene Gegenleistung erhalten hat. Der Vorteil kann in einer Geldzahlung (Artikel 9: 307), anderen rückübertragbaren Gegenständen (Artikel 9: 308) oder in einem nicht rückübertragbaren Vorteil, z.B. in Dienstleistungen oder verbrachten Gegenständen (Artikel 9: 309), bestehen.“ Vgl. Kommission für Europäisches Vertragsrecht, Kommentar zur Artikel 9: 307 PECL Teil A.

³⁴⁵ Art. 306 PECL: Wer den Vertrag aufhebt, kann Gegenstände, die er bereits vorher von der anderen Partei empfangen hat, zurückweisen, sofern sich ihr Wert für ihn infolge der Nichterfüllung durch die andere Partei wesentlich vermindert hat.

Nacherfüllungsanspruch nicht besteht.); hier kann dann § 628 Abs. 1 S. 2 nämlich nicht angewandt werden.³⁴⁶

Nach den hier skizzierten Überlegungen kann man folgern, dass eine einheitliche Regelung zur Aufhebung des Vertrags durch Verbindung von Rücktritt und außerordentlicher Kündigung nicht nur möglich erscheint, sondern diese eventuell sogar zu besseren Ergebnissen als die bisherigen Regeln im geltenden deutschen Recht führen könnte.

V. Minderung

Wie oben in Teil E II erörtert ist ein Vergütungs minderungsrecht bei den freien Dienstleistungen zu bejahen. Wegen des Fehlens eines ausdrücklichen Minderungsrechts in §§ 611ff. sind Alternativen zur Erreichung dieses Ziels vorgeschlagen worden, so z.B. durch die Anwendung der §§ 320, § 323, § 326, § 628 Abs.1 Satz 2 oder § 280ff. Sollte der Arbeitsvertrag künftig aus dem BGB herausgenommen und an anderer Stelle geregelt werden, würde der Regelung eines allgemeinen Minderungsrechts im allgemeinen Schuldrecht kein Hindernis mehr im Wege stehen. Selbst wenn der Arbeitsvertrag weiterhin im BGB seinen Platz finden sollte, könnte man dennoch ein allgemeines Minderungsrecht einrichten, wobei gleichzeitig eine Sonderregelung zum Ausschluss der Anwendung dieses Rechts auf Arbeitsverträge geschaffen werden müsste.

Allerdings ist die analoge Anwendung des § 441 Abs.3 oder des § 638 Abs. 3, die für die Wertermittlung auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abstellen, für das Minderungsrecht bei den Dienstleistungen nicht geeignet.³⁴⁷ Hier wäre erwägenswert, für die Wertermittlung nicht auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses, sondern auf den Zeitpunkt des Leistungsangebotes abzustellen, wie es etwa in Art. 9: 401 PECL oder in Art. 50 CISG der Fall ist. Es wäre deshalb wünschenswert, künftig im allgemeinen Vertragsrecht ein Minderungsrecht in Anlehnung an Art. 401 PECL einzufügen.

VI. Ergebnis

Die vorstehend genannten rechtspolitischen Überlegungen führen demnach zu folgenden Vorschlägen für die weitere Entwicklung des Dienstleistungshaftungsrechts: Die Nacherfüllung bei Leistungsstörungen im Dienstvertrag ist durch die Abschaffung des § 627 und des § 888 Abs. 3 ZPO klarer zu regeln. Ebenso ist im Rahmen der §§ 280 ff. in der Zukunft klarzustellen, dass §§ 281 ff. lediglich Rege-

³⁴⁶ Obwohl in einem solchen Fall eigentlich ein Rücktrittsrecht besteht (s. oben D III 3.), verfährt die Praxis leider gerade anders.

³⁴⁷ S. oben E II 4.

lungen zur Ablehnung der Leistung in natura darstellen. Bei einer Abschaffung des Verschuldensprinzips würde die Problematik der Abgrenzung zwischen Pflichtverletzung und Fahrlässigkeit in § 280 Abs. 1 nicht mehr bestehen. Bzgl. Rücktritt und außerordentlicher Kündigung ist ein einheitliches Institut zur Vertragsaufhebung zu empfehlen. Zudem ist ein allgemeines Minderungsrecht rechtspolitisch zu befürworten.

Nach der hier vorgeschlagenen Gestaltung des allgemeinen Haftungsrechts würden Sonderregelungen z.B. bezüglich der Minderungsmöglichkeit oder des Rücktritts bei freien Dienstleistungen überflüssig werden. Durch die adäquate Regelung des allgemeinen Haftungsrechts könnte somit eine Rechtslage geschaffen werden, in der das Haftungsrecht einheitlich und ohne Sonderbehandlung der Dienstleistungen auf alle Vertragstypen angewandt werden könnte.

G. Exkurs: Werkvertrag und Dienstvertrag – eine Überlegung de lege ferenda

I. Darstellung der Problematik

1. Die Abgrenzungsschwierigkeit

Die Abgrenzung des Dienstvertrags vom Werkvertrag ist ein Dauerthema für Rechtsprechung und Lehre. Das Abgrenzungsproblem entsteht vielfach dadurch, dass sich Dienst- und Werkleistung von ihrer phänomenologischen Seite her nicht unterscheiden. Auch bei der Erbringung oder Herstellung eines Werkes ist der Einsatz von Arbeit oder Dienstleistung unverzichtbar. Die Problematik ist im Laufe der Zeit sogar noch größer geworden, da in einer Dienstleistungsgesellschaft ständig neue Formen von Dienstleistungen entstehen und angeboten werden, die sich aufgrund der Vielschichtigkeit des Leistungsinhalts einer einfachen Zuordnung zu einem bestimmten Vertragstyp entziehen.³⁴⁸

Während der unselbständige Dienstvertrag wegen der Notwendigkeit des Sozialschutzes der Arbeitnehmer ein eigenes Rechtsgebiet darstellt³⁴⁹, weisen die freien Dienstverträge in wirtschaftlicher und sozialer Hinsicht einige Ähnlichkeiten mit dem Werkvertrag auf.³⁵⁰ Auch soweit die Verpflichtung des Schuldners in

³⁴⁸ Bamberger&Roth/Fuchs, Aktualisierung Januar 2005, § 611, Rn. 7.

³⁴⁹ Ausführlich vgl. Lieb, Dienstvertrag, S. 221ff; Wendehorst, S. 232.

³⁵⁰ Wendehorst, S. 247.

den freien Dienstverträgen dadurch geprägt wird, dass er eine zeitbestimmte Leistung erbringt, ist es wesentlich, dass er der Herr seiner Arbeitsorganisation ist, welche zur Erbringung der Dienstleistung notwendig ist.³⁵¹ Die Abgrenzung zwischen dem freien Dienstvertrag und dem Werkvertrag führt gerade bei den Arzt-, Anwalts-, Wirtschaftsprüfer-, Steuerberatungs- und Architektenverträgen häufig zu vielen Problemen.³⁵²

2. Die Abgrenzung nach dem „Erfolg“

Üblicherweise erfolgt die Abgrenzung mit der Formel, dass beim Dienstvertrag die ordnungsgemäße Erbringung der Dienstleistung, beim Werkvertrag aber auch ein bestimmter Erfolg geschuldet ist. Allerdings ist der Begriff des „Erfolges“ nicht ganz eindeutig. Einerseits muss sich schließlich auch die Mühewaltung des Dienstverpflichteten in irgendeiner Weise äußerlich manifestieren, so dass sie in diesem Sinne also auch ein bestimmtes Ergebnis hervorruft.³⁵³ Andererseits kann der Besteller eines Werks auch Zweck- und Erfolgsvorstellungen haben, die über die bloße Leistung des Unternehmers hinausgehen und nicht mehr in das vertragliche Synallagma gehören, ohne dass es sich im Umkehrschluss allein aus diesem Grund dann lediglich um einen Dienstvertrag handeln müsste.³⁵⁴ Es gibt auch handwerkliche Verträge, die als Werkverträge qualifiziert werden, obwohl in ihnen ein eher ungewisser Erfolg zugesagt wird, etwa bei Verträgen über chemische Reinigung, bei Filmentwicklungsverträgen oder bei Reparaturen, deren Gelingen unsicher ist.³⁵⁵ In der Literatur sind auch andere Abgrenzungskriterien, z.B. das Zeit- oder das Steuerungsmoment, vorgeschlagen worden; jedoch sind auch diese nicht unproblematisch.³⁵⁶

Die Faustformel der Abgrenzung nach dem Erfolg drückt an sich eigentlich nur die Risikoverteilung aus: Der Werkunternehmer arbeitet auf eigene Gefahr dafür, dass ein bestimmter, über seine bloße Bemühung hinausreichender Erfolg eintritt; der Dienstschuldner hat seine Leistung erbracht und Anspruch auf Vergütung, auch wenn das seiner Tätigkeit zugrunde liegende Ziel nicht erreicht oder der Erfolg alsbald wieder zunichte gemacht wird.³⁵⁷ Im Grunde sind aber die

³⁵¹ Vgl. Hirte, Berufshaftung, S. 313ff.

³⁵² Ausführlich Teichmann, Gutachten, S. A 19ff.

³⁵³ Otto v. Gierke hat bereits 1917 darauf hingewiesen, dass der Arbeitserfolg auch im Bewirken einer sachgemäßen persönlichen Dienstleistung liegen könne, wenn nur das unternehmerische Risiko vom Schuldner der Dienstleistung übernommen werde, vgl. Gierke, Deutsches Privatrecht III, 1917, S. 593 mit Fn. 7, 690 mit Fn. 14.

³⁵⁴ Esser/Weyers, Schuldrecht, Band II, Besonderer Teil Teilband 1, 8. Auflage, § 27 II 3 b)=S. 233. Interessante Beispiele für Abgrenzungsschwierigkeiten bei. Fikentscher, Schuldrecht, 9. Auflage, § 79 I 2, S. 543.

³⁵⁵ Weber, Die Unterscheidung von Dienstvertrag und Werkvertrag, S. 123; Teichmann, Gutachten, S. A 20.

³⁵⁶ Zu den einzelnen Theorien vgl. Wendehorst, S. 243 ff.

³⁵⁷ Esser/Weyers, Schuldrecht, Band II, Besonderer Teil Teilband 1, 8. Auflage, § 27 II 3 c)=S. 233; Staudinger/Richardi, Eckpfeiler des Zivilrechts, 2005, S. 633.

Formel der Abgrenzung nach dem Erfolg und die Risikoverteilungsregel tautologisch.³⁵⁸ Die Entscheidung für eine Anwendung der §§ 611ff. oder der §§ 631ff. soll nicht auf Grund begrifflicher Kriterien (Bemühen oder Erfolg) erfolgen, sondern durch eine Untersuchung der jeweils typischerweise für die Mehrzahl der Fälle angemessenen Rechtsfolgen.³⁵⁹

3. Der Sinn der Abgrenzung

Der Sinn der Abgrenzung zwischen Dienstvertrag und Werkvertrag liegt hauptsächlich darin, dass das BGB dem Dienst- und Werkvertrag unterschiedliche Rechtsfolgen zuordnet.³⁶⁰ Der Unterschied zwischen den Rechtsfolgen beim Dienst- und Werkvertrag liegt nicht nur in den Primäransprüchen (z.B. den Pflichtprogrammen, den Gefahrtragungsregelungen, der Mitwirkung der Kunden, der Sicherung des Vergütungsanspruches oder der Laufzeit des Vertrags), sondern auch in den Sekundäransprüchen (z.B. dem Nacherfüllungsanspruch, dem Rücktrittsrecht, der Minderung usw.) beider Vertragstypen. Im geltenden Recht hängt nicht nur die Verteilung der Leistungsgefahr von dem Leistungsinhalt des Verpflichteten (nämlich Dienste oder Erfolg) ab; der Leistungsinhalt bestimmt auch die unterschiedliche Zuordnung einer Reihe der oben genannten Rechtsfolgen,³⁶¹ was in der Tat Schwierigkeiten in der Praxis und der Dogmatik bereitet und zudem manchmal auch zu ungerechtfertigten Ergebnissen führt³⁶².

4. Die Notwendigkeit einer Überlegung de lege ferenda

Angesichts der wirtschaftlichen und sozialen Ähnlichkeiten des freien Dienstvertrags mit dem Werkvertrag und der oben diskutierten Möglichkeit der einheitlichen Anwendung des allgemeinen Haftungsrechts auf die einzelnen Vertragstypen ist zu untersuchen, ob beide Vertragstypen de lege ferenda vereinheitlicht werden könnten. Diese Fragestellung wird schon seit längerem diskutiert³⁶³, wobei eine Lösung der Problematik durch Vereinheitlichung der Vertragstypen in der Litera-

³⁵⁸ Esser/Weyers, Schuldrecht, Band II, Besonderer Teil Teilband 1, 8. Auflage, § 27 II 3 c) = S. 234.

³⁵⁹ Gottfried Schiemann, Der freie Dienstvertrag, JuS, 1983, 649, 650.

³⁶⁰ Vgl. Teichmann, Gutachten, S. A 22f.; Mutschler, Die zivilrechtliche Einordnung des Steuerberatungsvertrags als Dienst- oder Werkvertrag, DStR 2007, S. 550.

³⁶¹ Teichmann, Gutachten, S. A 23; Mutschler, DStR 2007, S. 550.

³⁶² Genau aus diesem Grund hat Rümeln schon im Jahre 1905 die These aufgestellt, dass einzelne Regelungen und Rechtsgedanken des Dienstvertragsrechts dort, wo sich das anbietet, auf das Werkvertragsrecht übertragen werden sollten und umgekehrt. Vgl. Rümeln, Dienstvertrag und Werkvertrag. Im geltenden Recht behilft man sich mit der Annahme abweichender Vereinbarungen, mit der analogen Anwendung von Vorschriften des Dienstvertrages auf den Werkvertrag oder auch der Annahme eines typengemischten Vertrages, näher hierzu Teichmann, Gutachten, S. A 23, Fn. 61, 62 und 63.

³⁶³ Vgl. Lotmar, Der Arbeitsvertrag, Band 2, S. 873ff.; Nikisch, ZAkDR 1940, 369; Weber, Die Unterscheidung von Dienst und Werkvertrag, S. 196ff.; Lieb, Dienstvertrag, S. 214ff.; Teichmann, Gutachten, S. A 24, 108; Hirte, Berufshaftung, S. 357ff.; Wenderhorst, III 5 b).

tur bereits des Öfteren vorgeschlagen wurde.³⁶⁴ Da die Einordnung eines Vertrags als Dienst- oder Werkvertrag hauptsächlich zur unterschiedlichen Behandlung auf der Rechtsfolgenseite führt, könnte die Zusammenfassung von Werk- und selbständigem Dienstvertrag de lege ferenda dann bejaht werden, wenn die Rechtsfolgen bei der selbständigen Dienst- und der Werkleistung gleichlaufend wären, da hierdurch die Zuordnungsfrage an Bedeutung verlieren würde.

Im Folgenden soll die Möglichkeit der einheitlichen Behandlung der Rechtsfolgen im Werk- und im freien Dienstvertrag de lege ferenda erforscht werden. Hierbei wird eine vergleichende Analyse der Rechtsfolgen bei beiden Vertragstypen den Schwerpunkt darstellen. Da die Möglichkeit der einheitlichen Regelung der sekundären Ansprüche im Dienst- und Werkvertrag schon oben in Teil F herausgearbeitet wurde, werden sich die folgenden Überlegungen auf die mögliche Vereinheitlichung der Regelungen der primären Ansprüche beschränken; zur Möglichkeit einer einheitlichen Haftungsregelung ist nach oben auf Teil F zu verweisen.

II. Die Möglichkeit der einheitlichen Regelungen

1. Die Pflichten der Vertragsparteien

Der wesentliche Unterschied der vertragstypischen Hauptleistungspflichten liegt nach dem bereits Gesagten darin, dass der Leistende beim Dienstvertrag nur sorgfältiges Bemühen verspricht, beim Werkvertrag hingegen einen konkreten und ohne Rückgriff auf das sorgfältige Bemühen formulierbaren Erfolg. Es ist nicht zu bestreiten, dass diese zwei Arten von Pflichten in der Lebenswirklichkeit tatsächlich bestehen, obwohl es in manchen Fällen nicht ganz klar ist, welche Art Pflicht (Bemühen oder Erfolg) ein Schuldner zu erfüllen hat. Allerdings wäre diese Unklarheit als normale Schwierigkeit bei der Vertragsauslegung anzusehen, wenn das Ergebnis dieser Vertragsauslegung nicht weitere Rechtsfolgen, z.B. hinsichtlich der Gefahrtragung, Kündigung, Mitwirkung des Klienten usw., mit sich brächte: dann würde die Qualifizierung des Pflichteninhalts als Bemühen oder Erfolgsherbeiführung nur für die Tragung der Leistungsgefahr eine Rolle spielen, womit die Ermittlung des Pflichteninhalts nur ein reines Auslegungsproblem darstellen würde. Dann müsste man für eine Vereinheitlichung des Dienst- und des Werkvertrags die Tätigkeit des Dienstverpflichteten an sich nicht auch als eine Art Erfolg qualifizieren. Daher ist nicht die Unterscheidung zwischen reinem Bemühen und Erfolgsherbeiführung zu beseitigen; wichtig ist vielmehr die Untersuchung, ob die

³⁶⁴ Nikisch, ZAkDR 1940, 369; Weber, Die Unterscheidung von Dienst und Werkvertrag, S. 196ff.; Teichmann, Gutachten, S. A 24, 108; Hirte, Berufshaftung, S. 357ff. (die Argumentation bezieht sich bereits auf die *lex lata*); Wenderhorst, III 5 b). Auch Lieb hat seine Sympathie für eine übergreifende Lösung offen bekundet, s. Dienstvertrag, S. 216, 218.

von der Qualifizierung des Schuldinhalts abhängigen weiteren Rechtsfolgen vereinheitlicht werden können.

Die Regelungen zur Vergütungspflicht und zu den Nebenpflichten sind in beiden Verträgen im Grunde gleich und stellen keine besondere Schwierigkeit dar.³⁶⁵

2. Übertragung auf Dritte

Während § 613 beim Dienstvertrag bestimmt, dass der Verpflichtete die Dienste im Zweifel in Person zu leisten habe, schweigt das Werkvertragsrecht zu diesem Punkt. Obgleich die vom Unternehmer übernommene Werkleistungsverpflichtung im Grundsatz nicht höchstpersönlicher Natur³⁶⁶ ist, so dass viele Werkleistungen auf Dritte übertragen werden können, gibt es doch auch als Werkleistung zu qualifizierende Leistungen, die nicht auf Dritte übertragen werden dürfen, so z.B. die Anfertigung eines Kunstwerks, die Erstellung eines von einem Anwalt anzufertigenden Gutachtens oder eine kosmetische Operation. Daher ist nicht der Leistungsinhalt als Erfolgsherbeiführung oder Bemühen der richtige Ansatzpunkt; wesentlich ist vielmehr die persönliche Natur der Leistungen, die nach der Schutzwürdigkeit des Vertrauens der Kunden an der persönlichen Erbringung der Leistung im Einzelfall zu ermitteln ist. Somit wäre eine gemeinsame, Dienst- wie Werkvertrag gleichermaßen betreffende Regelung denkbar, die nicht mehr auf den Charakter als Erfolgs- oder Bemühensversprechen, sondern unmittelbar auf die Interessen des Gläubigers abstellt.³⁶⁷

3. Sicherung des Vergütungsanspruchs

Im Dienstvertragsrecht fehlt es an dem Werkvertragsrecht (§§ 647, 648, 648a) entsprechenden Vorschriften über Sicherungsrechte. Der Anwendungsbereich dieser Vorschriften im Werkvertragsrecht ist beschränkt, weil einerseits die Verträge über die Herstellung beweglicher Sachen dem Kaufrecht unterliegen (§ 651 S. 1), so dass ein Pfandrecht nicht besteht,³⁶⁸ und andererseits vom Vorteil der Befriedigungsmöglichkeit nach diesen Bestimmungen selten Gebrauch gemacht zu werden scheint.³⁶⁹ Zweck der Bestimmungen in § 647, 648, 648a über das gesetzliche Pfandrecht bzw. über die Ansprüche auf Einräumung von Sicherheiten ist der

³⁶⁵ Näher Wendehorst, S. 250.

³⁶⁶ MünchKomm/Busche, 4.Auflage, 2005, § 631, Rn. 71.

³⁶⁷ Wendehorst, S. 251.

³⁶⁸ Dies gilt auch für neu herzustellende unvertretbare Sachen, weil § 647 von den auch auf Kaufverträge anzuwendenden werkvertraglichen Vorschriften nicht erfasst ist (§ 651 S. 3). Der Anwendungsbereich des § 647 beschränkt sich daher auf Reparaturverträge, die – ungeachtet, ob sie bewegliche oder unbewegliche Sachen zum Gegenstand haben – weiterhin unbeschränkt dem Werkvertragsrecht unterliegen (BT-Drucks 14/6040, S. 268).

³⁶⁹ Staudinger/Peters, 2004, § 647, Rn.1. Die Herausgabe des Werks kann schon – wenn der Werklohn verweigert wird – nach den §§ 320ff. verweigert werden.

Versuch der Milderung des Vorleistungsrisikos des Unternehmers.³⁷⁰ Allerdings ist auch beim Dienstvertrag der Dienstverpflichtete vorleistungspflichtig, so dass ein Interesse des Dienstberechtigten, das dem des Bestellers beim Werkvertrag entspricht, auch beim Dienstvertrag zu bejahen ist. Es gibt keinen Grund, warum der Dienstverpflichtete in einem Reparaturvertrag bei Verweigerung der Vergütungsbezahlung durch den Kunden nicht auch dann ein Pfandrecht haben soll, wenn nach der Vereinbarung der Parteien der Dienstverpflichtete nur zur sorgfältigen Reparatur, nicht aber zu einem Reparaturserfolg verpflichtet und somit als Dienstleistender und nicht als Werkunternehmer zu qualifizieren war. Deshalb kann die Differenzierung zwischen Erfolgs- und Bemühensverpflichtung die Existenz oder das Fehlen von Pfandrechten nicht rechtfertigen. Einer Erstreckung der geltenden werkvertraglichen Regelungen auch auf den freien Dienstvertrag stünden keine Bedenken entgegen, wenngleich ihre tatbestandlichen Voraussetzungen praktisch fast nie erfüllt wären.³⁷¹

4. Mitwirkung des Kunden

In §§ 642, 643 finden sich ausdrückliche Regelungen über Mitwirkungshandlungen des Gläubigers im Werkvertragsrecht. Nach § 642 hat der Unternehmer einen Anspruch auf angemessene Entschädigung, wenn der Besteller wegen der Versäumung der Mitwirkungspflichten in Annahmeverzug gerät. Ferner kann er nach § 643 den Vertrag vorzeitig durch Kündigung beenden und nach § 645 Abs. 1 Satz 2 anteilige Vergütung verlangen. Die Lösung der §§ 642, 643 scheint auch gut auf den freien Dienstvertrag zu passen und lässt sich problemlos auf diesen übertragen.³⁷²

5. Die an die Abnahme anknüpfenden Rechtswirkungen

Innerhalb des Werkvertrags kommt der Abnahme eine zentrale rechtsgestaltende Funktion zu. Die Abnahme des Werks ist im BGB als eine Pflicht des Bestellers ausgestaltet. Von der Abnahme (auch Abnahmefiktion, Fertigstellungsbescheinigung, Vollendung³⁷³) hängen mehrere rechtliche Wirkungen ab, von denen die wichtigsten folgende sind: Fälligkeit der Vergütung, § 641 Abs.1; Übergang der Gefahr, § 644 Abs.1; Umkehr der Beweislast für Mangel des Werkes zu Lasten des Bestellers, § 363.³⁷⁴ Da es im Dienstvertragsrecht keinen der Abnahme entspre-

³⁷⁰ Jauerring/Mansel, 11. Auflage, § 647, Rn.1; MünchKomm/Busche, 4. Auflage, 2005, § 647, Rn. 1; Staudinger/Peters, § 647, Rn. 1.

³⁷¹ Vgl. auch Wendehorst, S. 253 f.

³⁷² Wendehorst, S. 254. In diesem Punkt bestehen schon de lege lata wenige Unterschiede zwischen Dienst- und Werkvertrag, ausführlich Wendehorst, S. 255.

³⁷³ Jedoch ist die Frage der Beweislast für Mängel in § 646 nicht geregelt; insoweit kann die Vollendung des Werks die Abnahme nicht ersetzen. S. Staudinger/Peters, § 646, Rn. 15.

³⁷⁴ Es gibt noch andere Wirkungen, die an die Abnahme anknüpfen, so z.B. die gesetzliche Verpflichtung, den Werklohn zu verzinsen (§ 641 Abs.4), der Beginn der Verjährungsfrist für die Män-

chenden Begriff gibt, ist im folgenden zu erforschen, ob in diesem Punkt eine einheitliche Regelung der relevanten Fragestellungen im Dienst- und Werkvertrag entwickelt werden kann.

a) Fälligkeit der Vergütung

Beim Werkvertrag ist die Vergütung in folgenden Konstellationen fällig: nach Abnahme (§ 640 Abs. 1 Satz 1), Abnahmefiktion (§ 640 Abs. 1 Satz 2) oder Fertigstellungsbescheinigung (§ 641a), je nach Vereinbarung hinsichtlich des Gesamtwerkes oder schon hinsichtlich einzelner Abschnitte, bei nicht abnahmepflichtigen Werken nach Vollendung (§ 646). Beim Dienstvertrag ist die Vergütung nach der Leistung der Dienste geschuldet (§ 614), wobei – da eine kontinuierliche Zahlung wenig praktikabel wäre – die Vergütung je nach Vereinbarung am Ende der Tätigkeit oder nach einzelnen Zeitabschnitten entrichtet wird.

Eigentlich folgt die Fälligkeit des Werklohns den Kriterien des § 271 Abs.1, so dass § 641 Abs. 1 im Grunde nur das Synallagma der Leistungen zum Ausdruck bringt.³⁷⁵ Der Grund für die Fälligkeit des Unternehmeranspruchs liegt darin, dass er seine Leistung erbracht hat. Es gibt keinen Anlass, den Anspruch auch noch von einer Handlung des Bestellers abhängig zu machen. Die VOB/B sieht zum Beispiel vor, dass der Unternehmer einseitig durch Mitteilung die Wirkungen der Abnahme in Bezug auf die Fälligkeit seiner Vergütung herbeiführen kann. Da der Unternehmer vorzuleisten verpflichtet ist, ist es schon nach den allgemeinen Regeln des Schuldrechts selbstverständlich, dass der Unternehmer nach der Erbringung seiner Leistung die Vergütung verlangen kann.³⁷⁶ Es ist daher nicht notwendig, dass die Fälligkeit der Vergütung beim Werkvertrag an den Begriff der Abnahme anknüpft. Vielmehr ist es für die Feststellung der Fälligkeit der Vergütung beim Werkvertrag ausreichend, die allgemeinen Regelungen des Schuldrechts anzuwenden, die auch für die Fälligkeit der Vergütung beim Dienstvertrag gelten und die im Grunde der Regelung beim Dienstvertrag (§ 614) entsprechen.

b) Entgeltgefahr

Beim Werkvertrag geht die Entgeltgefahr im Zeitpunkt der Abnahme (bzw. Abnahmefiktion, Fertigstellungsbescheinigung und Vollendung) auf den Besteller über. Hieran wird schon seit längerer Zeit Kritik geübt.³⁷⁷ Den unterschiedlichen Funktionen der Abnahme entsprechen an sich verschiedene Momente beim Ab-

gelansprüche (§ 634a) oder das Verschweigungsrisiko hinsichtlich verwirkter Vertragsstrafansprüche (§ 341 Abs. 3, § 11 Nr. 4 VOB/B).

³⁷⁵ Mugdan II, S. 275. Die h.M. folgt freilich der heute amtlichen Überschrift der Bestimmung, s. Staudinger/Peters, Eckpfeiler, S. 679.

³⁷⁶ Weyers, Werkvertrag, S. 1154.

³⁷⁷ Staudinger/Kober, 10. Auflage, 1939, § 644, Rn.1 m.w.N.; Weyers, Werkvertrag, S. 1155; Teichmann, Gutachten, S. A 88; Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, S. 266f; 60. Deutscher Juristentag, S. A 79 (§ 641 BGB-KE).

nahmevergang: So ist der Gefahrübergang wie beim Kauf eigentlich auf eine Änderung der Besitzlage zugeschnitten (Abnahme als körperliche Übergabe an den Besteller).³⁷⁸ Ein im Zivilrecht weithin praktizierter Grundsatz lautet, dass derjenige ein Risiko tragen soll, der es besser beherrschen kann. Diese Regelung wird sowohl der Billigkeit wie auch übergeordneten ökonomischen Gesichtspunkten gerecht. Dem entspricht es im Allgemeinen, denjenigen die Gefahr etwa des Untergangs einer Sache tragen zu lassen, der über sie verfügen kann.³⁷⁹ Beim Werkvertrag soll deshalb die Gefahr mit der Übergabe auf den Besteller übergehen zu lassen, falls eine Übergabe vorgesehen ist.³⁸⁰ Die Regelung des § 644 Abs.2 bei der Versendung des Werks lässt sich beibehalten. Insoweit die Übergabe ausgeschlossen ist, soll es bei der Regel des allgemeinen Schuldrechts bleiben, dass der Unternehmer die Entgeltgefahr trägt, bis er seine Leistung erbracht hat, d.h. wie in § 362 vorgesehen bis zum Abschluss der Erfüllung durch Erbringung der Leistung.³⁸¹ § 644 Abs.1 S. 2 wiederholt § 326 Abs.2 S.1 Alt. 2. Der Gedanke der Regelungen in § 644 Abs.3 und § 645 soll in der künftigen Gesetzgebung beibehalten werden.

Beim freien Dienstvertrag bestimmt sich der Übergang der Entgeltgefahr nach den allgemeinen Regelungen des Schuldrechts, d.h. der Dienstverpflichtete trägt die Entgeltgefahr bis zum Abschluss der Erfüllung durch Erbringung seiner Leistung. Wenn die Leistung vor diesem Zeitpunkt unmöglich geworden ist, trägt der Dienstverpflichtete nach dieser Regelung die Entgeltgefahr, so dass er die der unmöglich gewordenen Leistung entsprechende Vergütung nicht verlangen darf. Dies gilt nicht nur für die projektbestimmten, sondern auch für die zeitbestimmten Dienstleistungen, wobei es sich häufig zugleich um absolute Fixschulden handelt, so dass bereits mit dem Verstreichen der Leistungszeit Unmöglichkeit im Sinne von § 275 Abs. 1 Alt. 2 eintritt. In Anlehnung an die Regelung zur Fälligkeit der Vergütung in § 614 Satz 2 kann die Entgeltgefahr auch nach einzelnen Abschnitten der Leistung übergehen. Beim Annahmeverzug des Dienstberechtigten ist die Regelung in § 326 Abs.2 S.1 Alt. 2 anzuwenden, wonach die Entgeltgefahr mit dem Annahmeverzug auf den Dienstberechtigten übergeht.³⁸² Analog § 645

³⁷⁸ Jauernig/Schlechtriem, 11.Auflage, 2004, § 640, Rn. 1.

³⁷⁹ Weyers, Werkvertrag, S. 1155.

³⁸⁰ Weyers, Werkvertrag, S. 1155; Teichmann, Gutachten, S. A 88; Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, S. 266f; 60. Deutscher Juristentag, S. A 79 (§ 641 BGB-KE).

³⁸¹ Weyers, Werkvertrag, S. 1156. Die Frage nach der Verteilung von Leistungs- und Gegenleistungsgefahr kann bei gegenseitigen Verträgen nur für einen ganz bestimmten Zeitraum, den so genannten Erfüllungszeitraum, gestellt werden. Dieser Zeitraum beginnt mit dem Vertragsabschluss und endet, sobald der Sachleistungsschuldner voll erfüllt hat, weil damit seine Leistungspflicht erlischt (§ 362), so dass ihm die Erfüllung auch nicht mehr unmöglich werden kann. Das weitere Schicksal der Leistung bei dem Gläubiger berührt den Schuldner dann nicht mehr (casum sentit dominus). S. Volker Emmerich, Das Recht der Leistungsstörung, 6.Auflage, S.145.

³⁸² § 615 sieht zwar für die Entgeltgefahr die gleiche Rechtsfolge wie § 326 Abs.2 S.1 Alt. 2 vor, ist aber für die Leistungsgefahr problematisch (ausführlich s. unten G II 5 c)), so dass die Abschaffung des § 615 und die Anwendung der allgemeinen Regelungen empfehlenswert ist.

soll der Gläubiger die Entgeltgefahr tragen, wenn die Leistung infolge eines Hindernisses aus seiner Sphäre unmöglich wird, welches mit einem Stoffmangel oder einer falschen Anweisung vergleichbar ist.³⁸³

Die Entgeltgefahr kann also beim Dienst- und Werkvertrag einer einheitlichen Regelung unterfallen: Der Schuldner trägt die Entgeltgefahr nach den allgemeinen Regelungen des Schuldrechts, nämlich bis zum Abschluss der Erfüllung; wenn eine Übergabe vorgesehen ist, geht die Entgeltgefahr mit der Übergabe auf den Gläubiger über, obgleich eine Übergabe beim freien Dienstvertrag fast nie gegeben sein wird.

c) Leistungsgefahr

Die Regeln über die Vergütungsgefahr wirken sich auch auf die Leistungsgefahr aus: Wenn jemand Bezahlung verlangen kann, obwohl die dem Vertragspartner versprochene Leistung untergegangen ist, wird offenbar vorausgesetzt, dass er nicht noch einmal leisten muss. Die Leistungsgefahr endet zumindest dann, wenn der Schuldner trotz des Untergangs der Sache oder des Werks die Vergütung fordern kann.³⁸⁴ Deshalb geht die Leistungsgefahr immer spätestens mit der Vergütungsgefahr über.³⁸⁵ Die oben genannten einheitlichen Regelungen zur Entgeltgefahr berühren also mittelbar auch die Leistungsgefahr: Soweit eine Übergabe vorgesehen ist, geht die Leistungsgefahr mit der Übergabe über; außerdem sind die allgemeine Regelungen des Schuldrechts (§§ 275, 300 Abs.2) anzuwenden. Hierbei ist anzumerken, dass die Frage nach der Verteilung der Leistungsgefahr (auch der Gegenleistungsgefahr) nur für einen bestimmten Zeitraum, den so genannten Erfüllungszeitraum, gestellt werden kann, dass nämlich der Schuldner die Leistungsgefahr längstens bis zur vollständigen Erfüllung seiner Pflichten trägt. Man kann nämlich nur von Leistungsgefahr sprechen, wenn die Leistung noch möglich ist, da mit Unmöglichkeit der Leistung die Leistungsgefahr auf den Gläubiger übergeht.

§ 615 reguliert den Dienstvertrag als absolutes Fixgeschäft³⁸⁶ und ist in erster Linie auf den Arbeitsvertrag zugeschnitten. Für den unabhängigen Dienstvertrag passt § 615 nicht unbedingt, da es viele freie Dienstleistungen gibt, die auch nach dem vereinbarten Leistungszeitpunkt nachgeholt werden können.³⁸⁷ Für die freien Dienstverträge sollte deshalb § 615 abgeschafft werden.

³⁸³ Wendehorst, S. 258, m.w.N.

³⁸⁴ Esser/Weyers, Schuldrecht, Band II, Teilband 1, § 34 II; Soergel/Teichmann, 12.Auflage, § 644, Rn. 12.

³⁸⁵ Staudingers/Peters, Neubearbeitung 2000, § 644, Rn. 3.

³⁸⁶ Bamberger/Roth-Fuchs, Aktualisierung Januar 2005, § 615, Rn. 4.

³⁸⁷ Ausführlich vgl. Lieb, Dienstvertrag, S. 205f.

d) Beweislastumkehr

Die zu Lasten des Bestellers wirkende Umkehr der Beweislast für Mängel des Werkes nach der Abnahme stützt sich im geltenden Recht auf § 363; dies sollte auch in der künftigen Gesetzgebung weiter beibehalten werden.

Somit sollten die im geltenden Werkvertragsrecht von der Abnahme abhängigen Rechtswirkungen de lege ferenda an andere Voraussetzungen anknüpfen³⁸⁸, womit es möglich wäre, bezüglich dieser Rechtswirkungen einheitliche Regelungen für Dienst- und Werkvertrag zu entwickeln; insbesondere ist die Aufspaltung des Begriffs „Abnahme“ zu empfehlen.

6. Die Beendigung des Vertrags

Normalerweise endet die Leistungspflicht mit dem Übergang der Leistungsgefahr. Wenn dem Vertrag allerdings nicht zu entnehmen ist, zu welchem Zeitpunkt die Leistungsgefahr übergehen soll (etwa wenn ein Vertrag auf unbestimmte Zeit geschlossen ist), muss es eine Sonderregelung hierfür geben. Im geltenden Dienstvertragsrecht kann jede Vertragspartei das Dienstverhältnis nach §§ 620 Abs. 2, 621, 623, 624 mit einer bestimmten Frist kündigen. Sind bei einem Werkvertrag weder über die Vertragsdauer noch über Kündigungsmöglichkeiten Vereinbarungen getroffen worden, können §§ 620 Abs. 2, 621, 624 analog angewendet werden,³⁸⁹ da es sich offenkundig um eine planwidrige Regelungslücke im Werkvertragsrecht handelt.³⁹⁰ Eine einheitliche Regelung ist für diesen Bereich also ohne Schwierigkeiten zu entwickeln, wobei sogar zu erwägen wäre, in Anlehnung an Art. 6: 109 PECL eine allgemeine Regelung über die Kündigung bei allen Arten von auf unbestimmte Zeit geschlossenen Verträgen zu schaffen.

Im geltenden Recht gibt es sowohl beim Dienstvertrag nach § 627 als auch beim Werkvertrag nach § 649 die Möglichkeit einer fristlosen Kündigung des Vertrags ohne wichtigen Grund. Nach § 627 können beide Vertragsparteien den Vertrag bei Diensten höherer Art unter Zahlung einer Teilvergütung (§ 628 Abs. 1) kündigen; nach § 649 kann nur der Besteller den Werkvertrag unter Zahlung der Vollvergütung jederzeit kündigen. § 627 stützt sich darauf, dass die eine besondere Vertrauenswürdigkeit voraussetzenden Dienstverhältnisse wegen der besonderen Vertrauensbeziehung zwischen Berechtigtem und Verpflichtetem auch ohne wichtigen Grund i.S.v. § 626 kündbar sein müssen.³⁹¹ § 649 wurde erlassen, um „den Interessen des Bestellers, der, wenn nicht allein, so doch vorzugsweise ein Interesse an der Ausführung des Werkes hat, insbesondere den Veränderungen in den persönlichen Verhältnissen des Bestellers, Rechnung (zu tragen), ohne andererseits gegen den Unternehmer unbillig und ungerecht zu sein, da letzterer dadurch voll-

³⁸⁸ Weyers, Werkvertrag, S. 1154.

³⁸⁹ Staudinger/Peters § 649 Rn. 40; Erman/Seiler, 10. Auflage, § 649 Rn. 9.

³⁹⁰ Wenderhorst, III 3 c) aa).

³⁹¹ Mugdan II S. 602.

ständig schadlos gehalten wird, dass ihm der Anspruch auf die Gegenleistung... verbleibt.³⁹² Allerdings sind § 627 einerseits und § 649 andererseits nicht nur auf den Dienstvertrag oder auf den Werkvertrag zu beschränken. Denn die Gedanken hinter § 627 und § 649 beruhen nicht auf der Unterscheidung zwischen Bemühens- und Erfolgsherbeiführungspflicht und gelten somit sowohl für den Dienstals auch für den Werkvertrag.³⁹³ Fraglich ist hierbei freilich, ob die weitgehend paritätische Ausgestaltung des Kündigungsrechts nach § 627 de lege ferenda aufrechterhalten werden sollte. Denn hierbei es handelt sich um ein Relikt aus dem *mandatum*, welches ursprünglich durch Unentgeltlichkeit und Freiwilligkeit gekennzeichnet war, was wie bereits erwähnt der heutigen sozialen Rolle typischer Dienstleister nicht mehr entspricht.³⁹⁴

III. Ergebnis

Die Untersuchung der Möglichkeit einer einheitlichen Regelung des freien Dienstvertrags und des Werkvertrags führt somit zu folgenden Ergebnissen: In fast allen relevanten Bereichen (Primäranspruch und Sekundäranspruch) besteht eine einheitliche Regelungsmöglichkeit; weswegen zu folgern ist, dass die herkömmliche Trennung von Dienst- und Werkvertragsrecht de lege ferenda abgeschafft werden sollte. Das Bedürfnis für eine einheitliche Regelung des freien Dienstvertrags und des Werkvertrag wird insbesondere durch die wirtschaftliche Vergleichbarkeit der beiden Vertragstypen und die Abgrenzungsschwierigkeiten verstärkt; zudem spricht hierfür auch, dass der Arbeitsvertrag gegenüber beiden Vertragstypen viele Besonderheiten aufweist und in einem eigenständigen Rechtsgebiet im Vergleich zu anderen Tätigkeitsleistungen geregelt werden sollte. Aufgrund der Notwendigkeit der Begrenzung des Umfangs dieser Arbeit kann an dieser Stelle die Möglichkeit einer einheitlichen Regelung für alle Tätigkeitsleistungen außerhalb des Arbeitsverhältnisses (z.B. freier Dienstvertrag, Werkvertrag, Maklervertrag, Auftrag, Geschäftsbesorgungsvertrag, Verwahrungsvertrag) nicht weiter erforscht werden. Eine solche Möglichkeit ist aber de lege ferenda nicht auszuschließen und sollte daher zukünftig näher untersucht werden.

³⁹² Mot. II, S. 503.

³⁹³ Wendehorst, S. 262 f.; für die Ausdehnung des § 627 auf Werkvertrag auch Weryers, S. 1137f., 1193; Teichmann, S. A 99f., A 111.

³⁹⁴ Wendehorst, S. 263.

H. Zusammenfassung

1. Zunächst ist aus der vorliegenden Untersuchung der Schluss zu ziehen, dass das deutsche Leistungsstörungsrecht auf das Kaufrecht fixiert und grundsätzlich nicht auf Dienstleistungen zugeschnitten ist. Die Besonderheiten der freien Dienstleistungen werden nicht nur vom Gesetz, sondern auch von der Rechtswissenschaft nicht hinreichend berücksichtigt:

a) Die neue Systematik der §§ 280 ff. ist speziell auf das Kaufrecht zugeschnitten. Die Anwendbarkeit der §§ 280 ff. auf den freien Dienstvertrag wurde bisher wenig problematisiert und ist eher unklar.³⁹⁵

b) Da der Dienstverpflichtete sich nur zum sorgfältigen Verhalten verpflichtet und die Fahrlässigkeit nach § 276 Abs.2 als Nichtberücksichtigung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt definiert ist, ist die Abgrenzung zwischen der Pflichtverletzung in § 280 Abs.1 Satz 1 und dem Vertretenmüssen in § 280 Abs. 1 Satz 2, die bei Kauf- Werk- und anderen Verträgen wenig Schwierigkeiten bereitet, bei Dienstleistungen höchst problematisch.³⁹⁶

c) Das im allgemeinen Schuldrecht vorgesehene Institut des Rücktritts in §§ 323 ff., 346ff. ist vom Leitbild des Kaufvertrags geprägt. Zum Verhältnis zwischen dem Recht zur außerordentlichen Kündigung und dem Rücktrittsrecht bei Dienstleistungen schweigt das Gesetz. In der Literatur wurde hierzu zwar bereits Stel-

³⁹⁵ s. oben B III 1.

³⁹⁶ s. oben C I.

lung bezogen, wobei nach ganz überwiegender Ansicht das Rücktrittsrecht beim Dienstvertrag durch das Recht zur außerordentlichen Kündigung verdrängt werden soll; allerdings sind die hierzu vorgetragenen Begründungen allesamt nicht tragfähig.³⁹⁷

d) Trotz der wirtschaftlichen und sozialen Ähnlichkeit zwischen Werkvertrag und freiem Dienstvertrag ist ein Minderungsrecht bei den freien Dienstleistungen – anders als im Werkvertrag – gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt. Die herrschende Meinung lehnt denn auch ein Minderungsrecht im Dienstvertrag ab. Die Begründung hierfür beruht jedoch zum einen auf den Besonderheiten des Arbeitsvertrags und ist deshalb für den freien Dienstvertrag nicht tragfähig; zum anderen sind die Argumente an sich teilweise nicht überzeugend,³⁹⁸ wobei vor allem die Besonderheiten des freien Dienstvertrags nicht hinreichend berücksichtigt werden.

2. Die Unklarheiten im Gesetz verlangen eine angemessene Gesetzesauslegung. Die vorliegende Untersuchung führt nun zu folgenden Schlüssen bzgl. der Haftungsfragen im freien Dienstvertrag:

a) Die generelle Verneinung eines Nacherfüllungsanspruchs des Dienstberechtigten ist abzulehnen, obwohl dieser Anspruch nur einen schmalen Anwendungsbereich hat³⁹⁹ Auch die in § 280 Abs. 1 angeordnete Möglichkeit zur zweiten Andienung durch den Dienstverpflichteten ist nicht in jedem Fall abzulehnen.⁴⁰⁰

b) Für die Anspruchsgrundlage des Schadensersatzes gilt zunächst folgende allgemeine Auslegung der §§ 280 ff., welche auf alle Schuldverhältnisse anzuwenden ist⁴⁰¹:

Von § 311a Abs.2 abgesehen, stellt § 280 Abs.1 die einzige Anspruchsgrundlage des Schadensersatzes dar. Bei der Anwendung des § 280 Abs.1 ist besonders die Berechnung des Schadens i.S.v. § 280 Abs. 1 zu berücksichtigen.⁴⁰²

Die §§ 281 bis 283 regeln nicht Schadensersatzansprüche als solche; vielmehr normieren sie nur die Voraussetzungen, unter denen der Gläubiger die Leistung oder Nacherfüllung des Schuldners ablehnen kann, also nur ein Ablehnungsrecht des Gläubigers. Wenn der Gläubiger den Nacherfüllungsanspruch noch hat, sind einige Schadensposten (z.B. der Minderwertschaden, sofern die Nachteile des Gläubigers durch die Nacherfüllung noch beseitigt werden können) gem. §§ 249ff. überhaupt noch nicht entstanden, so dass § 280 wegen des Fehlens eines Schadens nicht eingreifen kann. Nur wenn der Gläubiger den Nacherfüllungsanspruch gem. §§ 280 ff. nicht mehr hat, sind diese Schäden entstanden und somit zu ersetzen. §§

³⁹⁷ Näheres s. oben D I und II.

³⁹⁸ s. oben E I und II.

³⁹⁹ s. oben B V 1 a).

⁴⁰⁰ s. oben B V 1 b).

⁴⁰¹ s. oben B IV.

⁴⁰² s. oben B II 2 a) aa).

281 bis 283 stehen also nur durch die Schadensberechnung in einem Zusammenhang mit dem Schadensersatzanspruch.⁴⁰³

Die aus der Pflichtverletzung des Schuldners entstandenen Nachteile des Gläubigers, die nicht durch Nacherfüllung durch den Schuldner zu beseitigen sind, sind als Schäden i.S.v. § 280 Abs.1 endgültig entstanden; als Beispiel genannt seien etwa der Verzögerungsschaden, der Schaden wegen Verletzung von Pflichten gemäß § 241 Abs.2, usw. Soweit die anderen Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 erfüllt sind, sind diese Schäden nach dieser Norm zu ersetzen.

§§ 280 Abs. 2, 286 stellen zusätzliche Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch auf, welche im Fall des Schadensersatzes wegen Verzögerung erfüllt sein müssen. Für den Ersatz des Nutzungsausfalls wegen Schlechtleistung ist § 280 Abs.1 direkt anzuwenden, ohne dass die Voraussetzungen des § 286 erfüllt sein müssen.⁴⁰⁴

Die oben für alle Schuldverhältnisse entwickelte Gesetzesauslegung führt auch im Dienstvertrag zu angemessenen Ergebnissen. Für den Fall der Dienstleistung sind folgende Konstellationen demgemäß jeweils unterschiedlich zu bewerten⁴⁰⁵:

Wenn die Leistung oder Nacherfüllung unmöglich ist oder die Nachteile nicht mehr beseitigt werden können, kann sich der Dienstberechtigte sofort auf § 280 Abs.1 berufen und Schadensersatz verlangen. Wenn die Leistung oder Nacherfüllung zwar möglich ist und die Nachteile auch beseitigt werden können, dies dem Dienstberechtigten aber nicht mehr zuzumuten ist, kann er nach §§ 281 Abs.2, 282 oder §§ 626 oder 627 die Leistung oder Nacherfüllung ablehnen und danach Schadensersatz gem. § 280 Abs.1 verlangen. In anderen möglicherweise vorkommenden Fällen kann der Dienstberechtigte eine Nachfrist setzen und nach deren erfolglosem Ablauf die Leistung oder Nacherfüllung ablehnen, woraufhin er gemäß § 280 Abs.1 Schadensersatz verlangen kann. Wenn in einem solchen Fall auch eine Leistungsverzögerung vorliegt und Schadensersatz wegen Verzögerung verlangt wird, müssen die zusätzlichen Voraussetzungen des Verzugs erfüllt sein.

c) Für die Abgrenzung zwischen Pflichtverletzung in § 280 Abs.1 S.1 und Fahrlässigkeit in § 280 Abs.1 S.2 in den Fällen der freien Dienstleistungen wird folgendes vorgeschlagen:

Die Vermengung von Pflichtverletzung und Fahrlässigkeit ist im geltenden Recht abzulehnen.⁴⁰⁶ Die Pflichtverletzung ist als Außerachtlassung der höchstmöglichen Sorgfalt, die von einem ex-post-Standpunkt aus beurteilt wird, zu qualifizieren; die Fahrlässigkeit hingegen ist als Verletzung der im Verkehr erforderlichen durchschnittlichen Sorgfalt, die von einem ex-ante-Standpunkt aus beurteilt wird, anzusehen.⁴⁰⁷

⁴⁰³ s. oben B II 2 a) bb).

⁴⁰⁴ s. oben B II 2 a) cc).

⁴⁰⁵ s. oben B III 3.

⁴⁰⁶ C II.

⁴⁰⁷ C III.

Die Einhaltung der höchstmöglichen Sorgfalt auf der Ebene der Pflichten entspricht dem Vertrauen der Kunden auf den jeweiligen Berufsträger. Der hohe Pflichtenmaßstab erfährt eine Korrektur auf der Verschuldensebene durch die ex ante und konkret zu beurteilende Fahrlässigkeit. Eine sachgerechte Rechtsfolge kann also durch das Zusammenspiel der verschiedenen Tatbestandsmerkmale herbeigeführt werden.⁴⁰⁸

d) Zum Verhältnis zwischen außerordentlicher Kündigung und Rücktritt bei den freien Dienstleistungen werden folgende Thesen entwickelt:

Der von der h.M. befürwortete Ausschluss des Rücktritts durch die außerordentliche Kündigung ist sorgfältig und kritisch zu überprüfen. Die Praktikabilitätsargumentation ist nicht überzeugend.⁴⁰⁹ Die weiteren Argumentationen begründen eine Ausschlusswirkung nur in den Fällen, in denen die Tatbestandsmerkmale der außerordentlichen Kündigung gem. § 626 vorliegen und deshalb § 626 anzuwenden ist.⁴¹⁰

Da der auf die vergangene Leistung gerichtete Teilrücktritt nicht direkt mit dem Institut der außerordentlichen Kündigung konkurriert, ist diese Art Teilrücktritt im freien Dienstvertrag zuzulassen, wobei dieser Rücktritt zugleich die Wirkung einer Vergütungsminderung hat.⁴¹¹

Wenn die Dienstleistung schon vollständig erbracht worden ist und kein Nacherfüllungsanspruch besteht, kommt eine Kündigung überhaupt nicht in Betracht, so dass hier ein Konkurrenzverhältnis zwischen der außerordentlichen Kündigung und dem Rücktritt von vornherein nicht in Frage kommt. In diesem Fall kann auch im freien Dienstvertrag ein Totalrücktritt bejaht werden. Der Totalrücktritt nach der Beendigung des Dienstverhältnisses ist im Grunde dasselbe wie der auf die vergangene Leistung gerichtete Teilrücktritt.⁴¹²

e) Ein Vergütungsminderungsrecht des Dienstberechtigten bei der schlechten Dienstleistung ist zu bejahen.⁴¹³ Obwohl dieses Recht im BGB nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist, ist es doch durch Gesetzesauslegung unter Berücksichtigung anderer Institutionen nachzuweisen: § 320 gewährt ein vorübergehendes Vergütungsverweigerungsrecht; § 326 Abs.1, der Teilrücktritt in § 323, die Vergütungsminderung in § 628 Abs.1 S.2 und der Schadensersatzanspruch gem. § 280ff. können ein endgültiges Vergütungsminderungsrecht gewähren.⁴¹⁴

3. Basierend auf der Untersuchung der Haftungsfragen im geltenden Recht des freien Dienstvertrags sind weiterhin einige kurze Überlegungen bezüglich der Perspektive des künftigen Dienstleistungshaftungsrechts sowie des allgemeinen

⁴⁰⁸ C IV.

⁴⁰⁹ s. oben D II 1 b).

⁴¹⁰ s. oben D II 2, 3, 4 und D III 1.

⁴¹¹ s. oben D III 3.

⁴¹² s. oben D III 3.

⁴¹³ s. oben E II.

⁴¹⁴ s. oben E III.

Haftungsrechts angestellt worden. Hiernach ist die Nacherfüllung im freien Dienstvertrag zu befürworten, ein einheitlicher Tatbestand des Schadensersatzanspruchs klarzustellen und ein einheitliches Institut der Vertragsaufhebung sowie ein allgemeines Minderungsrecht einzuführen.⁴¹⁵

4. Nach den Untersuchungen bezüglich der Haftung des Dienstverpflichteten wurde abschließend noch das Verhältnis zwischen Dienst- und Werkvertrag de lege ferenda betrachtet. Nach einer vergleichenden Analyse des Primär- und Sekundäranspruchs im freien Dienstvertrag und im Werkvertrag und einer Ermittlung von möglichen einheitlichen Regelungen des Dienst- und Werkvertrags ist de lege ferenda vorzuschlagen, die herkömmliche Trennung zwischen Dienst- und Werkvertragsrecht künftig aufzugeben und einen die freie Dienstleistung und die Werkleistung einheitlich behandelnden Vertragstyp zu schaffen.⁴¹⁶

⁴¹⁵ s. oben Teil F.

⁴¹⁶ s. oben Teil G.

Literaturverzeichnis

- Anders, Monika; Gehle, Burkhard. (2001): Das Recht der freien Dienste: Vertrag und Haftung; Arzt-, Geschäftsleiter-, Rechtsanwalts- und Steuerberatervertrag sowie rd. 100 weitere Dienstverträge in systematischer Darstellung, Berlin [u.a].
- Bamberger, Heinz Georg; Roth, Herbert (hrsg.) (2003ff.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, München.
- Bartsch, Michael (2002). Softwarepflege nach neuem Schuldrecht, NJW, Heft 21, S. 1526.
- Baumgärtel, Gottfried (1996): Beweislastpraxis im Privatrecht. Die Schwierigkeiten der Beweislastverteilung und die Möglichkeiten ihrer Überwindung, Köln [u.a].
- Begrünung zum Regierungsentwurf, BT-Drucks, 14/6040.
- Beitzke, Günther (1948): Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen.
- Bergmann, Karl Otto; Kienzle, Hans Friedrich (2003): Krankenhaushaftung: Organisation, Schadensverhütung und Versicherung; Leitfaden für die tägliche Praxis, 2.Auflage, Düsseldorf.
- Beuthien Volker (1972). Lohnminderung bei Schlechtarbeit oder Arbeitsunlust? ZfA 1972, S. 73.

- Böggering, Peter (1978). Die Abnahme beim Werkvertrag, JuS 1978, Heft 8, S. 512.
- Borgmann, Brigitte; Haug, Karl H. (1995): *Anwaltshaftung: systematische Darstellung der Rechtsgrundlagen für die anwaltliche Berufstätigkeit*, 3. Auflage, München.
- (2005): *Anwaltshaftung: systematische Darstellung der Rechtsgrundlagen für die anwaltliche Berufstätigkeit*, 4. Auflage, München.
- Bruns, Jan (2002). Die vertragliche Haftung des Rechtsanwalts gegenüber dem Mandanten nach neuer Rechtslage, VersR 2002, Heft 13, S.524.
- Bundesminister der Justiz (1992): *Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Bundesanzeiger, 1992.
- Canaris, Claus-Wilhelm (2003). Die Nacherfüllung durch Lieferung einer mangel-freien Sache beim Stückkauf, JZ 2003, S.831.
- (2001): Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, S. 499.
- (2003): Die Neuregelung des Leistungsstörungen- und des Kaufrechts – Grundstrukturen und Problemschwerpunkte, in: Egon Lorenz (Hrsg.), *Karlsruher Forum 2002: Schuldrechtsmodernisierung*, Karlsruhe.
- Christodoulou, Phoebus (1968): *Vom Zeitelement im Schuldrecht: Vorstudien aus der Sicht des Dauerschuldverhältnisses*, Hamburg.
- Coen, Christoph (2003): *Vertragsscheitern und Rückabwicklung: eine rechtsver-gleichende Untersuchung zum englischen und deutschen Recht, zum UN-Kaufrecht sowie zu den Unidroit Principles und den Principles of European Contract Law*, Berlin.
- Däubler, Wolfgang (2001). Neues Schuldrecht – ein erster Überblick, NJW 2001, S. 3729.
- Dauner-Lieb, Barbara (Hrsg.) (2002): *Anwaltskommentar, Schuldrecht: Erläute-rungen der Neuregelungen zum Verjährungsrecht, Schuldrecht, Schadensersatzrecht und Mietrecht*, Bonn.
- (2002): Das Leistungsstörungenrecht im Überblick, in: *Das neue Schuldrecht: ein Lehrbuch*, hrsg. von Barbara Dauner-Lieb, Heidelberg.
- (2001): Kodifikation von Richterrecht, in: Ernst/Zimmermann (Hrsg.), *Zivil-rechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, 2004, S. 305 ff.
- Dauner-Lieb, Barbara; Dötsch, Wolfgang (2001). Schuldrechtsreform – Haftungs-reform für Zwischenhändler nach neuem Recht? DB 2001, S. 2535.
- Deutsch, Erwin (1996): *Allgemeines Haftungsrecht*, 2. Auflage, Köln [u.a.].
- (2002): Die Medizinhaftung nach dem neuen Schuldrecht und dem neuen Schadensrecht, JZ 2002, Heft 12, S. 588.
- (1963): *Fahrlässigkeit und Erforderliche Sorgfalt*, Köln [u.a.].

- (1999): *Medizinrecht: Arztrecht, Arzneimittelrecht und Medizinproduktrecht: eine zusammenfassende Darstellung mit Fallbeispielen und Texten*, 4. Auflage, Berlin [u.a.].
- Deutsch, Erwin; Matthies, Karl-Heinz (1998): *Arzthaftungsrecht: Grundlagen, Rechtsprechung, Gutachter- und Schlichtungsstellen*, 3. Auflage, Köln.
- Deutsch, Erwin; Spickhoff, Andreas (2003): *Medizinrecht: Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinproduktrecht und Transfusionsrecht*, 5. Auflage, Berlin [u.a.].
- Dietz, Rolf; Wiedemann (1961): *Schlechterfüllung des Arbeitsvertrages: Lohnminderung oder Schadenersatz?* JuS 1961, S. 116.
- Dilcher, Hermann (1961). *Geldkondemnation und Sachkondemnation in der mittelalterlichen Rechtslehre*, in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, Bd. 78 (1961), S. 277.
- Emmerich, Volker (2005): *Das Recht der Leistungsstörung*, 6. Auflage, München.
- Erfurter Kommentar (2005): *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 5. Auflage.
- Erman. *Bürgerliches Gesetzbuch: Handkommentar mit EGBGB, ErbbauVO, HausratsVO, LPartG, ProdHaftG, UKlaG, VAHRG und WEG*.
- Ernst, Wolfgang; Zimmermann, Reinhardt (hrsg.) (2001): *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform: zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes des Bundesministeriums der Justiz*, Tübingen.
- Esser, Josef, fortgef. von Weyers, Hans-Leo (1998): *Schuldrecht, Band II, Besonderer Teil Teilband 1*, 8. Auflage, Heidelberg.
- Esser, Josef (1960): *Schuldrecht: allgemeiner und besonderer Teil; ein Lehrbuch*, 2. Auflage, Karlsruhe.
- Esser, Josef, fortgef. von Schmidt, Eike (1995): *Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 1*, 8. Auflage, Heidelberg.
- Fabarius, Maria-Elisabeth (1991): *Äußere und innere Sorgfalt*, Köln [u.a.].
- Fikentscher, Wolfgang (1997): *Schuldrecht*, 9. Auflage, Berlin [u.a.].
- Fleischmann, Eugen (1970): *Die freien Berufe im Rechtsstaat: eine Untersuchung von Begriff und Wesen der freien Berufe und ihrer verfassungsrechtlichen Stellung nach dem Grundgesetz unter besonderer Berücksichtigung der freien Heil- und Beratungsberufe*, Berlin.
- Flessner, Alex (1997). *Befreiung von Vertrag und Nichterfüllung*, ZEuP 1997, S. 255.
- Gehrlein, Markus (2002). *Arzthaftungsrecht nach der ZPO-Novelle*, VersR 2002, Heft 22, S. 935.
- Gernhuber, Joachim (1989): *Das Schuldverhältnis, Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen, Drittwirkungen*, Tübingen.
- Gierke, Otto (1917): *Deutsches Privatrecht III*, Leipzig.

- Giesen, Richard (2006): Verhältnis des Verzögerungsschadens zum Schaden statt der Leistung, in: Festschrift für Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen.
- Grigoleit, Hans Christoph; Riehm, Thomas (2003): Die Kategorien des Schadensersatzes im Leistungsstörungenrecht, AcP 2003, S. 727.
- Grunewald, Barbara (2003): Schadensersatz für Mangel- und Mangelfolgeschäden, in: Das neue Schuldrecht in der Praxis, Akzente, Brennpunkte, Ausblick, hrsg. von Barbara Dauner-Lieb, Horst Konzen, Kasten Schmidt, Köln [u.a.].
- Gutzler, Helmut (1938): Lösung von Dauerlieferungsverträgen durch Rücktritt und Kündigung, Heidelberg.
- Haas, Lothar (2002): Das neue Schuldrecht, München.
- Hartung, Jürgen (2000): Schlechtleistung und Vergütungsanspruch im Recht des selbständigen Dienstvertrages, Tübingen.
- Hartung, Sven (2007): Die Abnahme im Baurecht, NJW 2007, S. 1099.
- Heinemann, Klaus (1998): Die Beweislastverteilung bei positiven Forderungsverletzungen: eine rechtsvergleichende Untersuchung unter Berücksichtigung des französischen Rechts, Köln [u.a.].
- Henssler, Deckenbrock (2005): Der (Teil-)Vergütungsanspruch des Rechtsanwalts im Falle vorzeitiger Mandatsbeendigung im Normgefüge des § 628 BGB, NJW 2005, S. 1.
- Henssler, Martin (1994): Haftungsrisiken anwaltlicher Tätigkeit, JZ 1994, S. 178.
- Herschel, Wilhelm (1964): Freier Beruf und Arbeitsverhältnis, dargestellt am Beispiel der Wirtschaftsprüfung und der Technischen Überwachung, Heidelberg.
- (1982): Unmöglichkeit der Dienstleistung und Kündigung, insbesondere bei Krankheit, BB 1982, S. 253.
- Hirte, Heribert (1996): Berufshaftung: ein Beitrag zur Entwicklung eines einheitlichen Haftungsmodells für Dienstleistungen, München.
- Horst, Ehmann; Holger, Sutschet (2004): Schadensersatz wegen kaufrechtlicher Schlechtleistungen – Verschuldens- und/oder Garantiehaftung? JZ 2004, Heft 2, S. 62.
- Huber, Peter; Faust, Florian (2002): Schuldrechtsmodernisierung: Einführung in das neue Recht, München.
- Huber, Ulrich (2001): Das geplante Recht der Leistungsstörungen, in: Ernst/Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, Tübingen, S. 31- 183.
- (1999): Leistungsstörungen, die allgemeinen Grundlagen, der Tatbestand des Schuldnerverzugs, die vom Schuldner zu vertretenden Umstände, Band I und II, Tübingen.
- (1973): Zivilrechtliche Fahrlässigkeit, in: Festschrift für Ernst Rudolf Huber zum 70. Geburtstag am 8. Juni 1973, Göttingen.

- Jauernig, Othmar (hrsg.) (2004): Bürgerliches Gesetzbuch : Kommentar, München.
- Karg, Thomas (2004): Anwaltsvertragshaftung, Pflichtverletzung und Verschuldung im neuen Schuldrecht, Dissertation der juristischen Fakultät der Universität Regensburg.
- Karlmann, Geiß, fortgef. von Hans-Peter Greiner Greiner (2001): Arzthaftpflichtrecht, 4.Auflage, München.
- Katzenmeier, Christian (2002): Arzthaftung, Tübingen.
- (2002): Schuldrechtsmodernisierung und Schadensersatzrechtsänderung – Umbruch in der Arzthaftung, VersR 2002, Heft 25, S. 1066.
- Kleutgens, Ingo (1994): Die Sekundärhaftung des Rechtsanwalts: Wege aus einem verjährungsrechtlichen Dilemma, Bonn.
- Kommission für Europäisches Vertragsrecht: Grundregln des Europäischen Vertragsrechts, deutsche Ausgabe von Christian von Bar und Reinhard Zimmermann, München, 2002.
- Kramer, Wolfgang (1985): Keine Vergütungspflicht bei fehlendem Interesse an der Dienstleistung infolge Schlechterfüllung, MDR 1998, S. 324.
- Lando, Ole (2003): Das neue Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs und die Grundregeln des europäischen Vertragsrechts, RabelsZ Bd. 67 (2003), S. 231.
- Larenz, Karl, fortgef. von Wolf, Manfred (2004): Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9.Auflage, München.
- Larenz, Karl, fortgef. von Claus-Wilhelm Canaris (1987): Lehrbuch des Schuldrechts, Teil: 1, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München.
- Laufs, Adolf (1993): Arztrecht, 5.Auflage, München.
- (1999): Handbuch des Arztrechts, 2. Auflage, München.
- Lessmann, Herbert (1985): Schlechte Dienstleistung und Vergütung, Festschrift für Ernst Wolf, Köln [u.a.], 1985, S. 395.
- Lieb, Manfred (1983): Dienstvertrag, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, Band III.
- Looschelders, Dirk (2003): Schuldrecht, allgemeiner Teil, Köln [u.a.].
- Lorenz, Egon (hrsg.) (2003): Karlsruher Forum 2002, Schuldrechtsmodernisierung, , Mit Vorträgen von Claus-Wilhelm Canaris und Manfred Wolf und Dokumentation der Diskussion. Karlsruhe
- (2006): Karlsruher Forum 2005: Schuldrechtsmodernisierung – Erfahrungen seit dem 1. Januar 2002, mit Vorträgen von Stephen Lorenz und Peter Reiff und Dokumentation der Diskussion, Karlsruhe.
- (2006): Karlsruher Forum 2006: Schadensersatz – Zwecke, Inhalte, Grenzen, mit Vortrag von Gerhard Wagner und Dokumentation der Diskussion, Karlsruhe.

- Lorenz, Stephan (2002): Rücktritt, Minderung und Schadensersatz wegen Sachmängeln im neuen Kaufrecht: Was hat der Verkäufer zu vertreten? NJW 2002, Heft 35, S. 2497.
- (2005): Schuldrechtsreform 2002: Problemschwerpunkte drei Jahre danach, NJW 2005, S. 1889.
- (2007): Fünf Jahre „neues“ Schuldrecht im Spiegel der Rechtsprechung, NJW 2007, S. 1.
- Lorenz, Stephan; Riehm, Thomas (2002): Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, München.
- Lotmar, Philipp (1908): Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches, Band II, Leipzig.
- Martis, Rüdiger; Winkhart, Martina (2003): Arzthaftungsrecht, Aktuell Fallgruppenkommentar, Köln.
- Medicus, Dieter (2002): Schuldrecht 1, Allgemeiner Teil, 13. Auflage.
- (2004): Schuldrecht II, 12. Auflage.
- Leistungsstörungen im neuen Schuldrecht, JuS 2003, 521 ff.
- Motzer, Stefan (1982): Die „positive Vertragsverletzung“ des Arbeitnehmers: zugleich ein Beitrag zur Bestimmung von Inhalt und Rechtsnatur der Arbeitnehmerpflichten, Köln [u.a.].
- Mugdan, Benno (1899): Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 2, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin.
- Müller, Gerda (1997): Beweislast und Beweisführung im Arzthaftungsprozess, NJW 1997, S.3049.
- Münch, Joachim (2002): Die „nicht wie geschuldet“ erbrachte Leistung und sonstige Pflichtverletzungen, Jura 2002, Heft 6, S. 361.
- MünchKomm / Bearbeiter:: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
- Musielak, Hans-Joachim (1975): Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß, Berlin [u.a.].
- (2005): Kommentar zur Zivilprozessordnung, 4. Auflage, München.
- Mutschler, Helge (2007): Die zivilrechtliche Einordnung des Steuerberatungsvertrags als Dienst- oder Werkvertrag, DStR 2007, S.550.
- Nikisch, Arthur (1940): Betätigungsverträge, ZdAfDR 1940, S. 369.
- Odersky, Walter (1989): Die Berufshaftung – ein zumutbares Berufsrisiko? – Zum Dialog zwischen Rechtsprechung und Rechtswissenschaft, NJW 1989, S. 1.
- Oechsler, Jürgen (2004): Schuldrecht, Besonderer Teil, Vertragsrecht, München.
- Oetker, Hartmut (1994): Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung: Bestandsaufnahme und kritische Würdigung einer tradierten Figur der Schuldrechtsdogmatik, Tübingen.

- Oetker, Hartmut; Maultzsch, Felix (2002): Vertragliche Schuldverhältnisse, Berlin [u.a.].
- Ostler, Fritz (1983): Stellung und Haftungsrisiko des Rechtsanwalts in Zivilsachen, JA 1983, Heft 3, S. 109.
- Palandt / Bearbeiter (2002): Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts: Ergänzungsband zu Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Auflage, München.
- Palandt / Bearbeiter: Bürgerliches Gesetzbuch.
- Perters, Frank (2007): Das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts nach fünf Jahren, NZBau 2007, S.1.
- Petersen, Jens (2002): Die Nacherfüllung, Jura 2002, Heft 7, S. 461.
- Peukert, Alexander (2005), § 326 Abs. 1 S. 2 BGB und die Minderung als allgemeiner Rechtsbehelf, in: AcP 2005, S. 430.
- Pohlmann, Petra (2003): Vom Verzug zur verspäteten Leistung? in: Das neue Schuldrecht in der Praxis, Akzente, Brennpunkte, Ausblick, hrsg. von Barbara Dauner-Lieb, Horst Konzen, Kasten Schmidt, Köln [u.a.].
- Prölls, Jürgen (1966): Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozess, Karlsruhe.
- Prütting, Hanns (1983): Gegenwartsprobleme der Beweislast: eine Untersuchung moderner Beweislasttheorien und ihrer Anwendung insbesondere im Arbeitsrecht, München.
- Raiser, Gottfried (1991): Die Haftung des Rechtsanwalts bei grenzüberschreitender Tätigkeit, NJW 1991, Heft 33, S. 2049.
- Recker, Wilfried (2002): Schadensersatz statt der Leistung – oder: Mangelschaden und Mangelfolgeschaden, NJW 2002, Heft 17, S. 1247.
- Rehborn, Martin (2002): Aktuelle Entwicklungen im Arzthaftungsrecht, MDR 2002, Heft 22, S.1281.
- Reinecke, Gerhard(1976): Die Beweislastverteilung im Bürgerlichen Recht und im Arbeitsrecht als rechtspolitische Regelungsaufgabe, Berlin.
- Reppen, Tilman (1994): Vertragstreue und Erfüllungszwang in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft, Paderborn [u.a.].
- Rinsche, Franz- Josef (1995): Die Haftung des Rechtsanwalts und des Notars, 5. Auflage, Köln.
- Rosenberg, Leo (1965): Die Beweislast: auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung, 5. Auflage, München.
- Roth, Wulf-Henning (1979): Der Vergütungsanspruch bei schlechter Leistung im Recht der freien Berufe, VersR 1979, S. 494, 600.
- Rümelin, Gustav (1905): Dienstvertrag und Werkvertrag, Tübingen.
- Sailer, Rita (2003): Die Schadensersatzhaftung des Verkäufers bei Schlechtlieferung und ihre Grenzen, Baden-Baden.

- Schaub, Günter; Koch Ulrich; Linck, Rüdiger (2002): *Arbeitsrechts-Handbuch: systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis*, 10. Auflage, München.
- Scheffler, Friedrich (1961): *Anwaltpflichten – Anwaltsverschulden*, NJW 1961, Heft 13, S. 577.
- Schiemann, Gottfried (1983): *Der freie Dienstvertrag*, Juristische Schulung 1983, Heft 9, S. 649.
- Schlechtriem, Peter (Hrsg.) (2002): *Wandlungen des Schuldrechts*, Tagung der Ernst-von-Caemmerer-Gedächtnisstiftung (Freiburg, 11-12.09.2001), Baden-Baden.
- (1993): *Rechtsvereinheitlichung und Schuldrechtsreform in Deutschland*, ZEuP 1993, S. 217.
- (2003): *Schuldrecht, a llgemeiner Teil*, 5. Auflage, Tübingen.
- (2003): *Schuldrecht, Besonderer Teil*, 6. Auflage, Tübingen.
- Schlund, G. H.; Ellermann (2003): *Arzt und Haftpflicht, Was Sie über Ihre Berufshaftung wissen sollten*, 2. Auflage.
- Schmidt, Rudolf (1915): *Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht*, München.
- Schoetzau, Annedore (1960): *Die Anwendbarkeit der §§ 320 – 327 BGB im Arbeitsvertragsrecht*.
- Schwenzer, Ingeborg (2002): *Rechtsbehelfe und Rückabwicklungsmodelle im CISG, in den European und UNIDROIT-Principles, im Gandolfi-Entwurf sowie im Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes*, in: Schlechtriem (Hrsg.), *Wandlungen des Schuldrechts*, Baden-Baden: Nomos (2002), S. 223-227.
- Seiler, Rita (2003): *Die Schadensersatzhaftung des Verkäufers bei Schlechtlieferung und ihre Grenzen*, 1. Auflage, Baden-Baden.
- Soergel / Bearbeiter: *Bürgerliches Gesetzbuch*.
- Spickhoff, Andreas (2004): *Aktuelle Rechtsfragen der medizinischen Behandlungsverhältnisse: zivilrechtsdogmatische Überlegungen de lege lata und de lege ferenda*, München.
- (2002): *Das System der Arzthaftung im reformierten Schuldrecht*, NJW 2002, Heft 35, S. 2530.
- (2002): *Die Entwicklung des Arztrechts 2001/2002*, NJW 2002, Heft 24, S. 1758.
- (2003): *Die Entwicklung des Arztrechts 2002/2003*, NJW 2003, S. 1701.
- (2004): *Die Entwicklung des Arztrechts 2003/2004*, NJW 2004, S. 1710.
- (2005): *Die Entwicklung des Arztrechts 2004/2005*, NJW 2005, S. 1694.
- (2006): *Die Entwicklung des Arztrechts 2005/2006*, NJW 2006, S. 1630.

- (2004): Grober Behandlungsfehler und Beweislastumkehr, NJW 2004, Heft 33, S. 2345.
- Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages (1994): Empfiehlt sich die von der Schuldrechtskommission vorgeschlagene Neuregelung des allgemeinen Leistungsstörungenrechts, der Mängelhaftung bei Kauf- und Werkvertrag und des Rechts der Verjährung? München.
- Staudingers / Bearbeiter: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
- Steffen Erich; Dressler, Wolf-Dieter (2002): Arzthaftungsrecht: neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung, 9. Auflage, Köln.
- Storme, Matthias E. (2002): Schuldnerpflichten, Vertragsstörung und Verantwortung (PECL, PICC, Wiener Kaufrecht, Gandolfi-Code, BGB-Entwurf), in: Wandlungen des Schuldrechts, Hrsg. Von Peter Schlechtriem, Baden-Baden.
- Stutz, Heinrich (1935): Der Rücktritt bei den Dauerverträgen des Bürgerlichen Gesetzbuches, Düsseldorf.
- Teichmann, Arndt (1984): Empfiehlt sich eine Neukonzeption des Werkvertragsrechts? Gutachten A für den 55. Deutschen Juristentag.
- (2001): Strukturveränderungen im Recht der Leistungsstörungen nach dem Regierungsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, DB 2001, S.1485.
- Tiedtke, Klaus; Schmitt, Marco (2005): Der Anwendungsbereich des kaufrechtlichen Schadensersatzes statt der Leistung nach §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 BGB, BB 2005, S. 615.
- Ullrich, Hanns (1984): Lohngewähr oder Mängelgewährleistung, zum Lohnanspruch bei unsorgfältiger Dienstleistung, NJW 1984, S. 585.
- Vollkommer, Max; Heinemann, Jönn (2003): Anwaltshaftungsrecht, 2.Auflage, München.
- Wagner, Gerhard (2002): Mangel- und Mangelfolgeschäden im neuen Schuldrecht? JZ 2002, Heft 10, S. 475.
- Wahrendorf, Volker (1976): Die Prinzipien der Beweislast im Haftungsrecht, Köln [u.a.].
- Walter, Alexander (2004): Spezialisierung und Sorgfaltsstandard im Arzt- und Anwaltshaftungsrecht, Bielefeld.
- Weber, Gerald (1977): Die Unterscheidung von Dienstvertrag und Werkvertrag.
- Wendehorst, Christiane (2006): Das Vertragsrecht der Dienstleistungen im deutschen und künftigen europäischen Recht, AcP 2006, Bd. 206, S. 205.
- Wertenbruch, Johannes (2002): Die eingeschränkte Bindung des Käufers an Rücktritt und Minderung, JZ 2002, Heft 18, S. 862.
- Weyers, Hans-Leo (1981): Werkvertrag, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, Band II.

- Wilmowsky, Peter von (2002): Pflichtverletzung im Schuldverhältnis, Die Anspruchs – und Rechtsgrundlagen des neuen Schuldrechts, JuS 2002, Heft 1, S. 2.
- Wolf, Manfred (1968): Kündigung vor Arbeitsantritt und Schadenersatz, JuS 1968, Heft 2.
- Zimmermann, Reinhard (1993): The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition, Cape Town [u.a.].
- (2005): The new German Law of obligations, Oxford.
- Zugehört, Horst (hrsg.) (1999): Handbuch der Anwaltshaftung, Herne [u.a.].

Die Schuldrechtsreform hat das allgemeine Leistungsstörungenrecht in erheblichem Umfang neu strukturiert. Das neue Leistungsstörungenrecht ist wie das alte am Leitbild des Sachkaufs ausgerichtet, auch wenn es bei dem freien Dienstvertrag Anwendung findet. Fraglich ist allerdings, ob das neue Leistungsstörungenrecht im Fall der Pflichtverletzung des Dienstverpflichteten adäquate Rechtsfolgen herbeiführen kann. Die vorliegende Arbeit gliedert sich inhaltlich in fünf Hauptteile, die der Anspruchsgrundlage des Schadensersatzes im Falle von Pflichtverletzungen des Dienstverpflichteten, der Abgrenzung von Pflichtverletzung und Fahrlässigkeit im Rahmen von § 280 Abs. 1 BGB, dem Verhältnis zwischen außerordentlicher Kündigung und Rücktritt und der Minderung sowie der Frage nach der Zweiteilung in Dienstvertrag und Werkvertrag gewidmet sind. Dabei beschäftigen sich die ersten vier Hauptteile mit der *lex lata*, der letzte Abschnitt enthält Überlegungen *de lege ferenda*.



GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT
GÖTTINGEN

ISBN 978-3-940344-06-9

Universitätsdrucke Göttingen