

KERSTIN TILLMANN

Strukturfragen des Dienstvertrages

Jus Privatum

121

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 121



Kerstin Tillmanns

Strukturfragen des Dienstvertrages

Leistungsstörungen im freien Dienstvertrag
und im Arbeitsvertrag

Mohr Siebeck

Kerstin Tillmanns, geboren 1968; 1987–1993 Studium der Rechtswissenschaft in Bonn und Genf; 1993–1998 Mitarbeiterin am Institut für Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung der Universität Bonn; 1994–1996 Promotion in Freiburg i.Br.; 1995–1997 Referendariat beim Landgericht Koblenz; 1998–2001 wissenschaftliche Assistentin am Forschungsinstitut für Sozialrecht der Universität zu Köln; 2001–2004 Habilitationsstipendium; 2004–2007 wissenschaftliche Assistentin am Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln; 2005 Habilitation; 2005–2006 Vertretung eines Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Sozialrecht, Handels- und Unternehmensrecht an der Technischen Universität Dresden; 2006–2007 Vertretung einer Professur für Bürgerliches Recht mit Schwerpunkt Arbeitsrecht an der Universität Konstanz; 2007 Ernennung zur Professorin an der Universität Konstanz.

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG WORT.

e-ISBN PDF 978-3-16-151198-1
ISBN 978-3-16-148739-2
ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

Die deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2007 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Garamond-Antiqua gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2004/2005 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Habilitationsschrift angenommen. Ihre Entstehung wurde durch ein Lise-Meitner-Habitationsstipendium, ein Sachstipendium der Cornelia-Harte-Stiftung und durch einen Druckkostenzuschuss der VG-Wort großzügig gefördert.

Dank gebührt in erster Linie meinem akademischen Lehrer, Herrn Professor Dr. Dres. h.c. Peter Hanau, der die Arbeit wohlwollend begleitet und durch wertvolle Anregungen bereichert hat. Mein besonderer Dank gilt Herrn Professor Dr. Martin Hensler für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und die Einräumung ausgezeichnete Arbeitsmöglichkeiten an seinem Institut.

Danken möchte ich auch Herrn Professor Dr. Herbert Wiedemann, Herrn Christian Deckenbrock, Herrn Ulrich Sittard, Herrn Dr. Ralph Heiden und insbesondere Herrn Professor Dr. Thomas Ackermann, die mir durch Gespräch, Kritik und Zuspruch eine große Hilfe waren.

Konstanz, im April 2007

Kerstin Tillmanns

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis.	IX
Einleitung	1
Erster Teil: Die Erfüllung des Dienstvertrages.	5
§ 1 Vorbemerkung: Die Begriffe „Nichterfüllung“, „Pflichtverletzung“ und ihre Unterfälle	5
§ 2 Der Begriff „Erfolg“ im Rahmen der Erfüllung	10
§ 3 Die erfüllungstauglichen Dienste	85
Zweiter Teil: Die Nicht- und die Schlechterfüllung des Dienstvertrages	203
§ 4 Die Tatbestände der vollständigen und teilweisen Nicht- und Schlechterfüllung beim Dienstvertrag	204
§ 5 Die Rechtsfolgen der vollständigen und teilweisen Nicht- und Schlechterfüllung beim Dienstvertrag	347
Dritter Teil: Die Nicht- und die Schlechterfüllung des Arbeitsvertrages	429
§ 6 Die Tatbestände der vollständigen und teilweisen Nicht- und Schlechterfüllung beim Arbeitsvertrag	430
§ 7 Die Rechtsfolgen der vollständigen und teilweisen Nicht- und Schlechterfüllung beim Arbeitsvertrag	449
Schluß	460
Sachregister	493

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Einleitung	1

Erster Teil: Die Erfüllung des Dienstvertrages

§ 1 Vorbemerkung: Die Begriffe „Nichterfüllung“, „Pflichtverletzung“ und ihre Unterfälle.	6
§ 2 Der Begriff „Erfolg“ im Rahmen der Erfüllung	10
I. Der nach § 362 BGB geschuldete „Leistungserfolg“	10
II. Die Bedeutung des „Erfolgs“ für den Schuldinhalt.	13
1. Die Abgrenzung von Dienstvertrag und Werkvertrag.	13
a) Die gesetzliche Ausgangslage	13
b) Das Kriterium des „Erfolgs“.	15
(1) Vorschläge zur „Abstraktion“ des Erfolgs in der älteren Literatur.	15
(2) Der „Erfolg“ und die Interessen der Vertragsparteien.	19
(a) Die Interessen des Gläubigers	23
(aa) Erfolgsversprechen und Steuerungsrecht als alter- native Mittel der Interessensicherung.	23
(bb) Das Steuerungsrecht als Abgrenzungskriterium	29
(cc) Ergebnis zu (a)	35
(b) Die Interessen des Schuldners	35
(3) Tätigkeitsverträge der Freien Berufe	37
(4) Arbeitsverträge	40
c) Ergebnis zu 1.	43
2. Die Stärke des Erfolgsbezugs beim Dienstvertrag	43
a) Der Dienstvertrag als „erfolgsgerichteter“ Vertrag	44
b) Grundtypen des Dienstvertrages	46
(1) Zeitbezogene Dienstverträge.	47
(2) Erfolgsbezogene Dienstverträge.	49

c)	Kombinationen von dienst- und werkvertragsähnlichen Elementen	50
(1)	Einleitung	52
(2)	Erfolgsversprechen und Erfolgsbezüge im Arbeitsvertrag	52
(a)	Erfolgsabhängigkeit der gesamten Vergütung	53
(b)	Erfolgsabhängigkeit von Teilen der Vergütung.	58
(aa)	Maßgeblichkeit des Gesamtlohns.	59
(bb)	Höhe und Steuerung des Erfolgsrisikos	61
(cc)	Grenzen der Erfolgsabhängigkeit.	66
(c)	Rechtsfolgen bei Nichteintritt des Erfolgs	70
(aa)	§615 BGB als zentrale Gefahrtragsregelung des Dienstvertragsrechts	71
(bb)	Einschränkung der Gefahrtragsregelung des §615 BGB für erfolgsabhängige Vergütungsanteile?	75
(d)	Ergebnis zu (2)	79
(3)	Erfolgsversprechen und Erfolgsbezüge im selbständigen Dienstvertrag	80
d)	Ergebnis zu 2.	82
III.	Ergebnis zu §2	83
§3	Die erfüllungstauglichen Dienste.	85
I.	Erfüllung durch nicht ordnungsgemäße Dienste?	85
1.	Erfüllung durch Teilleistung oder nicht vertragsgemäße Leistung bis zum Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes	86
2.	Erfüllung durch Teilleistung oder nicht vertragsgemäße Leistung nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes	92
3.	Ergebnis zu I.	94
II.	Die „Ordnungsgemäßheit“ der Dienste	95
1.	Die Bestimmung des Leistungsinhalts durch die Vertragsparteien	95
a)	Die Bestimmung des Leistungsinhalts beim Dienstvertrag	96
(1)	Die Bestimmung des Leistungsinhalts durch beide Vertragsparteien.	96
(a)	Festlegung des Leistungsrahmens.	96
(b)	Ist eine ausreichende Bestimmung des Leistungsinhalts zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses möglich?	99

(aa) Maßgeblichkeit des Zeitpunkts des Vertrags- schlusses	100
(bb) Das Bestimmtheitserfordernis des BGB	106
(2) Die Bestimmung des Leistungsinhalts durch eine Vertragspartei	110
(a) Die Leistungskonkretisierungsbefugnis des Dienstverpflichteten	111
(aa) Die Rechtsnatur der Leistungskonkretisierungs- befugnis	111
(bb) Die Bedeutung der Leistungskonkretisierungs- befugnis	114
(b) Das Leistungsbestimmungsrecht des Dienst- berechtigten	117
(3) Ergebnis zu a)	121
b) Die Bestimmung des Leistungsinhalts beim Arbeits- vertrag	122
(1) Das Weisungsrecht des Arbeitgebers nach § 106 GewO, §§ 315 Abs. 2 und 3, 316 ff. BGB	123
(2) Der „weisungsfreie Eigenbereich“ des Arbeitnehmers	127
(3) Ergebnis zu b)	131
c) Ergebnis zu 1.	132
2. Die Bestimmung des Leistungsinhalts durch das Gesetz . . .	132
a) Allgemeine Einschränkungen der Leistungskonkretisierungsbefugnis durch das Gesetz . .	133
b) Zur Möglichkeit weiterer gesetzlicher Beschränkungen der Leistungskonkretisierungsbefugnis.	134
(1) Verpflichtung zur Leistung von Diensten „mittlerer Art und Güte“ (§ 243 Abs. 1 BGB)?	134
(a) Entstehungsgeschichte des § 243 Abs. 1 BGB. . . .	134
(b) Der Meinungsstand in Literatur und Recht- sprechung	137
(c) Die Voraussetzungen der Analogie	139
(aa) Gesetzeslücke	139
(bb) Tatbestandliche Vergleichbarkeit.	139
(cc) Vergleichbarkeit bei wertender Betrachtung	143
(d) Ergebnis zu (1)	148
(2) Gesetzliche Beschränkungen der Leistungskonkretisierungsbefugnis <i>de lege ferenda</i> ? .	148
(a) Verpflichtung zur „subjektiv-optimalen“ Leistung?.	149
(b) Verpflichtung zur „objektiven Normalleistung“?. .	150
(c) Ergebnis zu (2)	156
c) Ergebnis zu 2.	157

3. Zur Ermittlung des Schuldinhalts durch Auslegung der vertraglichen Vereinbarung	157
a) Zur Methodik der Auslegung	158
b) Leistungsvermögen und Einsatz des Leistungsvermögens	160
(1) Leistungsversprechen und Leistungsvermögen	160
(a) Individuelles Leistungsvermögen und normative Auslegung	160
(aa) Faktoren	162
(bb) Dynamik	165
(b) Individuelles Leistungsvermögen als Teil des Schuldversprechens	166
(2) Leistungsversprechen und Einsatz des Leistungsvermögens	169
(a) Leistungsversprechen und Leistungswille	170
(b) Einsatz des Leistungsvermögens und normative Auslegung	173
(aa) Die Interessen des Dienstverpflichteten	175
(bb) Die Interessen des Dienstberechtigten	178
(cc) Kompetenzgefälle und Schutz der Interessen.	179
(dd) Ergebnis zu (b).	185
(c) Die Üblichkeit als Auslegungskriterium	186
(aa) Anwendungsbereich	186
(bb) Gründe.	189
c) Ergebnis zu 3.	197
4. Ergebnis zu II.	199
III. Ergebnis zu § 3	200

Zweiter Teil: Die Nicht- und die Schlechterfüllung des Dienstvertrages

§ 4 Die Tatbestände der vollständigen und teilweisen Nicht- und Schlechterfüllung beim Dienstvertrag	204
I. Einleitung.	204
1. Kombinationsmöglichkeiten.	208
2. Falschleistung	210
II. Vollständige Nichtleistung und vollständige Schlechtleistung.	215
1. Einleitung	215
2. Unterscheidung durch Identifikation	217
a) Identifikationsmerkmale	218
(1) Leistungsort.	218
(2) Leistungszeitraum	220

(3) Leistungsinhalt	220
b) Methode der Unterscheidung	222
(1) Die Funktion der Tätigkeit als Abgrenzungskriterium	222
(a) Notwendigkeit normativer Abgrenzung	222
(b) Abgrenzung bei anderen Vertragstypen	223
(c) Normative Abgrenzung beim Dienstvertrag	226
(2) Vertretenmüssen	227
(3) Bestimmung der Funktion der Tätigkeit	228
(a) Grundsätzliches	228
(b) Die Vereinbarung von bestimmten Eigenschaften der Tätigkeit	230
(aa) Falscher Leistungsort führt zu Nichtleistung	231
(bb) Falsche Leistungszeit führt zu Nichtleistung	232
(cc) Leistung mit falschem Inhalt	237
(dd) Kombinationsmöglichkeiten	239
3. Ergebnis zu II.	239
III. Teilweise Nichtleistung und teilweise Schlechtleistung	241
1. Die Teilbarkeit der Leistung	242
a) „Technische, natürliche oder tatsächliche Teilbarkeit“	243
b) Teilbarkeit „im Rechtssinne“ bzw. „nach dem Partei- willen“	246
(1) Maßgeblichkeit des Vertragszwecks	246
(2) Unterschiedliche Konstellationen	252
(a) „Zufällige“ Verbindung unterschiedlicher Teile	252
(b) Inhaltliche Verbindung unterschiedlicher Teile	252
(c) „Zufällige“ Verbindung gleicher Teile	253
(d) Inhaltliche Verbindung gleicher Teile	255
(3) Eigenständiger Vertragszweck und Gläubigerinteresse	255
c) Ergebnis zu 1.	258
2. Die Teilbarkeit der Dienste	258
a) Maßgeblichkeit der Funktion der Tätigkeit	258
b) Teilbarkeit zeitbezogener und erfolgsbezogener Dienst- verträge	264
(1) Teilbarkeit zeitbezogener Dienstverträge	264
(a) Teilbarkeit durch die Zeit	264
(aa) Unzureichende Leistungsdauer	264
(bb) Verfehlung des Leistungszeitraums	268
(b) Sonstige Teilbarkeit	272
(c) Ergebnis zu (1)	273
(2) Teilbarkeit erfolgsbezogener Dienstverträge	273
(a) Gleichrangige Erfolge	274

(b) Verschiedenrangige Erfolge	275
(c) Ergebnis zu (2)	276
c) Ergebnis zu 2.	276
3. Teilleistung und Teilschlechtleistung	277
a) Die Teilschlechtleistung	278
b) Erscheinungsformen der Teilschlechtleistung	281
(1) Die sog. isolierte Teilschlechtleistung.	281
(2) Die sog. integrierte Teilschlechtleistung	284
c) Die Erscheinungsformen partiell schlecht erbrachter Leistung und ihre jeweiligen Rechtsfolgen	287
(1) Die „isolierte“ Teilschlechtleistung und ihre Rechts- folgen.	287
(2) Die sonstigen Fälle der partiell schlecht erbrachten Leistung und ihre Rechtsfolgen	288
(a) Teilschlechtleistung und Restleistung.	288
(b) Teilschlechtleistung und ordnungsgemäße Teil- leistung.	291
(aa) Anwendbarkeit der §§281 Abs.1 S.2, 323 Abs.5 S.1 BGB	292
(bb) Ordnungsgemäße Teilleistung und Teilschlecht- leistung als Maßstab für das Gläubigerinteresse . . .	293
(c) Ordnungsgemäße Teilleistung und Restleistung. . .	298
(d) Ordnungsgemäße Restleistung und schlecht erbrachte Restleistung	299
(3) Exkurs: Die Ausübung der Totalrechte und der sog. kleine Schadensersatz.	300
(a) Ordnungsgemäße Teilleistung und sog. kleiner Schadensersatz als Maßstab für das Gläubiger- interesse?.	301
(b) Schlechtleistung und sog. kleiner Schadensersatz als Maßstab für die Unerheblichkeit?.	305
d) Sog. Teil-Teilleistungen.	307
(1) Teil-Teilleistungen im Dienstvertragsrecht	307
(2) Rechtsfolgen der Teil-Teilleistung	308
(3) Ergebnis zu d).	312
e) Ergebnis zu 3.	312
4. Ergebnis zu III.	315
IV. Vorzeitige und verzögerte Leistung	318
1. Die vorzeitige Leistung.	318
2. Die verzögerte Leistung	320

a) Schuldner erbringt im Leistungszeitraum keine Leistung (Nichtleistung)	323
b) Schuldner erbringt im Leistungszeitraum eine defizitäre Leistung	324
(1) Der Anwendungsbereich des §280 Abs.2 BGB	326
(a) Wortlaut	326
(b) Sinn und Zweck	328
(aa) Schlechtleistung als „Verzögerung der Leistung“?	328
(bb) Verzögerte Teilleistung als „Verzögerung der Leistung“?	331
(2) Ergebnis zu b)	335
c) Neben die Verzögerung tretende Leistungsdefizite	336
d) Ergebnis zu 2.	337
V. Ergebnis zu §4	338
1. Beispielsfall zum zeitbezogenen Dienstvertrag: Der empfindliche Nachhilfelehrer.	344
2. Beispielsfall zum erfolgsbezogenen Dienstvertrag: Der unerfahrene Unternehmensberater.	345
3. Beispielsfall zur Kombination von verzögerter und in sonstiger Weise defizitärer Leistung: Der unzuverlässige Computerfachmann	345
§5 Die Rechtsfolgen der vollständigen und teilweisen Nicht- und Schlechterfüllung beim Dienstvertrag	347
I. Nacherfüllung	348
1. Einleitung	348
2. Erlöschen der Nacherfüllungspflicht	349
a) §615 BGB	350
(1) Anwendung des §615 BGB auf sog. absolute Fix- schulden	351
(2) Anwendung des §615 BGB auf nachholbare Dienste	351
(3) Anwendung des §615 BGB auf die Nacherfüllungs- pflicht bei nicht ordnungsgemäß geleisteten Diensten.	352
b) §275 BGB	353
(1) §275 Abs.1 BGB	354
(a) „Unmöglichkeit für den Schuldner“.	354
(b) Fälle der Unmöglichkeit nach §275 Abs.1 BGB	355
(aa) Unmöglichkeit wegen endgültigen Wegfalls der Leistungsfähigkeit des Schuldners	355
(bb) Unmöglichkeit wegen fehlender Nachholbarkeit	355
(2) §275 Abs.2 BGB	359

(a) Anwendbarkeit der Norm auf die Verpflichtung zur Leistung von Diensten	359
(b) Verweigerung der Nachholung der Leistung wegen „groben Mißverhältnisses“	360
(aa) Die „eigentlichen Mehrkosten der Nachholung“	360
(bb) Grobes Mißverhältnis bei Nacherfüllungspflicht nach nicht ordnungsgemäß geleisteten Diensten	362
(c) Ergebnis zu (2)	363
(3) § 275 Abs. 3 BGB	363
(a) Vollständige und „teilweise“ Verweigerung der Leistung	365
(b) Endgültige oder „vorübergehende“ Verweigerung der Leistung	366
(c) Unzumutbarkeit.	367
(d) Vorrang des § 616 BGB	368
(e) Vertretenmüssen	369
c) § 635 Abs. 3 BGB analog	370
II. Schadensersatz statt der (ganzen) Leistung	371
1. Einleitung	371
2. Die Geltendmachung von Schadensersatz statt der Leistung und von Schadensersatz statt der ganzen Leistung	371
3. Die Behandlung der Gegenleistung im Rahmen des Schadensersatzes statt der Leistung	373
4. Schadensersatz im Wege der Naturalrestitution?	377
5. Schadensersatz in Geld für „entgangene Dienste“?	380
a) „Entgangene Dienste“ als ersatzfähiger Schaden?	380
b) Der „Minderwert der schlechten Arbeit“ als ersatzfähiger Schaden?	382
III. Minderung der Vergütung.	383
1. Einleitung	383
2. Zur Rechtslage vor Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes	384
3. Die Anwendung der §§ 326, 323 BGB auf Dienstverträge.	387
a) Anwendungsvorrang der §§ 614 bis 616, 628 BGB	387
b) Zur ratio legis der §§ 326 Abs. 1 und 5, 323 BGB.	388
c) Minderung bei nicht vertragsgemäßer Leistung der Dienste gem. §§ 326, 323 BGB?	391
(1) Minderung kraft Gesetzes gem. § 326 Abs. 1 S. 1, 2. Halbs. BGB?	391

(2) Minderung durch Teilrücktritt gem. §§ 326 Abs. 5, 323 BGB?	393
(a) Generelle Anwendbarkeit der Vorschriften.	393
(b) Ausschluß des Minderungsrechts durch die §§ 611 ff. BGB?	394
(c) Dienstvertragsrecht und Teilrücktritt.	397
(aa) (Teil-)Rücktritt zum Zwecke der Minderung bei defizitären Diensten	397
(bb) Teilrücktritt zum Zwecke der Minderung bei schlecht erbrachten Diensten	400
(d) Schwierigkeiten der Bemessung der Minderung	402
(aa) Die ursachenunabhängige Ermittlung der Höhe des Leistungsdefizits und der Gegenleistung	402
(bb) Das Leistungsdefizit und seine Ursachen.	406
(cc) Das Leistungsdefizit und das Steuerungsrecht des Dienstberechtigten	410
(dd) Ergebnis zu (d)	411
(3) Ergebnis zu c)	412
d) Die Minderung bei nicht ordnungsgemäß erbrachten Diensten gem. § 326 Abs. 1, 5 und § 323 BGB.	413
(1) Die Minderung gem. § 326 Abs. 1, S. 1, 2. Halbs. BGB.	413
(a) Zur Auslegung des § 326 Abs. 1 BGB nach Wortlaut und Entstehungsgeschichte	413
(b) Eigenes Lösungskonzept	414
(aa) Automatische Minderung, wenn mindestens eine Teilleistung unmöglich wird	414
(bb) Vorteile dieses Konzepts	416
(2) Die Minderung durch Teilrücktritt gem. § 323 Abs. 1 BGB.	420
(3) Zur Berechnung der Minderung.	421
4. Ergebnis zu III.	423
IV. Zurückbehaltung der Vergütung	424

Dritter Teil: Die Nicht- und die Schlechterfüllung des Arbeitsvertrages

§ 6 Die Tatbestände der vollständigen und teilweisen Nicht- und Schlechterfüllung beim Arbeitsvertrag.	430
I. Einleitung.	430
II. Vollständige Nichtleistung	431
1. Mögliche Fallgestaltungen	432

2. Das „Zur-Verfügung-Stellen“ der Arbeitskraft als Teilleistung	433
3. Ergebnis	436
III. Beschränkte Störungen	436
1. Bewertung der Gesamtleistung des Arbeitnehmers	436
2. Bewertung einzelner Störungstatbestände	437
a) Störungen hinsichtlich der Leistungsdauer.	438
b) Störungen hinsichtlich des Inhalts der Arbeit	439
c) Störungen hinsichtlich der Relation von Zeit und Arbeit (sog. Langsamarbeit)	445
§7 Die Rechtsfolgen der vollständigen und teilweisen Nicht- und Schlechterfüllung beim Arbeitsvertrag.	449
I. Nacherfüllung	449
1. Erlöschen der Nacherfüllungspflicht	449
2. Nacherfüllungspflicht bei beschränkten Störungen	450
II. Schadensersatz statt der Leistung.	452
III. Minderung der Vergütung.	454
IV. Zurückbehaltung der Vergütung	458
Schluß	460
Literatur	469
Sachregister	493

Einleitung

Zu Beginn der sechziger Jahre des vergangenen Jahrhunderts konstatierte ein Vertreter der deutschen Arbeitsrechtswissenschaft, daß dem „hochentwickelten Arbeitsrecht ... erstaunlicherweise eine mangelnde Auseinandersetzung mit den dogmatischen Grundfragen des Arbeitsrechts, besonders des Arbeitsvertragsrechts“ gegenüberstehe.¹ Ballerstedt spricht gar von „einer Haltung des dogmatischen Agnostizismus“² zu dieser Frage, und selbst Nikisch meint zu den Wurzeln des Arbeitsrechts: „Fast möchte man glauben, daß es manchen Arbeitsrechtlern mit ihnen gehe wie dem Mephistopheles mit den Müttern: ‚Von ihnen sprechen ist Verlegenheit.‘“³ Die Verlegenheit wurde in den folgenden Jahrzehnten überwunden – aber doch nur zu einem gewissen Teil. Zwar beschäftigen sich bis heute zahlreiche Autoren mit der Frage, worin die Besonderheiten des Arbeitsvertrages liegen. Dabei geht es in erster Linie um seine Abgrenzung zum selbständigen Dienstvertrag. Diese Grenzziehung ist von großer Wichtigkeit. Doch war seinerzeit mit den „Wurzeln“ oder dem „Wesen“ des Arbeitsvertrages wohl noch etwas anderes gemeint. Es geht um die Frage, was denn den Arbeitsvertrag überhaupt ausmacht. Hier wird offenbar, daß sich der Arbeitsvertrag eher durch eine Nähe zum Dienstvertrag auszeichnet, er also mindestens die Wurzeln mit diesem teilt.

Man möchte denken, daß zum Dienstvertrag als einem zentralen Vertragstypus des Bürgerlichen Gesetzbuchs, dessen praktische Bedeutung in der viel beschworenen „Dienstleistungsgesellschaft“ stetig zunimmt, einiges Grundsätzliche geschrieben wäre. Doch das Gegenteil ist der Fall. Selbst in Zeiten, in denen einem dem Wesen eines Vertrages nachgehenden Autor noch nicht ein „Hang zu müßigem theoretischem Gedankenspiel“⁴ nachgesagt worden wäre, mochte es niemand so recht mit dem Dienstvertrag aufnehmen. Dafür mag es viele Gründe geben. Der wichtigste ist wohl, daß der im Bürgerlichen Gesetzbuch geschaffene Dienstvertrag nicht zu den über die Jahrhunderte gewachsenen und damit gereiften Vertragstypen gehört, sondern eine – politische – Kompromißlösung darstellt. Der in den §§ 611 ff. BGB geschaffene Vertragstypus existierte in dieser Form vor dem 1. 1. 1900 nicht. Man wartete in gewisser

¹ *Wlotzke*, RdA 1965, 180f.

² *Ballerstedt*, JZ 1963, 190, doch bewahre *Nikischs* Lehrbuch des Arbeitsrechts davor.

³ *Nikisch*, RdA 1960, 1.

⁴ *Ballerstedt*, JZ 1963, 190, der diesen Hang *Nikisch* freilich nicht nachsagt.

Weise zu, bis sich der Vertrag über die Jahre mit Leben füllen würde. In den Dienstvertrag drängten vor allem die sog. Freien Berufe, aber auch die Arbeitsverhältnisse wurden ihm letztlich zugeschrieben. Es fanden sich unter dem Dach der §§ 611 ff. BGB mithin ganz unterschiedliche Berufsgruppen ein. Entsprechend unterschiedlich ist das Zusammenspiel der Interessen, das in diesen Verträgen zum Ausdruck kommt. Immer wieder wurde daher vorgeschlagen, entweder die Arbeitsverhältnisse oder aber die selbständigen Dienstverträge der Freien Berufe aus dem Dienstvertragsrecht auszunehmen. Daß beides bis heute nicht geschehen ist, sollte Anlaß genug sein, darüber nachzudenken, was es nun ist, das die beiden „im Innersten zusammenhält“.

Der Mangel an Wissen um das Wesen, also das Synallagma, des Dienstvertrages wird in der juristischen Praxis offenbar, wenn eine Störung dieses Synallagmas behauptet wird. Die Störung des Synallagmas betrifft unmittelbar die Gegenleistung; sie kann aber auch zu Schäden führen, für die der Dienstberechtigte Ersatz verlangt. Das Hauptinteresse in Praxis und Literatur gilt hier seit jeher dem Schadensersatz. Dieser ist wirtschaftlich von wesentlichem Interesse für den Dienstberechtigten. Die Konzentration auf den Schadensersatz lenkt allerdings die Aufmerksamkeit weg von der grundlegenden Frage nach dem Zusammenhalt von Leistung und Gegenleistung. Und auch wenn bis heute erklärt wird, das dienst- und arbeitsvertragliche Synallagma sei „vernachlässigt“⁵ und „nicht ausreichend geklärt“⁶, so bezieht sich dies stets auf die Auswirkungen einer *Störung* des Synallagmas. Um aber zu wissen, was eine Störung ist, bleibt es unabdingbar, zunächst den Blick auf das Gegenteil zu richten, das funktionierende Synallagma.

Die erste Frage muß sein, was der Dienstverpflichtete überhaupt schuldet. Dafür ist es sinnvoll und notwendig, den Dienstvertrag von seinem nächsten Nachbarn, dem Werkvertrag, zu scheiden. Auch hier herrscht eine – heute offen zugegebene – Unklarheit. Es verwundert, daß bei der Abgrenzung der Blick immer nur auf das Spezifikum des Werkvertrages, das Erfolgsversprechen, fällt. Demgegenüber soll hier versucht werden, die Besonderheiten des Dienstvertrages zu erarbeiten, um auf diesem Wege die Abgrenzung von beiden Seiten aus abzusichern. Hier erweist sich eine Rückschau auf Vergangenes als nützlich.

Für die Frage nach der Ordnungsgemäßheit der Dienste kommt es aber nicht nur auf die Zielgerichtetheit der Tätigkeit, sondern auch – vergrößernd gesagt – auf die Art und Weise bzw. auf das Maß, also auf die Qualität und Quantität, an, in der die Dienste zu erbringen sind, um eine vollständige Erfüllungswirkung gem. § 362 BGB herbeiführen zu können. Daß in dieser Frage die Antwort nicht leicht fällt, ist gleich offenbar. Die Dienste existieren zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch gar nicht und sie werden meist nur mit

⁵ Hanau, AcP 189 (1989), 182.

⁶ Lieb, Arbeitsrecht, 7. Aufl., Rn. 190.

wenigen Worten von den Vertragsparteien umrissen. Diese Unklarheit bei der Bestimmung des Schuldinhalts gilt es soweit wie möglich aufzuhellen; vor allem aber gilt es, das Risiko der Unbestimmtheit richtig zu verteilen.

Danach ist der Weg frei für die Behandlung des gestörten Synallagmas. Die §§ 611 ff. BGB bieten hier – bis auf § 615 BGB – recht wenig Hilfestellung. Über die denkbaren, an die Leistungsstörung anknüpfenden Rechtsfolgen herrscht daher Uneinigkeit. Es muß auf die Regelungen des allgemeinen Schuldrechts zurückgegriffen werden. Schon vor dem Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts war umstritten, wie dies zu geschehen habe. Auch entwickelten sich die allgemeine dienstvertragliche Lehre und die arbeitsrechtliche Literatur mehr und mehr auseinander, was zu einer weiteren Aufgliederung des Meinungsspektrums führte. Das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts hat insoweit keine Erleichterung geschaffen. Es ließ das Dienstvertragsrecht in den entscheidenden Fragen unberührt, änderte aber die allgemeinen Vorschriften grundlegend. Für alle relevanten Rechtsfolgen, vom Nacherfüllungsanspruch über den Anspruch auf Zurückbehaltung der Vergütung und die Minderung bis zum Schadensersatz, ist die Rechtslage daher neu zu bestimmen. Daß dabei die Ergebnisse der Forschung zum alten Schuldrecht zu berücksichtigen sind, versteht sich von selbst.

Durch die Neufassung des allgemeinen Schuldrechts sind auf der Seite des Tatbestandes neue Probleme entstanden, die den Dienstvertrag in ganz besonderer Weise betreffen. Für die wichtigen Rechtsfolgen der Minderung und des Schadensersatzes statt der ganzen Leistung unterscheidet das Gesetz zwischen der nicht vertragsgemäßen, d. h. der schlechten Leistung und der Teilleistung. Auch vor dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz wurde diese Differenzierung zwar von der herrschenden Meinung vorgenommen. Auf die Frage, wie genau sich schlecht erbrachte Dienste von teilweise erbrachten Diensten abgrenzen sollen, blieb man aber die Antwort schuldig. Man braucht sich jedoch nur einige typische Fälle nicht ordnungsgemäß erbrachter Dienste vor Augen zu führen um zu erkennen, wie schwer diese Antwort zu geben ist: Eine für ein Konzertprogramm engagierte Hornistin liest bei den Proben Zeitschriften und spielt beim Konzert mangelhaft;⁷ ein Hausverwalter erstellt niemals Nebenkostenabrechnungen und kümmert sich auch sonst nicht um die Belange der Mieter;⁸ ein Detektiv gibt sich durch unkluges, weisungswidriges Auftreten als solcher zu erkennen;⁹ der Betreiber eines Internats sorgt nicht für die ausreichende Beaufsichtigung und Ernährung der Kinder;¹⁰ die Leiterin einer

⁷ Vortrag des Beklagten, in: AG Soest (Urt. v. 23.6. 1995) NJW 1996, 1144.

⁸ Vortrag der Klägerin, in: OLG Düsseldorf (Urt. v. 9.10. 1997) GI 1999, 275, 278f.

⁹ BGH (Urt. v. 22.5. 1990) NJW 1990, 2549: Frage der Minderung offengelassen; LG Trier (Urt. v. 28.1. 2003–I S 134/02), n.v.

¹⁰ Vortrag des Beklagten, in: LG Köln (Urt. v. 20.10. 1976) MDR 1977, 313 (gemischter Vertrag).

Kindertagesstätte schikaniert Mitarbeiter, spaltet die Elternschaft und beaufsichtigt die Kinder unzureichend,¹¹ der Arzt führt eine Sterilisation fehlerhaft aus und versäumt die notwendige Kontrolluntersuchung;¹² der Zahnarzt überkront unnötigerweise und dazu fehlerhaft gesunde Zähne;¹³ der Rechtsanwalt bringt seinen Mandanten dazu, ein formnichtiges Geschäft abzuschließen, ohne ihn darauf hinzuweisen.¹⁴

Die Tatbestandsvoraussetzungen des neuen Schuldrechts zwingen dazu, die Grenze zwischen Schlechtleistung und Teilleistung offenzulegen. Im übrigen sei hier nur angedeutet, daß es neben der vollständigen Schlechtleistung und der Teilleistung zahlreiche andere Kategorien defizitär erbrachter Leistung, wie etwa die Teilschlechtleistung, gibt. Ziel der Untersuchung der Rechtsfolgenzuordnung muß es sein, an dieser Stelle möglichst angemessene und klare Regeln dafür zu finden, auf welche Leistungsstörung welche Rechtsfolge Anwendung findet.

Im letzten Teil der Arbeit werden die zum Dienstvertrag gefundenen Ergebnisse auf den Arbeitsvertrag übertragen. Im Vordergrund steht das Ziel, den notwendigen Schutz der Arbeitnehmer nicht „von außen“, also durch eine Korrektur der Rechtsfolgen, vorzunehmen, sondern die Lösung aus der zutreffenden Interpretation des Leistungsversprechens eines Arbeitnehmers herzuleiten. Das Leistungsversprechen des Arbeitnehmers unterscheidet sich typischerweise von dem des freien Dienstverpflichteten; der Arbeitnehmer sorgt gewissermaßen selbst für seinen Schutz.

Bei der Diskussion der Rechtsfolgen steht die Störung des Synallagmas, und zwar die Störung auf der Seite der Tätigkeitsschuld, ganz im Vordergrund. Neben der Nacherfüllung und der Zurückbehaltung bzw. Minderung der Vergütung wird hierzu auch der – an die Stelle der Leistung tretende – Schadensersatz statt der Leistung gezählt. Schließlich wird auf den Verzug eingegangen, denn mit der Änderung des Schuldrechts ist es notwendig geworden, die Verzögerung der Leistung im Rahmen der übrigen Fälle der Leistungsstörung neu zu positionieren. Keine Antwort will diese Arbeit auf die Fragen der allgemeinen Haftung für durch Pflichtverletzungen im Dienst- und Arbeitsvertrag entstandene Schäden bzw. zur Begrenzung dieser Haftung für Arbeitnehmer geben. Allerdings läßt sich die vorliegende Untersuchung als Basis für die Beurteilung der die Haftung begründende Pflichtverletzung verstehen, je nachdem wie sich der Leser zur Grundsatzfrage nach dem Zusammenhang von Schuld und Haftung stellt.

¹¹ LAG Frankfurt (Urt. v. 19. 10. 2004) AuA 2005, 311.

¹² OLG Düsseldorf (Urt. v. 31. 1. 1974) NJW 1975, 595.

¹³ OLG Düsseldorf (Urt. v. 2. 2. 1984) VersR 1985, 456.

¹⁴ BGH (Urt. v. 29. 4. 1963) NJW 1963, 1301.

Erster Teil:

Die Erfüllung des Dienstvertrages

Das Interesse des Juristen gilt im allgemeinen weniger der Erfüllung als vielmehr den Fällen, in denen die Erfüllung gerade nicht gelingt. Vielfach ist jedoch die Grenze zwischen Erfüllung und Nichterfüllung (bzw. „Pflichtverletzung“) zweifelhaft. Das gilt für den Dienstvertrag in besonderer Weise. Der Dienstverpflichtete schuldet eine Tätigkeit und damit eine Leistung, die bei Vertragsschluß noch nicht existent ist und für die es auch selten ein „Vorstück“ gibt, welches beiden Parteien gleichermaßen vor Augen steht. Es kann damit unklar sein, ob die vom Dienstverpflichteten erbrachte Leistung tatsächlich die „geschuldete“ i.S. des §362 Abs.1 BGB ist. Bevor im Zweiten Teil dieser Arbeit auf die unterschiedlichen Möglichkeiten der Nichterfüllung und ihre Rechtsfolgen eingegangen werden kann, ist zunächst die grundsätzliche Frage zu klären, wie die vom Schuldner erbrachte Leistung beschaffen sein muß, um die Erfüllungswirkung des §362 BGB herbeiführen zu können.

§1 Vorbemerkung: Die Begriffe „Nichterfüllung“, „Pflichtverletzung“ und ihre Unterfälle

Hilfreich ist es, im Vorfeld die Verwendung der begrifflichen Gegenstücke zum Ausdruck der „Erfüllung“ zu klären. Die Begriffe „Nichterfüllung“, „Pflichtverletzung“ und „Schlechterfüllung“ wurden und werden nicht einheitlich verwendet. Durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz hat der Gesetzgeber versucht, die Terminologie festzuschreiben, indem er in der zentralen Vorschrift des §280 BGB an den Begriff der „Pflichtverletzung“ anknüpft. Die Pflichtverletzung verlangt lediglich den objektiven Verstoß gegen eine Pflicht unabhängig davon, ob der Schuldner diesen Verstoß zu vertreten hat. Die Pflichtverletzung sei der einheitliche Grundtatbestand, auf dem die Rechte des Gläubigers wegen einer Leistungsstörung aufbauen. Es komme nicht darauf an, ob der Schuldner eine Haupt- oder Nebenpflicht, eine Leistungs- oder eine Schutzpflicht verletze oder ob er zu spät leiste.¹ Auch Ansprüche auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung lassen sich aus der Pflichtverletzung herleiten.²

Die Verwendung des Ausdrucks „Pflichtverletzung“ in diesem weiten Sinne ist kritisiert worden: Nicht in jedem Falle der nicht ordnungsgemäßen Erfüllung liege auch eine Pflichtverletzung vor. So sei beispielsweise in dem viel zitierten Fall des Verkäufers, dem die verkaufte Sache durch ein nicht zu vertretendes Ereignis, z.B. ein Erdbeben, zerstört wird, nicht einzusehen, welche vertragliche Pflicht der Verkäufer verletzt haben sollte.³ Ähnlich ist der Fall der Arbeitnehmer, welche aufgrund von Hochwasser, Glatteis oder Schneeverwehungen nicht zu ihrer Arbeitsstelle gelangen können.⁴ Die *Pflicht*, den Vertrag auch unter diesen konkreten Umständen noch zu erfüllen, besteht nach §275 BGB gerade nicht. Sie kann daher auch nicht verletzt werden. Festgestellt werden kann allein die Nichterfüllung des Vertrages, nicht die Nichterfüllung ei-

¹ Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 14/6040, S. 133f.

² Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 14/6040, S. 92f.

³ U. Huber, Leistungsstörungen, Bd. 1, §1 I 3.; ders., in: Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 31, 99ff.; ders., ZIP 2000, 2273, 2276ff. Dagegen Schur, Leistung und Sorgfalt, S. 171 (und ff.) m.w.Nachw. Vgl. weiterhin Canaris, in: Schulze/Schulte-Nölke, Schuldrechtsreform, S. 43, 59ff.

⁴ BAG (Urt. v. 8.12.1982) AP Nr. 58 zu §616 BGB.

ner *Vertragspflicht*.⁵ Man muß den Begriff also dahin gehend verstehen, daß jede Verletzung der „abstrakten“ Verpflichtung, den Vertrag zu erfüllen, eine Pflichtverletzung darstellt.⁶ Dazu kommen sämtliche Verletzungen sog. nicht leistungsbezogener Nebenpflichten aus dem Vertrag.

Der so beschriebene Tatbestand der rein objektiven „Pflichtverletzung“ ist als Ansatzpunkt für die nachfolgenden Untersuchungen weniger gut geeignet. Im folgenden sollen maßgeblich die Fragen angesprochen werden, die sich stellen, wenn der Gläubiger die geschuldete Leistung nicht, teilweise nicht oder schlecht erbringt. Um in der Terminologie der Gesetzesbegründung zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz zu bleiben: Es soll nur die Nichterbringung der sog. Hauptleistungspflicht, nicht die Verletzung sog. nicht leistungsbezogener Nebenpflichten im Zentrum der Betrachtung stehen. Einzuräumen ist allerdings, daß die in der Gesetzesbegründung aufgegriffene Terminologie selbst alles andere als eindeutig ist. Insbesondere sind die Fragen, ob und inwieweit Nebenleistungspflichten von der Hauptleistungspflicht abgrenzbar sind und inwieweit eine Abgrenzung überhaupt sinnvoll sein mag, nur schwer zu beantworten und können in diesem Rahmen nicht entschieden werden. Gerade für den Dienstvertrag ist die Abgrenzung besonders problematisch. Nebenpflichtenbürden dem Schuldner ein „zusätzliches“ Verhalten auf. Wird aber ohnehin bereits ein Verhalten geschuldet, ist kaum zu entscheiden, ob das „zusätzliche“ Verhalten noch von dem „hauptsächlich“ geschuldeten umfaßt wird oder nicht. Das gilt allgemein, für bestimmte Fälle des Dienstvertrages freilich in besonderem Maße (z.B. Bewachungs- und Beratungsverträge).

So schwer auch die Abgrenzung fallen mag: Es entspricht dem gängigen juristischen Denkmodell, daß zumindest die Pflichten am Ende der Skala reine „Nebenpflichtverletzungen“ sind. Diese Pflichten regelt das Gesetz in §§ 241 Abs. 2, 282, 324 BGB; sie werden als Schutz- oder Rücksichtnahmepflichten bezeichnet. Eben diese Pflichten, die neben der Hauptleistungspflicht oder am Rande der Hauptleistungspflicht einzuordnen sein mögen, sollen nicht im Vordergrund der Untersuchung stehen. Vielmehr geht es maßgeblich um die Schuld „an sich“, also um „die Erbringung“ bzw. „die Bewirkung der Leistung“, wie es im Gesetz u.a. in den §§ 281 Abs. 1 S. 1 und 3, 320 Abs. 1 S. 1, 323 Abs. 1 formuliert ist. Es soll der Konzentration auf das Wesentliche dienen, wenn als Ausgangspunkt für die nachfolgende Untersuchung die engeren Tatbestände der Nichterfüllung/Nichtleistung und der Schlechterfüllung/Schlechtleistung gewählt werden. Diese Begriffe beschreiben auch ihrem einfachen Wortsinn nach den Gegenstand der Untersuchung plastischer und unmittelbarer als der Oberbegriff der Pflichtverletzung, in welchem gleichsam der den Schuldner (möglicherweise gar nicht) treffende Verschuldensvorwurf

⁵ *Flume*, *Eigenschaftsirrtum*, S. 41 (Hervorhebung durch Verf.).

⁶ Ähnlich *Schultz*, in: H.P. Westermann, *Schuldrecht 2002*, S. 22 „objektive Pflichtverletzung“; *Magnus*, in: *Schulze/Schulte-Nölke*, *Schuldrechtsreform*, S. 67, 72.

bereits mitschwingt.⁷ Zudem wird der Begriff der „Pflichtverletzung“ – auch durch die zentrale Stellung des §280 BGB – sehr leicht mit der Rechtsfolge Schadensersatz konnotiert. Diese Rechtsfolge ist aber nur eine von mehreren, die an die Tatbestände der Nichterfüllung bzw. der Schlechterfüllung anknüpfen.

Unter Nichterfüllung ist nach der Begründung zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz das ganze oder teilweise Ausbleiben der Leistung zu verstehen.⁸ Über die Endgültigkeit des Ausbleibens der Leistung gibt der Begriff noch keine Auskunft.

In §281 Abs. 1 S. 1 BGB sind beide Tatbestände mit den Worten „soweit der Schuldner die ... Leistung nicht ... erbringt“ umschrieben. In §323 Abs. 1 BGB verzichtet das Gesetz auf den Ausdruck „soweit“, doch soll die teilweise Nichterfüllung ebenfalls erfaßt sein, wie sich aus §323 Abs. 5 S. 1 BGB ergibt.

Die Nichterfüllung zerfällt also in die Tatbestände der vollständigen und der teilweisen Nichterfüllung. Unter der teilweisen Nichterfüllung wird das quantitative Zurückbleiben der Leistung hinter der geschuldeten verstanden. Das Gesetz bezeichnet die teilweise Nichterfüllung in §320 Abs. 2 BGB auch als teilweise Leistung, in §281 Abs. 1 S. 2, §323 Abs. 5 S. 1 und §326 Abs. 1 S. 1, 2. Halbs. BGB⁹ als Teilleistung.

Demgegenüber wird unter dem Begriff „Schlechtleistung“, dem gängigen Verständnis folgend, das qualitative Zurückbleiben der Leistung hinter der geschuldeten verstanden. Die Schlechtleistung wird in §281 Abs. 1 S. 1 und 3 BGB als „nicht wie geschuldet“ erbracht umschrieben¹⁰ und in §323 Abs. 1¹¹ und Abs. 5 S. 2 sowie in §326 Abs. 1 S. 2 BGB als „nicht vertragsgemäße“ Leistung bezeichnet.¹²

Allerdings verwendet das Gesetz in §266 BGB den Begriff der Teilleistung auch für die Schlechtleistung.¹³ Auch in der Literatur wird die teilweise Nicht-

⁷ So auch die Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 14/6040, S. 134; *Heinrichs*, FS Schlechtriem, S. 516: „Es mag sein, daß die Umgangssprache den Begriff ‚Pflichtverletzung‘ vielfach nur für ein Verhalten verwendet, das auch subjektiv vorwerfbar ist.“

⁸ Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 14/6040, S. 134.

⁹ Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 14/6040, S. 188, zum inhaltlich entsprechenden §326 Abs. 1 S. 2, 1. Halbs. RE BGB.

¹⁰ Ausdrücklich: Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 14/6040, S. 138, 184. *Schmidt-Räntsch*, Schuldrecht, Rn. 336. Nach *Bamberger/H.Roth/Grüneberg* §281 Rn. 52, fällt unter den Begriff der „nicht wie geschuldet“ erbrachten Leistung in §281 Abs. 1 S. 1 BGB auch die Teilleistung. Mit einer die Einheitlichkeit des Sprachgebrauchs begünstigenden Auslegung sollte die Teilleistung besser unter den Begriff der (eben teilweise) „nicht“ erbrachten Leistung subsumiert werden.

¹¹ Ausdrücklich: Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 14/6040, S. 184.

¹² Beschlußempfehlung, BT-Drucks. 14/7052, S. 185; *MünchKomm/Ernst*, Bd. 2a, §281 Rn. 144 und §323 Rn. 240.

¹³ *MünchKomm/Krüger*, Bd. 2a, §266 Rn. 4; *MünchKomm/Ernst*, Bd. 2a, §281 Rn. 144; *Peukert*, AcP 205 (2005), 430, 437f., 445ff.; wohl auch *Staudinger/Bittner* (2004) §266 Rn. 14. Vgl. schon RG (Urt.v. 5. 1. 1909) WarnR 1909 Nr. 196.

erfüllung auch als „quantitative Teilleistung“ und die Schlechtleistung als „qualitative Teilleistung“ bezeichnet.¹⁴ Demgegenüber wird hier der Begriff der Teilleistung grundsätzlich nur im obigen Sinne, also im Sinne der quantitativen Teilleistung, verstanden.

Als Oberbegriff, der die Fälle der teilweisen Nichterfüllung und der Schlechtleistung zusammenfaßt, wird im folgenden der Begriff der „nicht ordnungsgemäßen Leistung“ gewählt; es wird auch auf den in der Literatur vorgeschlagenen Begriff der „beschränkten Störung“¹⁵ zurückgegriffen.

Es dient der Klarheit, wenn auch die jeweiligen Gegensätze möglichst eindeutig benannt werden können. Im Anschluß an diese Terminologie des Gesetzgebers soll im folgenden unter „vollständiger“ Leistung das Gegenteil einer Teilleistung verstanden werden. Das Gegenteil zur „nicht vertragsgemäßen“ Leistung wird als „vertragsgemäße“ Leistung bezeichnet. Eine Leistung, die weder quantitative noch qualitative Defizite aufweist, wird „ordnungsgemäß“ genannt.

Mit sonstigen Begriffen wird indes keine besondere Beschränkung des Gegenstands verbunden. So werden die Begriffe „partielle Störung“, „Leistungs- teil“, „teilweise Leistung“, „Teil der Leistung“ usw. verwendet, ohne daß damit etwa nur Teilleistungen oder sonstige Fallgruppen gemeint wären. Leider hält die deutsche Sprache neben dem Begriff „Teil“ (einer Leistung) keinen alternativen Begriff bereit; jedenfalls keinen, an dem sich das heutige Sprachempfinden nicht sehr stören würde.¹⁶ Dies ist schon früh bedauert worden.¹⁷ Um Mißverständnissen vorzubeugen, d. h. um die Begriffe von dem Begriff der Teilleistung, den das Gesetz verwendet, abzugrenzen, werden die genannten Begriffe, soweit erforderlich, in Anführungszeichen gesetzt.

¹⁴ z.B. MünchKomm/Krüger, Bd.2a, §266 Rn.4; MünchKomm/Ernst, Bd.2a, §281 Rn.137, 144.

¹⁵ MünchKomm/Ernst, Bd.2a, §281 Rn.123.

¹⁶ v. Savigny, Obligationenrecht, Bd.1, §28 A. (S.295), verwendete den Ausdruck „Stücke“ für die „Natur“, den „Ort“ und die „Zeit“ der Leistung. Der von Bamberger/H. Roth/Grothe, §326 Rn.30, verwendete Begriff der „Teileinheit“ entspricht nicht der Sprache des Gesetzes und führt nicht weiter, solange nicht dargelegt wird, nach welchen Kriterien sich die Einheitlichkeit bemessen soll.

¹⁷ *Himmelschein*, AcP 135 (1932), 255, 292: „Man kann sehr bezweifeln, ob der ... Ausdruck ‚Teil‘ sehr glücklich gewählt ist. ... Ein besserer ist auch bis jetzt nicht erfunden worden.“ *Himmelschein* verwendet den Begriff „Teil“ ähnlich wie *Savigny*, zur Benennung der unterschiedlichen Leistungsmodalitäten (gegenständliches, räumliches und zeitliches Element der Leistung).

§2 Der Begriff „Erfolg“ im Rahmen der Erfüllung

Mit „Erfüllung“ wird einerseits der tatbestandliche Akt, andererseits seine Rechtsfolge bezeichnet.¹ An dieser Stelle geht es allein um den Tatbestand: Nach §362 Abs.1 BGB erlischt das Schuldverhältnis, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird. Die Frage ist, ob näher bestimmt werden kann, was beim Dienstvertrag unter dem „Bewirken der geschuldeten Leistung“ zu verstehen ist. Dabei soll zunächst kurz auf den Begriff des Leistungserfolgs für das „Bewirken“ der Leistung eingegangen werden (unter I.). Erst danach ist dem Problem nachzugehen, welche Rolle der „Erfolg“ inhaltlich für die Bestimmung der geschuldeten Dienste spielt (unter II.).

I. Der nach §362 BGB geschuldete „Leistungserfolg“

Der „Erfolg“ der Leistung von Diensten wird im Rahmen des §362 Abs. 1 BGB relevant, weil allgemein unter dem *Bewirken* der geschuldeten Leistung der Eintritt des Leistungserfolgs im Gegensatz zur Leistungshandlung verstanden wird.² Die Übertragung dieser Definition auf den Dienstvertrag bereitet eine gewisse Mühe, weil der Dienstverpflichtete im Gegensatz zum Werkunternehmer eben nur „Dienste“, also nur ein „Handeln“, eine Tätigkeit, nicht aber einen Erfolg i.S. von etwas „Bewirktem“, also von einem Werk,³ schuldet.

An dieser Stelle handelt es sich allerdings eher um ein terminologisches Problem. Der Begriff des Leistungserfolgs, der im Rahmen der Erfüllung herange-

¹ *Gernhuber*, Erfüllung, §5 I. 1. a).

² BGH (Urt. v. 6. 2. 1954) BGHZ 12, 267 (268); (Urt. v. 25. 3. 1983) 87, 156 (162) BGH (Urt. v. 28. 10. 1998) NJW 1999, 210; *Lehmann*, Unterlassungspflicht, S. 56ff.; *Lesser*, Inhalt der Leistungspflicht, S. 75, 81ff.; *Planck/Siber* §362 Vorbem. III. B. 1., 2. und Anm. 1.a) und 2.a) *Staudinger/Nipperdey/Mohnen/Neumann*, 11. Aufl., (1958), Vor §§611ff. Rn. 141; *Oertmann*, ZHR 93 (1929), 356, 361ff.; *F. Endemann*, Bürgerliches Recht, Bd. 1, §141 4. c) und Fn. 41; *Leonhard*, Allgemeines Schuldrecht, §17, S. 42; *Gernhuber*, Erfüllung, §5 I. 1. b); *Wieacker*, FS Nipperdey II, Bd. 1, S. 783, 790f.; *Wiese*, FS Nipperdey II, Bd. 1, S. 837, 845; *Beuthien*, Zweckerreichung, S. 7; *U. Huber*, FS v. Caemmerer, S. 837, 844; *Larenz*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §18 I; *Staudinger/Olzen* (2000) §362 Rn. 11. Das Verhalten des Schuldners ist jedoch nicht irrelevant: Soweit der Erfolg eintritt, ohne daß dieser auf eine Leistungshandlung zurückgeht, kann nicht von Erfüllung gesprochen werden. So *Gernhuber*, Erfüllung, §5 I. 3. b); ähnlich bereits *Oertmann*, ZHR 93 (1929), 356, 371, 375f.

³ Vgl. unten Erster Teil, §2 II. 1. b) (1), S. 15ff.

zogen wird, ist mit dem Erfolgsbegriff, der nach gängiger Vorstellung den Dienst- vom Werkvertrag scheidet, keineswegs deckungsgleich.⁴ Dies erhellt ohne weiteres aus der Tatsache, daß beide Begriffe unterschiedliche Funktionen erfüllen sollen. Der Erfolgsbegriff, welcher den Dienst- vom Werkvertrag unterscheiden soll, hat in der Hauptsache die Funktion, bei Leistungsstörungen dem jeweiligen Vertrag bestimmte Rechtsnormen, nämlich die des Dienst- oder Werkvertrages, zuzuordnen. Der Erfolgsbegriff bei der Bestimmung der Erfüllung dient hingegen dazu festzulegen, *ob überhaupt eine Leistungsstörung vorliegt*. Hierbei geht es auf der einen Seite darum festzustellen, ob der Gläubiger befriedigt ist. Von daher ist die Begriffswahl „Leistungserfolg“ verständlich, denn die Leistungshandlung allein garantiert die Befriedigung des Gläubigers eben nicht. Auf der anderen Seite dient § 362 Abs. 1 BGB auch dem Schuldner, der von der Leistungspflicht frei wird, sobald die Leistung bewirkt ist.⁵

Verpflichtet sich der Schuldner nun lediglich zur Erbringung einer Tätigkeit, so ist der Gläubiger befriedigt und der Schuldner von seiner Leistungspflicht zu befreien, wenn diese Tätigkeit erbracht wird. Sind damit die Verwirklichung des Gläubigerinteresses und das Schuldnerverhalten identisch, fallen Leistungserfolg und Leistungshandlung also zusammen, ist eine Differenzierung nicht mehr möglich.⁶ Anders gewendet erfassen die Begriffe Leistungserfolg und Leistungsverhalten beim Dienstvertrag ein und dasselbe Phänomen.⁷ Die erbrachte Tätigkeit als „Leistungserfolg“ i.S. des § 362 Abs. 1 BGB zu bezeichnen wäre möglich, würde aber dem allgemeinen Verständnis von „Leistungserfolg“ – verstanden als Gegensatz zum Begriff „Leistungshandlung“ – nicht gerecht. Für die Beschreibung der Erfüllung des Dienstvertrages sind diese Begriffe daher nicht zu verwenden. Die Erfüllung des Dienstvertrages nach § 362 Abs. 1 BGB kann daher nur als die „Leistung der versprochenen Dienste“ definiert werden.

Es bleibt das Randproblem, ob und wie die Erfüllung gem. § 362 Abs. 1 BGB erfolgt, wenn die Leistung von Diensten in einem Unterlassen besteht. Die Frage, ob jemand, der sich zu einem Unterlassen verpflichtet hat, diese Pflicht i.S. des § 362 Abs. 1 BGB erfüllen kann, ist seit langem umstritten.⁸

⁴ Ebenso bereits *Wieacker*, FS Nipperdey II, Bd. 1, S. 783, 788, 812; *Hartung*, Schlechtleistung, S. 28.

⁵ Auf diese beiden Seiten der Erfüllung verweist bereits *Boehmer*, Der Erfüllungswille, S. 24, 36; sich anschließend *Beuthien*, Zweckerreichung, S. 9.

⁶ *Wieacker*, FS Nipperdey II, Bd. 1, S. 783, 794.; *Staudinger/Richardi* (2005) Vor §§ 611 ff. Rn. 41. Und bereits *Lesser*, Inhalt der Leistungspflicht, S. 82f.

⁷ Aus diesem Grund kann für den Dienstvertrag auch nicht zwischen Leistungsort und Erfolgsort differenziert werden. Der Leistungsort i.S. des § 269 Abs. 1 BGB ist stets auch der Erfolgsort.

⁸ Vgl. *Gernhuber*, Erfüllung, § 5 VI. 2.; *Beuthien*, Zweckerreichung, S. 12ff.; *Lehmann*, Unterlassungspflicht, S. 204ff. – alle m.w.Nachw.