

MARTIN ILLMER

Strukturen eines
Dienstleistungsvertrags-
rechts

Jus Privatum

269

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 269



Martin Illmer

Strukturen eines Dienstleistungsvertragsrechts

Mohr Siebeck

Martin Illmer, geboren 1975; 2007–2016 Wissenschaftlicher Referent und Forschungsgruppenleiter am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg; Richter am Landgericht Hamburg.
orcid.org/0000-0002-5852-2210

ISBN 978-3-16-161378-4 / eISBN 978-3-16-161379-1
DOI 10.1628/978-3-16-161379-1

ISSN 0940-9610 / eISSN 2568-8472 (Jus Privatum)

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

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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 die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Textservice Zink in Schwarzach gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit entstand als Habilitationsschrift während meiner Zeit als wissenschaftlicher Referent und Forschungsgruppenleiter am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg. Eingereicht wurde sie im Sommer 2016. Aufgrund meiner Tätigkeit als Richter am Landgericht Hamburg seit 2017 kommt sie erst jetzt zur Veröffentlichung und ist hierfür auf den Stand von Anfang 2022 gebracht worden.

Die Jahre am MPI waren eine sehr inspirierende Zeit, wie wohl jeder, der dort einmal tätig war, bestätigen kann. Rückblickend empfinde ich hierfür eine große Dankbarkeit. Diese Dankbarkeit erstreckt sich auf alle am MPI tätigen Personen, von der Verwaltung über den Empfang, die IT und die Bibliothek bis hin zu den Kollegen und den drei Direktoren. Sie alle machen das Institut zu einem einmaligen Forschungsort.

Der Max-Planck-Gesellschaft gebührt darüber hinaus mein Dank für die großzügige Unterstützung während meiner Zeit als Forschungsgruppenleiter, dem MPI für die Gewährung eines Druckkostenzuschusses und die große Unterstützung der Abteilung Redaktionen, insbesondere Dr. Christian Eckl und Janina Jentz, bei der Drucklegung dieser Arbeit.

Ganz besonderen Dank schulde ich meinem akademischen Lehrer Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Reinhard Zimmermann, der die vorliegende Arbeit über die Jahre und die Geburt dreier Kinder hinweg stets sehr zugewandt begleitet und in jeder erdenklichen Weise gefördert hat.

Danken möchte ich an dieser Stelle auch dem Zweitgutachter Prof. Dr. Matthias Jacobs sowie dem mittlerweile leider verstorbenen Drittgutachter Prof. Dr. Götz Schulze. Der Bucerius Law School gebührt Dank dafür, dass sie das Habilitationsverfahren so zügig durchgeführt hat.

Besonders danken möchte ich schließlich meiner Ehefrau Dr. Ingrid Naumann. Sie hat mich trotz eigener Berufstätigkeit fortwährend liebevoll und mit viel Geduld motiviert und unterstützt. Unvergessen ist insbesondere unsere gemeinsame letzte Durchsicht der Arbeit im Sommer 2016. Ihr und unseren drei Kindern ist diese Arbeit gewidmet.

Hamburg, im Oktober 2022

Martin Illmer

Inhaltsübersicht

| | |
|-----------------------------|------|
| Vorwort..... | V |
| Inhaltsverzeichnis..... | XI |
| Abkürzungsverzeichnis | XXXV |

Einleitung

| | |
|----------------------------------|---|
| A. Nationale Perspektive | 1 |
| B. Europäische Perspektive | 4 |
| C. Stand der Forschung | 7 |
| D. Gang der Untersuchung | 9 |

Erster Teil Grundlagen

| | |
|--|----|
| A. Einleitung | 11 |
| B. Systematik des Rechts der einzelnen Schuldverhältnisse..... | 12 |
| C. Vertragstypologie des Bürgerlichen Gesetzbuchs..... | 30 |

Zweiter Teil

Entstehungsgeschichte des Rechts der Dienstleistungsverträge

Erster Abschnitt – Dienstleistungsverträge im römischen Recht

| | |
|-----------------------------------|-----|
| A. Einleitung | 55 |
| B. Mandatum..... | 56 |
| C. <i>Locatio conductio</i> | 61 |
| D. Zusammenfassung..... | 107 |

Zweiter Abschnitt – Entwicklung des Rechts der
Dienstleistungsverträge bis zum Vorabend des BGB

| | | |
|----|---|-----|
| A. | Einleitung | 111 |
| B. | <i>Mandatum</i> | 111 |
| C. | <i>Locatio conductio</i> | 115 |
| D. | Abgrenzung des Dienstvertrags von dem Werkvertrag | 166 |
| E. | Abgrenzung des Werkvertrags von dem Kaufvertrag | 171 |
| F. | Abgrenzung des Dienstvertrags von dem Auftrag | 172 |
| G. | Arbeitsvertrag als besonderer Dienstvertrag | 184 |
| H. | Zusammenfassung | 211 |

Dritter Teil

Strukturen des Rechts der Dienstleistungsverträge im
Bürgerlichen Gesetzbuch

| | | |
|----|---|-----|
| A. | Einleitung | 219 |
| B. | Status quo und zentrale Strukturfragen am Vorabend der Schaffung des BGB | 219 |
| C. | Auftrag und Geschäftsbesorgung | 221 |
| D. | Dienstvertrag | 264 |
| E. | Werkvertrag | 358 |
| F. | Übrige Dienstleistungsverträge | 450 |
| G. | Zusammenfassung | 452 |
| H. | Entwicklungslinien im Recht der Dienstleistungsverträge | 470 |
| I. | Abschließende Bewertung | 472 |

Vierter Teil

Entwicklung des gesetzlichen Rahmens der
Dienstleistungsverträge seit Erlass des BGB

| | | |
|----|--|-----|
| A. | Einleitung | 475 |
| B. | Allgemeine Entwicklung | 476 |
| C. | Entwicklung des allgemeinen Schuldrechts | 477 |
| D. | Entwicklung des Kaufrechts | 479 |
| E. | Entwicklung des Mietrechts | 479 |
| F. | Entwicklung des Dienstvertragsrechts | 480 |
| G. | Entwicklung des Werkvertragsrechts | 502 |
| H. | Entwicklung von Auftrag und Geschäftsbesorgung | 545 |
| I. | Zusammenfassung | 546 |

Fünfter Teil

Weiterentwicklung des Rechts der Dienstleistungsverträge
de lege lata und de lege ferenda

| | |
|---|-----|
| A. Einleitung | 549 |
| B. Entwicklung zentraler inhaltlicher Regelungsaspekte des Dienstvertrags..... | 550 |
| C. Entwicklung zentraler inhaltlicher Regelungsaspekte des Werkvertrags | 668 |
| D. Entwicklung zentraler inhaltlicher Regelungsaspekte des Auftrags..... | 833 |
| E. Verhältnis des Auftrags zu Dienst- und Werkvertrag | 834 |
| F. Zusammenfassung..... | 842 |

Sechster Teil

Private Rechtsetzung

| | |
|---|-----|
| A. Einleitung | 847 |
| B. Bewältigung der Bandbreite der Dienstleistungsverträge | 847 |
| C. Analyse der privaten Rechtsetzung | 853 |
| D. Zusammenfassung..... | 894 |

Siebter Teil

Grundstrukturen eines Dienstleistungsvertragsrechts
de lege ferenda

| | |
|--|-----|
| A. Einleitung | 901 |
| B. Grundstrukturen eines Dienstleistungsvertragsrechts | 901 |
| C. Skizzierung eines Regelungsmodells | 917 |
| Literaturverzeichnis..... | 919 |
| Sachverzeichnis..... | 939 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|-----------------------------|------|
| Vorwort..... | V |
| Inhaltsübersicht | VII |
| Abkürzungsverzeichnis | XXXV |

Einleitung

| | |
|---|---|
| A. <i>Nationale Perspektive</i> | 1 |
| B. <i>Europäische Perspektive</i> | 4 |
| C. <i>Stand der Forschung</i> | 7 |
| D. <i>Gang der Untersuchung</i> | 9 |

Erster Teil

Grundlagen

| | |
|---|----|
| A. <i>Einleitung</i> | 11 |
| B. <i>Systematik des Rechts der einzelnen Schuldverhältnisse</i> | 12 |
| I. Römisches Recht | 12 |
| II. Naturrecht | 14 |
| III. Pandektisten | 16 |
| IV. Bürgerliches Gesetzbuch | 17 |
| 1. Entwurf der 1. Kommission | 17 |
| 2. Kritik Bährs | 18 |
| 3. Entwurf der 2. Kommission und das BGB | 19 |
| a) Aneinanderreihung statt systematisierende Einteilung | 19 |
| b) (An-)Ordnung der einzelnen Schuldverhältnisse | 20 |
| c) Uneinheitliche Zuordnungskriterien | 21 |
| 4. Systematisierende Einteilung der Rechtswissenschaft | 23 |
| 5. Unterlassen der inhaltlichen Zusammenführung einzelner vertraglicher Schuldverhältnisse | 25 |
| 6. Inhomogene Struktur der vertraglichen Schuldverhältnisse | 26 |
| V. Ergebnis | 28 |

| | | |
|------|---|----|
| C. | <i>Vertragstypologie des Bürgerlichen Gesetzbuchs</i> | 30 |
| I. | Vertragstypen versus Vertragsfreiheit..... | 30 |
| II. | Funktionen einer gesetzlichen Vertragstypenordnung..... | 30 |
| | 1. Römisches Recht..... | 31 |
| | a) Aktionensystem, Klagbarkeit und Vertragstypenordnung..... | 31 |
| | b) Auflockerungen und Durchbrechungen des Aktionensystems..... | 32 |
| | c) Nachklassische Auflösungserscheinungen..... | 35 |
| | d) Zwischenergebnis..... | 36 |
| | 2. <i>Ius civile</i> der Glossatoren und Kommentatoren versus kanonisches Recht..... | 36 |
| | 3. <i>Usus modernus pandectarum</i> | 38 |
| | 4. Naturrechtliche Vertragslehre..... | 39 |
| | 5. Bürgerliches Gesetzbuch..... | 40 |
| | a) Spannungsverhältnis im BGB..... | 40 |
| | b) Ergänzungsfunktion..... | 41 |
| | c) Leitbildfunktion..... | 42 |
| III. | Typenzuordnung im Bürgerlichen Gesetzbuch..... | 43 |
| | 1. Begrifflich-tatbestandliches Verständnis..... | 44 |
| | 2. Typologisch-wertendes Verständnis..... | 45 |
| IV. | Ergebnis..... | 50 |

Zweiter Teil

Entstehungsgeschichte des Rechts der Dienstleistungsverträge

Erster Abschnitt – Dienstleistungsverträge im römischen Recht

| | | |
|-----|---|----|
| A. | <i>Einleitung</i> | 55 |
| B. | <i>Mandatum</i> | 56 |
| I. | Grundzüge der Vertragstypologie..... | 56 |
| | 1. Klassisches Recht..... | 56 |
| | 2. Nachklassisches Recht..... | 57 |
| | 3. <i>Corpus Iuris Civilis</i> | 57 |
| II. | Inhaltliche Ausgestaltung des <i>mandatum</i> | 58 |
| C. | <i>Locatio conductio</i> | 61 |
| I. | Grundzüge der Vertragstypologie..... | 61 |
| | 1. Klassisches Recht..... | 61 |
| | 2. Nachklassisches Recht..... | 62 |
| | 3. <i>Corpus Iuris Civilis</i> | 63 |

| | | |
|------|--|-----|
| II. | Einheit oder Dreiteilung? | 63 |
| III. | Typisierte Grunderscheinungsformen der <i>locatio conductio</i> | 67 |
| | 1. <i>Locatio conductio rei</i> | 68 |
| | 2. <i>Locatio conductio operarum</i> | 68 |
| | a) Vertragliche Grundlage der unselbständigen, abhängigen Verdingung der Arbeitskraft | 68 |
| | b) Abgrenzung zum <i>mandatum</i> | 73 |
| | 3. <i>Locatio conductio operis</i> | 74 |
| | a) Wesensmerkmale | 74 |
| | b) Ursprünge, Anwendungsfälle und inhaltliche Ausgestaltung | 75 |
| | c) Abgrenzung zum <i>mandatum</i> | 77 |
| | d) Abgrenzung zur <i>emptio venditio</i> | 78 |
| | 4. Ergebnis | 79 |
| IV. | Haftung für Schlechtleistung | 80 |
| | 1. Einordnung in das Haftungssystem | 80 |
| | 2. Haftungsmaßstäbe | 80 |
| | a) Zwei Einschränkungen | 81 |
| | b) Haftungsmaßstäbe | 81 |
| | 3. Konstruktionen der Haftung für eine Schlechtleistung im Allgemeinen | 82 |
| | 4. Haftung bei der <i>locatio conductio</i> im Besonderen | 84 |
| | a) (Nach-)Erfüllungsanspruch | 84 |
| | b) Schadensersatz wegen Vertragsverletzung | 85 |
| | c) <i>Imperitia culpa adnumeratur</i> | 86 |
| | d) Haftung für eine Schlechtleistung im Rahmen der <i>bona fides</i> | 87 |
| | e) Besonderheiten bei der <i>locatio conductio rei</i> | 88 |
| | 5. Ergebnis | 89 |
| V. | Gefahrtragung | 89 |
| | 1. Konzept der Gefahrtragung | 89 |
| | 2. Gefahrtragung und Methode der Rechtsfindung im römischen Recht | 90 |
| | 3. Versuch einer Regelbildung | 91 |
| | a) <i>Locatio conductio operis</i> | 92 |
| | aa) Gefahrtragung | 92 |
| | bb) Zeitpunkt des Gefahrübergangs | 98 |
| | b) <i>Locatio conductio operarum</i> | 100 |
| | c) Vergleich der Gefahrtragungsregeln | 101 |
| | 4. Ergebnis | 102 |
| | a) Zuordnung nach Risikosphären | 103 |
| | b) Zuordnung nach Vertragspflichten und darauf bezogenen Risiken | 104 |

| | |
|---|-----|
| VI. Vertragsdauer und einseitige Vertragsbeendigung | 104 |
| 1. Einleitung | 104 |
| 2. Einseitige Vertragsbeendigungsgründe | 105 |
| 3. Ergebnis | 106 |
| D. Zusammenfassung | 107 |
| I. Vertragstypologische Erkenntnisse | 107 |
| II. Inhaltliche Erkenntnisse | 109 |
| 1. Schlechtleistungshaftung | 109 |
| 2. Gefahrtragung | 109 |
| 3. Einseitige Vertragsbeendigungsmöglichkeiten | 110 |

Zweiter Abschnitt – Entwicklung des Rechts der
Dienstleistungsverträge bis zum Vorabend des BGB

| | |
|--|-----|
| A. Einleitung | 111 |
| B. Mandatum | 111 |
| I. Auftrag und Vollmacht | 111 |
| II. Entgeltlichkeit des Mandats | 113 |
| III. Ergebnis | 115 |
| C. <i>Locatio Conductio</i> | 115 |
| I. Vertragstypologie | 115 |
| 1. Vom <i>locare-conducere</i> zur Zuordnung nach dem Vertragsinhalt | 115 |
| 2. Von der Einheit zur Dreiteilung der <i>locatio conductio</i> | 116 |
| a) Von den Glossatoren bis zu den Autoren des Naturrechts | 116 |
| b) Kodifikationen und Kodifikationsentwürfe des späten 18. und frühen 19. Jahrhunderts | 117 |
| c) Pandektisten | 119 |
| d) Kodifikationen und Kodifikationsentwürfe des späten 19. Jahrhunderts | 120 |
| II. Schlechtleistungshaftung | 123 |
| III. Gefahrtragung | 126 |
| 1. Einleitung | 126 |
| 2. Gefahr und Gefahrtragung | 126 |
| 3. Entwicklung im <i>ius commune</i> | 128 |
| a) <i>Locatio conductio operarum</i> | 128 |
| b) <i>Locatio conductio operis</i> | 132 |
| 4. Entwicklung in partikularstaatlichen und berufsständischen Regelungsregimen vom Mittelalter bis in die frühe Neuzeit | 133 |

| | |
|--|-----|
| 5. Entwicklung im 19. Jahrhundert | 134 |
| a) Konkretisierung der Risikoverteilung nach Sphären | 135 |
| aa) Nichtausführbarkeit aufgrund eines eine der Partei treffenden Umstands..... | 135 |
| bb) Sonderfall der vorübergehenden Verhinderung des Dienstverpflichteten | 137 |
| cc) Nichtausführbarkeit aufgrund eines casus..... | 139 |
| (1) Dienstvertrag | 139 |
| (2) Werkvertrag | 144 |
| b) Zeitpunkt des Gefahrübergangs | 147 |
| 6. Ergebnis | 149 |
| 7. Schlussfolgerungen..... | 149 |
| a) Gefahrtragung und Vertragstypologie | 149 |
| aa) Durchführungsrisiko..... | 150 |
| bb) Leistungssubstratisiko | 152 |
| b) Stellung des Werkvertrags zwischen Dienst- und Kaufvertrag..... | 152 |
| IV. Sozial motivierter Schutz des Dienstverpflichteten – insbeson- dere Pflicht zur Krankenfürsorge und zu Schutzmaßnahmen | 153 |
| V. Vertragsdauer und einseitige Vertragsbeendigung | 157 |
| 1. Regelungsschwerpunkt auf abhängigen Dienstverhältnissen..... | 157 |
| 2. Dominanz partikularstaatlicher- und berufsständischer Regelungen..... | 158 |
| 3. Ausgestaltung der partikular- und berufsständischen Regelungen..... | 159 |
| a) Unbefristete und befristete Dienstverhältnisse | 159 |
| b) Automatische Vertragsverlängerung und einseitiges, keinen Grund erforderndes, fristgebundenes Vertragsbeendigungsrecht..... | 160 |
| c) Einseitiges, einen Grund erforderndes, fristloses Vertragsbeendigungsrecht..... | 161 |
| d) Einseitiges, keinen Grund erforderndes, fristloses Kündigungsrecht des Dienstleistungsgläubigers | 163 |
| 4. Kodifikationen und Kodifikationsentwürfe..... | 163 |
| 5. Sondergesetzgebung | 165 |
| 6. Ergebnis | 165 |
| <i>D. Abgrenzung des Dienstvertrags von dem Werkvertrag</i> | 166 |
| I. Einleitung | 166 |
| II. Von der Steuerung der Tätigkeit zu der Dichotomie von Tätigwerden und Erfolg als Abgrenzungskriterium..... | 168 |
| III. Rolle der Gefahrtragung..... | 170 |
| IV. Ergebnis..... | 171 |

| | | |
|------|--|-----|
| E. | <i>Abgrenzung des Werkvertrags von dem Kaufvertrag</i> | 171 |
| F. | <i>Abgrenzung des Dienstvertrags von dem Auftrag</i> | 172 |
| I. | Rechtswissenschaft und Rechtsprechung | 173 |
| II. | Frühe Kodifikationen und Kodifikationsentwürfe | 176 |
| | 1. Hessischer Entwurf..... | 176 |
| | 2. Bayrischer Entwurf..... | 177 |
| | 3. Sächsisches BGB..... | 178 |
| | 4. Dresdener Entwurf..... | 179 |
| | 5. Züricher Gesetzbuch..... | 180 |
| | 6. Schweizerisches Obligationenrecht..... | 181 |
| | 7. Bilanz der gesetzgeberischen Ansätze | 182 |
| III. | Ergebnis..... | 183 |
| G. | <i>Arbeitsvertrag als besonderer Dienstvertrag</i> | 184 |
| I. | Einleitung | 184 |
| II. | Die Entwicklung vom Mittelalter bis in die frühe Neuzeit | 185 |
| | 1. Von personenrechtlicher Herrschaft zu einer vertraglichen Grundlage..... | 185 |
| | 2. Sonderarbeitsrechte durch berufsbezogene Differenzierungen..... | 189 |
| | 3. Erste Ansätze eines sozial motivierten Schutzes | 191 |
| | 4. Ergebnis | 192 |
| III. | Entwicklung vom frühen 19. Jahrhundert bis zum Vorabend des BGB | 193 |
| | 1. Wandel der Rahmenbedingungen abhängiger Arbeit im 19. Jahrhundert und seine Konsequenzen..... | 193 |
| | a) Wandel der rechtlichen Rahmenbedingungen | 193 |
| | b) Wandel der tatsächlichen Rahmenbedingungen | 195 |
| | c) Konsequenzen für die Stellung und den Schutz der Arbeiter..... | 195 |
| | 2. Reaktion der Gesetzgebung: Auf dem Weg zu einem einheitlichen Arbeitsvertrags- und Arbeiterschutzrecht | 196 |
| | a) Preußisches ALR als Relikt der alten Arbeitsordnung..... | 196 |
| | b) Früher Schutz der Beamten und staatlich kontrollierter Wirtschaftszweige | 197 |
| | c) Preußisches Regulativ über die Beschäftigung jugendlicher Arbeiter von 1839..... | 198 |
| | d) Preußische Gewerbeordnung von 1845..... | 199 |
| | e) Gewerbeordnung des Norddeutschen Bundes von 1869..... | 200 |
| | f) Reichsgewerbeordnung von 1871 und die Novelle von 1878 | 201 |
| | g) Novellierte Reichsgewerbeordnung von 1891 (Arbeiterschutzgesetz)..... | 201 |
| | h) Gewerbegerichtsgesetz von 1890..... | 202 |
| | i) Ergebnis..... | 203 |

| | |
|---|------------|
| 3. Rolle der Rechtswissenschaft | 204 |
| a) Romanisten | 204 |
| b) Germanisten | 205 |
| c) Partikularrechtler | 207 |
| d) Anfänge einer arbeitsvertragsrechtlichen Rechtswissenschaft | 208 |
| e) Ergebnis | 209 |
| 4. Rolle anderer Wissenschaften | 209 |
| 5. Weitgehend unveränderte Rahmenbedingungen selbständig Tätiger | 210 |
| <i>H. Zusammenfassung</i> | <i>211</i> |
| <i>I. Mandatum</i> | <i>211</i> |
| <i>II. Locatio conductio</i> | <i>212</i> |
| 1. Binnenstruktur | 212 |
| 2. Entwicklung strukturelevanter inhaltlicher Grundzüge | 213 |
| a) Haftung für Schlechtleistung | 213 |
| b) Gefahrtragung | 214 |
| c) Schutz- und Fürsorgepflichten | 214 |
| d) Vertragsdauer und einseitige Vertragsbeendigungsrechte | 214 |
| <i>III. Herausbildung eines Arbeitsvertragsrechts</i> | <i>216</i> |

Dritter Teil

Strukturen des Rechts der Dienstleistungsverträge im Bürgerlichen Gesetzbuch

| | |
|--|------------|
| <i>A. Einleitung</i> | <i>219</i> |
| <i>B. Status quo und zentrale Strukturfragen am Vorabend der Schaffung des BGB</i> | <i>219</i> |
| <i>C. Auftrag und Geschäftsbesorgung</i> | <i>221</i> |
| <i>I. Einleitung</i> | <i>221</i> |
| <i>II. Fortschrittlich unvollkommener Entwurf der 1. Kommission</i> | <i>222</i> |
| 1. Vertragstypologische Stellung des Auftrags | 222 |
| a) Anerkennung des entgeltlichen Auftrags | 222 |
| b) Vertragstypologische Verhältnis zu dem Dienstvertrag | 223 |
| c) Bewertung des vertragstypologischen Verhältnisses zu dem Dienstvertrag | 225 |
| d) Potenzielle Gründe der vertragstypologischen Dualität | 227 |
| aa) Fehlende Courage | 227 |

| | | |
|------|---|-----|
| bb) | Kontinuität der Rechtsentwicklung..... | 227 |
| cc) | Fehlende Unterschiede im Vertragsinhalt..... | 228 |
| dd) | Dichotomie selbständiger versus unselbständiger Dienstverträge..... | 228 |
| 2. | Inhaltliche Ausgestaltung des entgeltlichen Auftrags..... | 229 |
| a) | Vorgehensweise..... | 229 |
| b) | Schlechtleistungshaftung..... | 230 |
| c) | Gefahrtragung..... | 231 |
| aa) | Überblick..... | 231 |
| bb) | Reichweite und Regelungsgehalt..... | 231 |
| cc) | Lohngefahrtragung bei bereits vor Beginn der Vertragsausführung eingetretener Unmöglichkeit..... | 234 |
| d) | Einseitige Vertragsbeendigungsrechte..... | 235 |
| aa) | Freies Kündigungsrecht..... | 235 |
| bb) | Kündigungsrecht aus wichtigem Grund..... | 235 |
| cc) | Vergütungsfolgen der freien Kündigung..... | 235 |
| dd) | Gleichlauf von Lohngefahrtragung und Vergütungsfolgeregelung..... | 236 |
| e) | Dienstvertragsnahe Regelungen..... | 239 |
| aa) | Unübertragbarkeit..... | 239 |
| bb) | Abweichung von Weisungen..... | 240 |
| cc) | Auswirkungen des Todes bzw. eintretender Geschäftsunfähigkeit einer der Vertragsparteien..... | 241 |
| (1) | Überblick..... | 241 |
| (2) | Tod oder Geschäftsunfähigkeit des Auftraggebers..... | 242 |
| (3) | Tod oder Geschäftsunfähigkeit des Beauftragten..... | 243 |
| (4) | Vergleich mit dem Dienstvertragsrecht..... | 244 |
| dd) | Ergebnis..... | 246 |
| f) | Stellvertretungs- bzw. GoA-relevante Regelungen..... | 246 |
| aa) | Kontext..... | 246 |
| bb) | Relevante Konstellationen..... | 247 |
| cc) | Immanente Bestimmung des sachlichen Anwendungsbereichs..... | 249 |
| 3. | Bewertung..... | 250 |
| III. | Vorkommission des Reichsjustizamtes..... | 252 |
| IV. | Anachronistischer Rückfall der 2. Kommission..... | 253 |
| 1. | Rückkehr zum unentgeltlichen Auftrag..... | 253 |
| 2. | Verschiebungen ins Dienstvertragsrecht..... | 253 |
| 3. | Aushebelung der Unentgeltlichkeit durch § 675 BGB..... | 254 |
| a) | Hintergrund und Einordnung des § 675 BGB..... | 254 |
| b) | Reichweite und Wirkung des § 675 BGB..... | 257 |
| aa) | Ausklammerung der Unübertragbarkeitsregelung..... | 257 |

| | |
|---|------------|
| bb) Ausklammerung des freien Widerrufs- und Kündigungsrechts..... | 259 |
| cc) Schlussfolgerungen | 261 |
| 4. Bewertung | 262 |
| 5. Abweichende Strukturentscheidungen | 263 |
| V. Endfassung im BGB | 264 |
| <i>D. Dienstvertrag.....</i> | <i>264</i> |
| I. Einleitung | 264 |
| 1. Verhältnis des Dienstvertrags zu dem Auftrag | 264 |
| 2. Verhältnis des Dienstvertrags des BGB zu dienstvertragsrechtlichen Spezialregelungen..... | 264 |
| II. Entwurf der 1. Kommission | 267 |
| 1. Arbeitsprogramm der 1. Kommission | 267 |
| 2. Konzept eines allgemeinen Dienstvertragsrechts | 268 |
| a) Zwei Verallgemeinerungsschritte..... | 269 |
| b) Tragweite des zweiten Verallgemeinerungsschritts..... | 269 |
| c) Einheitliches Dienstvertragsrecht neben fortbestehenden Dienste(vertrags)rechten | 271 |
| 3. Inhaltliche Ausgestaltung des allgemeinen Dienstvertragsrechts | 271 |
| a) Umfassender Grundtyp | 271 |
| b) Fehlende Binnendifferenzierung | 272 |
| c) Probleme bei der Schaffung allgemeiner Regelungen | 272 |
| d) Lücken des Entwurfs der 1. Kommission | 274 |
| 4. Verhältnis zu bestehenden Spezialregimen | 275 |
| a) Dresdener Entwurf..... | 276 |
| b) Entwurf der 1. Kommission | 277 |
| c) Bewertung | 278 |
| 5. Schlechtleistungshaftung | 280 |
| a) Einleitung | 280 |
| b) Tatbestand der Schlechtleistung..... | 280 |
| aa) Fehlende gesetzliche Regelung..... | 280 |
| bb) Ursachen für die fehlende gesetzliche Regelung..... | 282 |
| c) Rechtsbehelfe des Dienstberechtigten | 283 |
| aa) (Nach-)Erfüllungsanspruch | 283 |
| bb) Minderung..... | 284 |
| cc) Wandelung bzw. Rücktritt..... | 286 |
| dd) Kündigung | 286 |
| ee) Schadensersatz | 289 |
| d) Ergebnis..... | 291 |
| e) Ursachen für das Fehlen einer dienstvertragspezifischen Schlechtleistungshaftung | 291 |

| | | |
|------|---|-----|
| aa) | Quellenlage im römischen Recht und den pandektistischen Werken..... | 292 |
| bb) | Produkt- versus tätigkeitsbezogene Schlechtleistungshaftung..... | 294 |
| cc) | Ausrichtung am unselbständigen Dienstvertrag | 296 |
| dd) | Konzeption als allgemeines Dienstvertragsrecht..... | 297 |
| ee) | Anderweitige Sicherung der Qualität von Dienstleistungen..... | 298 |
| 6. | Gefahrtragung..... | 298 |
| a) | Einleitung | 298 |
| b) | Dresdener Kommission..... | 298 |
| c) | Entwurf der 1. Kommission | 303 |
| aa) | Ausgangslage | 303 |
| bb) | Divergierende Vorschläge der Kommissionsmitglieder | 305 |
| cc) | Entscheidung der Mehrheit..... | 306 |
| dd) | Unklare Reichweite der Regelung | 307 |
| ee) | Sonderfall der vorübergehenden Verhinderung des Dienstverpflichteten | 309 |
| 7. | Sozial motivierter Schutz des Dienstverpflichteten – insbesondere Pflicht zur Krankenfürsorge und zu Schutzmaßnahmen..... | 310 |
| 8. | Einseitige Vertragsbeendigung | 310 |
| a) | Ordentliche Kündigung: Differenzierung zwischen befristeten und unbefristeten Dienstverträgen | 310 |
| b) | Außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund und freies Kündigungsrecht | 313 |
| III. | Reaktionen auf den Entwurf der 1. Kommission | 315 |
| 1. | Sozial motivierte Kritik an dem Entwurf der 1. Kommission..... | 315 |
| 2. | Reaktivierung der Dichotomie der operae liberales versus illiberales..... | 319 |
| 3. | Ausbleibende generelle Kritik | 320 |
| IV. | Vorkommission des Reichsjustizamtes | 320 |
| 1. | Freies Kündigungsrecht | 320 |
| a) | Einführung eines freien Kündigungsrechts..... | 320 |
| b) | Vergütungsfolgeregelung..... | 324 |
| aa) | Modifizierender Transfer aus dem Auftragsrecht | 324 |
| bb) | Gleichlauf von Lohngefahrtragung und Vergütungsfolgen..... | 324 |
| 2. | Krankenfürsorgepflicht..... | 328 |
| 3. | Pflicht zu Schutzmaßnahmen und Zeugniserteilung..... | 329 |
| V. | Entwurf der 2. Kommission | 329 |
| 1. | Gefahrtragung..... | 330 |
| a) | Rückblick | 330 |

| | |
|--|-----|
| b) Kontroverse in der 2. Kommission..... | 330 |
| c) Ergebnis..... | 332 |
| d) Sonderfall der vorübergehenden Verhinderung des Dienstverpflichteten..... | 333 |
| 2. Freies Kündigungsrecht..... | 334 |
| a) Bestätigung des freien Kündigungsrechts | 334 |
| b) Vergütungsfolgeregelung..... | 336 |
| 3. Differenzierung der Kündigungsfristen..... | 336 |
| 4. Krankenfürsorgepflicht..... | 336 |
| 5. Pflicht zu Schutzmaßnahmen..... | 337 |
| VI. Beratungen des Reichstags..... | 337 |
| 1. Soziale Frage im Gesetzgebungsprozess..... | 338 |
| 2. Versuch der abweichenden Ausrichtung des Dienstvertragsrechts durch die SPD..... | 338 |
| a) Verallgemeinerung von Schutzvorschriften der Reichsgewerbeordnung..... | 340 |
| b) Generelle Anhebung des sozialen Schutzniveaus..... | 341 |
| c) Einbeziehung des Gesindes in das BGB..... | 341 |
| 3. Zurückweisung des Versuchs der SPD durch die Mehrheit der XII. Kommission des Reichstags | 342 |
| 4. Vergleich und Konsequenzen der unterschiedlichen Ausrichtung des Dienstvertragsrechts | 344 |
| 5. Resolution zur Schaffung eines Arbeitsgesetzbuchs | 345 |
| VII. Endfassung im BGB | 346 |
| 1. Generelle Kontinuität | 346 |
| 2. Weitgehende Umsetzung der Kritik | 346 |
| VIII. Zusammenfassung | 348 |
| 1. Konzept des einheitlichen, allgemeinen Dienstvertragsrechts | 348 |
| 2. Ansätze einer Binnendifferenzierung..... | 350 |
| 3. Inhaltliche Grundentscheidungen..... | 353 |
| 4. Historische Verschiebungen im Verhältnis zum Auftragsrecht | 357 |
| <i>E. Werkvertrag</i> | 358 |
| I. Einleitung | 358 |
| 1. Vorgehensweise..... | 358 |
| 2. Ausgangslage | 359 |
| 3. Grundfragen | 360 |
| II. Grundkonzeption des Werkvertragsrechts des BGB..... | 362 |
| 1. Ausrichtung am engen Werkbegriff..... | 362 |
| 2. Beschränkung auf entgeltliche Ausgestaltungen | 365 |
| III. Vertragstypologische Abgrenzungen..... | 365 |
| 1. Abgrenzung des Werkvertrags von dem Dienstvertrag | 365 |
| 2. Abgrenzung des Werkvertrags von dem Kaufvertrag..... | 368 |

| | |
|--|-----|
| a) Grundsatz | 368 |
| b) Konstellation des Werklieferungsvertrags..... | 369 |
| 3. Abgrenzung des Werkvertrags von dem Auftrag | 370 |
| IV. Inhaltliche Ausgestaltung..... | 371 |
| 1. Einleitung..... | 371 |
| 2. Vertragsgegenstand | 373 |
| 3. Schlechtleistungshaftung | 373 |
| 4. Abnahme | 374 |
| 5. Fälligkeit der Vergütung..... | 375 |
| 6. Annahmeverzugs- und Gefahrtragungsregeln | 375 |
| a) Einleitung | 375 |
| b) Annahmeverzug infolge vorübergehend unterlassener notwendiger Mitwirkungshandlungen | 378 |
| aa) Einleitung..... | 378 |
| bb) Vorläuferregelung des Dresdener Entwurfs | 379 |
| cc) Neuausrichtung der Regelung durch die 1. und 2. Kommission | 382 |
| dd) Ergebnis | 386 |
| c) Annahmeverzug infolge unterlassener Abnahme des fertiggestellten Werks..... | 387 |
| d) Wertender Vergleich der Annahmeverzugsregime des Dienst-, Werk- und Kaufvertrags | 389 |
| e) Unmöglichkeit der Herstellung des Werkes infolge unterlassener Mitwirkung | 391 |
| aa) Problemaufriss | 391 |
| bb) Gemeinsame Grundsätze | 392 |
| cc) Endgültiges Unterlassen einer Mitwirkungshandlung bei einem projektbezogenen Werkvertrag..... | 393 |
| (1) Besteller hat Unterlassen der Mitwirkungshandlung zu vertreten | 393 |
| (2) Besteller hat Unterlassen der Mitwirkungshandlung nicht zu vertreten..... | 394 |
| (3) Kritische Bewertung | 398 |
| dd) Unterlassen einer Mitwirkungshandlung bei einem zeitbezogenen Werkvertrag | 399 |
| (1) Besondere Problematik im Fall vorübergehenden Unterlassens | 399 |
| (2) Unmöglichkeit und Leistungsgefahr | 399 |
| (3) Lohngefahr..... | 400 |
| (4) Kritische Bewertung..... | 401 |
| ee) Ergebnis | 401 |

| | |
|---|-----|
| f) Unmöglichkeit infolge von Ursachen aus der Risikosphäre des Unternehmers und infolge keiner Risikosphäre zuzurechnender Ursachen | 402 |
| g) Unmöglichkeit infolge von Ursachen aus der Risikosphäre des Bestellers..... | 404 |
| aa) Dresdener Entwurf | 404 |
| bb) Verschiebung zu Lasten des Werkunternehmers im BGB | 404 |
| cc) Versuche der Rückkehr zu einer Gefahrtragung nach Risikosphären während der Entstehungsphase des BGB..... | 406 |
| dd) Vergütungsfolgen | 412 |
| ee) Verbleibender Anwendungsbereich des § 645 BGB | 414 |
| h) Gefahrtragung bei Versendung des Werkes | 417 |
| i) Einordnung der Gefahrtragungsregeln unabhängig von der Risikosphärensystematik..... | 417 |
| j) Ergebnis..... | 418 |
| aa) Geringer eigenständiger Regelungsgehalt..... | 418 |
| bb) Historische Brüche | 419 |
| (1) Konzeptioneller Bruch..... | 419 |
| (2) Inhaltlicher Bruch..... | 420 |
| k) Bewertung | 422 |
| aa) Verfehltete Ausrichtung an der kaufrechtlichen Lohngefahrtragung | 422 |
| (1) Logik der Ausrichtung am Kaufvertrag | 422 |
| (2) Fehlerhaftigkeit der Ausrichtung am Kaufvertrag..... | 423 |
| (3) Gegenüberstellung von kauf- und werkvertraglicher Gefahrtragung..... | 427 |
| bb) Verfehltetes Argument der Obhut des Werkunternehmers..... | 428 |
| cc) Irrelevanz der Projekt- versus Zeitbezogenheit der Dienstleistung für die Lohngefahrtragung | 429 |
| dd) Ökonomische Überlegungen – Versicherbarkeit der Risiken | 430 |
| (1) Irrelevanz der Zuweisung der Lohngefahr | 430 |
| (2) Bessere Versicherbarkeit als Argument der Zuweisung der Lohngefahr..... | 431 |
| (3) Ergebnis | 432 |
| ee) Abweichender Umfang der Gefahrtragung im Dienst- und Werkvertragsrecht | 432 |
| ff) Gesamtgefüge der Gefahrtragungs- und Annahmeverzugsregelungen..... | 434 |
| 7. Sicherung des Werkunternehmers..... | 436 |
| 8. Einseitige Vertragsbeendigungsrechte | 436 |
| a) Vertragsbeendigungsrechte des Bestellers | 436 |

| | | |
|------|--|-----|
| aa) | Freies Kündigungsrecht..... | 436 |
| bb) | Vergütungsfolgen einer freien Kündigung..... | 439 |
| cc) | Kündigungsrecht bei Überschreitung des Kostenanschlags..... | 439 |
| b) | Vertragsbeendigungsrechte des Unternehmers..... | 444 |
| c) | Beiden Parteien zustehende Vertragsbeendigungsrechte | 446 |
| d) | Ergebnis..... | 446 |
| V. | Zusammenfassung | 447 |
| 1. | Loslösung vom Dienst- und Hinwendung zum Kaufvertrag..... | 447 |
| 2. | Konzeption als projektbezogener Vertrag mit Austauschcharakter..... | 449 |
| 3. | Gesamtschau | 450 |
| F. | Übrige Dienstleistungsverträge | 450 |
| I. | Verwahrungsvertrag..... | 450 |
| II. | Maklervertrag | 452 |
| III. | Handelsrechtliche Erscheinungsformen | 452 |
| G. | Zusammenfassung..... | 452 |
| I. | Von der Dichotomie zur Trichotomie von Dienst- und Werkvertrag..... | 452 |
| II. | Geschäftsbesorgung zwischen Vertragstyp und Strukturelement..... | 454 |
| III. | Brüche und Kontinuitäten im Dienstvertragsrecht..... | 456 |
| IV. | Inhaltliche Unzulänglichkeiten des Dienstvertragsrechts | 458 |
| V. | Dichotomie selbständiger versus unselbständiger Dienstverträge..... | 459 |
| 1. | Anzeichen der Dichotomie | 459 |
| 2. | Verweigerung der Dichotomie..... | 460 |
| 3. | Ursachen der Dichotomie | 461 |
| VI. | Inhaltliche Ausrichtung des Werkvertrags..... | 467 |
| H. | Entwicklungslinien im Recht der Dienstleistungsverträge..... | 470 |
| I. | Abschließende Bewertung | 472 |

Vierter Teil

Entwicklung des gesetzlichen Rahmens der Dienstleistungsverträge seit Erlass des BGB

| | | |
|----|--|-----|
| A. | Einleitung | 475 |
| B. | Allgemeine Entwicklung..... | 476 |
| C. | Entwicklung des allgemeinen Schuldrechts | 477 |
| D. | Entwicklung des Kaufrechts | 479 |

| | | |
|------|--|-----|
| E. | <i>Entwicklung des Mietrechts</i> | 479 |
| F. | <i>Entwicklung des Dienstvertragsrechts</i> | 480 |
| I. | Recht des selbständigen, freien Dienstvertrags..... | 480 |
| | 1. BGB im Allgemeinen | 480 |
| | 2. Behandlungsvertrag im Besonderen..... | 481 |
| | 3. HGB | 482 |
| | 4. Berufsordnungen | 483 |
| | a) Einordnung | 483 |
| | b) Beispiele | 484 |
| | c) (Zivil)vertragsrechtlich relevante Regelungen | 485 |
| II. | Recht des unselbständigen Dienst- bzw. Arbeitsvertrags..... | 486 |
| | 1. BGB | 487 |
| | 2. Sondergesetzgebung | 489 |
| | 3. HGB | 489 |
| | 4. Versuche zur Schaffung eines Arbeitsvertragsgesetzes..... | 491 |
| | a) Einleitung | 491 |
| | b) Entwürfe für ein Arbeitsvertragsrecht – Geschichte eines Scheiterns | 491 |
| | c) Reichweite und Inhalt der Entwürfe..... | 493 |
| | aa) Entwurf des Arbeitsausschusses des Reichsarbeitsministeriums..... | 493 |
| | bb) Der Entwurf der Arbeitsgesetzbuchkommission von 1977 | 494 |
| | cc) Der Entwurf des Arbeitskreises Deutsche Rechtseinheit im Arbeitsrecht..... | 495 |
| | dd) Die Gesetzgebungsentwürfe der Länder Sachsen und Brandenburg..... | 498 |
| | ee) Der Entwurf von Preiss und Henssler aus dem Jahre 2007 | 499 |
| | ff) Gesamtschau der Entwürfe | 500 |
| | 5. Ergebnis | 501 |
| III. | Zusammenfassung..... | 501 |
| G. | <i>Entwicklung des Werkvertragsrechts</i> | 502 |
| I. | Schutz des Vergütungsanspruchs | 503 |
| II. | Modifizierungen der Gewährleistung und Verjährung..... | 504 |
| III. | Änderungen der Systematik des Werklieferungsvertrags..... | 505 |
| | 1. Hintergrund | 505 |
| | 2. Verschiebung zu Lasten des Werkvertragsrechts | 506 |
| | 3. Abgrenzung von Kauf- und Werkvertrag infolge der verschobenen Anwendungsbereiche | 508 |
| | 4. Auswirkungen | 511 |

| | |
|---|-----|
| IV. Kündigungsrecht aus wichtigem Grund | 511 |
| 1. Einordnung und Reichweite des Kündigungsrechts | 512 |
| 2. Unterschiede zum freien Kündigungsrecht | 513 |
| 3. Vergütungsfolgeregelung im Vergleich zum Dienstvertragsrecht..... | 514 |
| V. Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B (VOB/B) | 514 |
| VI. Schaffung spezieller Regelungen für den Bauvertrag und ähnliche Verträge..... | 517 |
| 1. Bauvertrag..... | 519 |
| a) Inhalt der neuen Regelungen..... | 519 |
| b) Ungerechtfertigte Verengung auf den Bauvertrag | 519 |
| c) Gesamtschau komplexer Werkverträge im Zusammenspiel mit der VOB/B | 522 |
| 2. Verbraucherbauvertrag | 523 |
| a) Überblick..... | 523 |
| b) Ziel der Regelungen zum Verbraucherbauvertrag | 525 |
| aa) Allgemeine Erwägungen | 525 |
| bb) Baubeschreibung (§ 650j BGB)..... | 526 |
| cc) Inhalt des Vertrages (§ 650k BGB) | 526 |
| dd) Widerrufsrecht (§ 650l BGB) | 527 |
| ee) Abschlagszahlungen und Absicherung des Vergütungsanspruchs (§ 650m BGB) | 528 |
| ff) Erstellung und Herausgabe von Unterlagen (§ 650n BGB) .. | 528 |
| c) Verengung auf Verbraucherbauverträge i. S. d. § 650i BGB | 529 |
| d) Verengung auf Verbraucherbauverträge generell | 531 |
| aa) Ausgangspunkt..... | 531 |
| bb) Baubeschreibung und Qualifizierung als Vertragsinhalt (§§ 650j und k Abs. 1 und 2 BGB) | 532 |
| cc) Angabe des Fertigstellungszeitpunkts (§ 650k Abs. 3 BGB)..... | 533 |
| dd) Widerrufsrecht (§ 650l BGB) | 534 |
| ee) Abschlagszahlungen und Absicherung des Vergütungsanspruchs (§ 650m BGB) | 537 |
| ff) Erstellung und Herausgabe von Unterlagen (§ 650n BGB)..... | 538 |
| gg) Ergebnis | 539 |
| 3. Architekten- und Ingenieurvertrag..... | 539 |
| 4. Bauträgervertrag..... | 542 |
| 5. Bewertung | 543 |
| VII. Auskoppelung des Reisevertrags..... | 544 |
| H. <i>Entwicklung von Auftrag und Geschäftsbesorgung</i> | 545 |
| I. <i>Zusammenfassung</i> | 546 |

Fünfter Teil

Weiterentwicklung des Rechts der Dienstleistungsverträge
de lege lata und de lege ferenda

| | | |
|-----|---|-----|
| A. | <i>Einleitung</i> | 549 |
| B. | <i>Entwicklung zentraler inhaltlicher Regelungsaspekte des Dienstvertrags</i> | 550 |
| I. | <i>Einleitung</i> | 550 |
| II. | <i>Schlechtleistungshaftung</i> | 550 |
| | 1. <i>Einordnung der Schlechtleistung bis zur Schuldrechtsreform 2001</i> | 551 |
| | a) <i>Nichterfüllung</i> | 551 |
| | aa) <i>Keine Unmöglichkeit aufgrund der Nichterfüllung</i> | 551 |
| | bb) <i>Unmöglichkeit aufgrund der Nichterfüllung</i> | 552 |
| | b) <i>Schlechterfüllung</i> | 552 |
| | c) <i>Nichterfüllung vs. Schlechterfüllung: Mangelfreiheit als Schuldinhalt</i> | 552 |
| | 2. <i>Einordnung der Schlechtleistung nach der Schuldrechtsreform 2001</i> | 556 |
| | 3. <i>Tatbestand der Schlechtleistung</i> | 558 |
| | a) <i>Fehlen eines dienstvertragsspezifischen Mangelbegriffs</i> | 558 |
| | b) <i>Ermittlung einer Schlechtleistung beim Dienstvertrag</i> | 559 |
| | 4. <i>Pflichtverletzung und Vertretenmüssen</i> | 561 |
| | 5. <i>Rechtsbehelfe des Dienstberechtigten</i> | 566 |
| | a) <i>Minderung</i> | 566 |
| | aa) <i>Die Minderung im Fokus der postkodifikatorischen Entwicklung</i> | 566 |
| | bb) <i>Fehlen eines dienstvertragsspezifischen Minderungsrechts</i> | 567 |
| | (1) <i>Allgemeines Leistungsstörungenrecht bis zur Schuldrechtsreform 2001</i> | 567 |
| | (2) <i>Allgemeines Leistungsstörungenrecht nach der Schuldrechtsreform 2001</i> | 572 |
| | (3) <i>Minderung über die Teilvergütungspflicht nach § 628 Abs. 1 S. 2 BGB</i> | 577 |
| | (4) <i>Fazit</i> | 588 |
| | b) <i>Erfüllungs- bzw. Nacherfüllungsanspruch</i> | 589 |
| | aa) <i>Entwicklung bis zur Schuldrechtsreform 2001</i> | 589 |
| | bb) <i>Entwicklung seit der Schuldrechtsreform 2001</i> | 593 |
| | c) <i>Kündigung und Rücktritt</i> | 596 |
| | aa) <i>Kündigung</i> | 596 |

| | |
|--|-----|
| bb) Rücktritt..... | 597 |
| cc) Fazit..... | 602 |
| d) Schadensersatz..... | 602 |
| aa) Einleitung..... | 602 |
| bb) Potenzielle Schadenspositionen..... | 602 |
| cc) Bestehen eines Schadensersatzanspruchs..... | 604 |
| dd) Ersatzfähige Schäden..... | 604 |
| ee) Dichotomie selbständiger gegenüber unselbständigen Dienstverträgen..... | 607 |
| ff) Verhältnis von Minderung und Schadensersatz..... | 608 |
| 6. Ergebnis..... | 612 |
| III. Gefahrtragung..... | 614 |
| 1. Einleitung..... | 614 |
| 2. Lohnverlust durch strikte Anwendung des Dogmas der Alternativität von Annahmeverzug und Unmöglichkeit..... | 615 |
| 3. Lohnerhalt durch Alternativkonstruktionen unter Beibehaltung des Dogmas der Alternativität von Annahmeverzug und Unmöglichkeit..... | 616 |
| 4. Betriebsrisikolehre als Lösung außerhalb des BGB..... | 621 |
| 5. Lohnerhalt unter Aufgabe des Dogmas der Alternativität von Annahmeverzug und Unmöglichkeit..... | 626 |
| a) Gegenleistungs- bzw. Lohngefahr..... | 627 |
| b) Leistungsgefahr..... | 631 |
| c) Umfassender Anwendungsbereich des § 615 BGB..... | 632 |
| aa) Allgemeine Erwägungen..... | 632 |
| bb) Teleologische Reduktionsvorschläge Pickers..... | 635 |
| 6. Ergebnis..... | 638 |
| IV. Vertragsbeendigung..... | 639 |
| 1. Entwicklung des ordentlichen Kündigungsrechts..... | 639 |
| 2. Entwicklung des außerordentlichen Kündigungsrechts..... | 641 |
| a) Allgemeine Entwicklung..... | 641 |
| b) Dichotomie selbständiger versus unselbständiger Dienstverträge..... | 641 |
| c) Ergebnis..... | 647 |
| 3. Überlegungen zum freien Kündigungsrecht <i>de lege ferenda</i> | 648 |
| 4. Personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis versus schuldrechtliche Konstruktion des Arbeitsvertrags..... | 655 |
| a) Einleitung..... | 655 |
| b) Lehre vom personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis..... | 656 |
| c) Entwicklung der Lehre vom Erlass des BGB bis in die 1950er Jahre..... | 657 |
| d) Abkehr vom personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis..... | 659 |
| e) Ergebnis..... | 660 |

| | |
|---|-----|
| 5. Zusammenfassung | 661 |
| a) Inhaltliche Erkenntnisse..... | 661 |
| aa) Schlechtleistungshaftung | 662 |
| bb) Lohngefahrtragung | 664 |
| cc) Vertragsbeendigungsmöglichkeiten..... | 664 |
| b) Vertragstypologische Schlussfolgerungen..... | 665 |
| C. <i>Entwicklung zentraler inhaltlicher Regelungsaspekte</i> <i>des Werkvertrags</i> | 668 |
| I. Einleitung | 668 |
| II. Schlechtleistungshaftung | 668 |
| 1. Einleitung | 668 |
| 2. Tatbestand der Schlechtleistung..... | 670 |
| 3. Rechtsbehelfe im Fall der Schlechtleistung im Allgemeinen..... | 671 |
| 4. Rechtsbehelfe der Nacherfüllung und Selbstvornahme im Besonderen..... | 671 |
| a) Nacherfüllung | 671 |
| b) Selbstvornahme | 676 |
| aa) Recht zur Selbstvornahme | 676 |
| bb) Anspruch auf Kostenvorschuss..... | 678 |
| c) Ergebnis..... | 680 |
| 5. Rechtsbehelfe der Minderung und des Schadensersatzes im Besonderen..... | 681 |
| a) Minderung | 681 |
| b) Schadensersatz..... | 682 |
| 6. Rechtsbehelf des Rücktritts im Besonderen | 683 |
| a) Einleitung | 683 |
| b) Minderungsgleiche Wirkung des Rücktritts | 684 |
| c) Konstellationen einer potenziell eigenständigen Bedeutung des Rücktritts..... | 685 |
| aa) Werklieferungsvertrag..... | 686 |
| bb) Werkvertrag über geistige, in einer Sache verkörperte Werke..... | 686 |
| cc) Werkvertrag über die Herstellung eines körperlichen Werks..... | 700 |
| d) Auswirkungen auf den Schadensersatz statt der ganzen Leistung..... | 707 |
| e) Zusammenfassung | 710 |
| 7. Auswirkungen der geänderten Systematik des Werklieferungsvertrags auf die Schlechtleistungshaftung..... | 712 |
| a) Auswirkungen auf die werkvertragliche Schlechtleistungshaftung | 712 |

| | | |
|------|--|-----|
| b) | Auswirkungen auf die kaufrechtliche Schlechtleistungshaftung | 712 |
| 8. | Ergebnis | 716 |
| III. | Gefahrtragung | 718 |
| 1. | Einleitung | 718 |
| 2. | Entwicklung der verschiedenen Konstellationen | 720 |
| a) | Unmöglichkeit der Herstellung des Werkes infolge unterlassener Mitwirkung | 720 |
| aa) | Endgültiges Unterlassen einer Mitwirkungshandlung bei einem projektbezogenen Werkvertrag | 721 |
| bb) | Unterlassen einer Mitwirkungshandlung bei einem zeitbezogenen Werkvertrag | 725 |
| cc) | Zwischenergebnis | 728 |
| b) | Unmöglichkeit infolge von Ursachen aus der Risikosphäre des Unternehmers und keiner Risikosphäre zuzurechnender Ursachen | 728 |
| aa) | Referenzkonstellation der werkvertraglichen Gefahrtragsregel | 728 |
| bb) | Allgemeine postkodifikatorische Entwicklung | 729 |
| cc) | Postkodifikatorische Entwicklung im Bauvertragsrecht | 737 |
| dd) | Gefahrtragung als Ausdruck der Erfolgsbezogenheit des Werkvertrags | 737 |
| ee) | Zwischenergebnis | 748 |
| c) | Unmöglichkeit infolge von Ursachen aus der Risikosphäre des Bestellers | 749 |
| aa) | Grundsatz | 749 |
| bb) | Ausnahmen | 749 |
| cc) | Entwicklung der Ausweitung des § 645 BGB | 753 |
| dd) | Ergebnis | 759 |
| d) | Abweichender Umfang der Gefahrtragung im Dienst- und Werkvertragsrecht | 762 |
| e) | Geeignetheit der dienstvertraglichen Lohngefahrtragsregel für Werkverträge | 765 |
| 3. | Auswirkungen der geänderten Systematik des Werklieferungsvertrags auf die Gefahrtragung | 774 |
| 4. | Ergebnis | 780 |
| IV. | Vertragsbeendigung | 781 |
| 1. | Einleitung | 781 |
| 2. | Postkodifikatorische Entwicklung | 783 |
| a) | Freies Kündigungsrecht | 783 |
| aa) | Allgemeine Entwicklung | 783 |
| bb) | Auswirkungen der geänderten Systematik des Werklieferungsvertrags auf das freie Kündigungsrecht | 785 |

| | | |
|-----|---|-----|
| b) | Kündigungsrecht aus wichtigem Grund | 786 |
| c) | Vergütungsfolgeregelung | 787 |
| d) | Ergebnis | 788 |
| 3. | Überlegungen zu einem freien Kündigungsrecht des Werkunternehmers <i>de lege ferenda</i> | 788 |
| 4. | Überlegungen zu den Vergütungsfolgen <i>de lege ferenda</i> | 789 |
| a) | Hintergrund | 789 |
| b) | Notwendigkeit einer vertragstypübergreifenden Analyse | 789 |
| c) | Parameter der Analyse | 791 |
| d) | Vertragsbeendigung des Dienstleistungsgläubigers | 792 |
| aa) | Vorrede | 792 |
| bb) | Wechselwirkung von Vergütungsfolgeregelung und freier Kündigung | 792 |
| cc) | Vergleich der zwei Regelungsmodelle | 797 |
| (1) | Anlasslose Vertragsbeendigung | 797 |
| (2) | Durch vertragswidriges Verhalten veranlasste Vertragsbeendigung | 800 |
| (3) | Zwischenergebnis | 804 |
| dd) | Alternative Regelungsmodelle | 804 |
| ee) | Verbleibende praktische Schwierigkeiten | 806 |
| ff) | Résumé des Vergleichs der Regelungsmodelle | 809 |
| e) | Vertragsbeendigung des Dienstleistungsschuldners | 811 |
| aa) | Vorrede | 811 |
| bb) | Vergleich der zwei Regelungsmodelle | 812 |
| (1) | Durch vertragswidriges Verhalten veranlasste Vertragsbeendigung | 812 |
| (2) | Anlasslose Kündigung | 813 |
| (3) | Zwischenergebnis | 816 |
| cc) | Weitergehender Schadensersatzanspruch im Falle einer anlasslosen Kündigung | 816 |
| (1) | Ratio legis eines weitergehenden Schadensersatzanspruchs | 816 |
| (2) | Umfang des weitergehenden Schadensersatzanspruchs | 820 |
| dd) | Résumé des Vergleichs der Regelungsmodelle | 821 |
| ee) | Auswirkungen auf das Kündigungsrecht nach § 643 BGB | 822 |
| f) | Strukturen eines einheitlichen Vergütungsfolgeregimes <i>de lege ferenda</i> | 824 |
| aa) | Systematik und einzelne Regelungen | 824 |
| bb) | Vertragstypübergreifender Geltungsanspruch | 825 |
| cc) | Neuordnung und Fortentwicklung der geltenden Vergütungsfolgeregelungen | 826 |

| | |
|--|-----|
| 5. Ergebnis | 827 |
| V. Zusammenfassung | 827 |
| 1. Schlechtleistungshaftung | 828 |
| 2. Gefahrtragung | 830 |
| 3. Vertragsbeendigung | 832 |
| D. <i>Entwicklung zentraler inhaltlicher Regelungsaspekte des Auftrags</i> | 833 |
| E. <i>Verhältnis des Auftrags zu Dienst- und Werkvertrag</i> | 834 |
| I. Schlussfolgerungen aus Entstehungsgeschichte und Systematik | 834 |
| II. Begriff der Geschäftsbesorgung | 836 |
| 1. Einheits- versus Trennungstheorie | 836 |
| 2. Stellungnahme | 840 |
| III. Schicksal des § 664 BGB | 840 |
| IV. Schicksal des § 665 BGB | 840 |
| V. Ergebnis | 841 |
| F. <i>Zusammenfassung</i> | 842 |
| I. Allgemeine Erkenntnisse | 842 |
| II. Dienstvertrag | 842 |
| III. Werkvertrag | 844 |
| IV. Auftrag | 845 |

Sechster Teil

Private Rechtsetzung

| | |
|--|-----|
| A. <i>Einleitung</i> | 847 |
| B. <i>Bewältigung der Bandbreite der Dienstleistungsverträge</i> | 847 |
| I. Problemstellung | 847 |
| II. Überblick über die ausgewertete private Rechtsetzung | 848 |
| III. Besonderheiten der Muster-AGB des BITKOM | 849 |
| IV. Besonderheiten der AGB für Verträge mit öffentlichen Auftraggebern | 850 |
| C. <i>Analyse der privaten Rechtsetzung</i> | 853 |
| I. Vertragstypologische Einordnung als Dienst- oder Werkvertrag | 853 |
| II. Schlechtleistungshaftung | 855 |
| 1. Werkverträge betreffende AGB | 855 |
| 2. Dienstverträge betreffende AGB | 858 |
| 3. Dienst- und Werkverträge betreffende AGB | 860 |

| | |
|---|-----|
| 4. Ergebnis | 862 |
| III. Lohngefährtragung und unterlassene Mitwirkungshandlungen..... | 863 |
| 1. Lohngefährtragung | 863 |
| 2. Unterlassene Mitwirkungshandlungen | 865 |
| IV. Außerordentliche Vertragsbeendigungsmöglichkeiten | 867 |
| V. Vertragsänderungen | 869 |
| 1. Einleitung | 869 |
| 2. Hintergrund | 869 |
| 3. Überblick..... | 871 |
| 4. Inhaltliche Ausgestaltung – allgemeine Zumutbarkeitsschwelle | 872 |
| 5. Inhaltliche Ausgestaltung – Änderungsverfahren und Änderungsbefugnis | 872 |
| a) VOL/B | 872 |
| b) VOB/B..... | 874 |
| c) BGB (reformiertes Bauvertragsrecht) | 879 |
| d) EVB-IT Erstellungs-AGB und EVB-IT Service-AGB | 881 |
| e) EVB-IT Dienstleistung | 881 |
| f) BITKOM AGB für Werkverträge | 882 |
| 6. Differenzierung nach dem Bezugsobjekt der Vertragsänderung..... | 883 |
| 7. Ergebnis | 884 |
| a) Vertragstypologische Erkenntnisse | 884 |
| b) Inhaltliche Erkenntnisse..... | 885 |
| 8. Eigener Lösungsvorschlag | 886 |
| a) Generelle Zumutbarkeitsschwelle | 886 |
| b) Zweistufiges Regelungsmodell hinsichtlich Änderungsverfahren und Anordnungsbefugnis | 886 |
| aa) Erste Stufe: Einigung über die Vertragsänderung | 887 |
| bb) Zweite Stufe: Einseitiges Anordnungsrecht | 890 |
| c) Zusammenfassung | 893 |
| d) Verbleibende Fragen..... | 893 |
| D. Zusammenfassung | 894 |
| I. Vertragstypologische Erkenntnisse | 895 |
| II. Inhaltliche Erkenntnisse..... | 897 |

Siebter Teil

Grundstrukturen eines Dienstleistungsvertragsrechts
de lege ferenda

| | |
|--|-----|
| A. Einleitung | 901 |
| B. Grundstrukturen eines Dienstleistungsvertragsrechts | 901 |
| I. Allgemeines..... | 901 |
| II. Dichotomie der Hauptleistungspflichten | 902 |
| III. Lösung zentraler inhaltlicher Grundentscheidungen..... | 903 |
| 1. Schlechtleistungshaftung | 904 |
| a) Bewertung <i>de lege lata</i> | 904 |
| aa) Dienstvertrag..... | 904 |
| bb) Werkvertrag | 905 |
| b) Neuordnung <i>de lege ferenda</i> | 906 |
| 2. Lohnfahrtragung | 907 |
| a) Bewertung <i>de lege lata</i> | 907 |
| aa) Dienstvertrag..... | 907 |
| bb) Werkvertrag | 907 |
| b) Neuordnung <i>de lege ferenda</i> | 908 |
| 3. Außerordentliche Vertragsbeendigung..... | 910 |
| a) Bewertung <i>de lege lata</i> | 910 |
| b) Neuordnung <i>de lege ferenda</i> | 911 |
| 4. Nachträgliche Vertragsänderungen | 912 |
| 5. Ergänzende Sonderregelungen für Verbraucherdienstleistungsverträge | 912 |
| IV. Ausgliederung des Arbeitsvertrags..... | 913 |
| V. Übrige Regelungsaspekte des Dienst- und Werkvertragsrechts | 914 |
| VI. Schicksal des Auftragsrechts..... | 916 |
| C. Skizzierung eines Regelungsmodells | 917 |
| Literaturverzeichnis..... | 919 |
| Sachverzeichnis..... | 939 |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|--------------------|--|
| a. A. | andere Ansicht |
| a. a. O. | am angegebenen Ort |
| AAVV | Autori Vari |
| ABGB | Österreichisches Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (sofern nicht anders angegeben, in seiner aktuell gültigen Fassung) |
| ABGB 1811 | Österreichisches Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung von 1811 (Inkrafttreten 1812) |
| ABl. | Amtsblatt |
| Abs. | Absatz |
| AcP | Archiv für die civilistische Praxis |
| ADHGB | Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch von 1861 |
| AGB | Allgemeine Geschäftsbedingungen |
| AGS | Anwaltsgebühren Spezial |
| Alf | Alfenus |
| ALR | Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794 |
| amtl. | amtlich(er) |
| Anm. | Anmerkung |
| AP | Arbeitsrechtliche Praxis (Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts (Loseblatt, hrsg. von Hueck / Nipperdey / Dietz) |
| ArbVG 92 | Entwurf für ein Arbeitsvertragsgesetz von 1992 |
| ArbVG 2007 | Diskussionsentwurf für ein Arbeitsvertragsgesetz (Stand November 2007) |
| Art. | Artikel |
| AV BITKOM | Allgemeine Vertragsbedingungen des BITKOM |
| AVE 1977 | Entwurf eines Arbeitsgesetzbuchs – Allgemeines Arbeitsvertragsrecht – von 1977 |
| Az. | Aktenzeichen |
| BAG | Bundesarbeitsgericht |
| BAGE | Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts |
| BAG AP | Bundesarbeitsgericht |
| BauR | Baurecht (Zeitschrift) |
| Bayrischer Entwurf | Bayrischer Entwurf von 1861 |
| Bd. / Bde | Band, Bände |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch (sofern nicht anders angegeben, in seiner aktuell gültigen Fassung) |
| BGB 1900 | Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung vom 1.1.1900 |
| BGBI. | Bundesgesetzblatt |
| BGH | Bundesgerichtshof |

| | |
|---------------------------|---|
| BGHZ | Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen |
| BIDR | Bullettino dell'istituto di diritto romano |
| BITKOM | Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V |
| BT | Besonderer Teil |
| BT-Drucks. | Bundestagsdrucksache |
| BVB | Besonderen Vertragsbedingungen für die Beschaffung von DV-Anlagen und Geräten |
| BW | Burgerlijk Wetboek |
| bzw. | beziehungsweise |
| Cels | Celsus |
| c.i.c. | culpa in contrahendo |
| CR | Computer und Recht |
| D. | Digesten |
| DCFR | Draft Common Frame of Reference |
| DDR | Deutsche Demokratische Republik |
| d.h. | das heißt |
| DJT | Deutscher Juristentag |
| Dresdener Entwurf | Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse (Dresdener Entwurf) von 1866 |
| EG | Europäische Gemeinschaft(en) |
| EGBGB | Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche |
| E I | Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Erste Lesung. (1. Entwurf) |
| E I-RJA | Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Erste Lesung. (1. Entwurf) in der Fassung der Vorkommission des Reichsjustizamtes |
| E II | Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Zweite Lesung. (2. Entwurf) |
| EVB-IT | Ergänzenden Vertragsbedingungen für die Beschaffung von Informationstechnik |
| EVB-IT Erstellungs-AGB | Ergänzende Vertragsbedingungen für die Erstellung bzw. Anpassung von Software |
| EVT-IT Dienstleistung | Ergänzende Vertragsbedingungen für die Beschaffung von IT-Dienstleistungen |
| EVT-IT Service-AGB | Ergänzende Vertragsbedingungen für IT-Service |
| f., ff. | folgend(e) |
| Fn. | Fußnote |
| FS | Festschrift |
| G | Gesetz |
| Gai | Gaius |
| GewO | Gewerbeordnung |
| GG | Grundgesetz |
| ggf. | gegebenenfalls |

| | |
|--------------------|--|
| GI | Gerling Informationen für wirtschaftsprüfende, rechts- und steuerberatende Berufe |
| GoA | Geschäftsführung ohne Auftrag |
| GS | Großer Senat |
| Hb | Halbband |
| Hessischer Entwurf | Hessischer Entwurf von 1853 |
| Hg. | Herausgeber(in) |
| HGB | Handelsgesetzbuch (sofern nicht anders angegeben, in seiner aktuell gültigen Fassung) |
| HGB 1900 | Handelsgesetzbuch in der Fassung vom 1.1.1900 |
| HKK | Historisch-kritischer Kommentar zum BGB |
| HK/KSchG | Heidelberger Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz |
| HS | Halbsatz |
| HWBEuP | Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts |
| Iav | Iavolenus |
| IHK | Industrie- und Handelskammer |
| insbes. | insbesondere |
| Inst. | Institutiones Iustiniani |
| i. R. d. | im Rahmen des / der |
| i. S. d. | im Sinne des / der |
| i. V. m. | in Verbindung mit |
| IVRA | Rivista internazionale di diritto romano e antico |
| JA | Juristische Ausbildung |
| JheringsJb | Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts |
| JR | Juristische Rundschau |
| jurisPK | juris PraxisKommentar BGB |
| JuS | Juristische Schulung |
| JW | Juristische Wochenschrift |
| JZ | Juristenzeitung |
| Kap. | Kapitel |
| KG | Kammergericht |
| KR | KR Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften |
| Lab | Labeo |
| LAG | Landesarbeitsgericht |
| LAG Report | Schnelldienst zur Rechtsprechung der Landesarbeitsgerichte |
| LG | Landgericht |
| lit. | Buchstabe |
| MDR | Monatsschrift für deutsches Recht |
| MMR | MultiMedia und Recht |
| Mot | Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch |
| MüKoBGB | Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch |

| | |
|---------------------|---|
| MüKoHGB m. w. N. | Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch mit weiteren Nachweisen |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift |
| NJW-RR | NJW- Rechtsprechungs-Report Zivilrecht |
| Nr. | Nummer(n) |
| NZA | Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht |
| NZBau | Neue Zeitschrift für Baurecht |
| Nzfa | Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht |
| OLG | Oberlandesgericht |
| OLGR | OLG-Report |
| OR 1881 | Obligationenrecht in der Fassung von 1881 |
| OR 1911 | Obligationenrecht in der Fassung von 1911 |
| Pap | Papinian |
| PartGG | Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger Freier Berufe |
| Pomp | Pomponius |
| Prot | Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs |
| pVV | positive Vertragsverletzung |
| RAG | Reichsarbeitsgericht |
| RAG ARS | Arbeitsrechtssammlung |
| RArbBl | Reichsarbeitsblatt |
| RdA | Recht der Arbeit |
| RegE | Regierungsentwurf |
| RG | Reichsgericht |
| RGRK | Reichsgerichtsräte-Kommentar BGB / Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsge- richts und des Bundesgerichtshofes |
| RGZ | Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen |
| RISG NS | Rivista Italiana per le Science Giuridiche, Nuova Serie |
| Rn. | Randnummer |
| S. | Satz (bezogen auf eine Norm) bzw. Seite (bezogen auf eine Fundstelle in Literatur und Rechtsprechung) |
| sog. | sogenannte(r) |
| Sp | Spalte |
| SPD | Sozialdemokratische Partei Deutschlands (ab 1890 unter diesem Namen, zuvor seit 1875 Sozialistische Arbeiterpartei Deutschlands) |
| TranspR | Transportrecht |
| Ulp | Ulpian |
| v. | von, vom |
| VersR | Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht |
| vgl. | vergleiche |

| | |
|---------------------|--|
| VOB | Vergabe- und Verdingungsordnung für Bauleistungen |
| VOB/A | Vergabe- und Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil A Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen |
| VOB/B | Vergabe- und Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil B Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen |
| VOL | Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen |
| VOL/A | Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen Teil A Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Leistungen |
| VOL/B | Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen Teil B Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Leistungen |
| Vorbem. | Vorbemerkung |
| WM | Wertpapier-Mitteilungen Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht |
| z. B. | zum Beispiel |
| Zentrum | Deutsche Zentrumspartei |
| ZfA | Zeitschrift für Arbeitsrecht |
| ZfBR | Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht |
| ZfIR | Zeitschrift für Immobilienrecht |
| ZHR | Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (ZHR) |
| ZIP | Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) vormals: Insolvenzrecht – Zeitschrift für die gesamte Insolvenzpraxis |
| ZNR | Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte |
| ZPO | Zivilprozessordnung |
| ZSR | Zeitschrift für Schweizerisches Recht |
| ZSS GA | Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung |
| ZSS RA | Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung |
| Züricher Gesetzbuch | Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich |

Einleitung

Der vorliegenden Arbeit liegen eine nationale und eine europäische Perspektive bzw. Stoßrichtung zugrunde.

A. Nationale Perspektive

Strukturen eines Dienstleistungsvertragsrechts – das deutsche Recht kennt weder einen Dienstleistungsvertrag als eigenständigen Vertragstyp noch ein als solches wahrgenommenes und derart bezeichnetes Dienstleistungsvertragsrecht auf der Grundlage bestehender Vertragstypen des BGB. Vielmehr werden Dienstleistungen in einem vom Forschungsansatz her weit verstandenen Sinn des Tätigwerdens für eine andere Person von einer Reihe von Vertragstypen des deutschen Rechts erfasst. Als Grundtypen lassen sich der Dienstvertrag einschließlich des Arbeitsvertrags (§§ 612 ff. BGB) und der Werkvertrag (§§ 631 ff. BGB) einerseits und die einem anderen Regelungszugriff folgenden Vertragstypen des Auftrags (§§ 662 ff. BGB) und der Geschäftsbesorgung (§§ 675 ff. BGB) andererseits ansehen. Zu diesen Grundtypen kommen mit dem Reise- (§§ 651a ff. BGB), dem Makler- (§§ 652 ff. BGB) und den Zahlungsdiensteverträgen (§§ 675c ff. BGB) noch Untertypen im BGB und etwa mit der Kommission (§§ 383 ff. HGB) und dem Verlagsvertrag (Verlagsgesetz) Untertypen außerhalb des BGB hinzu.

Auf einer den einzelnen Vertragstypen übergeordneten Abstraktionsebene lassen sich diese Dienstleistungsverträge anhand der Art der nicht in Geld bestehenden vertragscharakteristischen Hauptleistung im Gesamtgefüge des besonderen Schuldvertragsrechts des BGB den Verträgen zur Überlassung auf Dauer bzw. Veräußerungsverträgen (Kauf, Tausch, Schenkung) und den Verträgen zur Nutzung auf Zeit bzw. Gebrauchsüberlassung (Miete, Pacht, Leihe, Darlehen) gegenüberstellen.¹ Ihren strukturell erheblichen Abwei-

¹ Siehe zu einer solchen Einteilung etwa auch *Larenz*, Schuldrecht II/1; *Looschelders*, Schuldrecht Besonderer Teil¹⁶ (Veräußerungs- und Kreditverträge, Überlassungsverträge, Tätigkeitsbezogene Schuldverhältnisse); *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse⁴; *HKK/Hofer*, Vor § 433, Die Systematik des Besonderen Schuldrechts, Rn. 3; ähnlich *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht II¹⁸ (Verträge zu dauernder Überlassung, Verträge zur Überlassung auf Zeit, Verträge zu Dienst- und Werkleistungen); *Esser/Weyers*, Schuldrecht, Bd. II/1⁸ (Veräußerungsverträge, Überlassungsverträge, Dienst- und Werkleistungs-

chungen entsprechend wird die Verwahrung bisweilen den Dienstleistungsverträgen zugerechnet, bisweilen aber auch als eigene Kategorie angesehen.² Ein – wenn auch lockeres und weit raumgreifendes – Band der unter die Dienstleistungsverträge gefassten Vertragstypen besteht damit in der Negativabgrenzung gegenüber den anderen Austauschvertragstypen des BGB anhand der geschuldeten Leistung – Dienstleistung versus Veräußerung bzw. Gebrauchüberlassung.

Ein zentraler vertragstypologisch-struktureller Unterschied der Dienstleistungsverträge gegenüber den Veräußerungs- und Gebrauchüberlassungsverträgen besteht darin, dass bei Letzteren die Differenzierung auf der übergeordneten Abstraktionsebene mehr oder weniger parallel zu der untergeordneten Abstraktionsebene der Vertragstypen verläuft, d.h., eine Kategorie auf der übergeordneten entspricht im Wesentlichen einem Vertragstyp auf der untergeordneten Abstraktionsebene. Die entgeltlichen Veräußerungsverträge konstituieren sich um den Kauf und die entgeltlichen Gebrauchüberlassungsverträge um die Miete. So wird für den Tausch in § 480 BGB vollumfänglich auf die kaufrechtlichen Regelungen und für die Pacht in § 581 Abs. 2 BGB abgesehen einigen Sondervorschriften auf die mietrechtlichen Regelungen verwiesen (ganz ausgenommen von der Verweisung ist lediglich der Sonderfall der Landpacht). Ergänzt werden beide Vertragstypen um eine unentgeltliche Variante in Form der Schenkung (Veräußerung) und der Leihe (Gebrauchüberlassung). Demgegenüber sind die Dienstleistungsverträge des BGB auf der untergeordneten Abstraktionsebene nach der bestehenden gesetzlichen Struktur in zwei Grundvertragstypen, den Dienst- und den Werkvertrag, mit dem Geschäftsbesorgungsvertrag eventuell gar in drei Grundvertragstypen aufgespalten oder zumindest um eine, besondere Dienst- und Werkverträge mit Geschäftsbesorgungscharakter erfassende Variante ergänzt. Alle zwei bzw. drei Vertragstypen werden in unentgeltlicher Ausgestaltung vom Auftrag erfasst, der zudem per Verweisung das Fundament des (entgeltlichen) Geschäftsbesorgungsvertrages darstellt. Die Verwahrung als weiterer, dabei jedoch strukturell erheblich abweichender Vertragstyp der Dienstleistungsverträge erfasst hingegen selbst die entgeltliche wie unentgeltliche Ausgestaltung.

Auch inhaltlich treten gravierende Unterschiede zutage, die hier einleitend nur angerissen werden sollen. So weichen Regelungszugriff und Regelungsdichte der einzelnen Vertragstypen der Dienstleistungsverträge erheblich voneinander ab – vom Recht des freien Dienstvertrages als bloßem Torso an Regelungen über die ebenfalls nur rudimentäre Regelung des Arbeitsvertrages als dem abhängigen Dienstvertrag bis zum deutlich ausführlicher geregelt-

verträge); daneben treten meist noch Verträge über ein Zusammenwirken, Verträge über ein Risiko und Verträge zur Feststellung, Sicherung oder Mobilisierung von Forderungen.

² Etwa *Esser/Weyers*, Schuldrecht, Bd. II/1⁸, § 38 und 39 (Verwahrung und Sacheinbringung bei Gastwirten als „Aufnahmeverträge“).

ten Werkvertrag. Auch die inhaltliche Ausrichtung divergiert. So ist allein der Werkvertrag, insbesondere im Hinblick auf das mit dem allgemeinen Schuldrecht verzahnte Leistungsstörungenrecht, an den Kauf angelehnt. Die dem Auftragsrecht per Verweisung praktische Relevanz verleihende (entgeltliche) Geschäftsbesorgung kann ihre Ausprägung sowohl in einem Dienst- als auch in einem Werkvertrag oder losgelöst davon erfahren. Infolgedessen divergiert auch die inhaltliche Ausgestaltung des Dienst- und Werkvertragsrechts je nach Vorliegen einer Geschäftsbesorgung, deren Regelungen (bzw. per Verweisung die des Auftragsrechts) dann jene des Dienst- und Werkvertragsrechts ergänzen und modifizieren.

Während die Veräußerungs- und Gebrauchsüberlassungsverträge damit systematisch wie inhaltlich überwiegend stringent gestaltet sind, bilden die Vertragstypen der Dienstleistungsverträge ein unübersichtliches und keinem übergreifenden gesetzlichen Leitkonzept folgendes Konglomerat. Sie erscheinen als unstrukturierte und inhaltlich wenig aufbereitete Restmasse dessen, was nicht Veräußerung oder Gebrauchsüberlassung ist.

Angesichts dessen drängen sich zahlreiche, miteinander zusammenhängende Fragen hinsichtlich der Systematik und der inhaltlichen Grundentscheidungen des Rechts der Dienstleistungsverträge, also im Hinblick auf die Strukturen eines Dienstleistungsvertragsrechts auf.

Die Systematik betreffen insbesondere folgende Fragen: Worin liegen der Grund bzw. die Rechtfertigung für die Existenz verschiedener Vertragstypen? Welcher *ratio legis* folgt die Einteilung der Vertragstypen? Warum erfolgt kein einheitlicher Regelungszugriff, sondern werden der Dienst- und Werkvertrag abstrakt nach der Art der geschuldeten Dienstleistung, der Auftrag nach der Entgeltlichkeit und die Geschäftsbesorgung nach dem konkreten, jedoch konturenlosen Konzept ihrer selbst, der Geschäftsbesorgung, die weder im Gesetz noch *a priori* vorgegeben ist, zugeordnet? Wie verhalten sich die nach verschiedenen Regelungszugriffen eingeteilten Vertragstypen zueinander? Welchen Platz nimmt der Arbeitsvertrag in der Struktur der Dienstleistungsverträge und in einem zu entwickelnden Dienstleistungsvertragsrecht ein?

Hinsichtlich des Inhalts stellen sich ähnlich grundsätzliche und drängende Fragen: Warum sind bestimmte Regelungen nur im Rahmen des einen, nicht aber der anderen Vertragstypen getroffen bzw. warum sind bestimmte Regulationsfragen überhaupt nur im Rahmen des einen, nicht aber der anderen Vertragstypen angesprochen? Warum sind bestimmte Grundfragen für die verschiedenen Vertragstypen abweichend geregelt bzw. bilden diese Abweichungen übereinstimmend die Kriterien zur Einteilung der Vertragstypen ab? In welcher Hinsicht sind die Regelungsregime inhaltlich lückenhaft und wie ist mit solchen Lücken umzugehen? Warum weisen die verschiedenen Regelungstypen eine abweichende Regelungsdichte und -tiefe auf?

Da der Gesetzgeber die systematischen und inhaltlichen Grundentscheidungen des Rechts der Dienstleistungsverträge seit dem Erlass des Bürgerli-

chen Gesetzbuchs im Wesentlichen unangetastet gelassen hat, sind Rechtsprechung und Vertragspraxis seitdem gezwungen, zumindest die inhaltlichen Fragen zur Lösung individueller Einzelfälle bzw. Fallgruppen verkehrstypischer Verträge im Wege der Rechtsfortbildung zu beantworten. Dies äußert sich nicht zuletzt in richterrechtlicher Rechtsfortbildung und privater Rechtsetzung, welche die teilweise gravierenden inhaltlichen Unzulänglichkeiten und Lücken zu schließen versuchen. Auf die Systemfragen trifft dies weniger zu. Rechtsprechung und Vertragspraxis setzen und setzen sich eher über diese hinweg, als sie zu beantworten. Ihr Zugriff auf das Recht der Dienstleistungsverträge erfolgt eher kasuistisch über die Lösung inhaltlicher Probleme konkreter Konstellationen als über die Auseinandersetzung mit den abstrakten Regelungstypen und der ihnen zugrundeliegenden Systematik.

Für die Rechtswissenschaft stellten und stellen sich demgegenüber auch und gerade die Systemfragen, die im Rahmen einer umfassenden Strukturanalyse und -neuordnung ebenso zu bewerten sind wie die inhaltlichen Grundentscheidungen des historischen BGB-Gesetzgebers und deren Akzeptanz bzw. Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung und Vertragspraxis. Das Ergebnis dieser Strukturanalyse *de lege lata* und Strukturuordnung *de lege ferenda* kann für den bisher untätig gebliebenen Gesetzgeber eine Richtschnur sein, ob und wie die unangetasteten Strukturen des Rechts der Dienstleistungsverträge nach über 100 Jahren von Grund auf zu überdenken und Geburtsfehler wie spätere Unzulänglichkeiten zu korrigieren sind.

Es geht somit *de lege lata* wie *de lege ferenda* um die systematischen und inhaltlichen Strukturen des Rechts der Dienstleistungsverträge unter dem Blickwinkel der Schaffung eines mehr oder weniger einheitlichen Vertragstyps des Dienstleistungsvertrags. Dieser würde sich als eine dritte, in sich homogene und systematisch stringente Säule neben den Veräußerungs- und Überlassungsverträgen in das besondere Schuldrecht einfügen.

B. Europäische Perspektive

Dienstleistungen sind neben dem Austausch von Waren nicht erst im postindustriellen Zeitalter, sondern seit jeher ein zentraler Wirtschaftsfaktor, heute nicht nur für die nationalen Märkte, sondern auch für den europäischen Binnenmarkt. Bereits die Gründungsmitglieder der europäischen Wirtschaftsgemeinschaft erkannten die Bedeutung von Dienstleistungen, als sie in den römischen Gründungsverträgen im Jahre 1957 die Dienstleistungsfreiheit als eine der vier Grundfreiheiten des EWG-Vertrages gleichberechtigt neben die Warenverkehrsfreiheit stellten.

Um die Dienstleistungsfreiheit und damit einhergehend einen europäischen Binnenmarkt für Dienstleistungen zu schaffen, ist die Europäische Wirtschafts-

gemeinschaft und ihr nachfolgend die Europäische Gemeinschaft bzw. Europäische Union vielfach rechtsetzend tätig geworden. Die rechtsetzenden Aktivitäten betrafen in erster Linie die Beseitigung von administrativen und regulativen Hindernissen für die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen. Ein wichtiges Beispiel derartiger Rechtsetzung aus jüngerer Zeit ist die Dienstleistungsrichtlinie aus dem Jahre 2006.³ Demgegenüber ist das Vertragsrecht der Dienstleistungen bisher weder auf europäischer noch darüber hinausreichend auf globaler Ebene vereinheitlicht worden. Sind in einer ersten Phase die Rahmenbedingungen für einen freien Dienstleistungsverkehr durch den Abbau von administrativen und regulativen Hindernissen geschaffen, stellt sich in der nachfolgenden Phase zur Schaffung eines Binnenmarktes jedoch unweigerlich die Frage nach der Vereinheitlichung des Vertragsrechts der Dienstleistungen innerhalb der Europäischen Union.

Eine solche Vereinheitlichung erfordert eine rechtsvergleichende Basis. Dazu möchte diese Arbeit neben der an erster Stelle stehenden, rein nationalen Perspektive und Stoßrichtung einen Teil beitragen, indem sie die Strukturen des deutschen Rechts der Dienstleistungsverträge wie unter A. beschrieben *de lege lata* analysiert und *de lege ferenda* neu ausrichtet und gestaltet. Ohne eine solche Analyse fehlt es an den Grundpfeilern, auf die eine seriöse rechtsvergleichende Synthese zur Schaffung eines europäischen Dienstleistungsvertragsrechts zwingend angewiesen ist. Sie ist dann auf Sand gebaut.

Die Arbeiten an dem *Draft Common Frame of Reference* im Hinblick auf *service contracts* haben den Mangel an Fundamenten für ein auf einer rechtsvergleichenden Analyse und Synthese aufbauendes europäisches Dienstleistungsvertragsrecht nachdrücklich bestätigt. Die rechtsvergleichenden Hinweise in den *comments* und *notes* sind dünn, häufig lückenhaft und greifen häufig punktuell Einzelaspekte nationaler Rechtsordnungen heraus, ohne deren Einbettung in das nationale System der Dienstleistungsverträge zu berücksichtigen. Das Ergebnis in Form eines auf sechs Basisaktivitäten mit einem allgemeinen Teil aufbauenden Vertragstyps des *service contract* neben dem *mandate* ist – unabhängig von seiner qualitativen Bewertung – eine Neuschöpfung, gerade auch in vertragstypologisch-struktureller Hinsicht. Es stellt nicht die Synthese einer rechtsvergleichenden Analyse der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen dar, sondern schafft einen neuartigen umfassenden Vertragstyp, der weder als solcher noch in seiner Binnendifferenzierung Vorläufer oder auch nur in Einzelaspekten Vorbilder in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten hat. Mangels einer rechtsvergleichenden Grundlage lässt er sich auch nicht als eine bewusste Entscheidung gegen die Regelungsmodelle der Mitgliedstaaten ansehen, die gezielt und reflektiert deren Schwachstellen zu vermeiden sucht.

³ Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. 2006 L 376/36.

Die Vorstufe eines europäisch vereinheitlichten Dienstleistungsvertragsrechts in Form der Analyse der *de lege lata* bestehenden Strukturen der nationalen Rechte, welche in die rechtsvergleichende Synthese auf europäischer Ebene einfließen sollen, erscheint auch deswegen unerlässlich, weil es einen Dienstleistungsvertrag bzw. *service contract* als solchen in den meisten mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen nicht gibt. Er ist eine auf der regulativen Herangehensweise der Grundfreiheiten als Rechte gegen mitgliedstaatliche Diskriminierungen und Beschränkungen basierende, unreflektiert in das Privat- bzw. Vertragsrecht hineingetragene Figur. Dementsprechend verbleibt die *sedes materiae* einer europäischen Rechtsvereinheitlichung im Hinblick auf die Vertragstypen der nationalen Rechte der Mitgliedstaaten, deren Vertragstypologie im Bereich der Dienstleistungsverträge uneinheitlich ist, ebenso im Dunkeln, wie das Spektrum des einheitlichen Vertragstyps *service contract* auf europäischer Ebene unreflektiert erscheint. Auch dies zeigt sich am *Draft Common Frame of Reference* in mehrfacher Hinsicht. So regeln dessen Verfasser etwa neben dem Vertragstyp des *service contract* jenen des *mandate*, den sie jedoch ausgehend von einigen mitgliedstaatlichen Rechten auf die Funktion als Bevollmächtigungsvertrag reduzieren. Ob ein weit verstandener Auftrag oder auch nur jener des deutschen Rechts einschließlich der entgeltlichen Geschäftsbesorgung einen *service contract* darstellt, wird nicht einmal in Erwägung gezogen. Demgegenüber wird ein in zahlreichen Mitgliedsstaaten eigenständiger Vertragstyp, die Verwahrung, ohne nähere Begründung bzw. rechtsvergleichend untermauerte Rechtfertigung als eine der sechs Basisaktivitäten (*storage*) dem Vertragstyp *service contract* zugeschlagen. Das Spektrum der von dem Vertragstyp *service contract* erfassten Erscheinungsformen von Dienstleistungsverträgen ist infolgedessen weder rechtsvergleichend begründet bzw. abgesichert noch überhaupt klar. Es wird nicht thematisiert. Neben der Binnendifferenzierung fehlt somit auch der Außenabgrenzung bzw. dem von einem Vertragstyp des *service contract* erfassten Spektrum an nationalen Vertragstypen bzw. Konstellationen das rechtsvergleichende Fundament.

Während die Arbeit mit ihrer Analyse des deutschen Rechts der Dienstleistungsverträge *de lege lata* somit einen Beitrag für die zentrale Vorstufe eines rechtsvergleichend begründeten und abgesicherten europäischen Dienstleistungsvertragsrechts schafft, leistet sie mit der Neuausrichtung und Neugestaltung des deutschen Rechts der Dienstleistungsverträge *de lege ferenda* aber auch schon einen unmittelbaren Beitrag zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Dienstleistungsvertragsrechts. Neben die existierenden nationalen Regelungsmodelle im Bereich der Dienstleistungsverträge, die häufig kein systematisch stringentes und homogenes Dienstleistungsvertragsrecht darstellen, tritt ein weiteres Regelungsmodell. Dieses ist anders als die bestehenden nationalen Regelungsmodelle von vornherein als ein Dienstleistungsvertragsrecht mit einem einheitlichen Vertragstyp des Dienstleistungsvertrags konzipiert und darauf ausgerichtet.

Die nationale Perspektive und Stoßrichtung der Arbeit ergänzt sich also mit der europäischen, indem sie zugleich Vorstufe und Anregung für ein europäisches Dienstleistungsvertragsrecht darstellt.

C. Stand der Forschung

Die Wissenschaft hat sich dem Recht der Dienstleistungsverträge und dabei insbesondere dessen Grundlagen bisher nur zaghaft angenommen.

Zum einen stehen im Vordergrund des wissenschaftlichen Diskurses im Schuldvertragsrecht bis heute insbesondere das allgemeine Schuldrecht und das Kaufrecht, was die wirtschaftliche Bedeutung der Vertragstypen des Bürgerlichen Gesetzbuchs im Zeitalter der Dienstleistungsgesellschaft kaum noch widerspiegelt.

Zum anderen betreffen die meisten wissenschaftlichen Untersuchungen zum Recht der Dienstleistungsverträge seit Erlass des Bürgerlichen Gesetzbuchs bis heute isoliert einzelne Vertragstypen,⁴ bestimmte Fragestellungen einzelner Vertragstypen, insbesondere des Werkvertrags⁵ und des Arbeitsvertrags,⁶ und das Verhältnis von Dienst- und Werkvertrag,⁷ Kauf- und Werkvertrag⁸ und (freiem) Dienst- und Arbeitsvertrag.⁹ Dies gilt auch für die Gutach-

⁴ Siehe etwa *Riezler*, Der Werkvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, 1900; *Denecke*, Der Dienstvertrag, 1959; *Küpper*, Der Werkvertrag in der Schuldrechtsreform, 1989; *Boldt*, Der neue Bauvertrag: Schuldrechtsreform und Werkvertrag in der Praxis, 2005; *Zänker*, Der Funktionswandel des Werkvertrags, 2006.

⁵ Siehe etwa *Korintenberg*, Erfüllung und Gewährleistung beim Werkvertrage, 1935; *Blaese*, Der Erfüllungsanspruch und seine Konkretisierung im Werkvertrag, 1988; *Veelken*, Zur Dogmatik der Gefahrtragung beim Werkvertrag, 1989; *Locher*, Die Rechnung im Werkvertragsrecht, 1990; *Christmann*, Die Neubewertung der Abnahme im Werkvertragsrecht, 1999; *Kaiser*, Vertragsstörungen im Werkvertragsrecht, 2007; *Strunk*, Die Mitwirkung des Bestellers und ihre Auswirkungen auf den Vollzug des Werkvertrags, 2008.

⁶ Siehe aus der Fülle an Literatur insbesondere ab den 1920er Jahren etwa *Molitor*, Das Wesen des Arbeitsvertrages, 1925 und *Nikisch*, Die Grundformen des Arbeitsvertrags und der Anstellungsvertrag, 1926, die noch das Verhältnis der Vertragstypen des BGB zu dem zunächst programmatischen Begriff des Anstellungs- später Arbeitsvertrags betrafen; zu Spezialproblemen aus jüngerer Zeit etwa *Kalb*, Rechtsgrundlage und Reichweite der Betriebsrisikolehre, 1977.

⁷ Siehe aus der Fülle an Literatur insbesondere *Rümelin*, Dienstvertrag und Werkvertrag, 1905; *Reber*, Abgrenzung zwischen Dienstvertrag, Werkvertrag und Auftrag im römischen, schweizerischen und deutschen Recht, 1972; *Weber*, Die Unterscheidung von Dienstvertrag und Werkvertrag, 1977; aus jüngerer Zeit etwa auch *Tillmanns*, Strukturfragen des Dienstvertrages, Leistungsstörungen im freien Dienstvertrag und im Arbeitsvertrag, 2007, § 2.

⁸ Siehe etwa *Späth*, Kaufvertrag und Werkvertrag, 1963; *Rudolph*, Die Abgrenzung zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht gemäß § 651 BGB, 2009.

ten zu deutschen Juristentagen, die sich einzelnen Aspekten des Rechts der Dienstleistungsverträge, insbesondere dem Werkvertrag¹⁰ widmeten. Die vom Bundesministerium der Justiz Ende der 1970er Jahre zur Vorbereitung der grundlegenden Überarbeitung des Schuldrechts in Auftrag gegebenen Gutachten betreffen ebenfalls einzelne Vertragstypen der Dienstleistungsverträge und behandeln deren spezifische Regelungsfragen und -probleme.¹¹ Allenfalls die Gutachten hinsichtlich der Grundtypen der Dienstleistungsverträge, also Dienstvertrag, Werkvertrag und entgeltliche Geschäftsbesorgung, enthalten weitergehende, teilweise auch vertragstypübergreifende Ansätze und Vorschläge.¹² Das Recht der Dienstleistungsverträge als großes Ganzes wurde hingegen bisher kaum in den Blick genommen.¹³

⁹ Siehe etwa *Knippert*, Die neuere Rechtsprechung zur Abgrenzung des Arbeitsverhältnisses vom Werk- und Dienstvertrag im Bereich höherer geistiger Leistung, 1972; *Tillmanns*, Strukturfragen des Dienstvertrages, Leistungsstörungen im freien Dienstvertrag und im Arbeitsvertrag, 2007.

¹⁰ Siehe insbesondere *Teichmann*, Gutachten A zum 55. Deutschen Juristentag, Empfiehlt sich eine Neukonzeption des Werkvertragsrechts?, in: Ständige Deputation des deutschen Juristentages (Hg.), Verhandlungen des fünfundfünfzigsten deutschen Juristentages, Band I, Teil A, München 1984.

¹¹ Siehe *Lieb*, Dienstvertrag (Sind Ergänzungen des Dienstvertragsrechts empfehlenswert, damit der selbständige Dienstvertrag – vor allem unter Berücksichtigung der Neuregelung des Rechts der entgeltlichen Geschäftsbesorgung und unter Berücksichtigung aller nicht arbeitsrechtlichen Gestaltungen – ausreichend geregelt ist? Sind die Vorschriften für den nichtselbständigen Dienstvertrag im BGB als seine Grundlage ausreichend?); *Weyers*, Werkvertrag (Welche Ergänzungen und Fortentwicklungen sind im Werkvertragsrecht im Hinblick auf die technischen wirtschaftlichen und juristischen Weiterentwicklungen der Rechtswirklichkeit geboten?), in: Bundesminister der Justiz (Hg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. II, 1982, 1115; *Musielak*, Entgeltliche Geschäftsbesorgung (Empfiehl es sich, die Geschäftstypen, die als entgeltliche Geschäftsbesorgung anzusehen sind, zusammenfassend zu regeln? Welche Regelungen wären dabei aus dem Auftragsrecht, dem Dienstvertrags- und dem Werkvertragsrecht zu übernehmen und wie wäre der neue Vertragstyp gegen diese Schuldverhältnisse abzugrenzen? Müssten bestimmte Geschäftsformen im Gesetz besonders ausgewiesen werden?); *Deutsch/Geiger*, Medizinischer Behandlungsvertrag (Empfiehl sich eine besondere Regelung der zivilrechtlichen Beziehungen zwischen dem Patienten und dem Arzt im BGB?); *Häuser*, Giroverhältnis (Empfiehl es sich, die Beziehungen des Kunden zum Kreditinstitut – insbesondere die bankmäßige Vermittlung des bargeldlosen Zahlungsverkehrs (Giroverhältnis) – im BGB besonders zu regeln?); *Keilholz*, Baurecht (Empfiehl sich eine besondere Regelung der zivilrechtlichen Beziehungen zwischen den Beteiligten eines Bauvorhabens, soweit sie die Planung und Herstellung eines Bauwerks oder die Veräußerung eines für den Erwerber errichteten Bauwerks zum Gegenstand haben? Sollten baurechtlichen Sonderentwicklungen des Zivilrechts außerhalb des BGB in die Kodifikation eingearbeitet werden?).

¹² Dies gilt insbesondere für das Gutachten von *Musielak* zu der entgeltlichen Geschäftsbesorgung (siehe Fn. 11).

¹³ Eine Ausnahme bildet insbesondere *Wendehorst*, AcP 206 (2006) 205 im Lichte der europäischen Vereinheitlichungsbestrebungen des Schuldvertragsrechts sowie die Beiträge

Statt wissenschaftlicher Auseinandersetzung dominiert im Bereich der Dienstleistungsverträge Literatur von Praktikern für Praktiker. Sie nimmt ebenfalls nicht das Recht der Dienstleistungsverträge als großes Ganzes in den Blick, sondern bietet dem Rechtsanwender Leitfäden durch den Dschungel einzelner Erscheinungsformen der Dienstleistungsverträge, etwa des Bau- oder Architektenvertrags,¹⁴ des Arztbehandlungsvertrags,¹⁵ bestimmter IT-, insbesondere Softwareverträge¹⁶ und der Finanzdienstleistungsverträge.¹⁷ Folglich bildet sie das geltende Recht ab, statt es im Gesamtkontext der Dienstleistungsverträge zu analysieren und kritisch zu hinterfragen. Für den Rechtsanwender stellt diese Literatur freilich insbesondere im Lichte des inhaltlich fragmentarischen und systematisch defizitären *status quo* des Rechts der Dienstleistungsverträge eine fast unerlässliche Hilfe dar, um das geltende Recht erfassen zu können.

D. Gang der Untersuchung

Vor dem beschriebenen Hintergrund einer primär nationalen Perspektive und Stoßrichtung gliedert sich die Arbeit in sieben Teile.¹⁸

Im ersten Teil werden die Systematik des Rechts der einzelnen Schuldverhältnisse und darauf aufbauend die Typologie der vertraglichen Schuldver-

in Zimmermann, *Service Contracts*, 2010 (Vorträge der Fachgruppe für Zivilrechtsverglei-
chung bei der 32. Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung vom 17. bis 19. September
2009 in Köln); im Hinblick auf den Einzelaspekt des Vertragsbruchs siehe auch Mückl,
Der Vertragsbruch des Dienstleisters, 2010.

¹⁴ Siehe etwa Kuffer/Wirth (Hg.), *Handbuch des Fachanwalts, Bau- und Architekten-
recht*; Kniffka (Hg.), *Bauvertragsrecht, Kommentar zu den Grundzügen des gesetzlichen
Bauvertragsrechts (§§ 631–651 BGB) unter besonderer Berücksichtigung der Rechtspre-
chung des Bundesgerichtshofs*; Messerschmidt/Voit (Hg.), *Privates Baurecht, Kommentar
zu §§ 631 ff. BGB*; Glöckner/von Berg (Hg.), *Bau- und Architektenrecht*; von Wieters-
heim (Hg.), *Bauvertragsrecht nach BGB und VOB/B, Praxiskommentar zum gesamten
BGB-Werkvertragsrecht, BGB-Kaufrecht und zur VOB/B*.

¹⁵ Siehe etwa Wenzel (Hg.), *Medizinrecht*; Laufs/Katzenmeier/Lipp: *Arztrecht*; Stell-
pflug/Meier/Tadayon u. a. (Hg.), *Handbuch Medizinrecht: Grundlagen – Rechtsprechung
– Praxis*.

¹⁶ Siehe etwa Marly, *Praxishandbuch Softwarerecht: Rechtsschutz und Vertragsgestal-
tung*, (insb. Teil 5: Das Recht der Leistungsstörungen); Redeker, *Handbuch der IT-Verträge*.

¹⁷ Siehe etwa Beyritz/Hartmann/Wand, *Zahlungsverkehr. Richtlinien, Abkommen,
Bedingungen*; Siedler, *Fernabsatzgesetz Finanzdienstleistungen Erläuterungen für die
Praxis der Kreditinstitute*; Fandrich/Karper (Hg.), *Münchener Anwaltshandbuch Bank-
und Kapitalmarktrecht*.

¹⁸ Der Gang der Untersuchung wird hier für die gesamte Arbeit nur knapp skizziert. Je-
dem Teil sind für sich genommen weiter ausdifferenzierte Erläuterungen zum Gang der
Untersuchung vorangestellt.

hältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch als zentrale Grundlagen für eine Analyse und Neuordnung des Rechts der Dienstleistungsverträge herausgearbeitet und kritisch gewürdigt.

Im zweiten und dritten Teil werden die systematischen und damit korrespondierenden inhaltlichen Grundentscheidungen im Recht der Dienstleistungsverträge von den historischen Wurzeln im römischen Recht über die Entwicklung im gemeinen Recht bis hin zum Bürgerlichen Gesetzbuch einer kritischen Analyse unterzogen. Im Vordergrund der Untersuchung stehen in vertragstypologisch-systematischer Hinsicht die Gründe und die Motivation für die bei Erlass des Bürgerlichen Gesetzbuchs gewählte Systematik und innere Typologie, ihre Konsequenzen für das Recht der Dienstleistungsverträge und seine Vertragstypen, aber auch das Verhältnis zu anderen Vertragstypen und zu dem allgemeinen Schuldrecht. Im Hinblick auf die mit der gewählten Vertragstypologie korrespondierenden inhaltlichen Grundentscheidungen steht die Frage im Vordergrund, inwiefern die inhaltliche Ausgestaltung der einzelnen Vertragstypen insbesondere im Bereich der Haftung für Schlechtleistung, Gefahrtragung und Vertragsbeendigung die Vertragstypologie abbildet. Mit anderen Worten: Sind die inhaltlichen Abweichungen unter den Vertragstypen der Dienstleistungsverträge durch die abweichenden Vertragsgegenstände als Kriterium der Vertragstypologie gerechtfertigt? Folgt also die inhaltliche der typologischen Differenzierung, indem sie an den gleichen Kriterien ausgerichtet ist?

Der vierte Teil widmet sich der Entwicklung des gesetzlichen Rahmens der Dienstleistungsverträge seit Erlass des BGB. Dabei stehen die Vertragstypologie und damit korrespondierend erneut die inhaltliche Ausgestaltung der einzelnen Vertragstypen im Bereich der Haftung für Schlechtleistung, der Gefahrtragung und der Vertragsbeendigung im Vordergrund.

Vor dem Hintergrund der Entwicklung des gesetzlichen Rahmens werden sodann in einem fünften Teil die Entwicklung des Rechts der Dienstleistungsverträge seit Erlass des BGB *de lege lata* analysiert und auf der Grundlage dieser Analyse ein einheitliches Dienstleistungsvertragsrecht *de lege ferenda* entwickelt. Dabei stehen erneut die zentralen Regelungsaspekte der Haftung für eine Schlechtleistung, der Gefahrtragung und der Vertragsbeendigung sowie die daraus resultierenden Konsequenzen für die Vertragstypologie im Vordergrund.

Bevor in einem abschließenden siebten Teil die Grundstrukturen eines einheitlichen Dienstleistungsvertragsrechts skizziert werden, widmet sich der sechste Teil einer Analyse ausgewählter privater Rechtsetzung als zusätzlicher Inspirationsquelle.

Sachverzeichnis

- actio quanti minoris* 77, 83
actio redhibitoria 77, 83
AGB *siehe* Allgemeine Geschäftsbedingungen
Allgemeine Geschäftsbedingungen 42 f., 516 ff., 848 ff., 894 ff.
– BITKOM 849 f., 853 f., 857 ff., 863 ff., 882 f.
– EVB-IT 852 ff., 857 ff., 863 ff., 881 ff.
– Leitbild 42 f.
– öffentliche Auftraggeber 850 ff.
– private Rechtsetzung 848 ff.,
– VOB/B 516 ff., 851, 863 f., 873 ff.
– VOL/B 852, 863, 872 ff.
Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Österreich) 15, 112 ff., 133, 137, 139, 143, 155, 163 f., 172
Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch 112, 165, 204 f., 220, 309, 336, 452, 482, 489 ff.
Aktionensystem 12 ff., 31 ff., 83
Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
– Abgrenzung Werk- vom Kaufvertrag 172
– Arbeiterschutz 195 ff.
– Arbeitsvertrag 207
– Auftrag 112
– Gefahrtragung 130, 133, 138
– *locatio conductio* 118, 121
– Sozialpolitische Schutzregelungen 154, 162
– Systematik der Schuldverhältnisse 15
– Vertragsbeendigung 163
Annahmeverzug 387 ff.
– Arbeitsvertragsgesetzesentwürfe 497 ff.
– *locatio conductio* 135
– Dienstvertrag 305 ff., 330 ff., 615 ff., 907 ff.
– Unmöglichkeit und Annahmeverzug 615 ff., 719, 907 ff.
– Vertragsbeendigung und Annahmeverzug 444 f.
– Werkvertrag 375 ff., 417 f., 435 f., 444 f., 719 ff., 781
Arbeiterschutzrecht 191 f., 196 ff., 462 ff.
Arbeitnehmerschutzrecht 188, 197 ff.
Arbeitsgesetzbuch 345, 453 f., 492, 660
Arbeitsvertrag
– Ausgliederung 913 f.
– Bürgerliches Gesetzbuch 296 ff., 318, 338 ff., 351 ff., 462 ff., 486 ff., 565 ff., 612 ff., 621 ff., 842 ff.
– Entwicklung 184 ff., 208 f., 216, 453 f., 491 ff., 842 ff., 913 f.
– Handelsgesetzbuch 489 ff.
– Personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis 655 ff.
– Sondergesetzgebung 264 ff., 278 ff., 489
– Vertragstypologie 665 ff., 834 f.
Arbeitsvertragsgesetz 491 ff., 834, 913 f.
Architekten- und Ingenieurvertrag 539 ff.
Auftrag (BGB)
– Abgrenzung zum Dienstvertrag 223 f., 665 ff.
– Abgrenzung zur Geschäftsbesorgung 254 ff.
– Abgrenzung zum Werkvertrag 370 f.
– Entgeltlichkeit 222, 229 ff., 253
– Gefahrtragung 231 ff.
– Kündigungsrecht
– aus wichtigem Grund 235
– freies 235
– Vergütung 235 ff.
– Schlechtleistungshaftung 230 f.
– Vertragsbeendigung *siehe* Kündigungsrecht
– Vollmacht 111 f., 177 ff., 252

- Weisungen 240 ff.
- Azo, Porcius* 36, 128, 138, 189
- Bähr, Otto* 18 ff.
- Baldus* 36, 128
- Bartolus* 36, 128 f., 132, 189
- Bauträgervertrag 542 f.
- Bauvertrag (BGB) 519 ff.
- Behandlungsvertrag 481
- Berlepsch, Hans Freiherr von* 202, 296
- Berufsordnungen 187, 483 ff., 561, 834, 849
- berufsständische Regelungen 124 f., 133 ff., 154, 156, 158 ff., 192 f., 213, 216 f., 313, 458, 485 ff.,
- Bergordnungen 138, 156,
- Betriebsrisikolehre 621 ff.
- BITKOM 849, 882
- Bluntschli, Johann Caspar* 112, 120, 155, 180, 206
- Burgerlijk Wetboek* 112, 118,
- casum sentit dominus* 95 f., 101, 110, 303, 428, 638, 729, 745, 765, 771, 908
- casus* 139 ff.
- *casus contingens in personam* 127
- *casus fortuitus* 127
- *locatio conductio* 59 f., 81, 98 f., 127 f., 139 ff.
- Dienstvertrag 299 f.
- Werkvertrag 377, 381 ff., 407, 419 ff., 729, 732, 746, 750, 761, 766, 778,
- Code civil* (Frankreich) 15, 40, 106, 112, 114, 118, 133, 137, 139, 143, 163 f., 166, 172, 437
- Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* 111, 118, 139, 155
- Codice civile* (Italien) 118
- Código civil* (Spanien) 118
- culpa* 59 f., 82 ff., 109, 123 f., 152, 818
- depositum* 13, 54 f., 94, 107, 451
- Dienstvertrag
 - Abgrenzungen
 - vom Auftrag 172 ff., 264,
 - vom Werkvertrag 166
 - Ausrichtung 338 ff.
 - Binnendifferenzierung 272
 - Gefahrtragung 298 ff., 330 ff., 614 ff.
 - Nacherfüllung 589 ff.
 - projektbezogene 312, 598, 602
 - Schadensersatz (Schlechtleistung) 602 ff.
 - Schlechtleistung 280 ff., 550 ff.
 - Spezialregime 275 ff.
 - Vertragsbeendigung (allgemein) 310 ff., 320 ff., 639 ff.
 - Vertragsbeendigung (Schlechtleistung) 596 ff.
 - Vertragstyp 271 ff.
 - zeitbezogene 293, 312
- dolus* 59, 81 f., 84 f.
- emptio venditio* 13, 37, 78, 88, 373, 461, 706
- EVB-IT 848 ff.
- EVB-IT AGB *siehe* EVB-IT
- Gefahrtragung
 - Bürgerliches Gesetzbuch
 - Auftrag 231 ff.
 - Dienstvertrag 298 ff., 330 ff., 614 ff.
 - Werkvertrag 375 ff., 718 ff.
 - *casus* 139 ff.
 - Dienstleistungsvertrag *de lege ferenda* 907 ff.
 - *locatio conductio* 89 ff.
 - *ius commune* 128 ff., 214
 - römisches Recht 89 ff.
 - private Rechtsetzung 863 ff.
 - Risikosphären 103, 135 ff., 406, 728 ff.
 - Rolle 149 ff., 170 ff.
- Gefahrübergang
 - Bürgerliches Gesetzbuch 387, 389, 391, 396, 400, 419, 422, 718
 - *locatio conductio*
 - römisches Recht 98 f.
 - *ius commune* 145, 147 f.
- Geschäftsbesorgung
 - Begriff 254 ff., 454, 836 ff., 916
 - Kündigungsrecht 259 ff.
 - Übertragbarkeit 257 ff.
- Geschäftsunfähigkeit 242 ff.
- Gesinde 341 f.
- Gesindeordnungen 124, 138, 154 ff., 188, 197 f., 204, 265 f., 176 f., 315 f., 328 f., 340, 341 f., 357, 349, 352 f.,
- Gewerbefreiheit 154, 193 ff., 216

- Gewerbeordnung
 – Norddeutscher Bund 200 f.
 – Preußische 199
 – Deutsches Reich 201 f., 340
Gierke, Otto von 21, 23, 27, 191, 207,
 275, 315 ff., 656 ff.
 Gilde 187, 193
 Glossatoren 36, 116, 126 ff., 189 f., 419,
 729
- höhere Gewalt *siehe vis major*
- imperitia culpa adnumeratur* 82 ff., 109,
 124, 152
- Kaufvertrag
 – Abgrenzung zum Dienstvertrag
 – Abgrenzung zum Werkvertrag 171 ff.,
 212, 368 ff., 412, 506 ff.
 – Annahmeverzug 389 ff.
 – Gefahrtragung 774 ff.
 – Schlechtleistungshaftung 712 ff.
 – Werklieferungsvertrag 212, 506 ff.,
 712 ff., 774 ff., 785 f.
 – Vertragsbeendigung 785
 – Vertragstypologie 22, 479
 Kinderarbeit 198 f.
 Knappschaftskassen 138, 154, 157, 192
 Kodifikationsentwürfe 117 ff., 143, 154 f.,
 212, 163 f., 176 ff., 230, 447, 750
 Krankenfürsorgepflicht 153 ff.
Kübel, Franz Philipp von 222, 267, 277,
 281
 Kündigungsrecht *siehe auch* Vertragsbe-
 endigung
 – Auftrag 235 ff.
 – aus wichtigem Grund 235, 511 ff., 786
 – außerordentliches 313 f., 641 ff., 867 f.,
 910
 – Dienstvertrag 286 ff., 596,
 – freies 235, 259, 313 f., 320 ff., 334 ff.,
 436 ff., 648 ff., 783 ff.
 – fristloses 161 ff.
 – grundloses 163 ff.
 – ordentliches 310, 639 ff.
 – Schadensersatz 816 ff.
 – Vergütung 235 ff., 324 ff., 336 ff.,
 439 ff., 789 ff.
- Labeo* 92 ff., 133, 420
locatio conductio
 – Dreiteilung 63 ff., 116 ff., 166 ff.
 – Gefahrtragung 89 ff., 126 ff.
 – Schlechtleistung 80 ff., 123 ff.
 – Vertragsbeendigung 104 ff., 157 ff.
 – Vertragstypologie 61 ff., 115 ff.
locatio conductio operarum (römisches
 Recht) 68 ff.
locatio conductio operis (römisches
 Recht) 74 ff.
locatio conductio rei (römisches Recht)
 68
- Maklervertrag 452
Mandatum (römisches Recht und *Ius*
Commune) *siehe (im Übrigen) auch*
 Auftrag
 – Bedeutungswandel 172 ff.
 – Entgeltlichkeit 113
 – *ius commune* 111 ff.
 – Kodifikationsentwürfe 111 f., 176 ff.
 – Pandektisten 173
 – römisches Recht 56 ff.
- Minderung
 – Dienstvertrag 284 ff., 553 f., 566 ff.,
 596 ff., 608 ff., 905
 – *locatio conductio* 88
 – private Rechtsetzung 857 ff.
 – Werkvertrag 681 ff., 691 ff., 700 ff.
- Mitwirkungsobliegenheit 391 ff., 720 ff.,
 865 ff.
 – private Rechtsetzung 865 ff.
 – Werkvertrag 391 ff., 720 ff.
- Nacherfüllungsanspruch
 – Auftrag
 – Dienstvertrag 283, 589 ff.
 – private Rechtsetzung
 – Werkvertrag
- Obligationenrecht (Schweiz) 122 f., 181 f.
operae liberales 56 ff., 73, 77 ff., 107 f.,
 130 f., 173 ff., 123, 223, 251, 319, 326,
 339, 357, 454, 471
operae illiberales 73, 77 ff., 107 f., 130 f.,
 173 ff., 213, 223, 251, 319, 326, 454,
 471

- pactum nudum* 35, 37 ff.
periculum est conductoris 91 ff., 109 f.
periculum est locatoris 91 ff., 109 f.
 personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis 655 ff.
 Postglossatoren 36, 116, 126 ff., 189 f.
 Preußisches ALR *siehe* Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
 private Rechtsetzung 847 ff.
- Reichsgewerbeordnung *siehe* Gewerbeordnung
 Reisevertrag 544
relocatio tacita 160, 165 f., 312
 Rücktritt
 – Auftrag 234 f.
 – Dienstvertrag 286, 373, 567, 597 ff., 829 f., 897
 – und Kündigung 596 ff.
 – private Rechtsetzung 856 ff.
 – Werkvertrag 683 ff., 844, 905 f.
- Schadensersatz
 – Auftrag 233, 260, 833
 – Dienstvertrag 289 f., 499 f., 557, 565, 602 ff., 818
 – *locatio conductio* 85 f.
 – private Rechtsetzung 858 ff.
 – Werkvertrag 373, 682 f., 707 ff.
- Schlechtleistungshaftung
 – Auftrag 230 f.
 – Dienstvertrag 280 ff., 550 ff.
 – Kaufvertrag 291 ff., 373, 505 ff., 668 ff., 712 ff.
 – *locatio conductio* 80 ff., 109, 123 ff., 213
 – *mandatum* 58 ff.
 – private Rechtsetzung 855 ff.
 – Werkvertrag 373, 504 ff., 668 ff.
- Schuldverhältnisse
 – Einteilung 12 ff., 23 ff.
 – Systematik des BGB 17 ff.
 – Typenzwang 14, 37 ff., 116, Selbstvornahme 676 ff.
- Sklavenwirtschaft 57, 71, 185
 Sonderarbeitsrechte 189 ff., 205 f., 217, 265, 270, 656
 Sozialversicherung 156 f., 201 f., 210 f., 296, 310, 328, 352 f.
- Sphärentheorie 618, 622 f., 734 f.
 Stellvertretung 246 ff.
 Störung der Geschäftsgrundlage 287, 314, 356, 442 f., 870, 876
- tacita condicio*-Lehre 129 ff., 139 f., 304, 381, 745
 typengemischter Vertrag 47 ff.
- usus modernus pandectarum* 38 f., 115 ff., 131
- Verbraucherbauvertrag 523 ff.
 Vertragsänderungen 869 ff.
 – BITKOM 882 f.
 – EVB-IT 881 f.
 – Lösungsvorschlag *de lege ferenda* 886 ff.
 – VOB/B 874 ff.
 – VOL/B 872
- Vertragsbeendigung 105, 157 ff., 639 ff., 781 ff., 910, *siehe auch* Kündigungsrecht
 – Auftrag 235 ff.
 – außerordentliche 313 f., 641 ff., 867 f., 910
 – Dienstvertrag 310 ff., 334 ff., 639 ff.
 – einseitige 161 ff., 310 ff.
 – ordentliche 310, 639 ff.
 – private Rechtsetzung 867 ff.
 – römisches Recht 105
 – Vergütungsfolgen 235 ff., 324 ff., 334, 412 ff., 439, 459, 513 ff., 648, 654, 664 ff., 760, 782, 786 f., 789 ff., 859, 864, 870, 910 f., 916
 – Werkvertrag 436 ff., 781 ff.
- Vertragsfreiheit 30, 71, 188, 194 ff., 349
 Vertragstypologie 12, 30 ff., 43 ff.,
 – *ius commune* 116 f.
 – Kodifikationsentwürfe 120 ff.
 – Pandektisten 119
 – römisches Recht 56 ff., 61 ff., 107
- Verwahrungsvertrag 450 f.
vis major 81, 94 ff., 127
vitio materiae 136
vitio operis 136
vitio soli 136
 VOB/B 514 ff., 522 f., 874 ff.
 VOL/B 872 ff.
 Vollmacht 111

Wandelung

- Dienstvertrag 286 ff., 567
 - *locatio conductio* 83, 88, 123
 - Werkvertrag 567, 668, 705 ff.
- Weisungsgebundenheit
- Auftrag 240 ff., 840 f.
 - Dienstvertrag 272
 - *locatio conductio* 74 f., 87
 - Werkvertrag 840 f.
- Werklieferungsvertrag 212, 369, 505 ff., 712 ff., 774 ff., 785 f.
- Werkvertrag
- Abgrenzung vom Auftrag 370
 - Abgrenzung vom Dienstvertrag 365 ff.
 - Abgrenzung vom Kaufvertrag 368 ff., 508 ff.
 - Annahmeverzug 378 ff.
 - Ausrichtung am Kaufvertrag 152 ff., 360 ff., 371 ff., 412, 417, 422 ff., 447 f., 467f, 668 ff., 772, 830 f., 905 f.
 - Gefahrtragung 375 ff., 434 ff., 718 ff.
 - Konzeption 362 ff., 449 f., 467 ff., 502 ff.
 - Mitwirkungsobliegenheit
 - projektbezogener 127, 293, 384, 389 ff., 429 ff., 449 f., 719 ff., 781, 828, 831 f.
 - Schlechtleistungshaftung 373, 668 ff., 712 ff.
 - Unmöglichkeit der Herstellung des Werkes 391 ff.
 - Vertragsbeendigung 436 ff., 511 ff., 781 ff.
 - Werkbegriff 362 ff., 449 f., 467 f., 711
 - zeitbezogener 127, 399 ff., 429 ff., 725 ff.
- Zunft 124 f., 138, 187, 193 f., 197, 216
- Zunftordnungen 124 f., 154 ff., 194, 298, 458
- Zunftzwang 124, 193 f., 197
- Züricher Gesetzbuch 112, 122 f., 180 f.