

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
I. Einführung	1
II. Gegenstand und Ziel der Untersuchung	2
III. Gang der Untersuchung	4
1. Kapitel: Geschichtliche Entwicklung des Verhältnisses zwischen Dienst- und Werkrecht	7
I. Unterscheidung zwischen den drei Ausprägungen der <i>locatio conductio</i> sowie dem <i>mandatum</i> im römischen Recht	9
II. Dienst- und Werkvertrag im deutschen Recht vor der Rezeption des römischen Rechts	12
III. Entwicklung im gemeinen Recht	14
1. Verhältnis zwischen Dienst- und Werkrecht in der Pandektistik	15
2. Veränderungen im Mandatsverhältnis und Stellung der „Dienstleistungen“	18
IV. Veränderungen im Zuge der Ausarbeitung des Bürgerlichen Gesetzbuches	22
V. Rechtslage nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch	25
1. Zweigliedrige Struktur des Rechts der Dienstleistungsverträge	25
2. Versuche der Abgrenzung zwischen Dienst- und Werkvertrag	27
a) Vorhandensein eines Erfolgsversprechens	27
b) Zeitlicher Rahmen der Tätigkeit	28
c) Leistungssteuerungsrecht des Gläubigers	30
VI. Ergebnis	32

2. Kapitel: Vorteile der Einführung eines Mängelgewährleistungsrechts im Dienstrecht	35
I. Rechtssicherheit	35
II. Interessengerechtigkeit	38
1. Lückenhafter Schutz des Dienstgläubigers durch die §§ 626, 628 BGB	39
2. Vorteile eines Minderungsrechts des Dienstgläubigers	41
a) Keine Voraussetzung des Vertretenmüssens im Rahmen der Minderung	41
b) Umgehung von Problematik im Bereich der Aufrechnung	43
aa) Potenzielle Probleme bezüglich der Aufrechnungslage	44
(1) Keine Schwierigkeiten hinsichtlich der Gegenseitigkeit der Forderungen	44
(2) Mögliches Ausscheiden der Aufrechnung wegen fehlender Gleichartigkeit der Forderungen	44
(3) Keine Probleme in Bezug auf die Erfüllbarkeit der Passivforderung	46
(4) Prüfung einer Benachteiligung des Dienstgläubigers durch § 390 BGB im Vergleich zum Minderungsrecht	46
(a) Keine Benachteiligung durch die Einrede der Verjährung wegen § 215 BGB	47
(b) Keine Benachteiligung durch die Dürftigkeitseinrede des Erben aus § 1990 Abs. 1 S. 1 BGB	48

(c) Benachteiligung durch die Einrede aus § 320 Abs. 1 S. 1 BGB bzw. § 273 Abs. 1 BGB	49
bb) Prüfung der Vorteilhaftigkeit und Möglichkeit einer Umgehung von §§ 392 ff. BGB	53
(1) Keine Benachteiligung des Dienstgläubigers durch § 392 BGB im Vergleich zum Minderungsrecht	53
(2) Kein Raum für die Anwendung des § 393 BGB	54
(3) Unumgänglicher Schutz des Dienstschuldners nach § 394 S. 1 BGB	55
(4) Keine Benachteiligung des Dienstgläubigers durch § 395 BGB im Vergleich zum Minderungsrecht	60
c) Finanzieller Vorteil der Minderung bei einem „schlechten Geschäft“ des Dienstgläubigers	60
III. Ergebnis	61
1. Schlussfolgerungen zur Rechtssicherheit	61
2. Schlussfolgerungen zur Interessengerechtigkeit	62

3. Kapitel: Vorschläge der Literatur zur Annäherung von Dienst- und Werkrecht	67
I. Vereinigung von Dienst- und Werkrecht	67
1. Erläuterung der Ansätze	67
a) Einführung eines einheitlichen „Arbeitsvertrags“	67
b) Kodifizierung eines „allgemeinen Tätigkeitsvertrags“ unter Ausschluss des Arbeitsrechts	68
c) Einführung eines „allgemeinen Dienstleistungsvertrags“ sowie Ausweitung des allgemeinen Leistungsstörungenrechts	73
2. Kritik der Ansätze	75
a) Problematik der unterschiedlichen Gefahrverteilung im Dienst- und Werkrecht	76
b) Prüfung der Realisierbarkeit einheitlicher Rechte der Tätigkeitsgläubiger in einer die Dienst- und Werkverträge vereinigenden Vertragsart	79
aa) Untersuchung der Übertragbarkeit auf das Dienstrecht von Gewährleistungsrechten des Bestellers sowie von Gründen für die im Einzelfall fehlende Möglichkeit ihrer Geltendmachung	79
(1) Nicht übertragbarer Nacherfüllungsanspruch	79
(2) Fehlende Übertragbarkeit des Selbstvornahmerechts und des damit verbundenen Aufwendungsersatzanspruchs	80
(3) Erfordernis einer differenzierenden rücktrittsrechtlichen Regelung im Dienstrecht	81
(4) Notwendigkeit eines spezifisch dienstrechtlichen Minderungsrechts	82

(5) Ausreichender Schutz des Dienstgläubigers durch die Anwendbarkeit des Schadens- und Aufwendungsersatzrechts des allgemeinen Schuldrechts	84
(6) Zwei Hindernisse für ein gemeinsames spezielles Leistungsstörungenrecht der Dienst- und Werkverträge	84
(7) Kein Bedürfnis nach einer Übertragung von Verjährungs-, eventuell aber von Unwirksamkeitsregeln aus § 634a BGB	86
(8) Mögliche teilweise Übertragbarkeit der Bestimmung über die Unwirksamkeit eines Haftungsausschlusses bzw. einer Haftungsbegrenzung aus § 639 BGB	86
(9) Fehlende Übertragbarkeit des Haftungsausschlusses nach § 640 Abs. 3 BGB	90
bb) Untersuchung der Möglichkeit einheitlicher Kündigungsrechte der Tätigkeitsgläubiger	91
(1) Keine Realisierbarkeit einer einheitlichen kündigungsrechtlichen Vorschrift auf dem Gebiet der §§ 627 f., 648 BGB	91
(2) Fehlende Möglichkeit einer einheitlichen Regelung der Kündigung und ihrer Folgen im Bereich der §§ 626, 628, 648a BGB	93
c) Prüfung der Möglichkeit einheitlicher Rechte der Tätigkeitsschuldner in einer die Dienst- und Werkverträge vereinigenden Vertragsart	95

aa) Kein Raum für die Übertragung der Regelung aus § 642 BGB auf Dienstverträge	95
bb) Kein Bedürfnis nach einer Übertragung der Regelung aus § 643 BGB auf Dienstverträge	98
cc) Erfordernis einer dem § 645 Abs. 1 S. 1 BGB ähnlichen dienstrechtlichen Norm	99
dd) Fehlende Übertragbarkeit des Pfandrechts aus § 647 BGB auf Dienstverträge	100
ee) Kein Raum für die Übertragung der Vorschrift des § 647a BGB auf Dienstverträge	101
II. Einführung eines werkrechtsähnlichen Gewährleistungsrechts im Dienstrecht unter Ausgliederung der Arbeitsverträge	102
1. Erläuterung des Ansatzes	102
2. Kritik des Ansatzes	104
III. Ergebnis	111
1. Schlussfolgerungen zu den Konzepten einer Vereinigung von Werk- und (freien) Dienstverträgen	111
2. Schlussfolgerungen zum Vorschlag eines werkrechtsähnlichen Gewährleistungsrechts für freie Dienstverträge	117

4. Kapitel: Ansätze zur Lösung der Minderungsproblematik im Dienstrecht nach geltendem Recht	121
I. Kündigungsrechtliche Minderungslösung	124
1. Erläuterung des Ansatzes	124
a) Voraussetzungen und Vorteile des Ansatzes	124
b) Schaffung von Einklang zwischen dem kündigungsrechtlichen Ansatz und dem Rücktrittsrecht	127
2. Kritik des Ansatzes	128
II. „Schadensersatzrechtliche Minderungslösung“	131
1. Erläuterung des Ansatzes	131
a) Annahme eines Schadens	131
b) Infrage kommende Arten des Schadensersatzes	132
c) Kombination der kündigungs- und schadensersatzrechtlichen Lösung	133
2. Kritik des Ansatzes	135
a) Kritik von <i>Canaris</i> und Stellungnahme zu ihr	135
b) Kritik von <i>Tillmanns</i> und Stellungnahme zu ihr	136
c) Eigene Kritik	139
III. Rücktrittsrechtliche Minderungslösungen	140
1. Minderung wegen fehlender funktionaler Teilleistungen	140
a) Erklärung der verwendeten Terminologie	140
b) Wege zur Minderung wegen fehlender funktionaler Teilleistungen	143

aa) Automatische Minderung nach § 326 Abs. 1 S. 1 HS 2 BGB	143
bb) Minderung durch Teilrücktritt gemäß § 323 Abs. 1 BGB	144
c) Kritik des Ansatzes	146
2. Andere Ansätze auf der Grundlage des allgemeinen Rücktrittsrechts	148
a) Erläuterung der Ansätze	149
aa) Minderungswirkung des Teilrücktritts nach § 323 Abs. 1 BGB bei Schlechtleistungen	149
bb) Minderungswirkung des Total- bzw. Teilrücktritts nach § 326 Abs. 1 S. 2, Abs. 5 BGB bei Schlechtleistungen	150
b) Kritik der Ansätze	151
IV. Ergebnis	152
1. Schlussfolgerungen zur kündigungsrechtlichen Minderungslösung	152
2. Schlussfolgerungen zur schadensersatzrechtlichen Minderungslösung	153
3. Schlussfolgerungen zu den rücktrittsrechtlichen Minderungslösungen	154

5. Kapitel: Eigener Vorschlag einer Mängelgewährleistung im Dienstrecht	157
I. Einführung punktueller Elemente eines dienstrechtlichen Mängelgewährleistungsrechts	157
1. Anwendbarkeit der drei Elemente der Mängelgewährleistung und deren Zusammenspiel	158
2. (Teil-)Rücktritt bei Schlechterfüllung im Rahmen „projektbezogener“ Dienstverträge	162
3. Minderung bei Schlechtleistung von Diensten	163
4. Übertragbarkeit der Bestimmungen von § 438 Abs. 4, 5 BGB bzw. von § 634a Abs. 4, 5 BGB auf das vorgeschlagene Rücktritts- und Minderungsrecht	171
II. Schaffung eines Einklanges mit anderen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches	172
III. Zusammenfassung	174
1. Aufzählung maßgeblicher Ideen anderer Autoren	174
2. Quintessenz des Gewährleistungsvorschlags	175
Schlussthesen	179
I. Thesen zum 1. Kapitel	179
II. Thesen zum 2. Kapitel	179
III. Thesen zum 3. Kapitel	180
IV. Thesen zum 4. Kapitel	183
V. Thesen zum 5. Kapitel	185
Abkürzungsverzeichnis	187
Literaturverzeichnis	191