

# Zusammenfassung Habilitationsschrift Dr. Martin Illmer

## Strukturen eines Dienstleistungsvertragsrechts

### I. Hintergrund

Eine der gravierendsten Veränderungen der nationalen Volkswirtschaften und des europäischen Binnenmarktes der letzten Jahrzehnte ist der Wandel von der Industrie- hin zur Dienstleistungsgesellschaft. Während die Industrieproduktion und ihr Anteil am Bruttosozialprodukt kontinuierlich sinken, entwickeln sich Dienstleistungen in den verschiedensten Bereichen zum Beschäftigungs- und Wachstumsfaktor. Dies gilt zunehmend auch für den grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr. Jüngeren Schätzungen zufolge werden im Dienstleistungssektor mehr als 50% des Bruttosozialproduktes der Europäischen Union erwirtschaftet und mehr als 60% der Arbeitsplätze in der Europäischen Union gestellt. Trotz dieser zentralen Bedeutung ist das Dienstleistungsvertragsrecht im deutschen Recht ebenso wie in zahlreichen anderen europäischen Rechtsordnungen sowohl systematisch als auch in den inhaltlichen Grundfragen von Unvollständigkeit, Inkohärenz und Zersplitterung geprägt.

### II. Status quo und daraus erwachsende Fragestellungen

Während die Veräußerungs- und Gebrauchsüberlassungsverträge im deutschen Recht strukturell wie inhaltlich überwiegend stringent gestaltet sind, bilden die Vertragstypen der Tätigkeitsverträge – *de lege lata* also insbesondere die Grundvertragstypen des Dienstvertrags, des Werkvertrags sowie der unentgeltlichen (Auftrag) und entgeltlichen Geschäftsbesorgung – ein unübersichtliches Konglomerat, das keinem übergreifenden gesetzlichen Leitkonzept folgt. Die Tätigkeitsverträge erscheinen als systematisch unstrukturierte, inhaltlich lückenhafte sowie in sich nicht widerspruchsfreie und wenig aufbereitete Restmasse dessen, was nicht Veräußerung oder Gebrauchsüberlassung ist. Der Gesetzgeber hat die Regelungsregime bis auf einige arbeits- und bauvertragliche Ergänzungen seit Erlass des BGB weitgehend unberührt gelassen. In jüngerer Zeit ist allerdings eine Tendenz zur Schaffung von ergänzenden Sonderregimen für besondere Erscheinungsformen des Dienst- und Werkvertrags etwa in Gestalt des (schon älteren) Reisevertrags, des Behandlungsvertrags, des geplanten Bauvertrags und der privaten Entwürfe für ein Arbeitsvertragsgesetz erkennbar. In der Praxis verschwimmen die Grenzen zwischen den verschiedenen Vertragstypen der Tätigkeitsverträge zusehends. Die deutsche Rechtsprechung nimmt häufig gemischte Verträge an oder spaltet einen Vertrag in verschiedene Teilleistungen auf, die sie dann unterschiedlichen Vertragstypen zuordnet, um sachgerechte Lösungen zu erzielen. Bisweilen wendet sie auch Vorschriften des einen auf den anderen Vertragstyp an oder geht rein ergebnisorientiert – je nachdem, welches lückenhafte Regelungsregime von den Rechtsfolgen her besser geeignet erscheint – von einem der beiden Vertragstypen aus. Dabei tritt allerdings häufig das Problem auf, dass hinsichtlich eines Regelungsaspekts die Vorschriften des einen, hinsichtlich eines anderen Regelungsaspekts die Vorschriften eines anderen Vertragstyps besser geeignet erscheinen. Auch die Annahme eines Dienst- bzw. Werkvertrags mit Geschäftsbesorgungscharakter, welcher die Auftragsvorschriften in die beiden Grundvertragstypen „importiert“, erfolgt weithin typisiert für bestimmte, historisch überkommene Berufsgruppen bzw. ergebnisorientiert danach, ob die Auftragsvorschriften auf

Verträge des in Rede stehenden praktischen Lebenskontexts passen. Daneben wendet die Rechtsprechung allerdings auch unabhängig von dem Vorliegen eines Geschäftsbesorgungscharakters, der an sich über § 675 BGB das Eintrittstor für die Auftragsvorschriften in das Dienst- und Werkvertragsrecht darstellt, einzelne auftragsrechtliche Vorschriften auf Dienst- und Werkverträge an, wenn ihr dies sachgerecht erscheint. Insbesondere im Arbeitsvertragsrecht ist dies häufig zu beobachten.

Angesichts dessen stellen sich zahlreiche, miteinander zusammenhängende Fragen im Hinblick auf die vertragstypologische Struktur und den Inhalt des deutschen Rechts der Tätigkeitsverträge. Worin liegen der Grund bzw. die Rechtfertigung für die Existenz verschiedener Vertragstypen? Welcher *ratio legis* folgt die Einteilung der Vertragstypen? In welchem Verhältnis steht das sich im 20. Jahrhundert rasant entwickelnde Arbeitsvertragsrecht zu dem Recht des freien Dienst- und des Werkvertrags? Warum erfolgt kein einheitlicher Regelungszugriff, sondern werden der Dienst- und Werkvertrag nach der geschuldeten Leistung, der Auftrag nach der Entgeltlichkeit und die Geschäftsbesorgung nach dem konturenlosen Konzept ihrer selbst, der Geschäftsbesorgung, die weder im Gesetz noch *a priori* vorgegeben ist, zugeordnet? Mit diesen, die vertragstypologische Struktur betreffenden Fragestellungen korrespondieren ähnlich grundsätzliche Fragen hinsichtlich der inhaltlichen Grundentscheidungen des Rechts der Tätigkeitsverträge: Welche Vertragstypen weisen aus welchen Gründen welche Regelungen auf, bzw. warum sind manche Regelungen nur Bestandteil des einen, nicht aber der anderen Vertragstypen? In welcher Hinsicht sind die Regime der verschiedenen Vertragstypen inhaltlich lückenhaft? Wie ist mit solchen Lücken umzugehen? Zu diesem Zweck bietet es sich an, drei vertragstypologisch strukturprägende inhaltliche Aspekte herauszugreifen und eingehender zu untersuchen: die Haftung für Schlechtleistung, die Lohngefahrtragung und die Möglichkeiten einseitiger, insbesondere außerordentlicher Vertragsbeendigung, die für die bestehenden Vertragstypen der Tätigkeitsverträge erheblich voneinander abweichen. Wie erklären sich diese Abweichungen vor dem Hintergrund der jahrhundertelangen Entstehungsgeschichte? Gibt es für sie eine sachliche Rechtfertigung? Inwiefern haben Gesetzgebung, vor allem jedoch Rechtsprechung, Rechtswissenschaft und private Rechtsetzung die bei Erlass des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestehenden Abweichungen bis heute eingeebnet?

Auch der europäische Gesetzgeber verfolgt im Bereich des Dienstleistungs- einschließlich des Dienstleistungsvertragsrechts bis heute keine kohärente Strategie. Während einige sektorspezifische Bereiche ausführlicher geregelt sind, finden sich in anderen Bereichen überhaupt keine Regelungen. Diese Fragmentierung wird dadurch verschärft, dass sowohl im Verhältnis von europäischem Primär- zu Sekundärrecht als auch innerhalb des Sekundärrechts die Terminologie uneinheitlich ist. Weder der Begriff der Dienstleistung noch der des Dienstleistungsvertrags sind im europäischen Recht einheitlich definiert. Der Vorschlag der Europäischen Kommission für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (KOM(2011) 635 endgültig), der neben dem Kaufvertrag auch mit dem Kauf verbundene Dienstleistungen erfasste, ist bis auf weiteres gescheitert. Auch die Zukunft des *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, der einen gesonderten Abschnitt zu *service contracts* als einem eigenständigen Vertragstyp enthält, und seine Rolle bei der Schaffung eines gemeineuropäischen Privat- oder zumindest Vertragsrechts sind heute unklar. Vor dem Hintergrund des Wettbewerbs der Rechtsordnungen bei der Schaffung eines europäischen Einheitsrechts erscheint es daher umso wichtiger, das deutsche Recht der Tätigkeitsverträge einer eingehenden kritischen Analyse zu unterziehen, um es auf dieser Grundlage *de lege*

*ferenda* weiterzuentwickeln und als ein in sich schlüssiges, kohärentes Modell im europäischen Diskurs zu präsentieren. Die wohl größte Schwierigkeit der Verfasser des DCFR-Abschnitts zu den *service contracts* bestand schließlich darin, in rechtsvergleichender Hinsicht auf die Schwierigkeit zu stoßen, dass die nationalen Dienstleistungsvertragsrechte inhaltlich lückenhaft und widersprüchlich sowie vertragstypologisch verstreut nur schwer zugänglich waren und daher weder als Regelungs- noch als Vergleichsmodell taugten. In ihrer Not entwickelten die Verfasser des DCFR schlicht ein eigenes Regelungsmodell, das nicht auf einer rechtsvergleichenden Basis beruht, sondern vom Grundkonzept her wohl am niederländischen Recht orientiert ist – derjenigen Rechtsordnung, welcher die maßgeblichen Verfasser des Abschnitts über *service contracts* entstammen. Den Regelungen des DCFR wird in der Habilitationsschrift nicht weiter nachgegangen. Der Verfasser hat sich mit ihm bereits in gesonderten Publikationen auseinandergesetzt.

### III. Stand der Forschung

In der deutschen Rechtswissenschaft gibt es kaum grundlegende Forschung zur Taxonomie und Systematik der Tätigkeitsverträge. Stattdessen führen in mittlerweile kaum noch überschaubarer Anzahl von Rechtspraktikern verfasste Leitfäden und Praxishandbücher durch den Regelungsdschungel und die Kasuistik einzelner, in der Praxis besonders relevanter Erscheinungsformen der Dienstleistungsverträge, etwa des Architekten-, Bau-, Arzt- und Rechtsanwaltsvertrages. Der Fokus solcher Werke liegt – angesichts des Adressatenkreises verständlicherweise – nicht darin, ein in sich geschlossenes System zu schaffen, sondern problemorientiert Lösungen für die praktisch auftretenden Probleme spezieller Untertypen bzw. Erscheinungsformen der Tätigkeitsverträge anzubieten.

### IV. Vorgehen und wesentliche Erkenntnisse der Habilitationsschrift

#### 1. Ziel

Das Ziel der Habilitationsschrift mit dem Titel „Strukturen eines Dienstleistungsvertragsrechts“ besteht darin, die systematischen und inhaltlichen Grundstrukturen eines einheitlich konzipierten Dienstleistungsvertragsrechts für das deutsche Recht *de lege ferenda* zu entwickeln. Ein einheitlicher Dienstleistungsvertrag würde sich als eine dritte, systematisch stringente Säule neben den Veräußerungs- und Überlassungsverträgen in das besondere Schuldrecht einfügen.

#### 2. Forschungsansatz

Der Forschungsansatz der Arbeit ist ein historisch-kritischer, der in der Sache auf die Strukturen und die wesentlichen inhaltlichen Grundentscheidungen des Rechts der Tätigkeitsverträge fokussiert ist. Dementsprechend werden das Recht der Tätigkeitsverträge von den Ursprüngen im römischen Recht bis zu den darauf aufbauenden Strukturen im Bürgerlichen Gesetzbuch und im Anschluss daran die Entwicklung des Rechts der Tätigkeitsverträge seit Erlass des Bürgerlichen Gesetzbuchs eingehend untersucht, um aus der Analyse und kritischen Bewertung die maßgeblichen Schlüsse für eine Neugestaltung *de lege ferenda* zu ziehen. Neben den beiden Grundvertragstypen des Dienst- und Werkvertrags schließen die zu entwickelnden Strukturen eines Dienstleistungsvertragsrechts das Recht der unentgeltlichen (Auftrag) und entgeltlichen Geschäftsbesorgung mit ein. Im Hintergrund der

Analyse steht – *de lege lata* wie *de lege ferenda* – stets die Entwicklung hin zu einem einheitlichen Vertragstyp der Tätigkeitsverträge in der Form des Dienstleistungsvertrags.

Die gewählte historisch-kritische Analyse hat sich als ideale Voraussetzung für die Schaffung neuer Strukturen eines Dienstleistungsvertragsrechts erwiesen. Der zentrale Grund hierfür besteht darin, dass bereits die Verfasser des BGB die entscheidenden Weichen hinsichtlich der Vertragstypologie und der inhaltlichen Ausgestaltung der Grundvertragstypen der Tätigkeitsverträge aufgrund der Orientierung des Werkvertrags am Kaufvertrag als Austauschvertrag und des Dienstvertrags teilweise am Arbeitsvertrag, teilweise am immer noch unentgeltlich gedachten Auftrag in einer verfehlten Art und Weise stellten. Die Analyse der Entstehungsgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuchs legt diese verfehlten Weichenstellungen offen und weist dabei häufig bereits den Weg nicht nur zu einer sachgerechteren, sondern auch zu einer Dienst- und Werkvertrag vereinheitlichenden Lösung *de lege ferenda*. Die Analyse des römischen Rechts und vom römischen Recht über das *ius commune* bis hin zur Pandektenwissenschaft des 19. Jahrhunderts, auf welcher die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuchs aufbauten, zeigt dabei überraschende historische Brüche der Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuchs mit jahrhundertelangen Traditionen sowie Fehlinterpretationen der römischen Quellen. Dementsprechend kehren die hier *de lege ferenda* entwickelten Strukturen eines Dienstleistungsvertragsrechts in einigen zentralen Regelungsfragen zu den Ursprüngen im römischen Recht und in der Rezeption des römischen Rechts im *ius commune* zurück, welche die Verfasser des BGB ohne Not, ohne nähere Begründung und ohne ein alternatives Konzept verwarfen – bisweilen wohl, ohne dass sie sich der Tragweite bewusst waren.

### 3. Vorgehen

Die Habilitationsschrift gliedert sich in fünf Teile. In einem ersten Teil werden als Grundlagen zunächst die Systematik des Rechts der Schuldverhältnisse und die Vertragstypologie des Bürgerlichen Gesetzbuchs erörtert. Darauf aufbauend werden in einem zweiten und dritten Teil die vertragstypologischen Strukturen und die inhaltlichen Grundentscheidungen der Schlechtleistungshaftung, der Lohngefahrtragung und der einseitigen, insbesondere außerordentlichen Vertragsbeendigungsmöglichkeiten von den Ursprüngen im römischen Recht über das *ius commune*, die Pandektenwissenschaft und die frühen Kodifikationen und Kodifikationsentwürfe des 19. Jahrhunderts bis zur Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, die den Schwerpunkt bildet, vor dem Hintergrund der oben formulierten Fragen analysiert und einer kritischen Bewertung unterzogen. Ausgehend vom Bürgerlichen Gesetzbuch in der Fassung von 1900 wird anschließend die postkodifikatorische Entwicklung analysiert. *De lege lata* wird der Frage nachgegangen, ob bzw. inwieweit sich die von den Verfassern des BGB geschaffenen Strukturen und inhaltlichen Grundentscheidungen seit Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs in Rechtsprechung, Rechtswissenschaft und privater Rechtsetzung aufgelöst haben. Dabei stehen zwei miteinander zusammenhängende Aspekte im Vordergrund: die Dichotomie von selbständigem und unselbständigem Dienstvertrag und die Dichotomie von selbständigem Dienstvertrag und Werkvertrag. Ergänzt werden diese beiden zentralen Aspekte von der weitgehend durch die Analyse der Entstehung des BGB determinierten Rolle der Auftragsvorschriften. Aus der kritischen Bewertung der postkodifikatorischen Entwicklung und der vorgelagerten Entstehungsgeschichte des BGB unter Berücksichtigung der historischen Wurzeln bis in das römische Recht werden Strukturen eines einheitlichen

Dienstleistungsvertragsrechts *de lege ferenda* entwickelt und in das allgemeine und besondere Schuldvertragsrecht eingebettet. Der fünfte Teil fasst diese Strukturen eines einheitlichen Dienstleistungsvertragsrechts und damit die wesentlichen Erkenntnisse der Arbeit zusammen.

#### 4. Wesentliche Erkenntnisse

Die *de lege ferenda* entwickelten Strukturen eines Dienstleistungsvertragsrechts knüpfen so weit wie möglich an Bekanntes an – an Elemente und Regelungen, die sich bereits *de lege lata* im Dienstvertrags-, Werkvertrags- und Auftragsrecht finden. Sie ordnen diese jedoch grundlegend neu und modifizieren sie insofern, als sie nicht sachgerecht erscheinen, in Gestalt einer einheitlichen Lösung für sämtliche selbständigen Tätigkeitsverträge.

Ungeachtet einheitlicher Lösungen der zentralen inhaltlichen Grundentscheidungen des Rechts der Tätigkeitsverträge bleibt auch in einem einheitlichen Dienstleistungsvertragsrecht die Differenzierung zwischen reinen Tätigkeitsverpflichtungen und Erfolgsverpflichtungen, also Verpflichtungen zur Herbeiführung eines Erfolgs durch eine Tätigkeit, relevant und zentral. Sie befriedigt ein Grundbedürfnis im Recht der Tätigkeitsverträge: Will bzw. soll der Tätigkeitsschuldner nur die Tätigkeit erbringen oder auch für den mit ihr zu erzielenden und dann auch vereinbarten Erfolg einstehen? Dies ist nichts weiter als die unvermeidbare Frage danach, was für eine Tätigkeit der Schuldner genau versprochen hat und dementsprechend zur Erfüllung schuldet. Die Differenzierung der Hauptleistungspflichten begründet jedoch keine verschiedenen Vertragstypen mit voneinander abweichenden Regelungsregimen. Vielmehr werden alle zentralen Regelungsaspekte ungeachtet der Dichotomie der Hauptleistungspflichten einheitlichen Regeln unterworfen, die konsequent an der Rechtsnatur des einheitlichen Dienstleistungsvertrags als Tätigkeitsvertrag ausgerichtet sind. Der entscheidende Vorteil dieser Vereinheitlichung der zentralen inhaltlichen Grundentscheidungen besteht darin, dass ein Tätigkeitsvertrag nicht mehr orientiert an den passenden Rechtsfolgen einem der zwei *de lege lata* bestehenden Grundvertragstypen zugeordnet werden muss, obwohl hinsichtlich verschiedener Regelungsaspekte die Regelungen verschiedener Vertragstypen sachgerecht erscheinen. Stattdessen unterfällt er als Dienstleistungsvertrag einem für ihn als *Tätigkeitsvertrag* einheitlichen und durch die vorgeschlagenen Modifizierungen auch durchweg sachgerechten Regelungsregime. Die Unterwerfung unter einheitliche Regelungen schließt es allerdings nicht aus, dass hinsichtlich einzelner Tatbestandsvoraussetzungen, etwa der Ausfüllung des Mangelbegriffs, oder einzelner Regelungsbedürfnisse, etwa einer speziellen Annahmeverzugsregelung für projektbezogene Tätigkeitsverträge, Binnendifferenzierungen und ergänzende Regelungen für bestimmte Konstellationen geschaffen werden.

Im Hinblick auf die drei näher untersuchten inhaltlichen Grundentscheidungen hat sich ergeben, dass sich die Schlechtleistungshaftung am Werkvertragsrecht und die Gefahrtragung am Dienstvertragsrecht orientiert, während die außerordentliche Vertragsbeendigung einschließlich der Vergütungsfolgen eine Neuordnung der dazu im Dienst- und Werkvertragsrecht vorgesehenen Lösungselemente unter Berücksichtigung der Ursprünge im Auftragsrecht des Entwurfs der 1. Kommission darstellt.

Im Hinblick auf die Schlechtleistungshaftung besteht die zentrale Modifizierung *de lege ferenda* im Hinblick das Werkvertragsrecht darin, dass der Rechtsbehelf des Rücktritts aufgegeben wird, da ihm bei Tätigkeitsverträgen generell keine eigenständige Bedeutung

zukommt, weil er im Wege des Wertersatzes stets auf eine Minderung hinausläuft. Im Hinblick auf das Dienstvertragsrecht liegt die zentrale Modifizierung *de lege ferenda* darin, dass überhaupt eine über das in dieser Hinsicht unzureichende allgemeine Leistungsstörungenrecht hinausgehende Schlechtleistungshaftung vorgesehen ist. Sie ist bis auf die abweichende Ausfüllung des Mangelbegriffs durch den Bezug der Ist- und der Sollbeschaffenheit zu der geschuldeten Tätigkeit anstelle des geschuldeten Erfolgs und die weitgehende Irrelevanz der Differenzierung zwischen verschuldensunabhängigen und verschuldensabhängigen Rechtsbehelfen mit der des Werkvertrags identisch. Demgegenüber unterscheidet sich die *de lege ferenda* entwickelte einheitliche Schlechtleistungshaftung der Tätigkeitsverträge zumindest in manchen Punkten tätigkeitsspezifisch von der des Kaufrechts.

Im Hinblick auf die Lohngefahrtragung ist der Werkvertrag *de lege ferenda* aus der verfehlten Ausrichtung am Kauf zu befreien und kann dann einer einheitlichen, aus der dienstvertraglichen Lohngefahrtragungsregel des § 615 BGB entwickelten und dabei leicht modifizierten Gefahrtragungsregel unterstellt werden. Danach hat der Tätigkeitsschuldner trotz einer Unmöglichkeit seiner Leistung den vollen Vergütungsanspruch abzüglich ersparter Aufwendungen und durch Einsatz der frei gewordenen Arbeitskraft alternativ erzielten oder böswillig nicht erzielten Verdiensts, solange er selbst – unabhängig von der Verfügbarkeit des Leistungssubstrats – leistungsbereit und -willig ist. Dies stellt die von den Verfassern des BGB im Bruch mit der historischen Tradition abgelehnte Lohngefahrtragung nach Risikosphären wieder her und ordnet dabei das Leistungssubstratrisiko dem Tätigkeitsgläubiger zu. Die von den Verfassern des BGB und auch postkodifikatorisch geäußerte Kritik an einer Lohngefahrtragung nach Risikosphären vermag in der Sache und damit *de lege ferenda* nicht zu überzeugen, da sie auf der verfehlten Orientierung am Kaufvertrag beruht. Insbesondere die Zuweisung des Leistungssubstratrisikos zu dem Tätigkeitsgläubiger erscheint als die einzig sachgerechte, *tätigkeitsvertragsspezifische* Lösung. Mit ihr lassen sich auch die meisten derjenigen Fälle sachgerecht gelöst, die *de lege lata* durch eine Ausdehnung des § 645 BGB zu lösen versucht werden. Eine ausnahmsweise Lohngefahrtragung des Tätigkeitsschuldners im Falle einer Realisierung des Leistungssubstratrisikos ist nur in denjenigen Fällen sachgerecht, in denen die Unmöglichkeit der Leistung bei eigener Leistungsbereitschaft des Tätigkeitsschuldners auf einem Umstand aus seiner Sphäre beruht. Im Hinblick auf diese Fälle ist die an § 615 BGB orientierte Grundregel um eine entsprechende Ausnahme zu ergänzen. Ein Unterschied zwischen Tätigkeits- und Erfolgsverpflichtung besteht erneut lediglich in der konkreten Anwendung der einheitlichen Lohngefahrtragungsregel: Bei der Tätigkeitsverpflichtung bezieht sich die Leistungsbereitschaft und -willigkeit – unabhängig von der Verfügbarkeit des Leistungssubstrats – allein auf das persönliche Verfügbarkeitsrisiko des Tätigkeitsschuldners, da er allein seine Arbeitskraft schuldet. Bei der Erfolgsverpflichtung bezieht sich die Leistungsbereitschaft und -willigkeit hingegen über das persönliche Verfügbarkeitsrisiko hinaus auch auf das Durchführungsrisiko, sofern dessen Verwirklichung zur Unmöglichkeit der Leistung führt und damit einen Fall der Lohngefahrtragung auslöst. Die Zuweisung des Durchführungsrisikos ist gerade Ausdruck der Erfolgsverpflichtung. Die Leistungsfähigkeit und -willigkeit des Tätigkeitsschuldners bezieht sich somit je nach vereinbarter Hauptleistungspflicht nicht nur auf die geschuldete Tätigkeit, sondern auch auf die Erzielung des geschuldeten Erfolgs. Um die Fälle projektbezogener Tätigkeitsverpflichtungen, bei denen mit dem Annahmeverzug nicht stets eine Unmöglichkeit der Leistung eintritt, sachgerecht zu erfassen, ist eine an § 642 BGB orientierte Regelung vorzusehen, die einen

Entschädigungsanspruch für diejenigen Fälle vorsieht, in denen der Tätigkeitsgläubiger eine notwendige Mitwirkungshandlung unterlässt, ohne dass dadurch die Leistung unmöglich wird und sich damit die Frage der Lohngefahrtragung stellt.

Im Hinblick auf ein außerordentliches Kündigungsrecht der Parteien folgt die Neuordnung *de lege ferenda* nicht im Wesentlichen dem – wenn auch inhaltlich modifizierten – Regelungsmodell eines der bestehenden Vertragstypen. Vielmehr wird aus den Bausteinen der bestehenden Regelungen ein einheitliches, tätigkeitsvertragsspezifisches Regelungsregime entwickelt. Danach steht beiden Parteien eines Dienstleistungsvertrags neben einem Kündigungsrecht aus wichtigem Grund angesichts der besonderen Interessenlage bei Tätigkeitsverträgen und dem finanziellen Ausgleich durch eine differenzierte Vergütungsfolgeregelung auch ein freies Kündigungsrecht zu, wobei das des Tätigkeitsschuldners durch die Beschränkung des § 627 Abs. 2 BGB (keine Kündigung zur Unzeit) qualifiziert ist. Hinsichtlich der Vergütungsfolgen wird *de lege ferenda* ein einheitliches Regime aus den bestehenden Elementen der dienst- und werkvertraglichen Vergütungsfolgeregelungen der §§ 628 Abs. 1 und 649 BGB geschaffen. An die Stelle der Dichotomie von Dienst- und Werkvertrag oder einer freien Kündigung und einer aus wichtigem Grund tritt jene, in § 628 Abs. 1 S. 2 BGB bereits angelegte zwischen einer anlasslosen und einer durch ein vertragswidriges Verhalten der anderen Partei veranlassten Kündigung, ergänzt um einen Schadensersatzanspruch. Dabei verfolgt das differenzierte Vergütungsfolgeregime konsequent das Veranlasserprinzip und erzielt dementsprechend einen Gleichlauf der Vergütungsfolgeregeln mit den wertungsmäßig entsprechenden Lohngefahrtragsregeln. In der Sache setzt es stets die Maxime des vollständigen finanziellen Ausgleichs des durch die Kündigung frustrierten negativen Vergütungs- und positiven Erfüllungsinteresses um.

Aus der Analyse der privaten Rechtsetzung und des Gesetzentwurfs der Bundesregierung vom März 2016 zur Reform des Bauvertragsrechts wird schließlich als ein weiterer zentraler inhaltlicher Baustein des einheitlichen Dienstleistungsvertragsrechts eine eigene zweistufige Regelung zu nachträglichen Vertragsänderungen von Dienstleistungsverträgen durch den Tätigkeitsgläubiger entwickelt, die ein zweistufiges Modell verfolgt: Auf der ersten Stufe hat der Tätigkeitsschuldner dem die nachträgliche Vertragsänderung begehrenden Tätigkeitsgläubiger ein Änderungsangebot mit dem Ziel zu unterbreiten, eine Einigung über die Vertragsänderung zu erzielen. Können die Parteien eine solche Einigung nicht erzielen, steht dem Tätigkeitsgläubiger auf der zweiten Stufe das Recht zu, die von ihm begehrte Änderung vorbehaltlich der Unzumutbarkeit der Änderung für den Tätigkeitsschuldner einseitig anzuordnen. Im Falle einer einseitigen Anordnung sind die von der Änderung betroffenen Regelungsaspekte des Vertrags, darunter insbesondere die Vergütung und der Leistungszeitraum objektiv anzupassen. Im Falle der Reduzierung des Leistungsumfangs gilt im Hinblick auf die Anpassung der Vergütung eine an § 649 BGB orientierte Regelung, nach welcher der Tätigkeitsgläubiger den vollen Lohn schuldet, sich der Tätigkeitsschuldner jedoch dasjenige anrechnen lassen muss, was er infolge der Reduzierung des Leistungsumfangs an Aufwendungen erspart hat und was er durch anderweitigen Einsatz seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt.

Für das seit dem Erlass des BGB verunglückte System des unentgeltlichen Auftrags und der entgeltlichen Geschäftsbesorgung in Gestalt der Verweisungsnorm des § 675 ist in einem einheitlichen Dienstleistungsvertragsrecht *de lege ferenda* kein Platz. Vielmehr sind die

Auftragsvorschriften – von denen einige gegebenenfalls zu streichen sind – in ein einheitliches Dienstleistungsvertragsrecht zu integrieren. Ihre Geltung hängt weder davon ab, ob nur eine Tätigkeit oder ein Erfolg geschuldet ist, noch davon, ob die geschuldete Tätigkeit entgeltlich oder unentgeltlich erbracht wird. Dementsprechend wendet das Bundesarbeitsgericht bereits *de lege lata* einzelne Vorschriften des Auftragsrechts auf Arbeitsverträge an und in den Berufsordnungen freier Berufe finden sie sich ebenso. Insbesondere die stellvertretungsrelevanten Regelungen bestimmen ihren sachlichen Anwendungsbereich selbst, da die von ihnen erfassten Regelungsfragen regelmäßig nur im Falle rechtsgeschäftlichen Handelns für eine andere Person relevant werden. Ihre wichtige Funktion für die Geschäftsführung ohne Auftrag und für andere über das BGB verstreute Rechtsverhältnisse per Verweisung wird durch die Einbettung in ein einheitliches Dienstleistungsvertragsrecht unabhängig von der Binnenverortung in jedem Fall nicht berührt. Für unentgeltliche Ausgestaltungen des Dienstleistungsvertrags ist eine Regelung aufzunehmen, nach welcher mit gewissen Auslassungen im Hinblick auf Regelungen, die mit der Entgeltlichkeit verknüpft sind, und einer Modifizierung für die Schlechtleistungshaftung die dienstleistungsvertragsrechtlichen Regelungen gelten.

Die bereits *de lege lata* herausgearbeitete Vertiefung der Dichotomie des selbständigen Dienstvertrags und des Arbeitsvertrags wird durch die *de lege ferenda* für den selbständigen Dienst- als Teil eines einheitlichen Dienstleistungsvertrags entwickelten Lösungen noch verstärkt. Weder die umfassende Schlechtleistungshaftung, die jener des Werkvertrags ohne Rücktritt entspricht, noch das umfassende freie Kündigungsrecht beider Parteien erscheinen hinsichtlich des Arbeitsvertrags sachgerecht. Allein die *de lege ferenda* entwickelte einheitliche Lohngefahrtragung, die auf § 615 BGB aufbaut, könnte jedenfalls als Grundregel auch für den Arbeitsvertrag Geltung beanspruchen, was *de lege lata* bereits der Fall ist, allerdings einschließlich des Vorbehalts des geltenden § 615 S. 3 BGB in Ansehung der Betriebsrisikolehre. Berücksichtigt man die zunehmenden Differenzen hinsichtlich zahlreicher anderer Regelungsaspekte, die insbesondere in der arbeitsvertragsrechtlichen Sondergesetzgebung zum Ausdruck kommen, führt kein Weg daran vorbei, den Arbeitsvertrag aus dem zu schaffenden Dienstleistungsvertrag auszugliedern. Für die Aufnahme des Arbeitsvertrags stehen die Entwürfe für ein Arbeitsvertragsgesetz bereit, die gleichzeitig der Konsolidierung der arbeitsrechtlichen Sondergesetzgebung dienen. Aus Sicht eines solchen Arbeitsvertragsgesetzes wäre dann auch zu entscheiden, welche Vorschriften des BGB, darunter auch des neuen Dienstleistungsvertragsrechts auf den Arbeitsvertrag zur Anwendung kommen sollen. Mit der Herauslösung des Arbeitsvertrags aus dem zu schaffenden Dienstleistungsvertrag wird nicht nur dem Arbeitsvertrag Genüge getan. Auch der in dem Dienstleistungsvertrag aufgehende selbständige Dienstvertrag wird dadurch aus dem Korsett des Arbeitsvertrags in den §§ 611 ff BGB befreit. Erst dann können diese Regelungen ohne Rücksicht auf Arbeitsverträge gemeinsam mit den dem selbständigen Dienstvertrag nahestehenden Werkvertrags- und auftragsrechtlichen Regelungsregimen zu einem einheitlichen, umfassenden Dienstleistungsvertrag weiterentwickelt werden.

Auf der Grundlage der herausgearbeiteten Strukturen eines Dienstleistungsvertragsrechts *de lege ferenda* zeichnet sich in der Gesamtschau mit der bereits *de lege lata* erkennbaren Tendenz zur Schaffung von Sonderregimen für besondere Erscheinungsformen des Dienst- und Werkvertrags ein bestimmtes Regelungsmodell ab. Dieses besteht aus einem allgemeinen einheitlichen Dienstleistungsvertragsrecht, welches durch besondere, teilweise bereits geschaffene, teilweise sich erst abzeichnende Regelungsregime etwa für den Arbeitsvertrag,



den Behandlungsvertrag, den Bauvertrag, den Reisevertrag und den Architektenvertrag ergänzt wird. Das allgemeine Dienstleistungsvertragsrecht enthält dabei für alle Dienstleistungsverträge geltende Regelungen, die erwähnten Sondermaterien konstituieren besondere Dienstleistungsvertragsrechte, die mit dem allgemeinen verzahnt sind. Dies erinnert von der Grundstruktur her ein wenig an den Teil über „Services“ im *Draft Common Frame of Reference*. Das allgemeine Dienstleistungsvertragsrecht tritt dabei zudem insofern an die Stelle des allgemeinen Leistungsstörungsrechts, als dieses wegen seiner Ausrichtung am Kauf auf Tätigkeitsverträge nicht passt. Für Dienstleistungsverträge führt dies zu einer Normhierarchie mit drei Stufen: Auf der ersten Stufe steht das jeweilige Sonderdienstleistungsvertragsrecht für eine bestimmte Erscheinungsform. Sofern dieses keine Regelung enthält, kann auf das allgemeine, in dieser Arbeit herausgearbeitete Dienstleistungsvertragsrecht zurückgegriffen werden. Erst auf der letzten Stufe kommt subsidiär allgemeines Leistungsstörungsrecht zur Anwendung, sofern es nicht wegen der Ausrichtung am Austauschcharakter des Kaufvertrags für Tätigkeitsverträge unpassend erscheint.