

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 Bähns	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. Locatio Conductio	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
D. Abgrenzung des Dienstvertrags von dem Werkvertrag	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

<i>E. Abgrenzung des Werkvertrags von dem Kaufvertrag</i>	171
<i>F. 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
<i>G. 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 struktureller 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 dienstvertragsspezifischen 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>	<i>358</i>
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) Verfehlte 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) Verfehltes 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

<i>E. Entwicklung des Mietrechts</i>	<i>479</i>
<i>F. Entwicklung des Dienstvertragsrechts</i>	<i>480</i>
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
<i>G. Entwicklung des Werkvertragsrechts</i>	<i>502</i>
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. Entwicklung von Auftrag und Geschäftsbesorgung	545
I. Zusammenfassung.....	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 Gefahrtragungsregel	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 Lohngefahrtragungsregel 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
<i>D. Entwicklung zentraler inhaltlicher Regelungsaspekte des Auftrags</i>	833
<i>E. 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
<i>F. Zusammenfassung</i>	842
I. Allgemeine Erkenntnisse	842
II. Dienstvertrag	842
III. Werkvertrag	844
IV. Auftrag	845

Sechster Teil

Private Rechtsetzung

<i>A. Einleitung</i>	847
<i>B. 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
<i>C. 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. Lohngefahrtragung und unterlassene Mitwirkungshandlungen.....	863
1. Lohngefahrtragung	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. Lohngefahrrtragung	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. Gebrauchsüberlassung.

Ein zentraler vertragstypologisch-struktureller Unterschied der Dienstleistungsverträge gegenüber den Veräußerungs- und Gebrauchsüberlassungsverträgen 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 Gebrauchsüberlassungsverträge 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 (Gebrauchsüberlassung). 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 Strukturneuordnung *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 Zivilrechtsvergleichung 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 Architektenrecht*; Kniffka (Hg.), *Bauvertragsrecht, Kommentar zu den Grundzügen des gesetzlichen Bauvertragsrechts (§§ 631–651 BGB)* unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs; Messerschmidt/Voit (Hg.), *Privates Baurecht, Kommentar zu §§ 631 ff. BGB*; Glöckner/von Berg (Hg.), *Bau- und Architektenrecht*; von Wietersheim (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*; Stollpflug/Meier/Tadayon u. a. (Hg.), *Handbuch Medizinrecht: Grundlagen – Rechtsprechung – Praxis*.

¹⁶ Siehe etwa Marly, *Praxishandbuch Softwarerecht: Rechtsschutz und Vertragsgestaltung*, (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. Jedem 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.

Erster Teil

Grundlagen

A. Einleitung

Setzt man sich zum Ziel, Strukturen eines Dienstleistungsvertragsrechts zu schaffen, sind die bestehenden Vertragstypen des Rechts der Dienstleistungsverträge in ihrer historischen Entwicklung, ihrem systematischen Verhältnis zueinander sowie in ihrer inhaltlichen Ausgestaltung *de lege lata* kritisch zu analysieren und je nach Befund und ermitteltem Bedürfnis *de lege ferenda* neu zu ordnen und inhaltlich auszugestalten. Dies erfordert es, zwei Grundlagen des Rechts der einzelnen Schuldverhältnisse in der gebotenen Kürze in den Blick zu nehmen, auf denen die Analyse der Systematik des Rechts der Dienstleistungsverträge *de lege lata* und deren Fortentwicklung *de lege ferenda* beruhen.

Zum einen ist die generelle Systematik des Rechts der einzelnen Schuldverhältnisse im Hinblick auf die gewählte Einteilung und Anordnung der Schuldverhältnisse herauszuarbeiten, da das Recht der Dienstleistungsverträge systematisch in das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse eingebettet ist, so dass sich die generelle Systematik im Recht der Dienstleistungsverträge widerspiegelt.

Zum anderen ist anknüpfend an die Analyse der Einteilung und Anordnung der einzelnen Schuldverhältnisse die generelle Typologie der vertraglichen Schuldverhältnisse von den römisch-rechtlichen Wurzeln bis zum Bürgerlichen Gesetzbuch zu untersuchen, da die einzelnen Vertragstypen des Rechts der Dienstleistungsverträge auf der allgemeinen Vertragstypologie des Bürgerlichen Gesetzbuchs aufbauen. Dabei stehen zwei Fragen im Vordergrund: erstens jene nach den Funktionen der Vertragstypen im Wandel der Zeit und zweitens jene nach der Zuordnung inhaltlich frei ausgestalteter Verträge zu den gesetzlichen Vertragstypen.

B. Systematik des Rechts der einzelnen Schuldverhältnisse

Die Systematik des besonderen Schuldrechts in seiner Gesamtheit wird selten behandelt, geschweige denn, einer genaueren Analyse unterzogen.¹ An dieser Stelle soll der Frage insoweit näher nachgegangen werden, als sie die Einteilung und Anordnung der einzelnen Schuldverhältnisse des besonderen Schuldrechts betrifft und für das Verständnis der inneren Systematik bzw. Ordnung des Rechts der Dienstleistungsverträge relevant ist.

I. Römisches Recht

Den römischen Juristen war ein vertragstypologisches Verständnis des Obligationenrechts weitgehend fremd. Stattdessen herrschte, jedenfalls im klassischen römischen Recht, ein aktionenrechtliches Denken vor.² Ohne *actio* war eine Obligation nicht klagbar und damit nicht durchsetzbar. Die Edikte der Prätores regelten keine Vertragstypen, sondern enthielten die zur Durchsetzung von Obligationen verfügbaren *actiones*. Freilich waren die *actiones* damit indirekt auch typusbegründend: Alle Ansprüche, die mit ein und derselben *actio* durchsetzbar waren, waren demselben Vertragstyp zuzurechnen und konstituierten die diesem Vertragstyp korrespondierenden Rechte und Pflichten der Parteien. Die *actiones* in den Edikten der Prätores waren kein einmaliges Produkt mit systematischem Anspruch, sondern ein über Jahrhunderte nach den Bedürfnissen des sich wandelnden Lebens und Wirtschaftens im römischen Reich gewachsener Kanon an Klageformeln.

Allein zu Schul- und damit Veranschaulichungszwecken, nicht jedoch mit dem Anspruch der Schaffung eines Systems des geltenden Rechts,³ legten einzelne Juristen der klassischen Zeit, deren prominentester *Gaius* war, über die mit den *actiones* korrespondierenden Vertragstypen eine Einteilung auf zwei übergeordneten Abstraktionsebenen an. Anders als die Vertragstypen, die, bis auf die weit in das vorklassische Recht zurückreichende *stipulatio*, inhaltlich, nämlich nach dem Inhalt der Klageformeln, determiniert waren, orientierten sich die beiden übergeordneten Einteilungen am Entstehungsgrund. Dies ergab ein System des Obligationenrechts auf drei absteigenden Abstraktionsebenen.

Auf der oberen Abstraktionsebene erfolgte eine am Entstehungsgrund orientierte Zweiteilung in Obligationen *ex contractu* und *ex delicto*,⁴ die *Gaius* später um eine dritte Restkategorie *ex variis causarum figuris* ergänzte.⁵

¹ Zu diesem Schluss gelangt auch HKK/*Hofer*, Vor § 433, Die Systematik des Besonderen Schuldrechts, Rn. 2.

² Dazu näher unten Erster Teil, C. II. 1. a).

³ Ebenso *Zimmermann*, Law of Obligations, 14; *Kaser*, ZSS RA 70 (1953) 127, 158.

⁴ *Gai* III, 88.

⁵ *Gai* D. 44, 7, 1 pr.

Letztere erfasste als Sammelbecken all jene Obligationen, die weder als vertraglich noch deliktisch zu qualifizieren waren.

Auf der mittleren Abstraktionsebene unterteilte *Gaius* die Obligationen *ex contractu* wiederum in vier an der Art und Weise der Entstehung der Obligation orientierte Unterkategorien: *re*, *verbis*, *litteris* und *consensu*.⁶ Die Realkontrakte (*re*) wurden durch Sachhingabe begründet, die Verbalkontrakte (*verbis*) durch eine rituelle Wortform und die Litteralkontrakte (*litteris*) durch Eintragung einer Geldschuld in ein Buch. Die Konsensualkontrakte (*consensu*) bedurften zur ihrer Verbindlichkeit anders als die drei anderen Unterkategorien, bei denen mit der Sachhingabe, einer Wortformel oder der schriftlichen Niederlegung eine bestimmte Form der Begründung zur Willenseinigung hinzutreten mussten, allein der Willensübereinstimmung der Parteien.⁷ Im Gegenzug waren die einzelnen Konsensualkontrakte über den Inhalt der entsprechenden *actiones* im prätorischen Edikt inhaltlich genau festgelegt.

Die untere Abstraktionsebene bildeten die den *actiones* entsprechenden, bis auf die *stipulatio* inhaltlich determinierten Vertragstypen. Die Realkontrakte (*re*) umfassten insbesondere das *mutuum* (Darlehen), aber trotz einiger Unterschiede auch *commodatum* (Gebrauchslleihe), *depositum* (Verwahrung), *pignus* (Verpfändung) und *fiducia* (Treuhand). Die Verbalkontrakte (*verbis*) umfassten neben den sehr spezifischen *dotis dictio* (Mitgiftversprechen) und *promissio operarum* (Tätigkeitsversprechen freigelassener Sklaven) insbesondere die *stipulatio* als eine der hervorstechendsten Schöpfungen des römischen Vertragsrechts. Bei den Litteralkontrakten (*litteris*) handelte sich um einem Schuldschein gleiche Buchforderungen anstelle eines ausgezahlten Darlehens. Die etwa 90% aller Verträge ausmachenden⁸ Konsensualkontrakte (*consensu*) gliederten sich auf in *emptio venditio* (Kauf), *locatio conductio* (Miete, Pacht, Dienst- und Werkvertrag), *mandatum* (Auftrag) und *societas* (Gesellschaft).

Im *Corpus Iuris Civilis* stellte *Justinian* das System des *Gaius* nach den Verwerfungen der nachklassischen Zeit im Wesentlichen wieder her. Eine Änderung bestand darin, dass *Justinian* die *gaianische* Restkategorie *ex varietate causarum figuris* im *Corpus Iuris Civilis* orientiert an der Dichotomie von Vertrag und Delikt in Obligationen *ex quasi contractu* und *ex quasi delicto* aufspaltete, so dass aus der Zwei- bzw. Dreiteilung des *Gaius* bei *Justinian* eine Vierteilung wurde.⁹ Sowohl das System des *Gaius* als auch das modifi-

⁶ Gai III, 89.

⁷ Kaser, ZSS RA 70 (1953) 127, 158 weist zu Recht darauf hin, dass eine *consensus* für eine *obligatio ex contractu* stets konstitutiv, aber abgesehen von den Konsensualkontrakten eben nicht ausreichend war.

⁸ Diese Schätzung findet sich bei *Seuffert*, Zur Geschichte der obligatorischen Verträge, 1.

⁹ Näher hierzu *Zimmermann*, Law of Obligations, 10 ff.

zierte System *Justinians* im *Corpus Iuris Civilis* bildeten die Grundlage für die Rezeption des römischen Obligationenrechts und einer Systembildung des Obligationenrechts bis in die Neuzeit.

Im *ius commune* wurde die Frage der Einteilung der Obligationen ähnlich wie im römischen Recht, auch von den Autoren des *usus modernus pandectarum* kaum thematisiert. Stattdessen standen die Frage des Typenzwangs bzw. seiner Überwindung und die damit verbundene Klagbarkeit von Versprechen und Verträgen auf dem langen Weg hin zu einem allgemeinen Vertragsbegriff im Vordergrund.¹⁰

II. Naturrecht

Nachdem sich im Naturrecht der allgemeine Vertragsbegriff durchzusetzen begann und der Typenzwang und das damit einhergehende aktionenrechtliche Denken endgültig überwunden waren,¹¹ befasste man sich wieder verstärkt mit Systemfragen des Obligationenrechts. Die Überlegungen galten dabei insbesondere dem Recht der vertraglichen Schuldverhältnisse, die im Gegensatz zu den deliktischen und sonstigen nicht vertraglichen Schuldverhältnissen bereits im römischen Recht aktionenrechtlich und im gaianischen Kontraktschema auch systematisch deutlich weiter untergliedert worden waren. Waren die Vertragstypen im aktionenrechtlichen Denken von untergeordneter Bedeutung, galt es nun, die bestimmten *actiones* entsprechenden, vorgefundenen Vertragstypen des römischen Rechts in ein konsistentes System zu bringen und ihnen eine neue Funktion jenseits der Klagbarkeitsbegründung zuzuweisen.

In ihren Systembildungen teilten die Naturrechtler die vertraglichen Schuldverhältnisse in Form der Vertragstypen des römischen Rechts nach dem mit ihnen verfolgten wirtschaftlichen Zweck ein, im Zuge der Verschmelzung von Schuld- und Sachenrecht zu einem umfassenden Vermögensrecht häufig unter dem Aspekt und als Teil des Rechts des Eigentumserwerbs.¹² Weit verbreitet war die Grundeinteilung in *contractus benefici* (freigebige Verträge), *contractus onerosi* (belastende Verträge) und *contractus mixti* (gemischte Verträge).¹³ Bisweilen findet sich auch die damit verwandte,

¹⁰ Dazu näher unten Erster Teil, C. II. 3. und 4.

¹¹ Siehe unten Erster Teil, C. II. 4.

¹² Die Einbettung in das Recht des Eigentumserwerbs erfolgt etwa bei *Wolff*, *Institutiones Juris Naturae et Gentium*, Halle/Magdeburg 1754, der das Vertragsrecht in Pars II de dominio et iuribus atque obligationibus inde nascentibus abhandelte; ebenso *Achenwall/Pütter*, *Anfangsgründe des Naturrechts*, die das Vertragsrecht als Titel 4 des ersten Buches über den abgeleiteten Erwerb [des Eigentums] oder den Vertrag abhandeln.

¹³ So etwa *Pufendorf*, *De Iure Naturae et Gentium Libri Octo*, 1672, Libri V, Caput II, §§ 8–10 (S. 617 ff.: Beneficos & onerosos, Enumeratio contractuum onerosorum, contractus mixti); *Wolff*, *Institutiones Juris Naturae et Gentium*, Halle/Magdeburg 1754, Caput IX, §§ 465 ff. (S. 250 ff.: De actibus mere beneficis in presens absolutis), Caput X, §§ 493 ff. (S. 265 ff.: De pretio rerum et pecunia), Caput XI, §§ 514 ff. (S. 277: De actibus

aber nicht identische Aufspaltung in entgeltliche und unentgeltliche Verträge.¹⁴ Unterhalb dieser Zwei- bzw. Dreiteilung wurde häufig weiter unterteilt. So wurden etwa die belastenden Verträge in Anlehnung an die Unterteilung der Innominatverträge im nachklassischen römischen Recht nach dem mit dem Güteraustausch verfolgten Zweck in solche *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des* und *facio ut facias* untergliedert.¹⁵ Jenseits der Austauschverträge stieß dieser systematische Ansatz jedoch an seine Grenzen. Während die Naturrechtler die deliktischen Schuldverhältnisse, insofern der grundlegenden Trennung des *gaianischen* und des *justinianischen* Modells folgend, von vornherein außerhalb des Systems der vertraglichen Schuldverhältnisse ansiedelten, schufen sie für die vertraglichen Schuldverhältnisse, die nicht auf einen Austausch von Gütern oder Dienstleistungen angelegt waren, und für die nichtvertraglichen Schuldverhältnisse, die nicht den deliktischen zuzurechnen waren, zahlreiche Auffangkategorien.¹⁶ Dazu zählten etwa die Bürgschaft und andere Sicherungsgeschäfte im vertraglichen Bereich sowie die Gemeinschaft, die Geschäftsführung ohne Auftrag und die ungerechtfertigte Bereicherung im nichtvertraglichen Bereich.

Die naturrechtliche Systematik fand Eingang in die frühen, vom Naturrecht beeinflussten kontinentaleuropäischen Kodifikationen, insbesondere in das Preußische ALR, aber in abgeschwächter Form auch in das österreichische ABGB und in Anklängen in den französischen *Code civil*.¹⁷ Spätestens in der Mitte des 19. Jahrhunderts hatte sie jedoch, wie die naturrechtlichen Lehren insgesamt, den Zenit ihrer Wirkungs- und Ausstrahlungskraft überschritten.¹⁸

beneficis obligatoriis seu contractibus beneficis), Caput XII, §§ 580 ff. (S. 321 f.f.: De actibus permutatoriis seu contractibus onerosis).

¹⁴ So insbesondere *Pütter*, Neuer Versuch einer juristischen Encyclopädie und Methodologie, 1767, § 144 „Sodann wäre auch die besondere Abhandlung der einzelnen Gerechtsamen und Verträge in andere Ordnung zu bringen“ (S. 84 f.); *Pütter* nimmt dort zahlreiche Einteilungen mit absteigender Abstraktion vor, die sich zusammenfassen lassen als eine Einteilung in „Verträge, wodurch Rechte und Verbindlichkeiten gestiftet werden, [...] die ich sodann nach ihrem Inhalte eintheilen würde, nachdem entweder Sachen und die daraus stattfindenden Gerechtsamen, oder gewisse Handlungen (*facta*) versprochen werden, und in jedem Falle entweder das *Eigenthum*, es sey nun Schenkungsweise unter den lebendigen oder des Todes halber, oder für gegenseitige Verbindlichkeiten, als Kauf, Tausch, *do ut facias* u.s.s., oder endlich andere Rechte, oder auch nur der Gebrauch einer Sache u.s.w.“; ebenso *Achenwall/Pütter*, Anfangsgründe des Naturrechts, §§ 377 ff.

¹⁵ *Wolff*, Institutiones Juris Naturae et Gentium, Halle/Magdeburg 1754, Caput IX, §§ 467 ff.; *Pufendorf*, De Iure Naturae et Gentium Libri Octo, 1672, Libri V, Caput II, § 9; *Pütter*, Neuer Versuch einer juristischen Encyclopädie und Methodologie, 1767, § 144.

¹⁶ Siehe dazu mit weiteren Nachweisen *HKK/Hofer*, Vor § 433, Die Systematik des Besonderen Schuldrechts, Rn. 20.

¹⁷ Dazu sehr instruktiv *HKK/Hofer*, Vor § 433, Die Systematik des Besonderen Schuldrechts, Rn. 23 ff.

¹⁸ Siehe dazu generell etwa *HWBEP/Liebrecht*, Naturrecht, S. 1099 ff.

III. Pandektisten

Die meisten Pandektisten verfolgten auf der obersten Abstraktionsebene die Zwei- bzw. Dreiteilung des *Gaius* oder die Vierteilung des *Justinian* für das Gesamtschema. Im Hinblick auf die vertraglichen (und je nach Einteilung auch vertragsähnlichen) Schuldverhältnisse schufen sie auf einer darunterliegenden Abstraktionsebene – ebenfalls angelehnt an Systematisierungen römischer Juristen – eine Einteilung nach dem Entstehungsgrund¹⁹ oder aber nach der Ein- versus Zweiseitigkeit des Schuldverhältnisses.²⁰ Sowohl das Gesamt- wie auch das Kontraktschema wurden somit – dem Anspruch der Pandektisten an die Quellentreue folgend – mit nur geringfügigen Änderungen oder Ergänzungen den römischen Quellen entnommen. Die klaren und leicht rezipierbaren Systembildungen des *Gaius* und des *Justinian* fielen bei den Pandektisten auf fruchtbaren Boden.

Eine davon abweichende, nicht mehr an den Entstehungsgründen, sondern ausschließlich am Inhalt der Schuldverhältnisse orientierte Einteilung der einzelnen Schuldverhältnisse²¹ vertraten Anfang des 19. Jahrhunderts ansatzweise *Heise*,²² vor allem aber *Mühlenbruch*²³ und *Unterholzner*.²⁴ Gegen die

¹⁹ So etwa *Thibaut*, System des Pandektenrechts⁸, Bd. 2 (Einteilung des besonderen Obligationenrechts nach Haupt- und Nebenverträgen, davon die Hauptverträge nach Entstehungsgründen in Consensual-, Real- und Literal-Contracte, und neben den Contracten in bestätigte und unbestätigte *pacta* (die insbesondere die Schenkung erfassen); *Dernburg*, System des römischen Rechts: Pandekten⁵, Bd. 2, Zweiter Theil (Einteilung des besonderen Obligationenrechts in die Kontraktsobligationen, unterteilt in Real- und Konsensualkontrakte, und die außerkontraktlichen Obligationen, unterteilt in Deliktsobligationen, Konditionen und Anfechtungsrechte verletzter Gläubiger); *von Vangerow*, Pandekten, Bd. 3 (Einteilung des besonderen Obligationenrechts in Obligationen aus Verträgen und vertragsähnlichen Gründen, Obligationen aus Delikten und deliktsähnlichen Gründen und Obligationen, welche unmittelbar aus gesetzlicher Bestimmung hervorgehen, davon die vertraglichen Obligationen eingeteilt in Real- und Konsensualverträge); weitere umfangreiche Nachweise finden sich bei *Seiler*, Systematik, 94 ff.

²⁰ So etwa *Puchta*, Pandekten¹², § 303 (S. 464 f.: grundsätzliche Trennung in Geschäftsobligationen, Deliktsobligationen und Obligationen zur Abwendung künftiger Verletzungen; Einteilung der Geschäftsobligationen in beschränkt einseitige Obligationen, einseitige Obligationen mit *actiones contrariae* und in gegenseitige Obligationen); *von Keller*, Pandekten², Bd. 1, § 219 (S. 479 f.: wesentlich einseitige Obligationen aus Verträgen, einseitige Obligationen mit zufälligen Gegenklagen und wesentlich zweiseitige Obligationen); *Arndts*, Lehrbuch der Pandekten⁹, § 278 (S. 490 ff.: Einteilung in einseitige Obligationen und wesentlich gegenseitige Schuldverhältnisse).

²¹ Auch wenn sich in den in Fn. 37 und 38 genannten Werken bereits Hinweise auf den Vertragsinhalt als Systematisierungs- und/oder Ordnungskriterium insbesondere der vertraglichen Schuldverhältnisse finden, stehen in getreuer Anlehnung an das römische Recht der Entstehungsgrund und – bisweilen kombiniert – die Differenzierung zwischen ein- und zweiseitigen Verträgen noch immer im Vordergrund; ausführlich dazu *Seiler*, Systematik, 55 ff.

²² *Heise*, Grundriss eines Systems des Gemeinen Civilrechts³, X (Vorrede) und 65 ff.; er teilt die einzelnen Obligationen auf der höheren Abstraktionsebene in selbständige und

etablierten, abstrakt und systembezogen trennschärferen und der Quellentreue der Pandektisten allein gerecht werdenden Einteilungen des römischen Rechts konnte sich ein derart radikal abweichendes Modell jedoch zunächst nicht durchsetzen.²⁵ Die inhaltlich ausgerichteten Ansätze *Mühlenbruchs* und *Unterholzners* führten jedoch dazu, dass sich eine am Inhalt orientierte Betrachtung insbesondere der vertraglichen und vertragsähnlichen Schuldverhältnisse im Laufe des 19. Jahrhunderts immer mehr durchsetzte.

IV. Bürgerliches Gesetzbuch

1. Entwurf der 1. Kommission

Der Entwurf der 1. Kommission zur Erarbeitung eines Bürgerlichen Gesetzbuchs sah auf einer Abstraktionsebene oberhalb der einzelnen Schuldverhältnisse nur eine weitere systematisierende oder zumindest ordnende Einteilung des Gesamtschemas der einzelnen Schuldverhältnisse vor.²⁶ Danach war das

accessorische Obligationen ein, darunter in wesentlich zweiseitige und einseitige; unter die wesentlich zweiseitigen fallen insbesondere die Austauschverträge, die einseitigen Obligationen sind weiter unterteilt in solche auf ein Geben oder Leisten (erfassen insbesondere die Schenkung), in solche auf ein Zurückgeben (erfassen etwa die Verwahrung und die (Leistungs-)Kondiktion), in solche auf ein Handeln (erfassen etwa das Mandat und die *negotiorum gestio*), in solche auf ein Unterlassen und Wiederherstellen und in solche auf Schadensersatz und Strafe (erfassen insbesondere die unerlaubten Handlungen).

²³ *Mühlenbruch*, Lehrbuch des Pandekten-Rechts³, Zweiter Theil, § 322 und 325, wo er sich „unter steter Berücksichtigung ihres praktischen Zusammenhangs“ für eine „Eintheilung der Obligationen nach ihrem Gegenstande oder Inhalte“ ausspricht; in Anwendung dessen differenziert er u.a. Forderungen auf ein Zurückgeben (erfassen Darlehen, (Leistungs-)Kondiktion, Leihe und Verwahrung) von den gegenseitig obligierenden Verträgen, welche auf Veräußerung von Sachen und Rechten gehen (Kauf und Tausch), von den Verträgen auf Gebrauchsüberlassung von Sachen und Handlungen (Miete im Sinne der umfassenden *locatio conductio* des römischen Rechts), von den Schenkungen und von Obligationen auf Strafe und Schadensersatz.

²⁴ *Unterholzner*, Quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen mit Berücksichtigung der heutigen Anwendung, Bd. 2 (Besonderer Theil), 3 f.; er schlägt eine Grobeinteilung in Schuldansprüche auf Erhaltung der rechtlichen Zustände und Verhältnisse (darunter fällt etwa auch die ungerechtfertigte Bereicherung) und auf Bewegung der rechtlichen Zustände und Verhältnisse (darunter fallen insbesondere die Austauschgeschäfte) vor, die um eine dritte Gruppe ergänzt wird, die er als Mischform der beiden ersten ansieht (darunter fallen insbesondere die auf Schadensersatz und Buße gerichteten Ansprüche, nach heutiger Einteilung also auch und vor allem Ansprüche aus unerlaubter Handlung). Die drei Gruppen unterteilt er weiter in insgesamt acht Hauptstücke.

²⁵ Ausführlicher dazu mit einer Einordnung in die historische Entwicklung erneut *Seiler*, Systematik, 92 ff.; siehe auch *HKK/Hofer*, Vor § 433, Die Systematik des Besonderen Schuldrechts, Rn. 26 f.

²⁶ Siehe *Jakobs/Schubert*, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Recht der Schuldverhältnisse I, 37 ff.

Recht der einzelnen Schuldverhältnisse in drei Gruppen eingeteilt und auch dementsprechend angeordnet. An erster Stelle standen die Schuldverhältnisse aus Rechtsgeschäften unter Lebenden, die neben einseitigen Versprechen vor allem vertragliche Schuldverhältnisse umfassten, gefolgt von den Schuldverhältnissen aus unerlaubten Handlungen und als Auffangkategorie einzelnen (also nicht abschließend aufgezählten²⁷) Schuldverhältnissen aus anderen Gründen, etwa solchen aus Bereicherung, Geschäftsführung ohne Auftrag, Gemeinschaft, Vorlegung und Offenbarung.

Damit griff die 1. Kommission die in der deutschen Pandektistik des 19. Jahrhunderts²⁸ im Hinblick auf die Gliederung des Gesamtschemas häufig anzutreffende Orientierung an der Dreiteilung des *Gaius* auf.

2. Kritik Bährs

Die Dreiteilung der Schuldverhältnisse zur Strukturierung des Gesamtsystems war von der teilweise massiven Kritik an dem Entwurf der 1. Kommission weitgehend ausgenommen.²⁹ Unter den wenigen Kritikern stach *Bähr* hervor, der sie als praktisch wertlos kritisierte und ihre Auflösung forderte.³⁰ Stattdessen favorisierte er ein besonderes Schuldrecht, in dem die einzelnen Schuldverhältnisse ohne jegliche Unterteilung auf einer Abstraktionsebene oberhalb der einzelnen Schuldverhältnisse aneinandergereiht sind. Allein orientiert am „praktischen Gebrauch“ des Gesetzbuchs hielt er dazu eine Aneinanderreihung für vorzugswürdig, die allein zwei pragmatischen Ordnungsprinzipien folgte: Erstens sollten diejenigen Schuldverhältnisse, die auch für andere maßgeblich sind, vor diesen geregelt werden. Zweitens sollten verwandte Schuldverhältnisse zusammen gruppiert werden.

Die Anordnung der einzelnen Schuldverhältnisse in seinem Gegenentwurf lässt recht deutlich erkennen, dass er die Verwandtschaft der Schuldverhältnisse im Sinne seines zweiten Ordnungsprinzips nicht auf den Entstehungsgrund oder andere, von den Pandektisten dem römischen Recht entlehnte Gesichtspunkte bezog. Die Verwandtschaft im Sinne *Bährs* orientierte sich am Inhalt der Schuldverhältnisse. Entscheidend erscheint die inhaltliche Nähe der Ausgestaltung der jeweiligen Schuldverhältnisse in ihrer Gesamtheit, also insbesondere nicht isoliert bezogen auf die Rechtsfolgen einer Vertrags- oder Rechtsverletzung bzw. Vermögensverschiebung. Doch nicht nur das zweite Ordnungsprinzip postuliert eine Anordnung der einzelnen Schuldverhältnisse nach ihrem Inhalt, sondern auch das erste impliziert eine am Inhalt orientierte

²⁷ Darauf wird in *Jakobs/Schubert*, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Recht der Schuldverhältnisse I, 39 im Hinblick auf die Einfügung des Wortes „Einzelne“ vor „Schuldverhältnisse aus anderen Gründen“ ausdrücklich hingewiesen.

²⁸ Siehe exemplarisch die in Fn. 37 und 38 genannten Autoren.

²⁹ *Seiler*, Systematik, 73 ff.

³⁰ *Bähr*, Gegenentwurf, 87 f.

Betrachtung der einzelnen Schuldverhältnisse: Die Maßgeblichkeit für andere Schuldverhältnisse lässt sich nur anhand der inhaltlichen Ausgestaltung der Schuldverhältnisse ermitteln und verstehen, die sodann Verweise auf vorangehende Schuldverhältnisse ermöglicht.

Für *Bähr* scheint somit die am praktischen Gebrauch und der praktischen Anschaulichkeit orientierte Anordnung der einzelnen Schuldverhältnisse gleichbedeutend mit einer am Inhalt der einzelnen Schuldverhältnisse ausgerichteten Anordnung. Insofern greift er die inhaltlich determinierten Ansätze *Mühlenbruchs* und *Unterholzners* zur Anordnung der einzelnen Schuldverhältnisse auf. Ihre – wenn auch im Gegensatz zu den meisten Pandektisten – inhaltlich ausgerichteten Einteilungen oberhalb der Abstraktionsebene der einzelnen Schuldverhältnisse lehnt er jedoch als praktisch wertlos ab. Das Ordnungsmodell *Bährs* ist eine Absage an jegliche Einteilungen.

3. Entwurf der 2. Kommission und das BGB

a) Aneinanderreihung statt systematisierende Einteilung

Die 2. Kommission zur Erarbeitung eines Bürgerlichen Gesetzbuchs gab die am System des *Gaius* orientierte Dreiteilung der einzelnen Schuldverhältnisse auf und ersetzte sie durch eine Aneinanderreihung der besonderen Schuldverhältnisse, die im Wesentlichen die von *Bähr* postulierten zwei Ordnungsprinzipien widerspiegelt.

Eine Begründung für diese Abkehr vom Entwurf der 1. Kommission findet sich in den Protokollen zum Entwurf der 2. Kommission nicht. In der Denkschrift zum Entwurf wird lediglich darauf hingewiesen, „aus Zweckmäßigkeitsgründen“ seien die Geschäftsführung ohne Auftrag im Anschluss an den Auftrag und die Gemeinschaft im Anschluss an die Gesellschaft im Rahmen der Titel 1 bis 22 geregelt, die an sich Schuldverhältnisse aus Rechtsgeschäften betreffen.³¹ Dies deutet auf einen der Gründe zur Aufgabe der Einteilung nach Entstehungsgründen hin, den bereits die ersten Verfechter einer am Inhalt der Schuldverhältnisse orientierten Einteilung, *Heise*,³² *Mühlenbruch*³³ und *Unterholzner*,³⁴ übereinstimmend genannt hatten und den auch *Bährs* zweites Ordnungsprinzip zum Ausdruck bringt: Es sollten nicht im Wesentlichen übereinstimmende und gleichartige bzw. inhaltlich zusammengehörende Schuldverhältnisse auseinandergerissen werden. Auf dieser Grundlage lässt

³¹ Denkschrift, 39; zustimmend im Hinblick auf die Geschäftsführung ohne Auftrag, jedoch kritisch im Hinblick auf die Gemeinschaft *Seiler*, Systematik, 134 f.

³² *Heise*, Grundriss eines Systems des Gemeinen Civilrechts³, X. (Vorrede).

³³ *Mühlenbruch*, Lehrbuch des Pandekten-Rechts³, Zweiter Theil, § 322.

³⁴ *Unterholzner*, Quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen mit Berücksichtigung der heutigen Anwendung, Bd. 2 (Besonderer Theil), 3.

sich auch die Stellung der Einbringung von Sachen bei Gastwirten im Anschluss an die inhaltlich damit zusammenhängende Geschäftsführung ohne Auftrag und die Verwahrung erklären.

Unverändert finden sich am Ende der Aneinanderreihung der einzelnen Schuldverhältnisse in dieser Reihenfolge die Vorlegung von Sachen, die ungerechtfertigte Bereicherung und die den Abschluss bildenden unerlaubten Handlungen als „nicht mehr recht lösbare Reste einer im Übrigen durchaus überzeugenden Einteilung“³⁵.

Damit hat sich die 2. Kommission nicht nur gegen die Dreiteilung des *Gaius* und ihm folgend der meisten Pandektisten entschieden. Vielmehr verwarf sie auch sämtliche anderen, von den Naturrechtlern über die Pandektisten verfolgten Einteilungen des Rechts der einzelnen Schuldverhältnisse oberhalb der Abstraktionsebene der einzelnen Schuldverhältnisse und damit jegliche systematisierende Einteilung an sich.³⁶ Bundesrat und Reichstag tasteten diese Entscheidung nicht mehr an. So fand sie schließlich Eingang in das BGB.

b) (An-)Ordnung der einzelnen Schuldverhältnisse

Die von *Bähr* postulierten Kriterien zur Ordnung der aneinander zu reihenden Schuldverhältnisse (Beachtung inhaltlicher Zusammenhänge und aufeinander aufbauender Schuldverhältnisse) determinieren keine bestimmte Abfolge. Es überrascht daher nicht, dass die von den Verfassern des BGB gewählte Abfolge der einzelnen Schuldverhältnisse teilweise von der von *Bähr* in Anwendung seiner Ordnungskriterien vorgeschlagenen Abfolge abweicht.³⁷ Seine Ordnungsprinzipien sind eher Leitlinien als präzise Vorgaben. *Bähr* selbst räumt insofern ein, dass sich eine völlig logisch gegliederte Ordnung der einzelnen Schuldverhältnisse nicht erzielen lasse.³⁸

Auch in den Materialien zum BGB findet sich keine Auseinandersetzung mit oder Erläuterung der (An-)Ordnung der einzelnen Schuldverhältnisse, insbesondere der vertraglichen Schuldverhältnisse. Es ist daher bisweilen behauptet

³⁵ So *Seiler*, Systematik, 135.

³⁶ *Zimmermann*, Law of Obligations, 21 stellt hinsichtlich des Schuldrechts des BGB fest: „The fathers of the BGB in the end abandoned any attempt to systematize the law of obligations and simply placed 25 different types of obligations side by side. [...] Such an attitude (one can only call it a capitulation) does not sufficiently appreciate the fact that the endeavours to find a satisfactory division obligationum are not an idle glass-bead game, but serve to find a rational justification and basis for imposing and recognizing obligations.”

³⁷ So fand sich die Schenkung im BGB nicht mehr vor, sondern im Anschluss an die entgeltlichen Veräußerungsgeschäfte des Kaufs und Tauschs, das Darlehen nicht mehr vor dem Kauf, sondern im Anschluss an die Gebrauchsleihe, Dienst-, Werk- und Mäklervvertrag nicht mehr hinter, sondern vor Auftrag und Geschäftsführung ohne Auftrag und schließlich die ungerechtfertigte Bereicherung unmittelbar vor den unerlaubten Handlungen und nicht mehr unterbrochen durch einen Titel über Offenlegung, Rechnungsablage und Offenbarung.

³⁸ *Bähr*, Gegenentwurf, 88.

worden, dass es im BGB nicht nur an einer Erörterung des Zwecks und der Funktion der Vertragstypen fehle, sondern dass auch im Dunkeln bleibe, nach welchen Gesichtspunkten die Vertragstypen aneinandergereiht seien.³⁹

Im Hinblick auf die (An-)Ordnung der einzelnen vertraglichen Schuldverhältnisse erscheint die Kritik hingegen überzogen. Zum einen lässt sich die (An-)Ordnung schlicht dem BGB im Sinne der von *Bähr* aufgestellten zwei Ordnungsprinzipien entnehmen. Sie spricht insofern für sich. Zum anderen macht der Verzicht auf eine systematisierende Einteilung oberhalb der Abstraktionsebene der einzelnen Schuldverhältnisse die Ordnung derselben variabel: ohne Systematisierungsanspruch sind allein pragmatische Erwägungen von Belang.⁴⁰ Deshalb gibt es nicht die eine, logisch richtige (An-)Ordnung, sondern die (An-)Ordnung lässt sich unter Beachtung der zwei von *Bähr* aufgestellten Ordnungskriterien – wenn auch nicht beliebig – variieren.⁴¹

c) Uneinheitliche Zuordnungskriterien

Hinsichtlich der aneinander gereihten einzelnen Schuldverhältnisse haben sich die Verfasser des BGB – 1. wie 2. Kommission – für wechselnde Zuordnungskriterien entschieden.

So erfolgt die Zuordnung zur ungerechtfertigten Bereicherung und den unerlaubten Handlungen nicht nach dem Inhalt der Ansprüche auf Rückgewähr bzw. Schadensersatz, sondern nach dem Entstehungsgrund, nämlich der ohne Rechtsgrund erfolgten Vermögensverschiebung (Bereicherung) und der Verletzung bestimmter absoluter Rechte (unerlaubte Handlungen). Dies kommt bereits in den seit der Schuldrechtsreform des Jahres 2001⁴² sogar amtlichen Überschriften der Titel 26 (Ungerechtfertigte Bereicherung) und 27 (Unerlaubte Handlungen) zum Ausdruck. Eine am Inhalt orientierte Zuordnung und Unterscheidung wäre kaum tragfähig, da Rückgewähr und Schadensersatz auch Inhalt zahlreicher vertraglicher Schuldverhältnisse sind.⁴³ Entsprechendes gilt für die Gemeinschaft (Entstehungsgrund ist das gemeinschaftliche

³⁹ *Charmatz*, Zur Geschichte und Konstruktion der Vertragstypen im Schuldrecht, 229 („Das deutsche B.G.B. hat aber nicht nur auf eine Erörterung der Bedeutung der Vertragstypen, sondern auch auf eine systematische Anordnung der einzelnen Vertragstypen verzichtet, die ohne einen erkennbaren Gesichtspunkt ziemlich willkürlich aneinandergereiht sind.“) unter Verweis auf *von Gierke*, Entwurf, 223 („In 19 weiteren Titeln folgen den allgemeinen Vorschriften solche über Schuldverhältnisse aus besonderen Rechtsgeschäften. Dieselben sind in ziemlich bunter Reihenfolge behandelt.“).

⁴⁰ *Bähr*, Gegenentwurf, 88 spricht neben der Orientierung am praktischen Gebrauch auch die praktische Anschaulichkeit an.

⁴¹ Zu einem ähnlichen Schluss kommt *Seiler*, Systematik, 104, wenn er feststellt, „daß sich bei Anwendung des im BGB verwirklichten Prinzips kein festes System ergibt“.

⁴² Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001, BGBl. 2001 I-3138.

⁴³ *Seiler*, Systematik, 135 ff.

Zustehen eines Rechtes aufgrund Gesetzes, Rechtsgeschäfts oder einer Tat handlung, etwa aufgrund des Erwerbs von Miteigentum),⁴⁴ für die Einbringung von Sachen bei Gastwirten (Entstehungsgrund ist die Einbringung der Sachen) und für die Vorlegung von Sachen (Entstehungsgrund ist ein bestehender oder vermuteter Anspruch gegen den Besitzer einer Sache). Eine gewisse Sonderstellung nimmt die Geschäftsführung ohne Auftrag ein. Sie wird aufgrund ihrer Nähe zum Auftrag als unentgeltlicher Geschäftsbesorgung sowohl inhaltlich (Geschäftsbesorgung) als auch nach dem Entstehungsgrund (ohne Auftrag oder Berechtigung) determiniert. Im Ergebnis handelt es sich bei den nach dem Entstehungsgrund eingeteilten Schuldverhältnissen somit um die heute regelmäßig als gesetzliche Schuldverhältnisse bezeichneten. Im Gegensatz zu der wenig ertragreichen Sammelbezeichnung „gesetzliche Schuldverhältnisse“ ist jedoch allein die Einteilung und Ordnung nach dem konkreten (gesetzlichen) Entstehungsgrund des jeweiligen gesetzlichen Schuldverhältnisses zumindest ansatzweise systemstiftend und einordnend.⁴⁵

Jenseits des Entstehungsgrundes „Vertrag“ als Gegenpol zu dem Entstehungsgrund „Gesetz“ erfolgt die Zuordnung zu und Unterscheidung der vertraglichen Schuldverhältnisse nach ihrem Inhalt.⁴⁶ Dabei haben sich die Verfasser des BGB für den Inhalt des konkreten Vertragstyps, also insbesondere die daraus resultierenden Rechte und Pflichten als Zuordnungskriterium entschieden. Dies geschah durch eine Aneinanderreihung ausgewählter⁴⁷ Vertragstypen, wobei jeder Vertragstyp einen eigenen Titel mit den für ihn geltenden besonderen Vorschriften zugewiesen erhielt. So ist etwa das Charakteristikum und Unterscheidungsmerkmal des Vertragstyps „Kaufvertrag“ die Veräußerung bzw. Übereignung einer Sache im Austausch gegen eine Geldzahlung, des Vertragstyps „Mietvertrag“ die Gebrauchsüberlassung einer Sache auf Zeit im Austausch gegen eine Geldleistung und etwa des Vertragstyps „Dienstvertrag“ die Erbringung einer Dienstleistung im Austausch gegen eine Geldleistung.

Die Verfasser des BGB haben somit, obwohl sie auf jegliche systematisierende Einteilung der einzelnen Schuldverhältnisse hinsichtlich der Zuord-

⁴⁴ Bezeichnenderweise spricht daher auch Grüneberg-*Sprau*⁸¹, § 741 Rn. 2 von den verschiedenen Entstehungsgründen des Schuldverhältnisses der Gemeinschaft.

⁴⁵ Zu diesem Schluss kommt auch *Seiler*, Systematik, 138 f.

⁴⁶ Im römischen Recht erfolgten nicht nur die Einteilung und Zuordnung zu vertraglichen und deliktischen oder später zusätzlich zu quasi-vertraglichen und quasi-deliktischen Schuldverhältnissen nach dem Entstehungsgrund, sondern auch die Einteilung und Zuordnung innerhalb der vertraglichen Schuldverhältnisse in solche *re*, *verbis*, *litteris* und *consensu*, die auf einer dritten, unteren Abstraktionsebene nach verschiedenen Kriterien weiter aufgeteilt wurden.

⁴⁷ Abschnitt 8 des Buchs 2 erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit; dies kommt bereits in der Überschrift „Einzelne Schuldverhältnisse“ (nicht etwa „Die Schuldverhältnisse“ o.ä.) zum Ausdruck und ist unmittelbarer Ausfluss der vom BGB anerkannten Vertragsinhaltsfreiheit ohne Typenzwang.

nungskriterien zu den einzelnen Schuldverhältnissen verzichteten, eine gegen Ende des 19. Jahrhunderts unter den Autoren des deutschen Privatrechts verbreitete Kreuzenteilung⁴⁸ aufgegriffen, welche römische Systematisierungen mit neueren Strömungen des 19. Jahrhunderts verband. Im Sinne einer solchen Kreuzenteilung teilten zahlreiche Pandektisten⁴⁹ und auch der diese Strömung aufnehmende Dresdener Entwurf⁵⁰ das Gesamtsystem nach dem Entstehungsgrund ein, während sie nicht nur die Einteilung, sondern auch die Zuordnung zu den einzelnen vertraglichen Schuldverhältnissen in Form von Vertragstypen am Inhalt ausrichteten. Im Entwurf der 2. Kommission und im BGB fehlt es zwar an den systematisierenden Zwischeneinteilungen oberhalb der Abstraktionsebene der einzelnen Schuldverhältnisse, die sich bei den meisten Pandektisten noch finden. Vertragliche und gesetzliche Schuldverhältnisse als solche sowie die einzelnen gesetzlichen Schuldverhältnisse werden jedoch dem Entstehungsgrund nach unterschieden, während die vertraglichen Schuldverhältnisse nach dem Vertragsinhalt unterschieden und zugeordnet werden.

4. Systematisierende Einteilung der Rechtswissenschaft

Ähnlich wie im römischen Recht und in der Pandektenwissenschaft hat auch heute die Wissenschaft eine systematisierende Einteilung über die bloße Aneinanderreihung der einzelnen Schuldverhältnisse im BGB gelegt. Ebenso wie bei den römischen Juristen und den Pandektisten⁵¹ geschieht dies in erster Linie zu Schul- und Veranschaulichungszwecken.⁵²

⁴⁸ So treffend *Seiler*, Systematik, 100.

⁴⁹ So etwa *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts⁶, Bd. 2, §§ 362 ff. (das in § 362 vorgestellte Gesamtschema unterscheidet nach dem Entstehungsgrund die Forderungsrechte aus Verträgen, aus vertragsähnlichen Gründen, aus Vergehen (dies meint aus Delikt) und verwandten Fällen, aus anderen gesetzlichen Forderungsrechten und – nicht recht in die Einteilung nach dem Entstehungsgrund passend – die Haftung für Verbindlichkeiten Anderer; die vertraglichen Schuldverhältnisse teilt *Windscheid* hingegen nach ihrem Inhalt ein; so heißt es programmatisch in der Übersicht in § 363 gleich zu Beginn: „Die einzelnen Verträge unterscheiden sich durch die Verschiedenheit ihres Inhalts.“; den Beginn macht die Schenkung, auf die Verträge auf Rückgabe, Verträge auf Umsatz, die Gesellschaft, der Auftrag und Verträge zum Zwecke rechtlicher Feststellung folgen); jenseits seiner germanistisch-historisierenden Kritik scheint auch *von Gierke*, Entwurf, 223 dem inhaltlichen Zuordnungskriterium zuzustimmen.

⁵⁰ Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse (Dresdener Entwurf) von 1866 (der zweite Teil „Von den Schuldverhältnissen im Besonderen“ gliedert sich u.a. in Schuldverhältnisse aus Verträgen, welche auf eine Veräußerung von Sachen oder Rechten gerichtet sind, aus Verträgen, welche auf eine Überlassung zum Verbräuche oder Gebrauche gerichtet sind, aus Verträgen, welche auf eine Dienstleistung oder auf eine Werklieferung gerichtet sind, und aus fremder Geschäftsführung).

⁵¹ Bei den Werken der Pandektisten handelt es sich ganz überwiegend um Lehrbücher, in denen häufig sogar ausdrücklich betont wird, dass hinter den Systematisierungsbestrebungen Lehrzwecke stehen.

So findet sich in der Literatur zum besonderen Schuldrecht des BGB auf der höchsten Abstraktionsebene häufig die am Entstehungsgrund orientierte Zweiteilung der einzelnen Schuldverhältnisse des achten Abschnitts des zweiten Buchs des BGB in vertragliche (Titel 1 bis 12, 14, 16, 18 bis 24) und gesetzliche (Titel 13, 15, 17, 25 bis 27).⁵³ Auf der mittleren Abstraktionsebene folgt meist eine Unterteilung orientiert an dem mehrere Vertragstypen verbindenden Charakteristikum, bei Austauschverträgen in der Regel orientiert an der nicht in Geld bestehenden Hauptleistung. So werden etwa regelmäßig den Verträgen zur Überlassung auf Dauer oder auch Veräußerungsverträgen (Kauf, Tausch, Schenkung) die Verträge zur Gebrauchsüberlassung bzw. Nutzung auf Zeit (Miete, Pacht, Leihe, Darlehen) und die Dienstleistungsverträge (Dienstvertrag, Werkvertrag, Reisevertrag, Maklervertrag, Auftrag, Geschäftsbesorgung, bisweilen auch die Verwahrung) gegenübergestellt.⁵⁴ Auf der unteren Abstraktionsebene finden sich die einzelnen, vom Gesetz geregelten Vertragstypen.

Die Suche nach einer systemstiftenden Ordnung des Konglomerats der einzelnen Schuldverhältnisse hat sich somit seit der Zeit des römischen Rechts als ein Grundbedürfnis der Rechtswissenschaft unabhängig von der nicht existierenden oder nur sehr rudimentären Systematik des gesetzten bzw. infolge Rezeption als gesetzt empfundenen Rechts erhalten. Dabei sind auch die Anzahl und Form der Abstraktionsebenen im Wesentlichen unverändert geblieben. Verändert hat sich allein das Kriterium zur Zuordnung zu den vertraglichen Schuldverhältnissen: weg vom Entstehungsgrund hin zum Inhalt.

⁵² Sehr instruktiv zu den (auch im Wandel der Zeit) unterschiedlichen Zwecken und Zielsetzungen sowie den damit korrespondierenden, im Hinblick auf eine Systematisierung unterschiedlichen Anforderungen des Lehrbuchs, des Grundrisses zu Vorlesungszwecken und der Kodifikation *Seiler*, Systematik, 114 ff.

⁵³ Statt vieler siehe nur *HKK/Michaels*, Vor § 241, Systemfragen des Schuldrechts, Rn. 48; *HKK/Hofer*, Vor § 433, Die Systematik des Besonderen Schuldrechts, Rn. 42; *Larenz*, Schuldrecht I, 2 f.; *Gernhuber*, Schuldverhältnis, § 6, 3.; *Kötz*, Vertragsrecht², Rn. 4; siehe aber etwa auch den davon abweichenden Vorschlag *Kegels*, zwei große Gruppen zu bilden: Tatbestände und Rechtsfolgen, die sich je nach Tatbestand mehr oder weniger ähneln können (*Kegel*, Vertrag und Delikt, 133 f.).

⁵⁴ Siehe zu einer solchen Unterteilung etwa *Larenz*, Schuldrecht II/1; *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 Werkleistungsverträge, Verwahrung und Sacheinbringung bei Gastwirten hingegen gemeinsam als „Aufnahmeverträge“); daneben treten meist noch Verträge über ein Zusammenwirken, Verträge über ein Risiko und Verträge zur Feststellung, Sicherung oder Mobilisierung von Forderungen.

5. Unterlassen der inhaltlichen Zusammenführung einzelner vertraglicher Schuldverhältnisse

Weder im BGB noch in den systematisierenden Anordnungen bzw. Einteilungen der deutschen Rechtswissenschaft erfolgt auf einer mittleren Abstraktionsebene eine an inhaltlichen Kriterien orientierte Zusammenführung bestimmter Vertragstypen mit dem Ziel, Gemeinsamkeiten offenzulegen und dementsprechend Regelungen auf einer Ebene zwischen dem allgemeinem Schuldrecht und den für die einzelnen Schuldverhältnisse jeweils geltenden Regelungen zu schaffen.⁵⁵ Diese würden zwar nicht – wie jene des allgemeinen Schuldrechts der Abschnitte 1 und 2 sowie 4 bis 7 des zweiten Buchs – für alle oder wie Abschnitt 3 des ersten Buchs und Abschnitt 3 des zweiten Buchs für alle vertraglichen Schuldverhältnisse gelten, aber doch für abgegrenzte, nach bestimmten Kriterien zusammengefasste Gruppen von Vertragstypen. Es entstünden so kleine „allgemeine Teile“ im besonderen Schuldrecht, die neben systematischer Stringenz und Eleganz insbesondere in dem sich dynamisch entwickelnden Vertragsrecht ein Grundgerüst für neue Vertragstypen schaffen würden, die der jeweiligen Gruppe von Verträgen zuzuordnen sind. Eine vertragstypübergreifende Geltung bestimmter Regelungen des besonderen Schuldvertragsrechts findet in der bloßen Aneinanderreihung des BGB daher nur in Einzelfällen statt. Dies geschieht entweder im Wege der Verweisung oder bei deren Fehlen, aber einem anerkannten Bedürfnis zur Füllung einer Regelungslücke, im Wege der Analogie.

Die Zurückhaltung der Rechtswissenschaft im Hinblick auf eine derartige inhaltliche Zusammenführung liegt wohl darin begründet, dass eine solche rechtsetzenden Charakter hätte, da sie mit der Geltungserstreckung bestimmter bestehender oder neu zu schaffender Regelungen auf eine Gruppe von Vertragstypen einherginge. Anstelle derartiger Erwägungen *de lege ferenda* beschränken sich die Bemühungen der Rechtswissenschaft überwiegend darauf, die *de lege lata* bestehende Aneinanderreihung der einzelnen vertraglichen Schuldverhältnisse beschreibend in inhaltlich zusammenhängende Grup-

⁵⁵ *Charmatz*, Zur Geschichte und Konstruktion der Vertragstypen im Schuldrecht, 358 ff. deutet eine solche Gruppenzusammenführung lediglich an, orientiert an einer übereinstimmenden Interessenlage der Parteien mit „Regeln [...], die auf alle Verträge der betreffenden großen Gruppen Anwendung finden“ in Anlehnung an *Planiol*, *Classification Synthétique des Contrats*, *Revue critique de législation et de jurisprudence* 1904, 470 ff. (*Planiol* teilt die Verträge in drei großen Gruppen ein: Arbeitsverträge, Sachverträge und Verträge, die Rechte betreffen; dazu näher *Charmatz*, a.a.O., 279 ff.) lediglich an; er kommt dabei ebenso wie hier angedeutet zu potenziell drei Ebenen von Vorschriften für Verträge: erstens allgemeine Vorschriften, zweitens Vorschriften aufgrund der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe von Verträgen und drittens Vorschriften aufgrund der Spezifika des einzelnen Vertragstyps innerhalb dieser Gruppe; darüber hinaus sieht er allerdings auch noch eine Unterscheidung zwischen entgeltlichen und unentgeltlichen Verträgen vor, die er ebenfalls mit der abweichenden Interessenlage begründet.

pen (etwa Veräußerungs-, Gebrauchsüberlassung- und Dienstleistungsverträge) einzuteilen. Die Einteilung dient in erster Linie der Ordnung des vorhandenen Rechtsstoffs zu Veranschaulichungszwecken und allenfalls sekundär auch dazu, bestimmte gemeinsame Grundstrukturen des geltenden Rechts offenzulegen.

6. Inhomogene Struktur der vertraglichen Schuldverhältnisse

Im BGB und in den systematisierenden Anordnungen bzw. Einteilungen der Rechtswissenschaft fehlt es nicht nur an einer inhaltlichen Zusammenführung einzelner, gemeinsame Regeln teilender vertraglicher Schuldverhältnisse. Die vom BGB nach einer flexiblen und pragmatisch ausgerichteten Ordnung aneinander gereihten vertraglichen Schuldverhältnisse weisen vielmehr eine inhomogene Struktur auf.

Während sich die Zuordnung zu mehreren vertraglichen Schuldverhältnissen an sich aufgrund des Zuordnungskriteriums des Vertragsinhalts, genauer der den Vertragstyp charakterisierenden Rechte und Pflichten der Parteien, ausschließt, erscheinen bestimmte vertragliche Schuldverhältnisse gerade im Bereich der Dienstleistungsverträge mit anderen vertraglichen Schuldverhältnissen kombinierbar bzw. austauschbar. Kauf und Miete schließen sich denklologisch aus – der Sachleistungsschuldner verpflichtet sich entweder zur Überweisung oder aber nur zur zeitweisen Gebrauchsüberlassung einer Sache. Geschäftsbesorgung und Dienstleistung schließen sich hingegen nicht denklologisch aus. Vielmehr kann die Dienstleistung Geschäftsbesorgungscharakter haben, also in einer Geschäftsbesorgung bestehen. Dies erkennt das Gesetz selbst in der Wendung in § 675 BGB „Auf einen Dienstvertrag oder einen Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, [...]“ an. Eine kumulative Anwendung der Dienstvertrags- und Auftragsvorschriften wird ausdrücklich angeordnet. Gleichwohl stellt das BGB die Vertragstypen des Dienst- bzw. Werkvertrages und des Geschäftsbesorgungsvertrages (als entgeltlichen Auftrages) ebenso nebeneinander wie Kauf und Miete, also als gleichberechtigte einzelne Schuldverhältnisse, die in der Aneinanderreihung systematisch und strukturell auf einer Stufe stehen.

Die vertraglichen Schuldverhältnisse unterscheiden sich also strukturell. Während die durch ein klar abgrenzbares und sich wechselseitig ausschließendes Schuldnerverhalten determinierten Vertragstypen wie Kauf, Miete oder Pacht jedoch als zumindest in sich strukturell recht homogen erscheinen, sind die diesen klassischen Vertragstypen nicht entsprechenden vertraglichen Schuldverhältnisse des BGB in sich inhomogen.

Für die den Gegenstand dieser Arbeit bildenden Dienstleistungsverträge ist insbesondere die oben bereits als Beispiel angeführte Geschäftsbesorgung nach § 675 BGB von Bedeutung. Sie stellt ein vertragstypenoffenes Strukturelement dar, da die sie nach der vorherrschenden Auffassung charakterisie-

rende Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen eher ein zusätzliches als das Grundelement des Schuldnerverhaltens in Gestalt eines Tätigwerdens für eine andere Person darstellt, das sich mit den das Grundelement abbildenden, klassischen Vertragstypen, insbesondere jenen der Dienstleistungsverträge, kombinieren lässt.⁵⁶ Dabei scheint es so zu sein, dass mit der Geschäftsbesorgung ein Strukturelement zum Vertragstyp erhoben wurde.⁵⁷ Ähnliches ließe sich gegebenenfalls für die unentgeltlichen Pendants (Schenkung, Leihe) der entgeltlichen Vertragstypen (Kauf, Miete) vertreten. Andere Strukturelemente hingegen, wie etwa die Projekt- oder Zeitbezogenheit, stellen weder einen Vertragstyp noch ein besondere Regelungen erfahrendes Strukturelement des allgemeinen Schuldrechts dar.

Neben das im Bereich der Dienstleistungsverträge besonders relevante Strukturelement der Geschäftsbesorgung treten weitere, vom klassischen Vertragstyp abweichende vertragliche Schuldverhältnisse. Sie erscheinen jedoch nicht als „bloßes“ Strukturelement, sondern etwa in Form der Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach den §§ 705 ff. BGB als sich teilweise mit den klassischen Vertragstypen überschneidender Vertragstyp.⁵⁸ Die das Außenverhältnis betreffenden Regeln können auch im Rahmen eines anderen, klassischen Vertragstyps zur Anwendung kommen, so etwa auf den von einer Gesellschaft geschlossenen Kauf- oder Mietvertrag. Die das Innenverhältnis erfassenden Regelungen hingegen betreffen allein den Gesellschaftsvertrag und die dadurch vermittelte Gesellschafterstellung. Sie erlangen damit im Rahmen anderer, klassischer Vertragstypen keine Bedeutung.

Wiederum andere Erwägungen gelten etwa für die ebenfalls strukturell von den klassischen Vertragstypen abweichenden Schuldversprechen und Schuldanerkennnis (§§ 780 ff. BGB) sowie die Schuldverschreibung auf den Inhaber (§§ 793 ff. BGB).⁵⁹ Schuldversprechen und Schuldanerkennnis können eine Leistung jedweden Inhalts zum Gegenstand haben. In Verbindung mit dem besonderen Formerfordernis (Schriftform) erinnern sie insofern an die *stipulatio* des klassischen römischen Rechts, als auch diese bei Einhaltung

⁵⁶ Speziell zur Geschäftsbesorgung als derartigem Strukturelement der Tätigkeitsverträge Illmer, RabelsZ 76 (2012) 837, 862.

⁵⁷ Die besonderen Geschäftsbesorgungsvertragstypen des Rechts der Zahlungsdienste in den §§ 675c ff. BGB stehen dazu nicht im Widerspruch; im Gegenteil: neben besonderen, allein für Zahlungsdienste relevanten Vorschriften erklären sie die allgemeinen Regeln des Geschäftsbesorgungsrechts in Form des Auftragsrechts für anwendbar, da das Strukturelement der Geschäftsbesorgung in Form der Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen bei Verträgen über Zahlungsdienste regelmäßig vorliegt.

⁵⁸ Zu der Sonderstellung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts siehe Charmatz, Zur Geschichte und Konstruktion der Vertragstypen im Schuldrecht, 359 f.

⁵⁹ Zu der allgemeineren Bedeutung dieser vertraglichen Schuldverhältnisse von Gierke, Entwurf, 225 ff.

einer Form jeden denkbaren (erlaubten) Inhalt haben konnte.⁶⁰ Die Schuldverschreibung auf den Inhaber kann ebenfalls ein Forderungsrecht jeglichen Inhalts verbriefen, auch wenn es sich in der Praxis regelmäßig um Geldforderungen handelt.

V. Ergebnis

Die Systematik des Rechts der einzelnen Schuldverhältnisse ist über weite Strecken eine Systematik der Rechtswissenschaft, die über eine von der Praxis kaum systematisierte Masse einzelner Schuldverhältnisse stets systematische Ordnungen und Einteilungen gelegt hat, die vom römischen Recht über die Pandektenwissenschaft bis heute primär Lehr- und Veranschaulichungszwecken dienen und noch immer dienen.

Prägend ist bis heute die von dem römischen Juristen *Gaius* entwickelte Einteilung auf drei absteigenden Abstraktionsebenen: Gesamtschema, Kontrakt-schema und einzelne Schuldverhältnisse. Auf der obersten Abstraktionsebene hat sich für das Gesamtschema über die Jahrhunderte hinweg bis heute die Zwei- bzw. Dreiteilung in vertragliche, deliktische und sonstige nicht vertragliche Schuldverhältnisse mit nur geringfügigen Modifizierungen erhalten. So werden heute lediglich die deliktischen und sonstigen nicht vertraglichen Schuldverhältnisse zu den gesetzlichen Schuldverhältnissen zusammengefasst und sodann als Einheit den vertraglichen Schuldverhältnissen gegenübergestellt. Auch auf der unteren Abstraktionsebene der einzelnen Schuldverhältnisse hat sich in der Gesamtbetrachtung systematisch über die Jahrhunderte wenig verändert. Gravierendere Änderungen fanden hingegen im Hinblick auf die vertraglichen Schuldverhältnisse auf der mittleren Abstraktionsebene des Kontraktschemas statt. Es waren die Naturrechtler, deren Systematisierungsbemühungen sich auf das Vertragsrecht fokussierten und die dem allgemeinen Vertragsbegriff zum Durchbruch verhelfen, die erstmals eine vom Kontraktschema des *Gaius* losgelöste, an den Wirkungen auf das Eigentum ausgerichtete Einteilung der vertraglichen Schuldverhältnisse als Bestandteil eines Schuld- und Sachenrecht umfassenden Vermögensrechts entwarfen. Nachdem die Pandektenwissenschaft für das deutsche Recht zunächst quellentreu zum Kontraktschema des *Gaius* zurückgekehrt war, setzte sich in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts zunehmend die Einsicht durch, dass vor allem das Kontraktschema des *Gaius* mit seiner Vierteilung nach dem Entstehungsgrund Schwachstellen aufwies. Infolgedessen setzten sich Einteilungen orientiert am Inhalt der vertraglichen Schuldverhältnisse mehr und mehr durch. Am Vorabend der Schaffung des BGB lag somit eine Abkehr von dem *gaianischen* Kontraktschema in der durch die Pandektisten rezipierten und dabei leicht modifizierten

⁶⁰ Näher dazu oben Erster Teil, B. I. und *Zimmermann*, Law of Obligations, 78 ff. (zur Entwicklung von den Wortformeln hin zur Schriftform).

Form in der Luft, doch war kaum absehbar, ob, und wenn ja, welche einteilende Systematisierung an seine Stelle treten würde.

Die 1. Kommission zur Erarbeitung eines Bürgerlichen Gesetzbuchs schlug keine systembildende Einteilung der vertraglichen Schuldverhältnisse orientiert am römisch-rechtlichen, von den Pandektisten aufgegriffenen Kontrakt-schema vor, hielt aber an der Dreiteilung des Gesamtschemas zur Einteilung und Anordnung der einzelnen Schuldverhältnisse im Anschluss fest. Erst die 2. Kommission gab auch die Dreiteilung auf der Ebene des Gesamtschemas auf. Damit entschieden sich die Verfasser des BGB gegen jegliche systematisierende Einteilung. Die Anordnung folgt vielmehr – insofern in Übereinstimmung mit dem pragmatischen Ansatz *Bährs* in seinem Gegenentwurf – Praktikabilitätsgesichtspunkten, die zu einer flexiblen Aneinanderreihung der einzelnen Schuldverhältnisse führen. Die Zuordnung zu diesen aneinander gereihten Schuldverhältnissen erfolgt nach uneinheitlichen Kriterien, welche die in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts sich langsam durchsetzende Kreuzeinteilung der Sache nach – also ohne systematisierende Einteilungen oberhalb der Abstraktionsebene der einzelnen Schuldverhältnisse – aufgreifen. Die Zugehörigkeit zu den vertraglichen und gesetzlichen Schuldverhältnissen als solchen sowie die Zuordnung zu den einzelnen gesetzlichen Schuldverhältnissen erfolgen nach dem Entstehungsgrund, während die Zuordnung zu den vertraglichen Schuldverhältnissen nach ihrem Inhalt erfolgt.

Die bloße Aneinanderreihung hat insbesondere zwei gerade auch für die Systematik und Struktur des Rechts der Dienstleistungsverträge relevante Konsequenzen:

Erstens fehlt eine an inhaltlichen Kriterien ausgerichtete, auf der mittleren Abstraktionsebene oberhalb der einzelnen vertraglichen Schuldverhältnisse erfolgende Zusammenführung bestimmter Vertragstypen mit dem Ziel, gemeinsame Regelungen für diese Gruppen von Vertragstypen auf einer Ebene zwischen dem allgemeinem Schuldrecht und den für die einzelnen Schuldverhältnisse jeweils geltenden Regelungen des besonderen Schuldrechts zu schaffen. Führt man die Vertragstypen der Dienstleistungsverträge allerdings in einem Vertragstyp zusammen, ist eine solche Zusammenführung obsolet.

Zweitens weisen gerade die Vertragstypen der Dienstleistungsverträge des BGB eine inhomogene Struktur auf. Während sich insbesondere Dienst- und Werkvertrag *de lege lata* aufgrund der sich wechselseitig ausschließenden Rechte und Pflichten der Parteien als Vertragstypen klassischer Prägung darstellen, erscheint die mit diesen ausweislich des Gesetzes kombinierbare Geschäftsbesorgung als vertragstypenoffenes Strukturelement. Sie stellt ein hinzukommendes inhaltliches Element dar, das sich mit den das Grundelement abbildenden, klassischen Vertragstypen, insbesondere jenen der Dienstleistungsverträge, kombinieren lässt. Damit erscheint letztlich auch das von der Geschäftsbesorgung nahezu umfassend in Bezug genommene Auftragsrecht als ein vertragstypunabhängiges Strukturelement.

C. Vertragstypologie des Bürgerlichen Gesetzbuchs

I. Vertragstypen versus Vertragsfreiheit

Das Bürgerliche Gesetzbuch regelt in Buch 2 Abschnitt 8 im besonderen Schuldrecht in den Titeln 1 bis 12, 14, 16, 18 bis 24 einzelne vertragliche Schuldverhältnisse⁶¹ in Form von Vertragstypen.⁶²

Infolge des Grundsatzes der Vertragsinhaltsfreiheit und der daraus folgenden weitgehend dispositiven Natur des Vertragsrechts sind die Parteien eines Vertragsverhältnisses nicht gezwungen, ihre vertragliche Vereinbarung in einen der Vertragstypen des BGB oder privatrechtlicher Nebengesetze zu pressen. Vielmehr können sie einen von den gesetzlichen Typen mehr oder weniger abweichenden Vertrag schließen, in dessen inhaltlicher Gestaltung sie grundsätzlich (abgesehen etwa vom zwingenden Recht, gesetzlichen Verböten und sittenwidrigen Gestaltungen) frei sind.⁶³ Neben die gesetzlich geregelten Vertragstypen treten daher gesetzlich nicht geregelte, oft aber dennoch verkehrstypische Verträge, sogenannte Innominatverträge.

Aufgrund des Spannungsverhältnisses von gesetzlichen Vertragstypen einerseits und weitreichender Vertragsinhaltsfreiheit andererseits stellen sich unweigerlich die Fragen nach der Funktion der gesetzlichen Vertragstypenordnung (unter II.) sowie nach der Zuordnung inhaltlich frei gestalteter Verträge zu den gesetzlichen Vertragstypen (unter III.).

II. Funktionen einer gesetzlichen Vertragstypenordnung

Obwohl die Wurzeln der gesetzlichen Vertragstypenordnung ins römische Recht zurückreichen und daher eine gewisse Kontinuität der geregelten Typen vom römischen Recht bis ins Bürgerliche Gesetzbuch besteht, hat die gesetzliche Vertragstypenordnung einen Funktionswandel durchlaufen.

⁶¹ Bei den hier nicht genannten Titeln 13 (Geschäftsführung ohne Auftrag), 15 (Einbringung von Sachen bei Gastwirten), 17 (Gemeinschaft), 25 (Vorlegung von Sachen), 26 (Ungerechtfertigte Bereicherung) und 27 (Unerlaubte Handlungen) des Abschnitts 8 des zweiten Buches handelt es sich nach der heute gängigen Terminologie, die soeben unter I. erörtert wurde, um gesetzliche Schuldverhältnisse.

⁶² Der Terminus des Vertragstyps wird hier rein beschreibend, nicht hingegen im Sinne eines bestimmten Verständnisses der methodischen Erfassung der besonderen Schuldvertragsverhältnisse verwendet; dazu näher unter Erster Teil, C. III.

⁶³ Larenz, Schuldrecht II/1, § 38; zu der Geschichte der Vertragsfreiheit grundlegend Scherrer, Die geschichtliche Entwicklung des Prinzips der Vertragsfreiheit.

1. Römisches Recht

a) Aktionensystem, Klagbarkeit und Vertragstypenordnung

Die oben skizzierte Vertragstypenordnung des römischen Rechts⁶⁴ war untrennbar mit dem Aktionensystem des Formularprozesses verbunden.⁶⁵ Die Klagbarkeit aus einem Vertrag war im Formularprozess der klassischen Zeit davon abhängig, dass für das klägerische Begehren in dem prätorischen Edikt eine *actio* (Klageformel) vorgesehen war. Jede *actio* erforderte aufgrund ihrer spezifischen Beweiserfordernisse in Form der *demonstratio* eine bestimmte Sachverhaltskonstellation. Faktisch führte dies zu einem weitreichenden, wenn auch aufgrund von Auflockerungen und Durchbrechungen⁶⁶ nicht absoluten Typenzwang im Schuldvertragsrecht.⁶⁷ Ohne *actio* waren die vertraglichen Rechte nicht durchsetzbar und jede *actio* erforderte grundsätzlich ein nach Inhalt bzw. Sachverhaltskonstellation und (gegebenenfalls) Form bestimmtes zugrundeliegendes Geschäft. Mischungen, Modifizierungen und Erweiterungen der anerkannten *actiones* waren grundsätzlich nicht möglich. Vielmehr musste sich die vertragliche Vereinbarung im Sinne eines begrifflich-tatbestandlichen Verständnisses unter die konstituierenden Elemente einer bestimmten *actio* subsumieren lassen.⁶⁸ Die in dem prätorischen Edikt vorgesehenen *actiones* waren dadurch typusbegründet: Alle Rechtsgeschäfte, die mit ein und derselben *actio* durchsetzbar waren, waren demselben Vertragstyp zuzurechnen, dem aufgrund der spezifischen *demonstratio* der jeweiligen *actio* eine bestimmte Sachverhaltskonstellation zugrunde lag.⁶⁹ Die Differenzierung zwischen verschiedenen Vertragstypen war somit in die Klageformeln des Formularprozesses verlagert, denen die Rechte und Pflichten der Parteien – häufig allerdings ihrerseits *ex fide bona*⁷⁰ – zu entnehmen

⁶⁴ Siehe Erster Teil, B. I.

⁶⁵ *Betti*, FS Wenger, 249, 259 ff.; *Bekker*, System des heutigen Pandektenrechts, Bd. II, 121 ff.; *Leenen*, Typus und Rechtsfindung, 124; *Vékás*, Erneuern und Bewahren, 5 ff.; *Stoffels*, Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge, 50.

⁶⁶ Zu den Auflockerungen und Durchbrechungen sogleich unter b).

⁶⁷ Siehe insbesondere *Betti*, FS Wenger, 249, 257 ff.; *Kaser*, Das römische Privatrecht² I, § 114 I.2.; *Seiler*, Systematik, 11; *Nanz*, Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert, 11; kritisch und im Ergebnis einen Typenzwang ablehnend jedoch *Hähnchen*, Das Nachdenken römischer Juristen über Vertragstypen – Grundlage für ein europäisches Vertragsrecht?, in: *Giario* (Hg.), Roman Law and Legal Knowledge, 87, 92 ff.; deutlich schwächer *Harke*, Römisches Recht, § 4 Rn. 13 ff.

⁶⁸ Dies deuten *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, Römisches Recht, § 124 II. an, wenn sie von einer Subsumtion des Sachverhalts unter die vorhandenen Klagen sprechen; ebenso *Betti*, FS Wenger, 249, 257.

⁶⁹ Ebenso *Ernst*, *Nisi aliud actum est*. Zur Frage nach einem *ius dispositivum* im römischen Recht bis Justinian, in: *Giario* (Hg.), Roman Law and Legal Knowledge, 61, 68.

⁷⁰ Dazu sogleich unter b).

waren.⁷¹ Gedacht wurde ein Vertrag daher stets von der *actio*, nicht von einem Vertragstyp her (aktionenrechtliches Denken).

b) Auflockerungen und Durchbrechungen des Aktionensystems

Bereits im klassischen Recht wurden die Abhängigkeit der Durchsetzbarkeit vertraglicher Rechte von den eine bestimmte Sachverhaltskonstellation erfordernden *actiones* des prätorischen Edikts und damit auch der weitreichende Typenzwang erheblich aufgelockert bzw. durchbrochen.⁷² Die Fortentwicklung des Wirtschaftsverkehrs und die damit einhergehende steigende Komplexität und Vielgestaltigkeit der Verträge erforderten eine freiere Gestaltung klagbarer Verträge durch die Parteien.

Innerhalb des bestehenden Aktionensystems bzw. der daraus resultierenden Vertragstypenordnung erfolgte eine Auflockerung dadurch, dass die 90% aller Verträge ausmachenden Konsensualkontrakte als *bonae fidei iudicia* ausgestaltet wurden. Die *bona fides* war für den Richter der Maßstab bei der Beurteilung der konkreten Rechte und Pflichten der Vertragsparteien, insbesondere im Hinblick auf Nebenabreden, Nebenleistungen und Nebenpflichten; sie wurden *ex fide bona* unter Berücksichtigung der konkreten Umstände und der allgemeinen Verkehrssitte bestimmt.⁷³ Dies ließ eine gewisse Variabilität und Anpassung der vertraglichen Rechte und Pflichten an die konkrete Parteivereinbarung auch im Rahmen der bestehenden *actiones* zu. Die Freiheit des *iudex* im Rahmen der Ermittlung des *bonum et aequum*, also des materiellen Gehalts der *bona fides* im Einzelfall, führte freilich auch dazu, dass mit der Wahl einer *actio* zumindest im frühen klassischen Recht noch kein aktionen- bzw. vertragstypenspezifisches Vertragspflichtenprogramm verbunden war.⁷⁴ Es war die Rechtsliteratur, etwa *Ulpian* und *Paulus*, die das *officium iudicis* bzw. *quid veniat in actionem* systematisierte und in einer vom Einzelfall abstrahierenden und generalisierenden Weise zu großen Teilen überhaupt erst schuf. *Ernst* spricht in diesem Zusammenhang zutreffend von einer Normativierung bzw. einem Normativierungsprozess, der die Auslegungs-, Vermutungs- und in einem umfassenderen Sinne Dispositivregelungen bestimmter,

⁷¹ Kaser, Das römische Privatrecht² I, § 114 I.1.

⁷² Auf diese Auflockerungen und Durchbrechungen stützen *Hähnchen* und *Harke* (siehe Fn. 85) ihre Kritik an einem behaupteten Typenzwang des römischen Rechts im Wesentlichen; sie erscheint insofern, insbesondere im Ansehung der *actio in factum*, gerechtfertigt.

⁷³ Die entsprechende Klageformel lautete: „... in quidquid Nm. Nm. Ao. Ao. dare facere oportet ex fide bona.“

⁷⁴ *Ernst*, *Nisi aliud actum est*. Zur Frage nach einem *ius dispositivum* im römischen Recht bis Justinian, in: *Giaro* (Hg.), *Roman Law and Legal Knowledge*, 61, 69 ff.

aus einer *actio* hervorgegangener Vertragstypen in späterer Zeit, insbesondere in den Institutionen des *Justinian*, überhaupt erst ermöglichte.⁷⁵

Eine Umgehungsmöglichkeit des Typenzwangs lag in dem einseitigen Leistungsversprechen der *stipulatio*. Die *stipulatio* war zwar (zumindest in ihren Anfängen) an die Einhaltung strenger Formalitäten gebunden, konnte dafür jedoch jede Verpflichtung (und korrespondierende Berechtigung) zum Inhalt haben, die Gegenstand einer *obligatio* sein konnte. Die Klagbarkeit basierte nicht auf einem bestimmten Inhalt, sondern auf der Einhaltung einer bestimmten Form. Klageform waren die keinen Inhalt des zugrundeliegenden Versprechens vorschreibende *actio ex stipulatu* und die *condictio*. Nachdem der Austausch der Spruchformeln in der nachklassischen Zeit durch deren beurkundete Niederlegung ersetzt worden war,⁷⁶ konnte die *stipulatio* weitergehend Verträge jeglichen Inhalts erfassen. Sie wurde zu einem beurkundeten Leistungsversprechen mit beliebigem Inhalt.

Eine Durchbrechung des geschlossenen Aktionensystems, d.h. der Abhängigkeit einer *actio* von einer bestimmten Sachverhaltskonstellation aufgrund einer spezifischen *demonstratio*, und damit auch eine echte Ausnahme vom faktischen Typenzwang bildete die *actio in factum*. Bereits im klassischen Recht konnte sie der Prätor gewähren, um Gerechtigkeit auch im Rahmen eines Vertrages zu schaffen, der nicht unter die in dem prätorischen Edikt festgeschriebenen *actiones*, also nicht unter die benannten und nach einem bestimmten Inhalt definierten Vertragstypen fiel. Manche der *actiones in factum* wurden im Zuge der fortwährenden Revision des prätorischen Edikts zur Rechtsfortbildung auch in dieses aufgenommen.⁷⁷ Die *actio in factum* gewährte der Prätor, wenn sich eine Partei nach Erhalt der Leistung weigerte, die eigene Gegenleistung zu erbringen. Während einseitig verpflichtende Verträge somit im Wege der *stipulatio* nicht dem Typenzwang unterfielen, erfolgte dies bei synallagmatischen Austauschverträgen – die eigene Vorleistung vorausgesetzt – im Wege der *actio in factum*. Die vertragstreue Partei konnte nicht nur die eigene Leistung im Wege der *condictio ob causam datorum* zurückverlangen, sondern im Wege der *actio in factum* auf Erfüllung der Gegenleistung klagen. Durch die Erbringung der versprochenen Leistung wurde auch die Gegenleistung klagbar.⁷⁸ Die Klagbarkeit basierte auf den

⁷⁵ Ernst, *Nisi aliud actum est*. Zur Frage nach einem *ius dispositivum* im römischen Recht bis Justinian, in: Giaro (Hg.), *Roman Law and Legal Knowledge*, 61, 72 ff.

⁷⁶ Zur Auflösung der formalen Anforderungen Zimmermann, *Law of Obligations*, 78 ff.; Kaser, *Das römische Privatrecht*² II, § 263 I.1.–3.

⁷⁷ So weist Hähnchen, *Das Nachdenken römischer Juristen über Vertragstypen – Grundlage für ein europäisches Vertragsrecht?*, in: Giaro (Hg.), *Roman Law and Legal Knowledge*, 87, 96 etwa darauf hin, dass auch die *actiones* der *bonae fidei iudicia* ursprünglich nur als einzelfallbezogene, ausnahmsweise *actiones in factum* gewährt wurden.

⁷⁸ Zimmermann, *Law of Obligations*, 533; Kaser, *Das römische Privatrecht*² II, § 269 I; Seiler, *Systematik*, 11.

konkreten Umständen des Einzelfalls, die in die Klageformel als Sachverhaltsschilderung aufgenommen wurden – daher rührt die Bezeichnung *actio in factum*.⁷⁹ Meist handelten die Parteien unter Hinzuziehung von Juristen als rechtlichen Beiständen die konkreten, von den im prätorischen Edikt enthaltenen *actiones* abweichenden Klageformeln aus, die der Prätor dann in Form einer *actio in factum* gewähren musste.⁸⁰ Der konkrete, vor dem *iudex* zu beweisende Sachverhalt musste der Klageformel vorangestellt werden, da er von den im Wege der *demonstratio* standardisierten Sachverhaltskonstellationen der im prätorischen Edikt vorhandenen *actiones* abwich und damit nicht durch die Bezugnahme auf eine bestehende *actio* feststand. Die Klageformeln der am Einzelfall orientierten *actio in factum* waren jedoch stets so weit wie möglich an die feststehenden *actiones* angenähert und folgten damit ebenfalls dem Schema der *bonae fidei iudicia*.⁸¹ Um atypische Vertragsgestaltungen klagbar zu stellen, existierte bereits in der klassischen Zeit neben der *actio in factum* die *actio praescriptis verbis*.⁸² Während bei der *actio in factum* die konkreten Umstände des Einzelfalls in eine neue, eigenständige Klageformel gegossen wurden, handelte es sich bei einer *actio praescriptis verbis* um eine im prätorischen Edikt anerkannte, jedoch im Lichte der Umstände des konkreten Einzelfalls modifizierte Klageformel.⁸³ Derartige Klagen *praescriptis verbis* fanden sich insbesondere im Bereich der flexibel ausgestalteten *iudicia bonae fidei*, zu denen die Konsensualkontrakte gehörten. So trifft man etwa auf Modifizierungen sowohl der *actiones locati* und *conducti* als auch der *actio mandati* im Wege der *praescriptis verbis*⁸⁴ – also der Klageformel vorangestellten Abweichungen von den üblichen, durch die *demonstratio* bestimmten Sachverhaltskonstellationen der zugrundeliegenden *actio*.

Neben der vom Prätor gewährten *actio in factum* erließen die römischen Kaiser bisweilen eine *cognitio extra ordinem*. Diese führte ebenfalls zur Klagbarkeit von Ansprüchen, um Gerechtigkeit im Einzelfall zu schaffen.

⁷⁹ Sehr instruktiv Zimmermann, *Law of Obligations*, 533 und Honsell/Mayer-Maly/Selb, *Römisches Recht*, § 124 II.

⁸⁰ Hähnchen, Das Nachdenken römischer Juristen über Vertragstypen – Grundlage für ein europäisches Vertragsrecht?, in: Giaro (Hg.), *Roman Law and Legal Knowledge*, 87, 99 weist zu Recht darauf hin, dass diese regelmäßig stattfindende Rechtsfortbildung durch Gewährung von *actiones in factum* und deren teilweise Übernahme in den festen Bestand der *actiones* des prätorischen Edikts eine „einen geradezu generalklauselartige Durchbrechung des angeblichen vertraglichen Typenzwangs dar[stellt]“.

⁸¹ Kaser, *Das römische Privatrecht*² II, § 269 I.

⁸² Ausführlich dazu Artner, *Agere praescriptis verbis*.

⁸³ Artner, *Agere praescriptis verbis*, 23 f.

⁸⁴ Artner, *Agere praescriptis verbis*, 189 ff.

c) Nachklassische Auflösungserscheinungen

Aus der Rechtsfigur der *actio praescriptis verbis* bildete sich im nachklassischen Recht im Zuge der zunehmenden Anerkennung der Klagbarkeit jeder von einer Willensübereinstimmung der Parteien getragenen Vereinbarung die Kategorie der unbenannten Realverträge, sog. Innominatverträge, im Gegensatz zu den benannten Verträgen heraus. Wer seine eigene Leistung erbracht hatte, konnte auch aus „unbenannten“ Verträgen auf Erfüllung klagen.⁸⁵ Eingeteilt wurden sie in vier Untertypen orientiert an der Natur des Leistungsaustauschs: *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des* und *facio ut facias*.⁸⁶ Der Gegensatz zwischen klagbaren *contractus* und nicht klagbaren *pacta (nuda)*⁸⁷ war damit zwar nicht aufgegeben, aber doch bereits erheblich untergraben. Auch der Grundsatz „*ex nudo pacto non oritur actio*“ bzw. „*nuda pacta obligationem non parit*“ des klassischen Rechts wurde durch die Schaffung klagbarer *pacta* und die Klagbarkeit von Innominatrealverträgen immer weiter ausgehöhlt. In der nachklassischen Zeit ließ sich kaum noch ein Vertrag als *pactum nudum* einordnen.⁸⁸ Schließlich brach auch die Abkehr vom Formularprozess zugunsten des Kognitionsverfahrens in der nachklassischen Zeit das aktionenrechtliche Denken des klassischen römischen Rechts und den damit verbundenen Typenzwang weiter auf.

Während somit das klassische römische Recht bereits über Wege verfügte, das geschlossene Klageformelsystem der *actiones* zu durchbrechen, überwand das nachklassische Recht mit der Anerkennung, d. h. Klagbarkeit unbenannter Austauschverträge den Typenzwang weitgehend. Mit den *actiones* verschwand auch die Einteilung in und starre Abgrenzung zwischen den Vertragstypen des klassischen Rechts. Die Wiederbelebung der Vertragstypen des klassischen Rechts unter *Justinian* änderte daran nichts mehr. Neben das formal wiederbelebte Vertragstypensystem der benannten Verträge traten die unbenannten Verträge mit jedem erlaubten Inhalt. Dadurch bestand jenseits der benannten Verträge bereits Typen- und damit auch Vertragsinhaltsfreiheit.⁸⁹

⁸⁵ Zimmermann, Law of Obligations, 532 und Stoffels, Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge, 53 sprechen daher zu Recht von *innominate real contracts* bzw. Innominatrealkontrakten.

⁸⁶ Paul D. 19, 5, 5, 1; Zimmermann, Law of Obligations, 534 f. weist zu Recht darauf hin, dass die Einteilung keine systematische ist, sondern eher eine die große Reichweite der Innominatverträge beschreibende. Leistung und Gegenleistung konnten in jedweder Sach- (dare = Geben) oder Arbeitsleistung (facere = Tun) liegen.

⁸⁷ Der Begriff des *pactum* ist unscharf und mehrdeutig; zu den unterschiedlichen, kontextabhängigen Bedeutungen Kaser, Das römische Privatrecht² I, § 122 IV.; Zimmermann, Law of Obligations, 508 ff.

⁸⁸ Nanz, Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert, 18; Kaser, Das römische Privatrecht II, § 261 I.d).

⁸⁹ Seiler, Systematik, 13; Honsell/Mayer-Maly/Selb, Römisches Recht, § 124 III.2.

d) Zwischenergebnis

Die Funktion der Vertragstypenordnung hat sich bereits im römischen Recht von der klassischen bis zur nachklassischen Zeit stark verändert. Während das Modell einer starren, geschlossenen Vertragstypenordnung des klassischen Rechts mit einem begrifflich-tatbestandlichen Vertragstypenverständnis Rechtssicherheit und eine geschlossene Systematik bot, trug das nachklassische Recht den Anforderungen eines dynamischen Wirtschaftslebens und der im Zuge dessen vom Rechtsverkehr geschaffenen Vertragsgestaltungen vermehrt Rechnung. Die Vertragstypen hatten faktisch keine begrenzende Funktion mehr, sondern boten dem Rechtsverkehr Musterordnungen für typische, im Verkehr häufig wiederkehrende Vertragsgestaltungen an. Gegenüber frei gestalteten Konsensualverträgen boten sie einen erhöhten Grad an Vorhersehbarkeit der auf sie anwendbaren Rechtsregeln. Bereits im späten römischen Recht koexistierten somit die Vertragsinhaltsfreiheit und eine nicht mehr als abschließend angesehene und für die Klagbarkeit irrelevante Vertragstypenordnung, deren Anwendung allerdings weiterhin von einer vollständigen Subsumtion unter einen geschlossenen Vertragstatbestand und dessen Tatbestandsmerkmale abhing.

2. *Ius civile der Glossatoren und Kommentatoren versus kanonisches Recht*

Die Glossatoren und Kommentatoren übernahmen der Sache nach die Vertragstypenordnung des römischen Rechts. In Gestalt der sogenannten Vestiturstheorie versuchten die Glossatoren seit dem späten 12. Jahrhundert, allen voran *Placentinus*, *Azo* und *Accursius*, und später die Kommentatoren, insbesondere *Bartolus* und *Baldus*, lediglich, das vorgefundene römische Vertragsrecht anhand einer grundsätzlichen Unterscheidung zwischen klagbaren *pacta vestita*⁹⁰ und nicht klagbaren *pacta nuda* zu ordnen und zu systematisieren.⁹¹ Sie setzten die Versatzstücke des gegen Ende der nachklassischen Zeit systematisch kaum noch zu erfassenden und auch nicht mehr der Rechtswirklichkeit entsprechenden römischen Vertragsrechts neu zusammen. Bei dieser Neuordnung wiesen sie zunehmend zuvor nicht klagbare Vertragstypen des römischen Rechts den klagbaren *pacta vestita* zu, blieben jedoch bei dem – freilich mit der Zeit immer entleerteren – Grundsatz des *ex nudo pacto non oritur actio*.⁹²

Erst im Spätmittelalter um die Wende vom 14. zum 15. Jahrhundert schuf die legistische Lehre neue klagbare *pacta*, die nicht mehr dem römischen

⁹⁰ Zum Begriff etwa HKK/*Thier*, § 311 I, Rn. 13: vom lateinischen *vestimentum* als in das Kleid eines der klagbaren Vertragstypen des römischen Rechts gewandelt, demgegenüber die *pacta nuda* als „nackte“ Vertragstypen.

⁹¹ Ausführlich dazu *Nanz*, Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert, 31 ff.; *Dilcher*, SZ 77 (1960) 270 ff.; *Söllner*, SZ 77 (1960) 182 ff.

⁹² *Zimmermann*, Law of Obligations, 538 f.

Recht entlehnt waren. Eine der bedeutendsten Neuschöpfungen war das *pactum geminatum*. Wurde ein als *pactum nudum* einzustufender Vertrag ein zweites Mal geschlossen, wurde er dadurch zu einem klagbaren *pactum vestitum*. Zum einen wurde die Wiederholung als Ausdruck eines ernsthaften, ausdauernden und überlegten Willens angesehen, sich vertraglich zu binden.⁹³ Zum anderen ließ sich der zweite geschlossene Vertrag als ein *constitutum debiti* der *naturalis obligatio* des ersten *pactum nudum*, also als eine Bestätigung in Form eines klagbaren *pactum* ansehen.⁹⁴

Gerade aus der ersten Begründung für die Annahme eines *pactum vestitum* lassen sich Rückschlüsse auf die Funktion der weiterhin bestehenden Typenordnung und des daraus faktisch folgenden Typenzwangs ableiten, die bereits für das römische Recht Geltung beanspruchen. Der Typenzwang schützte die Parteien vor einem unüberlegten Vertragsabschluss und damit auch vor für sie nachteiligen Verträgen.⁹⁵ Bei den Verträgen *re, verbis* und *litteris* war ein gewisser Schutz bereits durch die zur Willensübereinstimmung hinzutretenden Faktoren (Sachhingabe, Wortformel bzw. später Beurkundung, schriftliche Niederlegung der Verpflichtung) gewährleistet. Bei den Verträgen *consensu*, deren Verpflichtungswirkung sich allein auf den Konsens der Parteien gründete, wurde der Schutz einerseits durch die genaue inhaltliche Ausgestaltung der Vertragstypen (*emptio venditio, locatio conductio, mandatum* und *societas*) und andererseits dadurch erreicht, dass die konkreten Rechte und Pflichten *ex fide bona* zu bestimmen waren. Erst nachdem sich die Klagbarkeit aller *pacta* im *usus modernus pandectarum* endgültig durchgesetzt hatte, wurden anstelle des Typenzwangs andere Seriositätsindizien entwickelt.⁹⁶

Anders als im allgemeinen *ius civile* setzte sich im Handelsrecht als einem Sondergebiet, bestehend aus kaufmännischen Statuten, Handelsbräuchen und Gewohnheitsrecht auf der Grundlage der *aequitas mercatoria*, früh die Klagbarkeit auch der *pacta nuda* durch. Der Handelsverkehr bedurfte eines flexiblen und einfachen Vertragsrechts ohne inhaltlichen Typenzwang und hindernde Formerfordernisse.⁹⁷

Im Gegensatz zur und in bewusster Abkehr von den zivilistischen Vorstellungen der Glossatoren und Kommentatoren erkannte das kanonische Recht seit dem Ende des 12. Jahrhunderts auf der Grundlage der christlichen Mo-

⁹³ HKK/Thier, § 311 I, Rn. 13.

⁹⁴ Seuffert, Zur Geschichte der obligatorischen Verträge, 76; Dilcher, SZ 77 (1960) 270, 299.

⁹⁵ HKK/Thier, § 311 I, Rn. 13; Seuffert, Zur Geschichte der obligatorischen Verträge, 76.

⁹⁶ Dazu rechtsvergleichend HWBEuP/Kötz, Seriositätsindizien, S. 1397 ff.; Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung³, 382 ff.; Zimmermann, Law of Obligations, 537 ff. und 547 ff.

⁹⁷ Nanz, Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert, 57 ff.; Dilcher, ZSS RA 77 (1960) 270, 297.

raltheologie die Klagbarkeit einer jeden vertraglichen Vereinbarung, auch des *pactum nudum* an.⁹⁸ Sie wurde insbesondere auf die theologisch begründete Bindung an ein gegebenes Versprechen (Bruch des Versprechens als Sünde gegen Gott) und die Vertragstreue gestützt.

3. *Usus modernus pandectarum*

Beginnend mit *Wesenbeck* im späten 16. Jahrhundert setzte sich auch für das *ius civile* im *usus modernus pandectarum* die Klagbarkeit aller Versprechen, auch des *pactum nudum*, durch. Dies geschah ausdrücklich in Anlehnung an das kanonische Recht, das Handelsrecht, die Rechtsprechung der Fürstengerichte und die private Schiedsgerichtsbarkeit, die eine Klagbarkeit des gegebenen Versprechens unabhängig von seinem Inhalt und damit verbunden der Zuordnung zu einem Vertragstyp anerkannten. *Wesenbeck* und ihm folgend die meisten anderen Autoren des *usus modernus* begründeten die Klagbarkeit der *pacta nuda* vor den Zivilgerichten in Abkehr vom römischen Recht nach den *mores hodierni*.⁹⁹

Mit der Klagbarkeit aller *pacta* auch vor den Zivilgerichten war der Typenzwang des römischen Rechts obsolet geworden und der Weg zur Vertragsinhaltsfreiheit geebnet. Mit dem Wegfall des Typenzwangs stellte sich unweigerlich die Frage, welche Berechtigung die überkommene Vertragstypenordnung des römischen Rechts noch hatte. Welchen Zweck sollte eine Vertragstypologie haben, wenn jeder Vertrag unabhängig von seinem Inhalt klagbar war? Der Spätscholastiker *Molina* zog aus der Klagbarkeit des *pactum nudum* im kastilischen Recht, das dem kanonischen Recht entsprach, bereits sehr früh den Schluss, dass die Vertragstypologie des römischen Rechts keine Berechtigung mehr habe.¹⁰⁰ Diese Sicht setzte sich auch unter den Autoren des *usus modernus* als Folge der Klagbarkeit des *pactum nudum* durch. Sämtliche Typologien des römischen Rechts wurden als hinfällig und überflüssig verworfen: *pactum vestitum* versus *pactum nudum*, *contractus nominati* versus *contractus innominati*, *contractus bonae fidei* versus *contractus stricti iuris*.¹⁰¹ Eine allgemeine Vertragslehre auf der Grundlage des einheitlichen klagbaren *pactum* als den logischen nächsten Schritt entwickelten die Autoren des *usus modernus* jedoch noch nicht;¹⁰² dies blieb vielmehr der naturrechtlichen Vertragslehre vorbehalten. Das Aufbrechen der

⁹⁸ Siehe erneut ausführlich dazu *Nanz*, Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert, 46 ff., insbesondere 52 ff.; *Dilcher*, ZSS RA 77 (1960) 270, 281 ff.; *Zimmermann*, Law of Obligations, 542 f.

⁹⁹ Siehe dazu *Nanz*, Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert, 85 ff. und 100 ff.; *Zimmermann*, Law of Obligations, 539 f.

¹⁰⁰ *Molina*, De iustitia et iure, disp. 258, n. 9 (Bd. 2, col. 25).

¹⁰¹ *Struve*, Syntagma in D 2, 14, n. 32; *Stryck*, Usus modernus in D 2, 14 §§ 4, 7 (Bd. 1, S. 273 ff.); *Voet*, Commentarius Ad Pandectas, in D 2, 14, n. 9 (Bd. 1, S. 130).

römischen Vertragstypenordnung und die damit verbundene Klagbarkeit aller Verträge hatten für das geltende *ius civile* bereits eine derartige Sprengkraft und kamen einer solch grundlegenden Umwälzung gleich, dass die Gestaltungskraft der Autoren des *usus modernus* damit erschöpft schien. Zudem galt es zunächst, die unmittelbaren Folgen der Klagbarkeit des *pactum nudum* für das Gesamtsystem des im Übrigen noch immer geltenden römischen Vertragsrechts zu klären. Dies galt insbesondere für die verbliebene Daseinsberechtigung der *stipulatio*.¹⁰³

4. Naturrechtliche Vertragslehre

Die naturrechtliche Vertragslehre als eine sich unabhängig von jeglicher Bindung an das römische Recht, den *mores hodierni* und der *consuetudo* in der Rechtspraxis entwickelnde Disziplin erkannte die Verbindlichkeit und Klagbarkeit einer jeden vertraglichen Vereinbarung an. Ihre Vertreter setzten sich bewusst in Widerspruch zu dem Typenzwang des römischen Rechts, aber auch zu der nachklassischen Unterscheidung zwischen benannten und unbenannten Verträgen, in der sie bei Anerkennung des Konsensprinzips und der Vertragsinhaltsfreiheit keinen systematischen Mehrwert sahen. Einer der bedeutendsten Vertreter der naturrechtlichen Vertragslehre, *Grotius*, bemerkt dazu allgemein in der Vorrede seines Werkes „*De iure belli ac pacis libri tres*“:¹⁰⁴

„Es entspricht nur dem Recht der Natur, Verträge zu halten. Denn irgendein Weg sich zu verpflichten, ist für Menschen notwendig, und ein natürlicherer als der Vertrag läßt sich nicht auffinden. Aus dieser natürlichen Quelle ist das bürgerliche Recht entstanden [...]“

Etwas spezifischer heißt es im Zweiten Buch, 12. Kapitel „Über die Verträge“:¹⁰⁵

„Aber dem Naturrecht sind diese Unterschiede [Anmerkung des Verfassers: zwischen benannten und unbenannten Verträgen im römischen Recht] fremd, denn jene ‚unbenannten Verträge‘ sind nicht weniger natürlich und nicht weniger alt [...] Wir folgen also der Natur und erklären alle Verträge, ohne Unterschied zwischen benannten und unbenannten, für vollkommen rechtsverbindlich unter Zurückführung auf die oben bezeichnete Einteilung in drei Klassen.“¹⁰⁶

¹⁰² Zu den Differenzen unter den Autoren des *usus modernus* im Hinblick auf einen allgemeinen Vertragsbegriff Nanz, Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert, 130 ff.

¹⁰³ Nanz, Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert, 122 ff.

¹⁰⁴ *Grotius*, *De iure belli ac pacis libri tres*, Vorrede Rn. 15.

¹⁰⁵ *Grotius*, *De iure belli ac pacis libri tres*, Zweites Buch, 12. Kapitel, III. Rn. 3.

¹⁰⁶ Diese Einteilung, die sich im Zweiten Buch, 12. Kapitel, III. Rn. 1 f. findet, knüpft an die Einteilung der Innominatverträge im nachklassischen römischen Recht an, die auf drei statt vier Untertypen reduziert wird: *do ut des*, *facio ut des* und *facio ut facias*.

Pufendorf,¹⁰⁷ *Thomasius*¹⁰⁸ und *Wolff*¹⁰⁹ vollzogen einen ähnlichen Bruch mit der Vertragstypenordnung des römischen Rechts – sowohl was den tatsächlich ohnehin bereits im römischen Recht überwundenen Typenzwang als auch die systematisierende Einteilung und Anordnung der Vertragstypen anging. So wählte *Pufendorf* eine Einteilung nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise in *contractus benefici* (freigebige Verträge), *contractus onerosi* (belastende Verträge) und *contractus mixti* (gemischte Verträge),¹¹⁰ die *Wolff* im Wesentlichen übernahm,¹¹¹ auch wenn er die von *Pufendorf* noch getroffene Unterscheidung von *pactum* und *contractus* ablehnte.¹¹²

Die Naturrechtler lösten sich somit noch radikaler als die Autoren des *usus modernus* vom Typenzwang und der Systembildung des römischen Rechts und führten die von letzteren nur angestoßenen Überlegungen hin zu einem allgemeinen Vertragsrecht zu Ende. Dies schlug sich in den Naturrechtskodifikationen, insbesondere dem Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten (1794), dem französischen *Code civil* (1804) und dem österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (1811) nieder. Prägend für dieses allgemeine Vertragsrecht war ein allgemeiner und zugleich umfassender Begriff des Vertrages (*contractus* bei *Wolff*) auf der Grundlage des Konsenses der Parteien, der durch Angebot und Annahme zustande kam und dessen Inhalt die Parteien grundsätzlich frei von jedem Typenzwang gestalten konnten.

5. Bürgerliches Gesetzbuch

a) Spannungsverhältnis im BGB

Der von den Naturrechtlern erstmals herausgebildete allgemeine Vertragsbegriff liegt in einer durch die historische Rechtsschule und die Pandektenwissenschaft verfeinerten Form auch dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch von 1900 zugrunde.¹¹³ Er kommt insbesondere in der Existenz und Ausgestal-

¹⁰⁷ *De iure naturae et gentium libri octo* (1672).

¹⁰⁸ *Notae ad singulos Institutionum et Pandectarum titulos* (1713) und *Programma des causis inutilium Doctrinarium in Studio Jurisprudentiae* (1707)

¹⁰⁹ *Ius naturae methodoscientifica pertractorum* (1740–49) und der daraus separat erschienenene Auszug *Institutiones juris naturae et gentium* (1754).

¹¹⁰ *Pufendorf*, *De Iure Naturae et Gentium Libri Octo*, 1672, Libri V, Caput II, §§ 8–10 (S. 617 ff.: *Beneficos & onerosos, Enumeratio contractuum onerosorum, contractus mixti*); ausführlicher dazu *Seiler*, *Systematik*, 22 ff.; *Nanz*, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert*, 149 ff.

¹¹¹ *Wolff*, *Institutiones Juris Naturae et Gentium*, Halle/Magdeburg 1754, Caput IX, §§ 465 ff.

¹¹² *Nanz*, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert*, 169.

¹¹³ *Nanz*, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert*, 197 f.

tung eines allgemeinen Schuldrechts, aber auch in den vertragsrechtlichen Regeln des allgemeinen Teils, etwa über den Vertragsschluss und Willensmängel, zum Ausdruck. Dennoch enthält das BGB daneben ein besonderes Schuldvertragsrecht, welches einzelne Vertragstypen regelt. Diese orientieren sich nicht an den in bewusster Abkehr von der römisch-rechtlichen Typenordnung gewählten naturrechtlichen Einteilungen, deren Zenit spätestens Mitte des 19. Jahrhunderts überschritten war. Vielmehr scheinen in der Vertragstypenordnung des besonderen Schuldvertragsrechts des BGB im Zuge der Rückbesinnung auf das römische Recht durch den romanistischen Zweig der historischen Rechtsschule und die ihr nachfolgende Pandektenwissenschaft das Gesamt- und Kontraktschema des römischen Rechts durch.¹¹⁴

Stoffels beschreibt das daraus resultierende Spannungsverhältnis treffend:¹¹⁵

„Einerseits wird grundsätzlich jedem nach den Regeln des Allgemeinen Teils zustande gekommenen Vertrag unabhängig von seinem konkreten Inhalt volle Geltung zuerkannt. Auf der anderen Seite hat der Gesetzgeber einen Katalog bestimmter Vertragstypen aufgestellt, der einem System des Typenzwangs entstammt und nur dort seine klar bestimmte Funktion besaß.“

Den weitgehend aus dem römischen Recht übernommenen Vertragstypen des BGB müssen daher andere Funktionen als die der Klagbarkeit und damit der Begründung einer durchsetzbaren vertraglichen Verpflichtung überhaupt zukommen. Dies sind nach heute vorherrschendem Verständnis die Ergänzungs- und die Leitbildfunktion,¹¹⁶ die hier nur skizziert werden können.

b) Ergänzungsfunktion

Die gesetzlichen Vertragstypen bilden in Form der zur Verfügung gestellten, weitgehend dispositiven Regelungsregime des jeweiligen Vertragstyps die Grundlage zur Ergänzung lückenhafter Verträge. Diese Ergänzung kann so weit reichen, dass die Parteien nur die Hauptleistungspflichten als *essentialia negotii* regeln, die übrigen Rechte und Pflichten hingegen dem dispositiven Gesetzesrecht des allgemeinen und besonderen Schuldrechts überlassen. Mit der Einigung über die Hauptleistungspflichten eines gesetzlichen Vertragstyps stehen somit auch dessen Neben(leistungs)plichten sowie je nach Vertragstyp bestimmte Verhaltens- (etwa Leistungstreue- und Mitwirkungspflichten) und Schutzpflichten als dessen *naturalia negotii* fest, wenn die Parteien keine vom dispositiven Gesetzesrecht abweichenden Regelungen

¹¹⁴ Ebenso *Stoffels*, Gesetzlich nicht geregelte Schuldverhältnisse, 101; siehe für das in dieser Hinsicht vergleichbare schweizerische Obligationenrecht *Bucher*, ZSR 102 II (1983) 318.

¹¹⁵ *Stoffels*, Gesetzlich nicht geregelte Schuldverhältnisse, 101.

¹¹⁶ *Staudinger/Oechsler*, *Eckpfeiler* [2014/2015] Vertragstypen, Rn. 1.

treffen.¹¹⁷ Das dispositive Gesetzesrecht hat dementsprechend die Funktion, in Ermangelung einer Regelung durch die Parteien diejenigen ergänzenden Rechte und Pflichten der Parteien festzulegen, auf die sie nach der Natur und dem Charakter des jeweiligen Vertragstyps wechselseitig vertrauen dürfen.¹¹⁸

Im Gegensatz zur Mehrheit der dispositiv ausgestalteten Regelungen der gesetzlichen Vertragstypen dienen die in der Minderheit befindlichen zwingenden Regelungen dazu, unmittelbar bestimmte rechtspolitische Ziele durchzusetzen. Das prominenteste Beispiel sind die durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz im Jahre 2002 eingeführten verbraucherschützenden Vorschriften beim Verbrauchsgüterkauf.¹¹⁹

c) Leitbildfunktion

Neben der Vertragsergänzung dienen die dispositiven Regelungsregime der gesetzlichen Vertragstypen als Leitbild für die Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen,¹²⁰ die heute infolge der steten Zunahme standardisierter Massengeschäfte und des Siegeszuges des Verbraucherschutzes neben zwingenden Verbraucherschutzregelungen eine zentrale Sicherung der Vertragsgerechtigkeit unserer Zivilrechtsordnung darstellt. Dabei unterscheidet die Rechtsprechung zwischen dispositivem Recht mit und ohne leitbildhaftem Gerechtigkeitsgehalt.¹²¹ Während ersteres nur in sehr geringem Maße der Dispositionsbefugnis der die AGB stellenden Partei unterliegt, da es einen gesellschaftlich anerkannten Gerechtigkeitsmaßstab vorgibt, steht letzteres zur uneingeschränkten Disposition. Gibt also eine der Vertragsparteien den Vertragsinhalt in Form allgemeiner Geschäftsbedingungen vor, unterliegt ihre Vertragsinhaltsfreiheit Grenzen.

Diese Grenzen sind jedoch anders als im Falle zwingenden Rechts oder gar eines Vertragstypenzwangs inhaltlich fließend ausgestaltet.¹²² So sieht § 307 Abs. 2 BGB in beiden Unterfällen der unangemessenen Benachteiligung eine Wesentlichkeitsschwelle vor, die sich zudem im Falle der Nr. 1 auf „Grundgedanken“ und im Falle der Nr. 2 auf die „Natur des Vertrages“ bezieht. Auf diese Weise verwirklicht die Kombination der Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen mit gesetzlichen Vertragstypen einen flexiblen Schutz

¹¹⁷ Ausführlich zu den aus dem Schuldverhältnis erwachsenden Pflichten *Gernhuber*, Schuldverhältnis, § 2 III und IV.

¹¹⁸ Staudinger/*Oechsler*, Eckpfeiler [2014/2015] Vertragstypen, Rn. 5 und 9.

¹¹⁹ HKK/*Hofer*, Vor § 433, Die Systematik des Besonderen Schuldrechts, Rn. 1; kritisch dazu Staudinger/*Oechsler*, Eckpfeiler [2014/2015] Vertragstypen, Rn. 15.

¹²⁰ Staudinger/*Oechsler*, Eckpfeiler [2014/2015] Vertragstypen, Rn. 13 ff.

¹²¹ Siehe etwa BGHZ 41, 151, 154 f.; 54, 106, 109 f.; 63, 238, 239.

¹²² Darin sieht Staudinger/*Oechsler*, Eckpfeiler [2014/2015] Vertragstypen, Rn. 15 den wesentlichen Verdienst der Leitbildfunktion.

der regelmäßig schwächeren Partei, die häufig gerade im Massengeschäft allein vor der Wahl des „take it or leave it“ steht.¹²³

Der durch die Leitbildfunktion im Zuge der AGB-Kontrolle vermittelte Schutz ist zudem dynamisch ausgestaltet. Die unbestimmten Rechtsbegriffe der unangemessenen Benachteiligung und der Wesentlichkeitsschwelle, insbesondere deren Bezugspunkte des Grundgedankens und der Natur des Vertrages, lassen sich an das Gerechtigkeitsempfinden des Rechtsverkehrs oder aber bestimmter Branchen sowie an neue Geschäfts- und damit Vertragsmodelle anpassen. Ein Typenzwang mit einer nur durch den Gesetzgeber zu ändernden und damit schwerfälligen Vertragstypenordnung würde der Vieltätigkeit und Dynamik des heutigen Wirtschaftsverkehrs kaum gerecht und hätte somit gegebenenfalls auch ökonomisch nachteilige Folgen. Eine Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung in Reaktion auf eine veränderte Rechtspraxis wäre nur noch in sehr engen Grenzen möglich.

Es darf freilich nicht übersehen werden, dass auch die Leitbildfunktion an die gesetzlich vorgegebenen Vertragstypen anknüpft, die längst nicht alle Verträge des heutigen Rechtsverkehrs unmittelbar erfassen. Wenn auch aufgrund der Anpassungsfähigkeit der AGB-Kontrolle an neue Verträge und veränderte Gerechtigkeitsvorstellungen in deutlich geringerem Maße als ein Typenzwang, trägt die Leitbildfunktion daher die Schwächen der gesetzlichen Vertragstypisierung in einem gewissen Maße ebenfalls in sich. Dies erscheint jedoch insofern unausweichlich, als auch eine noch so flexible und dynamische Kontrolle der Vertragsgerechtigkeit – unabhängig davon, wie weit diese Kontrolle reicht – eines Maßstabes bedarf, der den Ansprüchen an Rechtssicherheit und Rechtsklarheit, insbesondere Vorhersehbarkeit des Kontrollmaßstabes, gerecht wird. Diesen Maßstab vermögen die gesetzlichen Schuldvertragstypen grundsätzlich zu liefern. Je weiter sich allerdings ein von einer Partei in Form allgemeiner Geschäftsbedingungen vorgegebener Vertrag von den gesetzlichen Vertragstypen entfernt, desto weniger geeignet erscheinen die gesetzlichen Vertragstypen als Maßstab.¹²⁴

III. Typenzuordnung im Bürgerlichen Gesetzbuch

Aufgrund der zahlenmäßig, aber auch inhaltlich begrenzten Schuldvertragstypen des BGB weichen zahlreiche Verträge nicht nur des modernen Wirtschaftsverkehrs von den gesetzlichen Regelungen ab. Um das für die AGB-Kontrolle passende gesetzliche Regelungsregime zu ermitteln, ist die Zuordnung des Vertrags zu einem Vertragstyp des BGB von zentraler Bedeutung.

Die entscheidende Frage lautet daher, auf welche Weise und anhand welcher Kriterien ein inhaltlich frei gestalteter Vertrag den gesetzlichen Ver-

¹²³ Vékás, Erneuern und Bewahren, 22.

¹²⁴ Staudinger/Oechsler, Eckpfeiler [2014/2015] Vertragstypen, Rn. 18.

tragstypen des BGB zuzuordnen ist. Zu dieser Problematik haben sich zwei Strömungen herausgebildet, die eng mit den Lösungsansätzen der Behandlung gemischter Verträge korrespondieren.

1. Begrifflich-tatbestandliches Verständnis

Nach einem begrifflich-tatbestandlichen Verständnis stellen die einzelnen Schuldverhältnisse des besonderen Schuldvertragsrechts des Bürgerlichen Gesetzbuchs klar umrissene und trennscharf abgrenzbare Binnenordnungen dar. Sie werden durch die in den Einleitungsnormen aufgestellten, kumulativ verstandenen Anforderungen an den Inhalt im Sinne von Tatbestandsmerkmalen definiert. Die Zuordnung gleicht daher einer Subsumtion. Ein inhaltlich privatautonom gestalteter Vertrag unterfällt nur dann einem der gesetzlich geregelten Schuldverhältnisse, wenn er sämtliche Tatbestandsmerkmale dieses Schuldverhältnisses bzw. der es einleitenden Norm kumulativ erfüllt. Anderenfalls lässt sich der konkrete Vertrag jedenfalls nicht als solcher den gesetzlich geregelten Schuldverhältnissen zuordnen. Fehlt es an Tatbestandsmerkmalen, scheitert eine Zuordnung völlig. Weist der Vertrag Tatbestandsmerkmale mehrerer gesetzlicher Schuldverhältnisse auf, ist trotz entgegenstehenden Parteiwillens von getrennten Verträgen auszugehen, wenn nicht eines der Schuldverhältnisse untergeordnet und lediglich akzessorisch zu dem anderen ist, was zur Absorption führt.¹²⁵ Dies führt zu einem Entweder-oder, wodurch sich zahlreiche Verträge nicht sachgerecht der gesetzlichen Ordnung des besonderen Schuldvertragsrechts zuordnen lassen.

Das soeben skizzierte begrifflich-tatbestandliche Verständnis lässt sich nur schwer auf einzelne Personen zurückführen bzw. bestimmten Autoren zuordnen. Es handelt sich vielmehr um ein Produkt der Literatur in Abgrenzung zum heute vorherrschenden typologisch-wertenden Verständnis. So wird es von *Stoffels* der „in den Zeiten der Begriffsjurisprudenz verständlicherweise nahezu unangefochtene(n) Grundanschauung“ zugeordnet.¹²⁶ *Leenen* leitet es nach ergebnisloser Analyse des Wortlauts und der Gesetzesmaterialien des BGB lediglich daraus ab, dass „das BGB auf dem Boden der Pandektistik

¹²⁵ Zum Zusammenhang der begrifflich-tatbestandlichen Zuordnung und der Absorptionstheorie näher *Hoeniger*, Die gemischten Verträge in ihren Grundformen, 360 ff. (in Auseinandersetzung mit den Ansichten *Lotmars*, Der Arbeitsvertrag, Bd. 1, insbesondere 176 ff.).

¹²⁶ *Stoffels*, Gesetzlich nicht geregelte Schuldverhältnisse, 21 f.; er verweist dazu im Wesentlichen beispielhaft auf *Enneccerus-Lehmann*, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Auflage 1958, §§ 101 ff. über die einzelnen Schuldverhältnisse, die stets mit einer Begriffsbestimmung beginnen, die auf die Einleitungsnorm des jeweiligen Schuldverhältnisses Bezug nimmt und die auch in § 100 bei der Behandlung gemischter Verträge mit Typus stets der Sache nach einen eng umrissenen und der Subsumtion fähigen Begriff zu meinen scheinen.

gewachsen ist, der begriffliche Strenge und systematische Vollständigkeit höchste Ziele bedeuteten“ und dass die Pandektistik die Lehre von den *essentialia*, *naturalia* und *accidentalialia negotii* zur Blüte brachte, die insbesondere in der Form der *essentialia* Ausdruck begrifflichen Denkens sei.¹²⁷

Selbst wenn man einem begrifflich-tatbestandlichen Verständnis folgte, wäre damit noch nicht entschieden, ob und inwieweit die gesetzliche Ordnung des besonderen Schuldvertragsrechts ihre Ergänzungs- und Leitbildfunktion zu erfüllen vermag. Auch wenn sich zahlreiche im Rechtsverkehr häufig anzutreffende Verträge keinem gesetzlichen Schuldverhältnis zuordnen ließen, könnten einzelne Regelungen oder gar Regelungskomplexe bestimmter gesetzlicher Schuldverhältnisse im konkreten Einzelfall im Wege der Analogie zur Ergänzung oder Kontrolle herangezogen werden. Diesen Ansatz verfolgt in jüngerer Zeit insbesondere *Oechsler*, der die vorherrschende typologische Zuordnung als wenig überzeugenden, da unflexiblen und umständlichen Umweg zu einer sachgerechten Erfassung parteiautonom gestalteter Verträge ansieht. Stattdessen hält er den Weg der Analogie einzelner Regelungen im Einzelfall für vorzugswürdig.¹²⁸

2. Typologisch-wertendes Verständnis

Das typologisch-wertende Verständnis zeichnet sich in Abgrenzung zu geschlossenen, wenn auch deutungsbedürftigen Klassen, Gattungen oder Begriffen¹²⁹ insbesondere durch Offenheit und Abstufbarkeit aus.¹³⁰

¹²⁷ *Leenen*, 120 ff.

¹²⁸ *Oechsler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, 298 ff. (siehe auch Staudinger/*Oechsler*, Eckpfeiler [2014/2015] Vertragstypen, Rn. 16 ff.).

¹²⁹ Zum Gegensatz von offenem Typus und geschlossenem Begriff siehe *Larenz*, Schuldrecht II/1 § 38; *idem*, Methodenlehre, 443 ff.; *Martinek*, Moderne Vertragstypen, Bd. I, 19 f.; zu der Unterscheidung der weiteren Denkformen insbesondere *Leenen*, Typus und Rechtsfindung, 34 ff.; zur Denkform des Typus grundlegend neben *Larenz* a.a.O. auch *Engisch*, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 237 ff.; *Westermann*, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, 95 ff.; *Wolff*, Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft, Studium Generale V (1952) 195 ff.

¹³⁰ *Larenz*, Methodenlehre, 443 ff.; *Leenen*, Typus und Rechtsfindung, 34 ff.; *Westermann*, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, 95 ff., insb. 105 ff.; ansatzweise bereits viel früher vertreten, siehe etwa *Laband*, AcP 73 (NF. 23) (1888) 161, 162 (er spricht einerseits von „begrifflichen Kategorien“, andererseits betont er jedoch, die Obligationsarten seien nicht fest abgegrenzt, sondern gingen „durch Zwischenformen und Mischbildungen in einander über und die Mannigfaltigkeit ihrer Gestaltungen scheint jeder festen Klassifikation zu spotten“); kritisch in jüngerer Zeit etwa *Oechsler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, 298 ff.; Staudinger/*Oechsler*, Eckpfeiler [2014/2015] Vertragstypen, Rn. 17 ff.; *Kuhlen*, Typuskonzeption in der Rechtstheorie; überzeugend vermittelnd *Stoffels*, Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge, 25 ff.

Die Offenheit des Vertragstyps führt dazu, dass die Merkmale eines Vertragstyps mehr oder weniger stark ausgeprägt sein können, ja dass einzelne Merkmale sogar fehlen können. Ein parteiautonom gestalteter Vertrag kann sich daher auch dann noch einem Vertragstyp zuordnen lassen, wenn er in einzelnen Punkten von dem zugehörigen gesetzlichen Regelungsregime abweicht. Die Zuordnung eines Vertrages zu einem der Vertragstypen des besonderen Schuldvertragsrechts ist keine Subsumtion (wie im Falle einer Klasse, Gattung oder eines Begriffs), sondern eine im Zuge einer Gesamtbetrachtung vorzunehmende, wertende Zuordnung.¹³¹ Die regelmäßig an der Spitze der Vertragstypen anzutreffende Kopfnorm, welche die vertragstypischen Hauptleistungspflichten enthält, ist für die Zuordnung allenfalls ein erster Anhaltspunkt. Ihre tatbestandliche Struktur widerspricht der Denkform des offenen Typus, der durch das gesamte Regelungsregime des jeweiligen Vertragstyps geprägt ist. Zwischen Einleitungsnorm und nachfolgendem Regelungsregime besteht insofern eine Inkongruenz.¹³² Daher ist anstelle der Subsumtion unter die Einleitungsnorm ein wertender Vergleich des individuellen Vertrages mit den den jeweiligen Vertragstyp prägenden Elementen bzw. der sich in dem gesamten Regelungsregime des jeweiligen Vertragstyps manifestierenden Leitidee des Vertragstyps vorzunehmen.¹³³ Dabei sind nicht nur die zwingenden, sondern gerade auch die dispositiven Regelungen des in Rede stehenden Vertragstyps zu berücksichtigen.

Die in der Offenheit wurzelnde Abstufbarkeit führt zu einer Variationsbreite innerhalb des jeweiligen Vertragstyps,¹³⁴ die bisweilen mit einem beweglichen System verglichen wird.¹³⁵ Das Zusammenspiel durch eine Leit-

¹³¹ Larenz, Schuldrecht II/1, § 38; *idem*, Methodenlehre, 443 ff.; Martinek, Moderne Vertragstypen, Bd. I, S. 19 f.; Leenen, Typus und Rechtsfindung, 34 ff.; Westermann, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, 95 ff.

¹³² Ansatzweise bereits Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag, 304 (wechselseitige Anwendung zahlreicher Vorschriften des Dienst- und Werkvertragsrechts auf den jeweils anderen Vertragstyp); deutlicher Schreiber, JheringsJb 60 (1912) 106, 151 ff., insb. 161; Leenen, Typus und Rechtsfindung, 129 (in Anlehnung an Larenz, Methodenlehre², 196 will er die Einleitungsnorm von vornherein nicht als begriffliche Definition auffassen, sondern als „eine vorläufige und rohe Umschreibung der betreffenden Vertragstypen“) und 166 f.; Dellios, Zur Präzisierung der Rechtsfindungsmethode bei „gemischten“ Verträgen, 48 f.

¹³³ Westermann, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, 100 und 107; Stoffels, Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge, 12 versteht unter gesetzlich nicht geregelten Verträgen daher treffend solche, die „weder im Bürgerlichen Gesetzbuch noch in einem Sondergesetz (z. B. Handelsgesetzbuch) eine vertragstypprägende Regelung erfahren haben.“

¹³⁴ Leenen, Typus und Rechtsfindung, 40 setzt diese Variationsbreite innerhalb eines Vertragstyps positiv mit „beliebige[n] Ausprägungsmöglichkeit[en]“ gleich, während er die negative Konnotation der „Unschärfe“ ablehnt.

¹³⁵ Larenz, Methodenlehre, 453 f. in Anlehnung an Wilburg, Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht; *idem*, Die Elemente des Schadensrechts, 26 ff.

idee verbundener, aber im Einzelnen ersetzbarer Merkmale in verschiedenen Variationen verfolge eine Einheit in (beweglicher) Vielfalt.¹³⁶

Ob ein parteiautonom gestalteter Vertrag noch innerhalb der Variationsbreite eines gesetzlichen Vertragstyps liegt oder ob die Abweichungen dergestalt sind, dass der Vertrag dem Wesenskern des jeweiligen Vertragstyps nicht mehr entspricht, ist eine offene, da von einer wertenden Gesamtbetrachtung abhängende Frage.¹³⁷ Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Variationsbreite der gesetzlichen Vertragstypen unterschiedlich ist: Je abstrakter der Regelungszugriff und je geringer die Regelungstiefe, desto größer dürfte in der Regel die Variationsbreite sein. Freilich geht damit auch ein geringerer Nutzen der Typenzuordnung einher.

Liegt der parteiautonom gestaltete Vertrag jenseits der durch die Offenheit des jeweiligen Vertragstyps bedingten Variationsbreite, handelt es sich je nach Abweichung entweder um einen typengemischten Vertrag oder um einen typenfremden bzw. atypischen Vertrag.¹³⁸ Typengemischte Verträge enthalten Wesenselemente verschiedener gesetzlicher Vertragstypen, ergeben aber erst und nur in ihrer Gesamtheit den von den Parteien gewollten Vertrag. Typenfremde bzw. atypische Verträge hingegen lassen sich nicht einmal in Teilen bestimmten gesetzlichen Vertragstypen zuordnen, sondern stellen eine Neuschöpfung durch die Parteien dar. Typenfremd bzw. atypisch meint also (auch gemischt) gesetzestypenfremd.¹³⁹

Neben die an der Zuordnung zu einem gesetzlichen Vertragstyp orientierte Dreiteilung in (einschließlich noch in der Variationsbreite eines gesetzlichen Vertragstyps liegende) typenkonforme, typengemischte und atypische bzw. typenfremde Verträge tritt häufig die Kategorie der verkehrstypischen Verträge. Sie ist durch zwei Wesenselemente gekennzeichnet: Es handelt sich um gesetzlich nicht oder allenfalls rudimentär geregelte Verträge,¹⁴⁰ die sich aufgrund ihrer Häufigkeit und Relevanz für den Rechtsverkehr zu gleichförmigen, eigenständigen Vertragstypen verdichtet haben. Anstelle des Gesetzes erhalten sie ihre Prägung als Vertragstyp durch den Rechtsverkehr, häufig verfestigt in Form allgemeiner Geschäftsbedingungen.¹⁴¹ Sie lassen sich daher auch als durch den Rechtsverkehr, d.h. von der Vertragspraxis geschaffene und von der Rechtsprechung als solche anerkannte Vertragstypen bezeich-

¹³⁶ *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 76 ff.

¹³⁷ *Martinek*, Moderne Vertragstypen, Bd. I, 22; *Larenz*, Methodenlehre, 453 f.

¹³⁸ Atypische Verträge werden bisweilen auch als Verträge *sui generis* bezeichnet.

¹³⁹ *Stoffels*, Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge, 14 f.

¹⁴⁰ *Martinek*, Moderne Vertragstypen, Bd. I, 4, weist zu Recht darauf hin, dass auch und gerade die gesetzlich geregelten Verträge verkehrstypisch sind; es war ja gerade das Bestreben des Gesetzgebers, die verkehrstypischen Verträge, wenn auch abstrakt, gesetzlich zu erfassen.

¹⁴¹ *Stoffels*, Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge, 15; *Grüneberg/Grüneberg*⁸¹, Überbl v § 311, Rn. 12; *Martinek*, Moderne Vertragstypen, Bd. I, 4.

nen. Beispiele sind etwa der Lizenzvertrag, der Franchisevertrag, der Garantievertrag, der Baubetreuungsvertrag, der Schiedsrichtervertrag und der Fernunterrichtsvertrag.¹⁴² Die Einteilung in verkehrstypische gegenüber verkehrsuntypischen Verträgen¹⁴³ erfolgt also nicht anhand des Kriteriums der Zuordnung zu einem gesetzlichen Vertragstyp, sondern nach der Verdichtung zu einem extra-gesetzlichen Vertragstyp im Rechtsverkehr. Es handelt sich eher um eine beschreibende, als um eine rechtliche Kategorie. Dies gilt in noch größerem Maße für den Terminus der sogenannten modernen Vertragstypen.¹⁴⁴ Die Einordnung von Verträgen anhand der Zuordnung zu einem der gesetzlichen Vertragstypen einerseits und der Verkehrstypizität andererseits schließen sich nicht aus. Vielmehr kann es sich bei einem verkehrstypischen Vertrag sowohl um einen typengemischten als auch um einen typenfremden Vertrag handeln.

Nach heute gängiger Terminologie und Einteilung lassen sich die typengemischten Verträge in drei unterschiedliche Kategorien einteilen: Typenkombinationsverträge, Verträge mit atypischer Gegenleistung und Typenverschmelzungsverträge.¹⁴⁵ Welche dispositiven Rechtsnormen auf einen typengemischten Vertrag anzuwenden sind, ist seit jeher umstritten. In der Literatur wurden bereits kurze Zeit nach Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs mit der Absorptionstheorie,¹⁴⁶ der Kombinationstheorie¹⁴⁷ und der Theorie der analogen Rechtsanwendung¹⁴⁸ verschiedene Lösungen verfolgt,

¹⁴² Weitere Beispiele finden sich bei Grüneberg/*Grüneberg*⁸¹, Überbl v § 311, Rn. 12 f.

¹⁴³ Der Begriff des verkehrsuntypischen Vertrages ist nicht gebräuchlich, bildet aber den logischen Gegenpol als gesetzlich nicht geregelter und sich auch nicht aufgrund Häufigkeit im Rechtsverkehr zu einem Vertragstyp verdichteter Verträge; darunter fallen also insbesondere individuell ausgestaltete, im Rechtsverkehr nicht ständig wiederkehrende Verträge.

¹⁴⁴ Eingehend zu modernen Vertragstypen als eigenständiger Kategorie innerhalb der verkehrstypischen Verträge *Martinek*, *Moderne Vertragstypen*, Bd. I, 9 ff.; zu Recht kritisch *Stoffels*, *Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge*, 16 f.

¹⁴⁵ Siehe zur Terminologie und den dahinterstehenden Konzepten etwa *Larenz/Canaris*, *Schuldrecht II/2*, § 63; *Stoffels*, *Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge*, 35 ff.; *Grüneberg/Grüneberg*⁸¹, Überbl v § 311, Rn. 19 ff.

¹⁴⁶ *Riezler*, *Der Werkvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich*, 37 ff.; *Lotmar*, *Der Arbeitsvertrag*, Bd. I, 176 ff. und 686 ff.; etwas abgeschwächt als einer der letzten Vertreter der Absorptionstheorie auch noch *von Blociszewski*, *Die Vermengung der Vertragstypen*, 41; weitere Vertreter der Absorptionstheorie bei *Schreiber*, *JheringsJb* 60 (1912) 106, 193 Fn. 2; aus der frühen Rechtsprechung etwa RG, JW 1913, 639.

¹⁴⁷ Begründet von *Hoeniger*, *Vorstudien zum Problem der gemischten Verträge*, 1906; *idem*, *Die gemischten Verträge in ihren Grundformen*, 1910; weitere Nachweise und ein guter Überblick über den wissenschaftlichen Diskurs nach Erlass des BGB bei *Charmatz*, *Zur Geschichte und Konstruktion der Vertragstypen im Schuldrecht*, 294 ff.

¹⁴⁸ *Schreiber*, *JheringsJb* 60 (1912) 106 ff.

die abhängig vom konkreten Einzelfall auch zu abweichenden Ergebnissen führen. Die Rechtsprechung folgt keiner der Theorien, sondern entscheidet pragmatisch, welche Vorschriften welchen Vertragstyps für das konkrete Problem im Lichte der Umstände des individuellen Einzelfalls sachgerecht erscheinen. Einem ähnlich flexiblen Ansatz folgt heute die überwiegende Mehrheit der Literatur mit einem gewissen Vorzug, im Sinne eines ersten Zugriffs, für die Kombinationstheorie.¹⁴⁹

Die Erfassung eines parteiautonom frei gestalteten Vertrages durch einen gesetzlichen Vertragstyp oder durch die Annahme eines typengemischten Vertrages ist daher meist nur der erste Schritt zu einer sachgerechten rechtlichen Erfassung des Vertrages.¹⁵⁰ Stets ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob die das rechtliche Problem erfassende Norm des jeweiligen gesetzlichen Vertragstyps nach ihrem Sinn und Zweck zu dem von den Parteien autonom ausgehandelten Vertrag passt. Sinn und Zweck des individuellen Vertrages und der jeweiligen Norm sind in wertender Betrachtung abzugleichen.¹⁵¹ Dabei sind die Normen stets im Gesamtgefüge des jeweiligen gesetzlichen Vertragstyps zu sehen und ist im Falle typengemischter Verträge das Zusammenspiel mit den Regelungen des oder der weiteren gesetzlichen Vertragstypen sorgfältig zu prüfen.¹⁵² Bei atypischen Verträgen ist hingegen primär auf das allgemeine Schuldrecht zurückzugreifen und die analoge Anwendbarkeit bestimmter Normen des besonderen Schuldvertragsrechts stets gesondert zu prüfen. In der Sache geht es dabei freilich auch darum, den Sinn und Zweck

¹⁴⁹ Siehe etwa Staudinger/*Oechsler*, Eckpfeiler [2014/2015] Vertragstypen, Rn. 35, *Martinek*, Moderne Vertragstypen, Bd. I, 25, beide m.w.N.

¹⁵⁰ So insbesondere Staudinger/*Oechsler*, Eckpfeiler [2014/2015] Vertragstypen, Rn. 35, der dem typologisch-wertenden Verständnis konstruktiv-kritisch gegenübersteht; der Sache nach aber auch *Leenen*, 177 ff. und *Martinek*, Moderne Vertragstypen, Bd. I, 25, der ein Theoriedefizit beklagt und Verständnis für die flexiblen, von den Theorien losgelösten Ansätze in Literatur und Rechtsprechung äußert; insofern trifft die Einschätzung *Stoffels*' zu, dass die Kluft zwischen den beiden Ansätzen überhöht wird und vor allem in der praktischen Anwendung deutlich geringer ist als in der theoretischen Auseinandersetzung (*Stoffels*, 25 f.).

¹⁵¹ Insbesondere an diesem Punkt setzt die Kritik von *Oechsler* an, der die Prüfung einer analogen Anwendung einzelner Normen im Einzelfall für die methodenehrlichere und weniger fehleranfällige Lösung hält (Staudinger/*Oechsler*, Eckpfeiler [2014/2015] Vertragstypen, Rn. 35 und *idem*, Austauschvertrag, 303 ff.). *Stoffels* geht in seinem von *Oechsler*'s Kritik nicht weit entfernten vermittelnden Ansatz eines Zwei-Schichten-Modells davon aus, das typologische Verständnis diene in einem ersten Schritt insbesondere der anschaulichen Deskription und der Bildung von Typenreihen; zudem schärfe es den Sinn für die richtige, offene Herangehensweise an die gesetzlichen Vertragstypen. In einem zweiten Schritt favorisiert er zur konkreten Rechtsgewinnung der Sache nach ähnlich wie *Oechsler* die Methode der Analogie einzelner Vorschriften gesetzlicher Vertragstypen im Einzelfall (*Stoffels*, 27 ff.).

¹⁵² So insbesondere *Leenen*, 180 f.

des Vertrages mit dem Sinn und Zweck der jeweiligen Norm in wertender Betrachtung abzugleichen.¹⁵³ Fehlt es an jeglichem dispositiven Recht zur Lösung eines bestimmten Problems, sind die Rechte und Pflichten der Parteien in Anlehnung an § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB nach den im Vertrag getroffenen Hauptleistungspflichten, der Natur des Vertrages und im Lichte der Erreichung des Vertragszwecks zu ermitteln.¹⁵⁴

Insgesamt wird deutlich, dass die auf einen parteiautonom ausgehandelten Vertrag anwendbaren gesetzlichen Regelungen unabhängig von der Einordnung in das System der gesetzlichen Vertragstypen als typenkonformer, typengemischter oder atypischer Vertrag stets in Form einer wertenden Betrachtung erfolgt: bei typenkonformen Verträgen im Zuge der Zuordnung zu einem gesetzlichen Vertragstyp, bei typengemischten Verträgen im Zuge der teilweisen Zuordnung zu verschiedenen gesetzlichen Vertragstypen und dem kontrollierenden Wertungsabgleich der relevanten Norm mit dem individuellen Vertrag und schließlich bei atypischen Verträgen im Zuge der Prüfung der Voraussetzungen der analogen Anwendung einzelner Normen.

Sowohl die Bildung offener Vertragstypen als auch die abstrakte Ausgestaltung dieser Typen führen zu einer großen Flexibilität und Anpassungsfähigkeit des besonderen Schuldvertragsrechts des BGB auch an erst nach Erlass des BGB vom Rechtsverkehr entwickelte Vertragsgestaltungen und – gerade in Form typengemischter Verträge – an eine große Bandbreite von Lebenssachverhalten.

IV. Ergebnis

Gesetzliche Vertragstypen und die sich mit Anerkennung eines allgemeinen Vertragsbegriffs durchsetzende Vertrags(inhalts)freiheit stehen in einem Spannungsverhältnis zueinander. Die gesetzlichen Vertragstypen haben dementsprechend einen Funktionswandel durchlaufen. Im geltenden bürgerlichen Recht dienen sie zur Ergänzung und Kontrolle privatautonom gestalteter Verträge (Ergänzungs- und Leitbildfunktion). Die Zuordnung privatautonom gestalteter Verträge zu den gesetzlichen Vertragstypen zum Zwecke der Ergänzung oder Kontrolle anhand der Regelungen des jeweiligen Vertragstyps erfolgt im Wege eines umfassenden Wertungs- und Ähnlichkeitsabgleichs. Entscheidend ist, ob ein Vertrag dem Wesenskern bzw. seiner Leitidee nach einem der gesetzlichen Vertragstypen ganz oder in Teilen entspricht. Es lässt

¹⁵³ Larenz, *Ergänzende Vertragsauslegung*, 740, spricht von einem „Zuendedenken des Vertrages aus seinem eigenen Zweckzusammenhang“; Leenen, 187 betont zu Recht, dass auch atypische Verträge nicht außerhalb derjenigen Wertungen stehen, die das Gesetz für die von ihm geregelten Verträge trifft und die letztlich allesamt Konkretisierungen des Grundsatzes von Treu und Glauben sind.

¹⁵⁴ Staudinger/Oechsler, *Eckpfeiler* [2014/2015] Vertragstypen, Rn. 36; *idem*, *Austauschvertrag*, 315 ff.

sich insofern von einer doppelten Flexibilität und Offenheit der gesetzlichen Vertragstypen sprechen. Zum einen sind die gesetzlichen Vertragstypen als offene, eine potenziell weite Variationsbreite abdeckende Modelltypen zu verstehen, die sich als Typenreihe, aber auch innerhalb eines jeden Typus graduell abstufen lassen. Mit ihnen lassen sich daher auch solche Verträge erfassen, die nicht sämtliche Merkmale eines der gesetzlichen Typen erfüllen. Zum anderen ist insbesondere die Leitbildfunktion der gesetzlichen Vertragstypen im Wege der AGB-Kontrolle dynamisch und flexibel ausgestaltet. Die gesetzlichen Vertragstypen schaffen damit einen Rahmen, der den Balanceakt zwischen Rechtssicherheit, Vertragsgerechtigkeit im Einzelfall und Wertungsoffenheit sowie Anpassungsfähigkeit des Vertragsrechtssystems als Ganzem meistert.

Als Hintergrund und Leitlinie für die Analyse der bestehenden Binnenstrukturen des Rechts der Dienstleistungsverträge und deren Neuordnung *de lege ferenda* lässt sich insbesondere festhalten, dass es darauf ankommen wird, die richtige Balance zwischen Flexibilität, Variabilität und Offenheit einerseits sowie hinreichender Konkretheit und Vorhersehbarkeit andererseits herzustellen. Die Neugestaltung des Rechts der Dienstleistungsverträge ist darauf auszurichten, möglichst viele Vertragsgestaltungen und Regelungsprobleme variabel zu erfassen, dabei jedoch konkrete Regelungen zu formulieren. In diesem Rahmen gilt es insbesondere zu ermitteln, welche Regelungen für Dienstleistungen generell, welche hingegen nur für bestimmte Dienstleistungen Geltung beanspruchen können.

Darüber hinaus ist festzuhalten, dass der Bedarf nach typengemischten, aber auch atypischen Verträgen, deren rechtliche Behandlung stets Schwierigkeiten mit sich bringt, sinkt, je flexibler, variabler und inhaltlich offener eine neue Binnenstruktur bzw. ein neu gestalteter Vertragstyp des Dienstleistungsvertrags ausgestaltet ist.¹⁵⁵

¹⁵⁵ Siehe dazu allgemein *Gernhuber*, Schuldverhältnis, § 7 V. 1. c): „Eine Kollision von Vertragsordnungen kommt schließlich nicht mehr in Betracht, wenn für Schuldverträge, die zunächst zu den ‚gemischten Verträgen‘ zu rechnen waren, eine eigene (normative oder empirische) Vertragsordnung entwickelt wurde. Der Bestand an ‚gemischten Verträgen‘ ist damit stets abhängig von der mehr oder minder ausgeprägten Fähigkeit einer Zeit, neue Vertragstypen auszubilden.“ Als Beispiele nennt *Gernhuber* mit dem Werklieferungsvertrag, dem Reisevertrag und dem Verlagsvertrag allesamt der Sache nach Dienstleistungsverträge.

Zweiter Teil

Entstehungsgeschichte des Rechts der Dienstleistungsverträge

Setzt man sich zum Ziel, die Strukturen des Rechts der Dienstleistungsverträge *de lege lata* zu analysieren und *de lege ferenda* neu zu ordnen, ist neben den im ersten Teil erörterten Grundlagen der Systematik des Rechts der einzelnen Schuldverhältnisse und der Typologie der vertraglichen Schuldverhältnisse die Entstehungsgeschichte der systematischen und inhaltlichen Grundentscheidungen im Recht der Dienstleistungsverträge nachzuzeichnen und einer eingehenden kritischen Analyse zu unterziehen. Wie ist es überhaupt zu der im BGB gewählten Systematik und inhaltlichen Ausgestaltung des Rechts der Dienstleistungsverträge gekommen?

Da das BGB gerade im Hinblick auf die Dienstleistungsverträge ein Kind der Pandektenwissenschaft ist, die es sich zum Programm erhoben hatte, von den römischen Wurzeln ausgehend ein System des heutigen römischen Rechts zu entwickeln, gilt es dazu, den Wurzeln des deutschen Rechts der Dienstleistungsverträge von dem römischen Recht über das *ius commune* bis in die Pandektenwissenschaft des 19. Jahrhunderts nachzuspüren. Zahlreiche vertragstypologische wie inhaltliche Grundentscheidungen der Verfasser des BGB lassen sich im Bereich der Dienstleistungsverträge nur dann verstehen und im Hinblick auf eine Neugestaltung sinnvoll bewerten, wenn man ihre Entstehungsgeschichte bis zu den Wurzeln im römischen Recht nachverfolgt.

Will man eine Neugestaltung des Rechts der Dienstleistungsverträge *de lege ferenda* vorschlagen, reicht es daher nicht aus, von dem BGB als Stunde null auszugehen und lediglich die Entwicklung des Rechts der Dienstleistungsverträge seit seinem Inkrafttreten zu analysieren. Dies gilt umso mehr, als die gesetzgeberischen Grundentscheidungen seit Erlass des BGB unangestastet geblieben sind. So wichtig die Entwicklung der Strukturen des Rechts der Dienstleistungsverträge seit Erlass des BGB für deren Neugestaltung ist, so unerlässlich erscheint es daher zu ergründen, welche Kontinuitäten und Diskontinuitäten es in der Geschichte des Rechts der Dienstleistungsverträge von den römisch-rechtlichen Wurzeln bis zum Erlass des BGB gab, wie die Strukturen des BGB aus der Rezeptionsgeschichte des römischen Rechts heraus entstanden sind, inwiefern sie aber auch Reaktion auf bestimmte gesellschaftliche Umstände späterer Epochen waren, welche strukturellen Konzepte in der Geschichte gegebenenfalls bereits mit Erfolg oder Misserfolg

erprobt wurden und inwiefern die Verfasser des BGB diese Geschichte reflektiert und die entsprechenden Lehren aus ihr gezogen haben. Neben dem besseren Verständnis der bis heute geltenden Strukturen des deutschen Rechts der Dienstleistungsverträge bildet die Analyse der historischen Entwicklung damit auch für sich genommen einen wichtigen Ausgangspunkt für die Neugestaltung des Rechts der Dienstleistungsverträge.

Die historische Analyse ist jedoch nicht nur für das deutsche Recht der Dienstleistungsverträge bedeutsam, sondern auch für die immer wieder punktuell in den Blick zu nehmenden ausländischen Rechtsordnungen. Diese basieren weitgehend ebenfalls auf dem römischen Recht oder haben dieses zumindest in ihrer Entstehungsgeschichte aus dem europäisch vernetzten *ius commune* heraus rezipiert – bisweilen mit anderem Ausgang als das deutsche Recht.

Die Analyse der Entstehungsgeschichte der systematischen und inhaltlichen Grundentscheidungen des Rechts der Dienstleistungsverträge bis zum Vorabend des BGB erfolgt chronologisch in zwei Abschnitten. In einem ersten Abschnitt wird die Entwicklung der Strukturen des römischen Rechts der Dienstleistungsverträge, *mandatum*, *locatio conductio* und knapp auch *depositum* analysiert. In einem zweiten Abschnitt wird darauf aufbauend die Entwicklung der Strukturen des Rechts der Dienstleistungsverträge einschließlich des sich verselbständigenden Rechts der Arbeitsverhältnisse vom Mittelalter bis zum Vorabend des BGB herausgearbeitet und analysiert.

Erster Abschnitt

Dienstleistungsverträge im römischen Recht

A. Einleitung

Die Wurzeln des deutschen Rechts der Dienstleistungsverträge im BGB liegen im römischen Recht. Seine Verfasser haben sich im Anschluss an die Pandektenwissenschaft und die durch sie erfolgte Systematisierung und Anpassung des römischen Rechts an die Gegenwart daran orientiert.¹ Die Typisierung der Dienstleistungsverträge im römischen Recht entsprach allerdings in einzelnen Punkten – auch aufgrund der abweichenden Funktion der Vertragstypen² – nicht jener des BGB.

So kannte auch das römische Recht den – zumindest formal – unentgeltlichen Auftrag (*mandatum*), erfasste jedoch Dienst- und Werkverträge gemeinsam mit der Miete bzw. Pacht über einen Vertragstyp – den der *locatio conductio*. Die Geschäftsbesorgung als „entgeltlicher Auftrag“ war kein eigenständiger Vertragstyp, doch war die entgeltliche Ausgestaltung des *mandatum* seit der nachklassischen Zeit anerkannt und das vereinbarte Entgelt einklagbar, obwohl die entgeltliche Ausgestaltung formal nicht unter einen der anerkannten Vertragstypen fiel. Die Verwahrung (*depositum*) war auch

¹ Exemplarisch für die abweichende Ansicht der germanistischen Strömung der historischen Rechtsschule etwa für den Dienstvertrag von Gierke, FS Brunner, 37 ff. (bereits zu Beginn 37: „Der Dienstvertrag des heutigen Rechts weist mit der römischen ‚locatio conductio operarum‘, unter deren Schablone ihn die romanistische Jurisprudenz seit der Rezeption preßte, keinerlei Wesensverwandschaft mehr auf.“ und sodann als Gegenpol zur romanistischen Auffassung 39: „[...] daß in der Tat der moderne Dienstvertrag in geschichtlicher Kontinuität aus deutschrechtlichen Keimen hervorgewachsen ist.“ und später 50: „Dieses deutsche Dienstvertragsrecht, das mehr und mehr die Grundlage für die Lebensstellung breiter Volksschichten wurde, konnte dem römischen Recht der Dienstmiete nicht erliegen. Mochte die gemeinrechtliche Theorie mit dem fremdrechtlichen Begriff operieren, so bedeutete dies doch für das Leben nur eine äußerliche Verkleidung des einheimischen Rechtsgebildes.“); für den Werkvertrag Rothenbücher, Geschichte des Werkvertrages nach deutschem Rechte, der zunächst ein „deutsches“ Recht des Werkvertrages historisch herausarbeitet, um schließlich knapp (117 ff.) die „Rechtsentwicklung seit dem Eindringen des fremden Rechts“ (damit meint er das rezipierte römische Recht) darzustellen (dessen Einfluss er nicht grundsätzlich abstreitet, aber doch als sehr gering für das Werkvertragsrecht ansieht).

² Dazu oben Erster Teil, C. II. 1. a.

dem römischen Recht als eigener Vertragstyp bekannt, jedoch anders als *mandatum* und *locatio conductio* kein Konsensual-, sondern ein Realkontrakt, der durch Sachhingabe begründet wurde.

B. *Mandatum*

I. Grundzüge der Vertragstypologie

1. Klassisches Recht

Höhere Dienste, die *operae liberales* (hierzu zählten etwa die ärztliche Behandlung, die Planungsleistung eines Architekten und die Rechtsberatung), wurden im klassischen römischen Recht entsprechend dem Standesbewusstsein und der Werteordnung der diese Dienste erbringenden Oberschicht³ zumindest formal unentgeltlich erbracht.⁴ Niedere Tätigkeiten, zumal gegen Entgelt, wurden von dieser Schicht der Gebildeten generell verachtet.⁵ Man arbeitete nicht, sondern bot allenfalls seine höheren, eine gewisse Bildung und Ausbildung erfordernden-

³ Loewenfeld, Ueber den Dienst-, Werk- und Auftragsvertrag nach dem Entwurfe des bürgerlichen Gesetzbuches, in: Adams u.a. (Hg.), Gutachten aus dem Anwaltsstande über die erste Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, 858, 888 ff. stellt dazu treffend fest, dass die Einordnung einer Tätigkeit als freiberuflich nicht von der Art der Tätigkeit abhing, sondern von der Klasse der Personen, die diese Tätigkeiten regelmäßig ausübten – das freiberufliche, unentgeltliche Tätigwerden im Rahmen eines Mandats war ein Privileg jener Personen, die es sich leisten konnten, unentgeltlich, also frei tätig zu werden; Loewenfeld zeigt für zahlreiche, üblicherweise dem Mandat zugerechnete Tätigkeiten (Rechtsberatung, ärztliche Tätigkeiten, Feldmesser) auf, dass diese von der Oberschicht unentgeltlich im Rahmen eines Mandats, von anderen, niederen Klassenangehörigen jedoch sehr wohl auch entgeltlich im Rahmen einer *locatio conductio* erbracht wurden; diese Auswirkungen auf den Vertragstyp verschwammen freilich im nachklassischen Recht, als das *honorarium* im Wege einer *actio extraordinaria* klagbar wurde.

⁴ Nörr/Nishimura-Nörr, 13, 21; Kaser, Das römische Privatrecht² I, § 132 IV. 1. weist allerdings zu Recht darauf hin, dass auch die *operae liberales* nicht von vornherein von der *locatio conductio* ausgeschlossen waren; dies dürfte vor allem für die *locatio conductio operis* gelten.

⁵ Kritisch Hauck, Die Stellung des Urchristentums zu Arbeit und Geld, 56 f., der zu treffend feststellt, dass das Urteil von der Zugehörigkeit zur kleinen Klasse der Gebildeten bestimmt ist, die das, was nicht zur eigenen Klasse gehört oder sonst mißliebig oder unfein erscheint, verachtet. Es war aber genau diese Klasse der Gebildeten, die das römische Recht des *mandatum* im Verhältnis zu der *locatio conductio* prägte und formte – ein Phänomen, das in der Pandektenwissenschaft wiederkehrt: die Oberschicht schafft und erhält sich ihren Vertragstyp in Form des *mandatum* – wenn auch nun entgeltlich – um einen höheren sozialen Status zum Ausdruck zu bringen; in: Klauser (Hg.), Reallexikon für Antike und Christentum, Sp. 585 ff. (Stichwort „Arbeit“) zeichnet Hauck diese Verachtung der Arbeit in der Form der *operae illiberales* von der griechischen Antike bis in das römische Reich nach und kontrastiert sie mit der christlichen Wertschätzung der Arbeit an sich.

den Dienste als Ausdruck der *amicitia* frei jeder materiellen Notwendigkeit an. Damit unterfielen die höheren Dienste dem durch seine Unentgeltlichkeit gekennzeichneten Vertragstyp des Auftrags (*mandatum*). Eine Anerkennung in Form eines *honorarium* war üblich, aber nicht einklagbar.

2. Nachklassisches Recht

Obwohl der Wandel der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen – insbesondere der Rückgang der Sklavenwirtschaft – und der gesellschaftlichen Konventionen in der nachklassischen Zeit zu einer faktischen Entgeltlichkeit auch der höheren Dienste führte,⁶ wurden diese weiterhin dem Vertragstyp des unentgeltlichen Auftrags zugeordnet. Hatten die Parteien ein *honorarium* oder *salarium* vereinbart, konnte dieses daher nicht im Wege der *actio mandati* nach *ius civile*, sondern nur mit einer *actio extraordinaria* im Zuge einer *cognitio extra ordinem* eingeklagt werden. Als konsequente Folge der faktischen Aufgabe der Unentgeltlichkeit wurden in der nachklassischen Zeit auch die jederzeitige Widerruflichkeit bzw. Kündbarkeit sowie das Erlöschen mit dem Tode einer Partei, insbesondere des Auftraggebers, aufgegeben,⁷ also genau jene Aspekte, die auch von der Verweisung des § 675 BGB auf das Auftragsrecht ausgenommen sind.

3. Corpus Iuris Civilis

Das *Corpus Iuris Civilis* verfolgte eine in sich widersprüchliche Restauration des klassischen Rechts. Es stellte einerseits den klassischen Zustand formal wieder her, indem es den Auftrag unentgeltlich ausgestaltete, dieser jederzeit kündbar war und er mit dem Tode einer der Parteien erlosch.⁸ Andererseits war das Entgelt in Form eines *honorarium*, wenn auch noch abweichend vom *merces* als Entgelt im Rahmen einer *locatio conductio*, weitergehend als in der nachklassischen Zeit sogar im ordentlichen Verfahren einklagbar.⁹ Damit

⁶ Zimmermann, Law of Obligations, 418; siehe dazu auch Visky, Geistige Arbeit und die „artes liberales“ in den Quellen des römischen Rechts, 15; Visky, Spuren der Wirtschaftskrise der Kaiserzeit in den römischen Rechtsquellen, 18.

⁷ Nörr/Nishimura-Hironaka, 3, 7 f., der diese Entwicklung positiv sieht: „Unter der sog. Vulgarisierung im allgemeinen sollte man jedoch ausnahmsweise die oben erwähnte Veränderung des Mandatsrechts als eine Verbesserung des klassischen Mandatsrechts oder mindestens als eine auch verbessernde Rechtsfortbildung betrachten, während das klassische Mandatsrecht wegen des eigenartigen ständischen Lebensgefühls bei den damals herrschenden Schichten und der daraus folgenden Arbeitsanschauung verzerrt war, nämlich das tatsächlich entgeltliche *mandatum* mit der als Honorar bezeichneten Gegenleistung in den Rahmen des unentgeltlichen *mandatum* eingesperrt und daher das Einklagen des Honorars im damals ordentlichen Prozeß verneint wurde“.

⁸ Inst. 3, 26, 13; D. 17, 1, 23–25.

⁹ Kaser, Das römische Privatrecht² II, § 268 I. 2.

unterwarf sich das *Corpus Iuris Civilis* der Macht der faktischen Entgeltlichkeit auch der *operae liberales* zu jener Zeit, indem es bei formaler Wiederherstellung des Vertragstyps des klassischen Rechts dessen klagbarkeitsbeschränkende Funktion durch die Klagbarkeit des vertragstypenfremden Entgelts unterwanderte.

II. Inhaltliche Ausgestaltung des *mandatum*

Weitgehend unabhängig von der Unentgeltlichkeit des *mandatum*, die faktisch, wie soeben gesehen, schon recht früh aufgegeben worden war, entwickelte sich die inhaltliche Ausgestaltung des *mandatum* vom klassischen Recht bis zum *Corpus Iuris Civilis*. Entsprechend der im weiteren Verlauf auch für die *locatio conductio* herausgegriffenen, vertragstypologisch relevanten Regelungsaspekte liegt der Schwerpunkt der Analyse auf der Schlechtleistungshaftung, der Gefahrtragung und einseitigen Vertragsbeendigungsrechten, sofern sich dazu Regelungen in der recht spärlichen Kasuistik des römischen Rechts zum *mandatum* finden.

Wie bereits im Rahmen der Analyse der Vertragstypologie angesprochen, lag das Wesen des *mandatum* darin, das Geschäft eines anderen – beschränkt auf die *operae liberales* – in der klassischen Zeit jedenfalls formal unentgeltlich zu führen. Gerade auch aufgrund seiner Verortung im Kreis sittlicher Pflichten (*officium*) und des Gedankens der Freundschaft (*amicitia*) der römischen Oberschicht handelte es sich um *iudicium bonae fidei*, so dass die konkreten gegenseitigen Pflichten der Parteien im Einzelfall aus der *bona fides* abgeleitet wurden. Da die römischen Juristen noch keine direkte Stellvertretung kannten, begründete der Auftrag nur Verpflichtungswirkungen zwischen den Parteien, nicht jedoch darüber hinausgehend eine Außenwirkung, also etwa eine Vertretungsmacht, wenn es sich um ein für den Auftraggeber durchzuführendes Rechtsgeschäft handelte.¹⁰ Dem entspricht heute auch (wieder) die Rechtslage im deutschen Recht, nach der bei der Stellvertretung das Innen- von dem Außenverhältnis getrennt werden.

Aus dem Auftrag ergab sich im Wege der *actio mandati (directa)* ein Anspruch des Auftraggebers gegen den Beauftragten auf vertragsgemäße Durchführung des Auftrags und auf Herausgabe des durch den Auftrag Erlangten (so etwa im Falle der mittelbare Stellvertretung mittels eines Auftrags).¹¹ Sofern die Parteien im Vertrag keine Regelung hierzu getroffen hatten, konnte der Beauftragte die Ausführung des Auftrags auf einen Dritten übertragen, also

¹⁰ Die Grenze zwischen Innen- und Außenwirkung, also Auftrag und Vertretungsmacht, wurde in der nachklassischen Zeit unscharf; näher dazu Kaser, Das römische Privatrecht² II, § 204 I 3 und § 268 I 1.

¹¹ Ulp D. 17, 1, 20 pr.; weitere Nachweise bei Watson, Contract of Mandate in Roman Law, 124 und 178 ff.