

Won Jae Hwang

# Minderung beim Dienstvertrag

Universitätsverlag Osnabrück

The logo consists of a solid red square on the left and the letters 'V&R' in white on the right.

V&R

V&R Academic

Schriften zum  
Internationalen Privatrecht  
und zur Rechtsvergleichung

Band 42

Herausgegeben im  
European Legal Studies Institute /  
Institut für Europäische Rechtswissenschaft /  
Institut pour le droit en Europe  
der Universität Osnabrück

von

Professor Dr. Dr. h. c. mult. Christian von Bar, FBA, MAE,  
Professor Dr. Christoph Busch,  
Professor Dr. Hans Schulte-Nölke, MAE, und  
Professor Dr. Dr. h. c. Fryderyk Zoll

Won Jae Hwang

# Minderung beim Dienstvertrag

BGB, DCFR und das Koreanische Bürgerliche  
Gesetzbuch im Vergleich

Mit 2 Abbildungen

V&R unipress

Universitätsverlag Osnabrück

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISSN 2198-7041

ISBN 978-3-8470-0779-1

Weitere Ausgaben und Online-Angebote sind erhältlich unter: [www.v-r.de](http://www.v-r.de)

**Veröffentlichungen des Universitätsverlags Osnabrück  
erscheinen im Verlag V&R unipress GmbH.**

© 2017, V&R unipress GmbH, Robert-Bosch-Breite 6, D-37079 Göttingen / [www.v-r.de](http://www.v-r.de)  
Alle Rechte vorbehalten. Das Werk und seine Teile sind urheberrechtlich geschützt.  
Jede Verwertung in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf der vorherigen  
schriftlichen Einwilligung des Verlages.

---

# Inhalt

Vorwort . . . . .	11
Einleitung . . . . .	13
I. Fragestellung . . . . .	13
II. Themenbeschränkung . . . . .	16
1. Inkompatibilität der Dienstleistung mit dem Markt . . . . .	16
2. Entwertung der freiwilligen Entscheidung . . . . .	17
3. Sittenwidrigkeit . . . . .	19
III. Forschungsstand und Notwendigkeit der rechtsvergleichenden sowie -historischen Betrachtung . . . . .	21
Erster Teil: Charakterisierung des Dienstvertrages . . . . .	23
§ 1. Abgrenzung des Dienstvertrages von anderen Vertragstypen . . . . .	24
I. Begriff des Dienstvertrages . . . . .	25
1. Dienst- und Werkvertrag: Dichotomie im BGB . . . . .	26
2. Dienst-, Werkvertrag und Auftrag: Trichotomie im KBGB . . . . .	30
3. Ein praktischer Unterscheidungsvorschlag im DCFR . . . . .	32
II. Entstehungsgeschichte des Dienst- und Werkvertrages . . . . .	35
1. Römisches Recht . . . . .	36
2. Gemeines Recht vor 1900 . . . . .	38
3. Entwurf des BGB . . . . .	40
4. Gesetzliche Unterscheidung im BGB . . . . .	41
5. Neue Tendenz im Vertragstypensystem: Dienstleistungsvertrag . . . . .	43
III. Eigenschaften des Dienstvertrages . . . . .	43
1. Entgeltlichkeit . . . . .	44
2. Unterscheidung zwischen selbstständigen Dienstverträgen und abhängigen Arbeitsverträgen . . . . .	46
3. Dauerschuldcharakter . . . . .	48
4. Unübertragbarkeit . . . . .	51

IV. Ergebnis zu § 1 . . . . .	53
Zweiter Teil: Geschuldete Leistung und Schlechtleistung beim Dienstvertrag . . . . .	
§ 2. Geschuldete persönliche Leistung beim Dienstvertrag . . . . .	55
I. Persönliche Leistung . . . . .	56
1. Begriff der persönlichen Leistung . . . . .	57
2. Regelungen über Drittleistung und Einschaltung des Erfüllungsgehilfen . . . . .	60
3. Äquivalente persönliche Leistung . . . . .	63
II. Konkretisierung der Leistung beim Dienstvertrag . . . . .	64
1. Billiges Ermessen zur Leistung . . . . .	65
a. Subjektiver Leistungsmaßstab . . . . .	66
b. Objektivierungsversuch des Leistungsmaßstabs nach § 243 Abs. 1 BGB . . . . .	68
c. Vorgeschriebener Leistungsmaßstab . . . . .	70
2. Billige Erwartung des Dienstberechtigten . . . . .	73
a. Tauglichkeit zum Vertragszweck . . . . .	74
b. Weisungsrecht und Mitwirkungspflicht . . . . .	76
c. Verlust des Weisungsrechts aufgrund mangelnder Sachkenntnis . . . . .	79
3. Vertragliche Gestaltungen des Dienstvertrages . . . . .	81
a. Zeitbezogener Dienstvertrag . . . . .	81
b. Erfolgsbezogener Dienstvertrag . . . . .	83
III. Äquivalenzinteresse beim Dienstvertrag . . . . .	84
1. Vertrauen als allgemeine Vertragstheorie . . . . .	84
2. Verhandlungsmacht beim Dienstvertrag . . . . .	87
3. Subjektive und objektive Äquivalenz beim Dienstvertrag . . . . .	89
IV. Ergebnis zu § 2 . . . . .	92
§ 3. Schlechtleistung im Rahmen des Dienstvertrages . . . . .	93
I. Schlechtleistung im BGB, KBGB und DCFR . . . . .	93
1. Schlechtleistung im BGB und Schlechterfüllung im KBGB . . . . .	94
a. Schlechtleistung als mangelhafte Leistung . . . . .	95
b. Schlechterfüllung als teilweise Nichterfüllung . . . . .	96
c. Rechtsfolge der Schlechtleistung im BGB und KBGB . . . . .	100
2. Schlechtleistung im DCFR . . . . .	102
a. Nichterfüllung (non-performance) . . . . .	103
b. Wesentliche Nichterfüllung (fundamental non-performance) . . . . .	104
c. Rechtsfolge der non-performance . . . . .	106
3. Schlechtleistung und Schlechterfüllung beim Dienstvertrag . . . . .	109

II.	Abgrenzung zu anderen Leistungsstörungstypen . . . . .	111
1.	Abgrenzung zur Teil- und Minderleistung . . . . .	112
a.	Schlecht- und Teilleistung . . . . .	112
b.	Schlecht- und Minderleistung . . . . .	113
c.	Minderleistung im Rahmen der Teilleistung beim Dienstvertrag . . . . .	115
2.	Abgrenzung zur Nichtleistung . . . . .	117
a.	Gesetzlicher Mangelbegriff . . . . .	117
b.	Erheblichkeit des qualitativen Dienst Mangels . . . . .	122
c.	Leistungsort, Leistungszeit und Leistungsinhalt als Kategorien zur Abgrenzung von der Nichtleistung . . . . .	123
3.	Abgrenzung zur aliud Leistung . . . . .	126
a.	Teleologische Reduktion von §§ 434 Abs. 3, 633 Abs. 2 S. 3 BGB . . . . .	127
b.	Subjektives Merkmal zur Bestimmung der aliud Leistung	129
c.	aliud Leistung beim Dienstvertrag . . . . .	130
III.	Beispiel einer misslungenen Einordnung (KOGH, Urteil vom 28.11.2013, 2011 Da 39946) . . . . .	133
1.	Schwerpunkte in diesem Urteil . . . . .	134
2.	Bummelstreik und Lohnanspruch . . . . .	135
a.	Einordnung der Bummelarbeit: Schlechtleistung, Teilleistung oder Nichtleistung . . . . .	136
b.	Falsche Begründungen für Minderung bei Bummelarbeit.	138
c.	Angemessene Einordnung der Bummelarbeit und Minderungsberechnung . . . . .	141
3.	Beweislast und Leistungsvollständigkeit . . . . .	144
a.	Beweislast . . . . .	145
b.	Leistungsvollständigkeit . . . . .	146
IV.	Ergebnis zu § 3 . . . . .	148
Dritter Teil: Minderung beim Dienstvertrag . . . . .		151
§ 4. Minderung und ihre Rechtsfolge . . . . .		152
I.	Entwicklungsgeschichte der Minderung . . . . .	152
1.	Minderungsbehelfe im römischen Recht . . . . .	153
a.	Sklavenedikt . . . . .	154
b.	actio quanti minoris, actio redhibitoria und actio empti	155
2.	Minderungsbehelf im gemeinen Recht . . . . .	156
a.	Motivirrtum oder Informationspflichtverletzung . . . . .	157
b.	Psychologische Lehre . . . . .	158
3.	Subjektiver Mangelbegriff als Voraussetzung der Minderung im BGB . . . . .	159

II. Gesetzliche Minderungsregelungen im BGB, KBGB und DCFR . . . . .	162
1. Restriktiv anwendbare Minderung im BGB . . . . .	162
a. Regelung der Minderung im BGB . . . . .	163
b. Minderung ipso iure nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB . . . . .	165
c. Sperre der Minderung ipso iure nach § 326 Abs. 1 S. 2 BGB . . . . .	168
2. Schadensersatzrechtliche Minderung im KBGB . . . . .	170
a. Regelung der Minderung im KBGB . . . . .	171
b. Gewährleistungs- und Nichterfüllungstheorie . . . . .	175
c. Schadensersatz als Gewährleistungsrecht neben der Minderung im KBGB . . . . .	179
3. Allgemeine Minderung im DCFR . . . . .	183
a. Regelung der Minderung im DCFR . . . . .	184
b. Berechnungszeitpunkt . . . . .	185
c. Risiko der Preisänderung . . . . .	186
III. Rechtsfolge der Minderung . . . . .	188
1. Proportionale Berechnungsmethode . . . . .	189
2. Teilrücktritt und Störung der Geschäftsgrundlage . . . . .	193
3. Vertragsanpassung als Rechtsfolge der Minderung . . . . .	195
IV. Ergebnis zu § 4 . . . . .	197
§ 5. Minderung beim Dienstvertrag im Rahmen des BGB . . . . .	198
I. Ausschlussgründe der Minderung . . . . .	199
1. Keine Rechtsgrundlage im Rahmen des Gewährleistungsrechts . . . . .	199
2. Kein Erfolgsversprechen . . . . .	200
3. Bemessungsschwierigkeiten . . . . .	202
II. Rechtsprechung zur Minderung beim Dienstvertrag . . . . .	205
1. Rechtsprechung gegen die Minderung in Deutschland . . . . .	205
2. Ausnahmerechtsprechung in Deutschland . . . . .	207
3. Rechtsprechung in Korea . . . . .	209
III. Minderungsähnliche Rechtsbehelfe im allgemeinen Leistungsstörungsrecht . . . . .	210
1. Nacherfüllung . . . . .	211
a. Nacherfüllungsanspruch beim Dienstvertrag . . . . .	211
b. Unmöglichkeit der Nacherfüllung und Vergütungsgefahr . . . . .	212
c. Nacherfüllung und Schadensersatz statt der Leistung . . . . .	214
2. Schadensersatz statt der Leistung . . . . .	215
a. Schadensersatz statt der noch ausgebliebenen Leistung und Ersatz vergeblicher Aufwendungen . . . . .	215

---

b. Einbeziehung der entgangenen Dienste in den ersatzpflichtigen Schaden . . . . .	218
c. Normativer Schadensbegriff in der Rechtsprechung . . . . .	220
3. Rücktritt und Kündigung . . . . .	222
a. Rücktritt und Teilrücktritt . . . . .	223
b. Außerordentliche Kündigung . . . . .	224
c. »Kein Interesse« als Schwelle des Minderungseintritts bei Kündigung . . . . .	226
d. Verhältnis zwischen Rücktritt und Kündigung . . . . .	228
e. Harmonisierung zwischen Rücktritt und Kündigung . . . . .	230
4. Zurückbehaltung der Gegenleistung wegen nicht erfüllten Vertrages . . . . .	238
IV. Ergebnis zu § 5 . . . . .	240
Schluss . . . . .	243
Literaturverzeichnis . . . . .	247
Sachregister . . . . .	267



---

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2017 von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Osnabrück als Dissertationsschrift angenommen.

Ich danke meinem geschätzten Betreuer Herrn Prof. Dr. Hans Schulte-Nölke aufrichtig für die wissenschaftliche Freiheit und hilfreiche Unterstützung während meiner Dissertationszeit in Deutschland. Für mich als ausländischen Doktoranden war es ein großes Glück, Herrn Prof. Schulte-Nölke als Doktorvater zu haben und den langen Weg zur Dissertation unter seiner Betreuung beschreiten zu dürfen. Auch Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Christian von Bar danke ich herzlich für seine einfühlsame Betreuung, die ich in vielfältiger Hinsicht erfahren durfte, ausdrücklich möchte ich mich für den zur Verfügung gestellten Arbeitsraum in der Bibliothek bedanken. Herrn Prof. Dr. Christoph Busch spreche ich meinen herzlichen Dank für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens mit wertvollen Hinweisen aus. Auch Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Fryderyk Zoll danke ich ausdrücklich für die freundliche Unterstützung während meiner LL.M. Zeit. Dem Deutschen Akademischen Austauschdienst möchte ich für die finanzielle Unterstützung meiner wissenschaftlichen Forschung in Deutschland danken.

Besonderer Dank gebührt an dieser Stelle Frau Rebekka Wagener für ihre geduldige Hilfe während des Arbeitsprozesses und beim Korrekturlesen. Auf dem langen Weg zur Dissertation hat sie mir auf vielfältige, konstruktive Weise geholfen. Ohne ihre Unterstützung hätte ich meine Dissertation nicht zu Ende bringen können. Herrn Dr. Kolja Naumann, Frau Imke Tuma, Frau Elisabeth Hollmann, Frau Julia Henning und Frau Hee-Jung Joo danke ich ebenfalls herzlich für die sprachlichen Korrekturen. Meinen herzlichen Dank ausdrücken möchte ich auch Frau Dr. Aneta Wiewiórska-Domagalska, Herrn Dr. José Carlos de Medeiros Nóbrega, Frau Monika Baginski, Herrn Shaun Charlton, Herrn Piotr Kwiatkowski, Herrn Egil Nordqvist und Herrn Thien Le Nguyen Gia für ihre Unterstützung und die oft anregenden Hilfestellungen während meiner Dissertationszeit. Frau Julia Winterberg, Frau Maria Mazet

und Herrn Dr. Amr Nasr El-Din waren mir während meines Aufenthalts in Deutschland vertrauenswürdige Ratgeber und freundschaftliche Stütze zugleich. Schließlich danke ich meinen Eltern, Joohyun Hwang und Haeju Lee, und meinem Bruder, Prof. Dr. Won Jun Hwang, herzlich für die stete Förderung meines wissenschaftlichen Abenteuers in Deutschland.

Ihnen allen widme ich die vorliegende Arbeit.

Seoul, im Oktober 2017  
Won Jae Hwang

---

# Einleitung

## I. Fragestellung

Der Dienstleistungsmarkt entwickelt sich schnell. Es stellt sich damit auch immer häufiger die Frage, ob ein Kunde im Fall einer schlechten Dienstleistung die Vergütung in voller Höhe bezahlen muss.<sup>1</sup> Dies ist die Hauptfrage dieser Arbeit: Ist die Herabsetzung der vereinbarten Vergütung möglich, wenn die Dienstleistung nicht vertragsgemäß erbracht wurde und somit eine Pflichtverletzung des Dienstverpflichteten vorliegt?

Im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) wird die Frage, ob bei einem Dienstvertrag die Vergütung im Fall der Schlechtleistung gemindert werden kann, ohne Rücksicht auf den Einzelfall generell verneint.<sup>2</sup> Hingegen darf die Vergütung nach dem koreanischen Bürgerlichen Gesetzbuch (KBGB) im Fall der Schlechtleistung ohne weitere Begründung herabgesetzt werden.<sup>3</sup> Dies ist eigenartig, wenn man bedenkt, dass der Leistungsinhalt des Dienstvertrages und die hinter dem Leistungsstörungsrecht liegende Idee der Interessenabwägung in beiden Staaten grundsätzlich gleich sind.<sup>4</sup> Angesichts des wachsenden Dienstleistungsmarktes<sup>5</sup> und des Verschmelzens von Dienst- und Werkvertrag bei

---

1 Zu Beispielen der derzeitigen Dienstleistungsverträge und dem Anwendungsbereich der Dienstleistungsnormen s. *Busch*, NJW 2010, 3061.

2 Beispielsweise BAG, Beschluss vom 18. 7. 2007 – 5 AZN 610/07, NJOZ 2007, 3900; BGH, Urteil vom 15. 7. 2004 – IX ZR 256/03, NJW 2004, 2817. Vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 223.

3 Beispielsweise Oberster Gerichtshof in Korea (KOGH), Urteil vom 28. 11. 2013, 2011 Da 39946.

4 Zum Austauschverhältnis s. *Gast*, Die Schlechtleistung des Arbeitnehmers im Synallagma des Arbeitsvertrags (2015), S. 26ff.

5 Das Statistische Bundesamt gliedert den gesamten Dienstleistungssektor in folgende 13 Zweige: (1) Handel, Instandhaltung und Reparatur von Kraftfahrzeugen, (2) Verkehr und Lagerei, (3) Gastgewerbe, (4) Information und Kommunikation, (5) Erbringung von Finanz- und Versicherungsdienstleistungen, (6) Grundstücks- und Wohnungswesen, (7) Erbringung von freiberuflichen, wissenschaftlichen und technischen Dienstleistungen, (8) Erbringung von sonstigen wirtschaftlichen Dienstleistungen, (9) Öffentliche Verwaltung, Verteidigung, Sozialversicherung, (10) Erziehung und Unterricht, (11) Gesundheits- und Sozialwesen, (12) Kunst, Unterhaltung und Erholung sowie (13) Erbringung von sonstigen Dienstleistungen. Online

vielen Konstellationen von Dienstleistungsverträgen<sup>6</sup> ist diese Frage von praktischer Bedeutung. Es gibt ein gesteigertes Bedürfnis, die Minderung beim Dienstvertrag als Rechtsfolge zuzulassen.

Bei einem Arbeitsvertrag ist das Kernargument für den Ausschluss der Minderung aus sozialpolitischen Gesichtspunkte evident. Der Minderungsausschluss folgt aus dem arbeitsrechtlichen Prinzip des Entgeltsschutzes.<sup>7</sup> Jedoch streiten solche sozialen Aspekte nicht für den generellen Ausschluss der Minderung im Dienstvertragsrecht. Denn das Dienstvertragsrecht findet auch auf die sogenannten freien Berufe Anwendung.<sup>8</sup> Der Ausschluss der Minderung ist umso mehr begründungsbedürftig, als Innovationen auf dem Markt zur Vergrößerung des Marktanteils genau dieser Dienstleistungsverträge führen.<sup>9</sup> Bei Dienstleistungsverträgen, die rechtspolitisch keinen arbeitsrechtsähnlichen Schutz benötigen und in keinem Zusammenhang mit den Entgeltsschutznormen stehen, führt das Fehlen eines Minderungsrechts des Dienstberechtigten zur Missachtung seines vertraglichen Äquivalenzinteresses.<sup>10</sup>

Die Schwierigkeit der Minderung beim Dienstvertrag liegt stets darin, den geschuldeten Leistungsinhalt zu konkretisieren. Die Feststellung der Vertragsgemäßheit der Leistung setzt den vereinbarten Leistungsinhalt als Grundlage voraus. Denn die Minderung wird berechnet,<sup>11</sup> indem bestimmt wird, inwieweit der Wert der tatsächlich erbrachten mangelhaften Leistung vom hypothetischen Wert der vereinbarten mangelfreien Leistung abweicht.<sup>12</sup> Aber der Wert der mangelfreien Leistung des Dienstvertrages ist in der Regel schwer festzustellen, weil die vereinbarten Dienste zur Zeit des Vertragsschlusses nicht vorhanden sind und nur nachträglich vom Dienstverpflichteten erbracht werden. Selbst der Dienstverpflichtete kann nicht alle Punkte der geschuldeten Leistungen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses detailliert beschreiben. Daher werden die

---

abrufbar unter <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Wirtschaftsbereiche/Dienstleistungen/Methoden/DienstleistungenAllgemein.html> (Letzter Besuch am 2. 11. 2016).

6 Zu Dienstleistungsverträgen s. *Zimmermann* (Hrsg.), *Service Contracts* (2010); *Wendehorst*, AcP 206 (2006), 205, 205 ff.

7 Der Lohn bildet eine wesentliche Existenzgrundlage der Arbeitnehmer. Daher wird er gesetzlich in besonderem Maße geschützt. S. *ErfK/Preis* (16. Aufl. 2016), BGB § 611 Rn. 449 ff.

8 *MünchKomm/Müller-Glöge* (6. Aufl. 2012), BGB § 611 Rn. 77; *Staudinger/Richardl/Fischinger* (2016), BGB § 611 Rn. 1864 f.

9 Nach dem Statistischen Bundesamt ist die Anzahl der Erwerbstätigen in Deutschland im Dienstleistungssektor erheblich gestiegen. Im Jahr 1970 lag der Anteil der Erwerbstätigen im Dienstleistungssektor bei nur 45 % der 26,6 Millionen Erwerbstätigen. Im Jahr 2007 lag der Anteil bei ungefähr 72 % der insgesamt 39,8 Millionen Erwerbstätigen. S. *Statistisches Bundesamt*, *Der Dienstleistungssektor* (2009), S. 7.

10 *Canaris*, FS Schmidt (2009), S. 177 f.

11 Zur Proportionalmethode s. *Wilhelm*, JZ 2001, 861, 868; *Honsell*, JZ 2001, 278, 281 f.; *Canaris*, ZRP 2001, 329, 335.

12 *MünchKomm/H. P. Westermann* (6. Aufl. 2012), BGB § 441 Rn. 12 ff.

Dienste in aller Regel in Form einer Rahmenbestimmung zugesagt.<sup>13</sup> Die nachträgliche Ermessensausübung, die aufgrund der unpräzisen Rahmenbestimmungen dem Dienstverpflichteten eingeräumt wird, kann aber durch das Weisungsrecht des Dienstberechtigten später eingeschränkt werden.<sup>14</sup> Jedoch gibt es auch Dienstverträge, bei denen die Ausübung des Weisungsrechts wegen der mangelnden Sachkenntnis des Dienstberechtigten wenig zur Konkretisierung beitragen kann, was einen den weiten Ermessensspielraum des Dienstverpflichteten zur Folge hat.<sup>15</sup>

Um diese Schwierigkeiten zu umgehen und die daraus resultierende Rechtsunsicherheit zu vermeiden, schließt der Gesetzgeber des BGB die Minderung im Fall der Schlechtleistung beim Dienstvertrag aus.<sup>16</sup> Der generelle Ausschluss der Minderung im Fall der Schlechtleistung kann jedoch ein ungerechtfertigtes Ergebnis im Einzelfall zur Folge haben.<sup>17</sup> Denn unter den Begriff des Dienstvertrages fallen mehrere heterogene Vertragstypen. Daher bedarf es einer stärkeren Differenzierung der Dienstverträge hinsichtlich der Minderung. Das Leitbild des im BGB geregelten Dienstvertrages beruht auf einem politischen Kompromiss des 19. Jahrhunderts.<sup>18</sup> Auf diesem Leitbild gründet die Entscheidung des Gesetzgebers zum Ausschluss der Minderung beim Dienstvertrag. Weil sich aber das Leitbild des Dienstvertrages ändert, ist ein erneutes Nachdenken über die Minderung beim Dienstvertrag geboten. Dies ist die Kernthese dieser Arbeit.

Wenn die Minderung für jeden Einzelfall ohne weitere Begründung ausgeschlossen ist, beeinträchtigt dies das dem Dienstvertrag zugrundeliegende synallagmatische Interesse.<sup>19</sup> Die rechtsvergleichende Betrachtung des Dienstvertragsrechts bestätigt den Bedarf des Dienstberechtigten für eine Minderung.<sup>20</sup> Die Rechtfertigung für den Ausschluss der Minderung wird auch deshalb in Frage gestellt, weil ein Schadensersatzanspruch, der in der Praxis als ein passender Rechtsbehelf im Fall der Schlechtleistung beim Dienstvertrag gilt,<sup>21</sup> die subjektive Äquivalenz nicht in Rechnung stellt und deshalb unzureichend sein kann.<sup>22</sup> Es werden falsche Anreize gesetzt. Aufgrund der Rechtslage könnte

---

13 MünchKomm/Würdinger (7. Aufl. 2016), BGB § 315 Rn. 2.

14 Zum Weisungsrecht ausführlich s. u. Zweiter Teil § 2 II 2 b.

15 Zur Beschränkung des Weisungsrechts s. u. Zweiter Teil § 2 II 2 c.

16 Vgl. Lieb, Dienstvertrag, in: BMJ (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge, Band III (1983), S. 207 ff.

17 S. Canaris, FS Schmidt (2009), S. 187 f.

18 S. Mugdan II, S. 1283 f.

19 S. Lieb, Dienstvertrag, in: BMJ (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge, Band III (1983), S. 207.

20 Hierzu ausführlich s. u. Dritter Teil § 4 II 2 und 3.

21 S. Lieb, Dienstvertrag, in: BMJ (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge, Band III (1983), S. 207. Vgl. auch die Rechtsprechung im Fall der Schlechtleistung s. u. Dritter Teil § 5 II.

22 Zum Verhältnis von Schadensersatz und Minderung s. u. Zweiter Teil § 2 III 3 und Dritter Teil § 4 II 2.

der opportunistische Dienstverpflichtete versuchen, sein Vertragsinteresse in vertragswidriger Weise zu maximieren.<sup>23</sup> Der Dienstberechtigte ist diesem Risiko ohne wirksamen Schutz ausgeliefert. Daher stellt sich die Frage, ob und in welchen Fällen die gesetzgeberische Entscheidung zum Ausschluss der Minderung beim Dienstvertrag im Einzelfall überwunden werden kann.

## II. Themenbeschränkung

Bevor diese Frage beantwortet wird, soll der Umfang des Themas begrenzt werden. Dienste sind keine typischen Güter, die ohne weiteres auf dem Markt gegen Geld eingekauft bzw. verkauft werden können. Sie setzen notwendigerweise einen Dienstleistenden voraus. Diese besonders enge Verknüpfung der Dienste mit dem Rechtssubjekt macht die Besonderheit des Dienstvertrages aus. Aufgrund dieser Besonderheit werden in der Diskussion um die Minderung Gesichtspunkte erörtert, die außerhalb des reinen Leistungsstörungsrechts liegen. Dies erschwert häufig die Betrachtung des genauen Leistungsverhältnisses beim Dienstvertrag. Daher ist es notwendig, die Bearbeitung auf die rechtssystematischen Faktoren, die mit dem Rechtsbehelf in Verbindung stehen, zu begrenzen. Dadurch tritt das rechtssystematische Problem der Minderung beim Dienstvertrag zu Tage.

### 1. Inkompatibilität der Dienstleistung mit dem Markt

Die Minderung beim Dienstvertrag pflegt mit dem Argument verweigert zu werden, dass Dienste keine marktüblichen Güter seien. Nach philosophischer Betrachtung behauptet eine Ansicht, dass einige Gegenstände auf dem Markt nicht gegen Geld verkauft werden sollten,<sup>24</sup> weil schon der Versuch, sie auf dem Markt gegen Geld zu verhandeln, ihre Würde entwerten könne.<sup>25</sup> Sie passten sich der Marktwirtschaft ihrer Natur nach nicht an.<sup>26</sup> Folgerichtig passten sie auch nicht zum Synallagma.<sup>27</sup>

23 Dazu ausführlich s. u. Zweiter Teil § 2 III 2 und 3.

24 Beispielsweise menschliche Organe sowie Embryonen. Der Vertrag, der gegen das Gesetz zum Schutz von Embryonen (ESchG) verstößt, ist nach § 134 BGB nichtig. Staudinger/Sack/Fischinger (2011), BGB § 138 Rn. 612; Staudinger/Sack/Seibl (2011), BGB § 134 Rn. 226.

25 OLG Hamm, Beschluss vom 2. 12. 1985 – 11 W 18/85, NJW 1986, 781, 782; LG Freiburg, Urteil vom 25. 3. 1987 – 8 O 556/86, NJW 1987, 1486, 1488; MünchKomm/Armbrüster (7. Aufl. 2015), BGB § 138 Rn. 66. Zu vertragsrechtlichen Problemen mit Ersatzmüttern vgl. Coester-Waltjen, NJW 1982, 2528, 2531 ff.

26 Zur Grenze des Marktes s. Sandel, Was man für Geld nicht kaufen kann (2012), S. 15 ff.

27 Weiter fragwürdig ist, ob alle zugesagten Leistungen im Rahmen des entgeltlichen Synal-

Jedoch hilft eine solche Ansicht nicht bei der Lösung der Problematik der Minderung beim Dienstvertrag. Denn dass der Dienstvertrag ein synallagmatisches Schuldverhältnis begründet, wird vom Gesetzgeber selbst festgelegt.<sup>28</sup> Im Rahmen des Vertragsrechts bezieht sich das Synallagma notwendig auf die Entgeltlichkeit.<sup>29</sup> Anders gewendet: Aus dem Synallagma folgt die Entgeltlichkeit. Dies bedeutet, dass die im Wege des synallagmatischen Dienstvertrages vereinbarte Leistung, auch wenn sie eine Handlungsschuld begründet, aufgrund ihrer synallagmatischen Eigenschaft gegen Geld auf dem Markt umgetauscht werden darf.

Natürlich kann weiter debattiert werden, ob im Einzelfall ein Dienstvertrag ausnahmsweise einmal nicht auf dem Synallagma beruht, obwohl der Gesetzgeber dies im Dienstvertragsrecht gesetzlich vorausgesetzt hat. Soweit dies der Fall ist, ist es richtig, dass die Minderung bei diesen Dienstverträgen unabhängig vom Leistungsstörungstyp von Anfang an ausgeschlossen ist. Denn wenn kein Raum für das Synallagma besteht, ist eine auf dem Synallagma basierende Minderung undenkbar, unabhängig davon, ob die erbrachte Leistung eine Teil- oder Schlechtleistung ist. Jedenfalls im Rahmen des BGB macht aber die gesetzliche Abgrenzung des Dienstvertrages vom Auftrag dieses Argument unbrauchbar, weil eine Vereinbarung über die unentgeltliche Dienstleistung als Auftrag einzuordnen ist.<sup>30</sup> Der Dienstvertrag im BGB ist gesetzlich so definiert, dass die Erfüllung von Diensten gegen Vergütung versprochen wird.<sup>31</sup>

## 2. Entwertung der freiwilligen Entscheidung

Die Anwendung der Minderung beim Dienstvertrag wird überdies häufig mit dem Argument verneint, dass dadurch die tatsächliche Erfüllung sowie Nacherfüllung der Dienste vom Dienstverpflichteten erzwungen werden könne, obwohl dies gesetzlich nicht notwendig sei.<sup>32</sup> Wenn die vom Dienstverpflichteten geleisteten Dienste mangelhaft sind, wird die Nacherfüllung durch die Minderung insofern (in wirtschaftlicher Hinsicht) erzwungen, als sie für den Dienstverpflichteten der einzige Weg ist, um dem Verlust der vereinbarten Vergütung entgegenzuwirken. Dies verhindere eine freiwillige Entscheidung im Rahmen des Vertragsrechts.

---

lagmas als reine Profitgegenstände angesehen werden dürfen. S. *Sandel*, Was man für Geld nicht kaufen kann (2012), S. 16f.

28 Staudinger/*Richardi/Fischinger* (2016), BGB § 611 Rn. 4; Motive II, S. 459.

29 *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis (1989), S. 319.

30 MünchKomm/*Seiler* (6. Aufl. 2012), BGB § 662 Rn. 1f.

31 MünchKomm/*Seiler* (6. Aufl. 2012), BGB § 662 Rn. 25ff.

32 Hierzu im Hinblick auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages und das Zurückbehaltungsrecht s. u. Dritter Teil § 5 III 4.

Beim Vertrag spielt die Entscheidungsfreiheit eine entscheidende Rolle. Das vertragsrechtliche Synallagma sieht keine objektive Äquivalenz vor, sondern eine subjektive.<sup>33</sup> Die subjektive Äquivalenz, auf die sich die Minderung bezieht, setzt die Willensfreiheit im Rahmen der Privatautonomie voraus.<sup>34</sup> Die Rechtfertigung der subjektiven Äquivalenz beruht auf dem konstitutiven freien Willen der Vertragsparteien.<sup>35</sup> Die Freiheit der subjektiven Entscheidung bildet den Kern des Vertrages und diese Freiheit muss nicht nur beim Vertragsschluss, sondern auch bei der Vertragserfüllung bewahrt werden. Auch hieraus leitet sich das Argument ab, dass die Erfüllung einer Handlungsschuld nicht wie die Leistung einer Sachschuld gesetzlich erzwungen werden dürfe, weil die Handlungsschuld mit dem Leistungssubjekt stark verbunden sei.<sup>36</sup>

Auch heute ist das Argument noch einschlägig. Der gleiche Rechtsgedanke ist in §§ 887, 888 ZPO angelegt.<sup>37</sup> Ein unmittelbarer Zwang auf den Körper des Schuldners ist verboten.<sup>38</sup> Die vertretbaren Handlungen werden gemäß § 887 Abs. 1 ZPO vollstreckt, indem sie auf Kosten des Schuldners durch einen Dritten vorgenommen werden.<sup>39</sup> Die unvertretbaren Handlungen, bei denen es ausschließlich auf den Willen des Schuldners ankommt, können durch Zwangsgeld oder durch Zwangshaft aufgrund von § 888 Abs. 1 ZPO erzwungen werden.<sup>40</sup> In § 888 Abs. 3 ZPO schreibt der Gesetzgeber vor, dass unvertretbare höchstpersönliche Handlungen, die beim Dienstvertrag versprochen werden, auch durch Zwangsgeld bzw. Zwangshaft nicht vollstreckt werden dürfen.<sup>41</sup> Denn eine Zwangsvollstreckung würde keine vollständige Erreichung des Zwecks des Dienstvertrages gewährleisten.<sup>42</sup> Außerdem könne dies zur Verletzung der Grundrechte des Schuldners führen.<sup>43</sup>

Dennoch ergibt sich daraus keine Rechtfertigung für die Auffassung, dass schlecht erbrachte Leistungen beim Dienstvertrag voll vergütet werden sollten. Jedenfalls kann das Interesse des Gläubigers an der Leistung einerseits gemäß

33 Gernhuber, Das Schuldverhältnis (1989), S. 319ff.

34 Auf der Menschenwürde nach Art. 1 Grundgesetz (GG) und der freien Entfaltung der Persönlichkeit nach Art. 2 GG beruht die Privatautonomie. S. Busche, Privatautonomie und Kontrahierungszwang (1999), S. 22ff.; Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts (9. Aufl. 2004), § 1 Rn. 2 ff.

35 Korth, Minderung beim Kauf (2011), S. 91 f.; Canaris, FS Wiedemann (2002), S. 6.

36 Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II 1. Halbband (13. Aufl. 1986), S. 323.

37 MüKoZPO/Gruber (4. Aufl. 2012), ZPO § 887 Rn. 1 f.; MüKoZPO/Gruber (4. Aufl. 2012), ZPO § 888 Rn. 1.

38 MüKoZPO/Gruber (4. Aufl. 2012), ZPO § 888 Rn. 1.

39 HK-ZPO/Pukall (6. Aufl. 2015), ZPO § 887 Rn. 1.

40 HK-ZPO/Pukall (6. Aufl. 2015), ZPO § 888 Rn. 1.

41 BeckOK ZPO/Stürner (18. Edition 1.9.2015), ZPO § 888 Rn. 8 f.; HK-ZPO/Pukall (6. Aufl. 2015), ZPO § 888 Rn. 2.

42 BeckOK ZPO/Stürner (18. Edition 1.9.2015), ZPO § 888 Rn. 8 f.

43 BGH, Beschluss vom 3.7.2008 – I ZB 87/06, NJW 2008, 2919, 2920f.

§ 893 Abs. 1 ZPO, andererseits aufgrund der synallagmatischen Eigenschaft des Vertrages gewahrt werden.<sup>44</sup> Überdies verletzen Sanktionen für pflichtwidrige Leistungen das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Dienstverpflichteten nicht, wenn nicht zu einer unmittelbaren Zwangsmaßnahme gegen den Körper des Schuldners führen. Die Minderung beim Dienstvertrag hat bei weitem nicht dieselbe Intensität wie eine Zwangsmaßnahme gegen den Körper des Schuldners.

### 3. Sittenwidrigkeit

Schließlich kann gefragt werden, ob die Anwendung der Minderung beim Dienstvertrag sittenwidrig ist. Weil die Minderung einen Mangel der Leistung voraussetzt, setzt sie beim Dienstvertrag einen Mangel der geschuldeten Dienste voraus. Denkbar ist, dass die Dienste wegen einer falschen Entscheidung des Dienstverpflichteten fehlerhaft geleistet werden oder die Dienste trotz richtiger Entscheidung des Dienstverpflichteten wegen anderer Gründe, wie z. B. einer Krankheit des Dienstverpflichteten, lückenhaft geleistet werden.<sup>45</sup> Die beiden Fälle beziehen sich auf die Erfolgsebene. Bei der Bestimmung der Mangelhaftigkeit der Dienste muss zunächst die im Prinzip vorgesehene gewünschte Form der Bewirkung der Dienste zugrunde gelegt werden. Diese Objektivierung der Dienste auf Erfolgsebene führt bei der Berechnung der Minderung zu einer Gleichbehandlung der Handlungsschuld mit der Sachschuld. Die handlungsbezogene persönliche Natur des Dienstvertrages muss außer Acht bleiben. Dadurch kann der Dienstleistende insoweit entwürdigt werden, als dass die Person des Dienstleistenden als bloßes Element im Rahmen der Kosten-Nutzen-Analyse behandelt wird. Hieraus folgert eine Ansicht, dass die Anwendung der Minderung beim Dienstvertrag nach Maßgabe des gesellschaftlichen Werturteils sittenwidrig sein könne.

Jedoch ist der Begriff der Sittenwidrigkeit ausfüllungsbedürftig und in vielem umstritten. Eine entscheidende Rolle spielen die gesellschaftlichen Wertvorstellungen. Grundsätzlich spiegelt § 138 Abs. 1 BGB die gesellschaftlichen Wertvorstellungen sowie die ethischen Grundlagen wider,<sup>46</sup> durch die die Pri-

44 MüKoZPO/Gruber (4. Aufl. 2012), ZPO § 893 Rn. 1 ff.

45 In der Regel wird nur der erstere Fall thematisiert. Theoretisch ist der letztere Fall auch vorstellbar, praktisch jedoch selten. *Canaris*, FS Schmidt (2009), S. 180.

46 BeckOK BGB/Wendtland (36. Edition 1. 8. 2015), BGB § 138 Rn. 1; MünchKomm/Armbrüster (7. Aufl. 2015), BGB § 138 Rn. 1; Staudinger/Sack/Fischinger (2011), BGB § 138 Rn. 2; *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts (9. Aufl. 2004), § 41 Rn. 12 ff.

vatautonomie passiv beschränkt wird.<sup>47</sup> Natürlich bezieht sich die Sittenwidrigkeit nicht ausschließlich auf Ethik, Moral und Sittlichkeit. Trotzdem ist es begrifflich schwierig, außer der Ethik, Moral und Sittlichkeit einen logischen, stabilen und objektiven Grund für die Sittenwidrigkeit zu bestimmen.<sup>48</sup> Denn die Anknüpfung an gesellschaftliche Wertvorstellungen, das Anstandsgefühl bzw. die autonomen oder heteronomen Moralordnungen spiegelt schon begrifflich wider, dass die Maßstäbe auf der sich wandelnden gegenwärtigen im territorialen Rechtskreis herrschenden Ethik basieren.<sup>49</sup> Wie ein Rechtsgeschäft hinsichtlich der Sittenwidrigkeit gewürdigt werden soll und welches Kriterium hier anzuwenden ist, bleibt jedoch unkonkret. Nach der herrschenden Lehre<sup>50</sup> und der ständigen Rechtsprechung<sup>51</sup> kommt es auf »das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden« an.<sup>52</sup>

Die Sittenwidrigkeit eines Dienstvertrages ist ohne konkrete gesetzliche Vorgabe kaum zu beurteilen. Die Menschen dürfen nicht zu Handelswaren entwertet werden.<sup>53</sup> Die vertragliche Gleichbehandlung der Handlungsschuld mit der Sachschuld in Bezug auf die Erbringung der Leistung kann nach § 134 BGB oder nach § 138 Abs. 1 BGB zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts führen. Jedoch beziehen sich diese Aussagen nicht auf die Sittenwidrigkeit der Minderung beim Dienstvertrag, sondern auf die Sittenwidrigkeit des Dienstvertrages als solchem. Daraus folgt nicht notwendigerweise, dass die Anwendung der Minderung beim Dienstvertrag sittenwidrig ist. Außerdem zielt die Problematik der Minderung beim Dienstvertrag gerade nicht auf die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes,<sup>54</sup> sondern auf die Lösung einer Leistungsstörung. Bei der Minderung beim Dienstvertrag geht es um die Frage, ob die Gewährung der vollen Vergütung des Dienstverpflichteten trotz seiner unvollständig erbrachten

47 MünchKomm/Armbrüster (7. Aufl. 2015), BGB § 138 Rn. 1; Staudinger/Sack/Fischinger (2011), BGB § 138 Rn. 2; Lindacher, AcP 173 (1973), 124, 125.

48 Gegen die moralische Würdigung Staudinger/Sack/Fischinger (2011), BGB § 138 Rn. 19. S. auch Mugdan I, S. 725.

49 LG Karlsruhe, Urteil vom 15. 8. 2006 – 2 O 350/06, NJW-RR 2007, 200, 201; OLG Hamm, Urteil vom 13. 1. 2011 – 18 U 88/10, NJW-RR 2011, 1197, 1198; MünchKomm/Armbrüster (7. Aufl. 2015), BGB § 138 Rn. 17; Staudinger/Sack/Fischinger (2011), BGB § 138 Rn. 23.

50 S. Staudinger/Sack/Fischinger (2011), BGB § 138 Rn. 14; Sack, NJW 1985, 761.

51 Zu § 138 BGB BGH, Urteil vom 9. 7. 1953 – IV ZR 242/52, NJW 1953, 1665; BGH, Urteil vom 15. 2. 1956 – IV ZR 294/55, NJW 1956, 865; BGH, Urteil vom 28. 4. 1958 – II ZR 197/57, NJW 1958, 989; BAG, Urteil vom 1. 4. 1976 – 4 AZR 96/75, NJW 1976, 1958; BGH, Urteil vom 6. 7. 1976 – VI ZR 122/75, BGHZ 67, 119; BGH, Urteil vom 29. 9. 1977 – III ZR 164/75, NJW 1977, 2356; BGH, Urteil vom 10. 3. 1982 – VIII ZR 74/81, NJW 1982, 1455. Zu § 826 BGB BGH, Urteil vom 25. 5. 1955 – VI ZR 6/54, NJW 1955, 1274.

52 Zu § 826 BGB s. Motive II, S. 727; Mugdan II, S. 406.

53 OLG Hamm, Beschluss vom 2. 12. 1985 – 11 W 18/85, NJW 1986, 781, 782; LG Freiburg, Urteil vom 25. 3. 1987 – 8 O 556/86, NJW 1987, 1486, 1488.

54 Vgl. KOGH, Urteil vom 12. 4. 2002, 2000 Da 50190. Zur ausführlichen Darstellung dieses Urteils s. u. Dritter Teil § 5 II 3.

Dienste im Rahmen des gegenseitigen Vertrages als »billig und gerecht« gelten darf.

### III. Forschungsstand und Notwendigkeit der rechtsvergleichenden sowie -historischen Betrachtung

Die Anwendbarkeit der Minderung auf Dienstverträge wurde in Deutschland in Korea in mehrfacher Hinsicht beleuchtet oder jedenfalls gestreift. Im Jahr 2007 hat *Tillmanns* sich in ihrer Habilitationsschrift mit dieser Problematik beim freien Dienstvertrag beschäftigt und einen alternativen Weg zur Minderung im Dienstvertragsrecht befürwortet.<sup>55</sup> *Canaris* hat im Jahr 2009 dargelegt, dass ein Bedarf zur Minderung im freien Dienstvertrag bestehe.<sup>56</sup> Außerdem bejahen einige Stimmen in Deutschland, die Minderung auf Dienstverträge anzuwenden.<sup>57</sup> Die herrschende Ansicht verneint dagegen die Anwendbarkeit der Minderung bei Dienstverträgen.<sup>58</sup> Im Jahr 2014 hat *No* sich in einer Veröffentlichung kritisch mit einem koreanischen Urteil auseinandergesetzt.<sup>59</sup> Die Anwendbarkeit der Minderung beim Dienstvertrag bezweifelt er dabei nicht.<sup>60</sup> *Jansen* hat die Funktion der Minderung aus rechtsvergleichender Perspektive erklärt, ist dabei jedoch nicht auf die Anwendbarkeit der Minderung beim Dienstvertrag eingegangen.<sup>61</sup>

Die rechtsvergleichende Methode ist hilfreich, um die Minderungsproblematik im BGB darzustellen und einen Lösungsansatz zu finden. Dadurch werden unterschiedliche ökonomische und kulturelle Sichtweisen der zu vergleichenden Rechtssysteme verdeutlicht und ihre unterschiedlichen rechtspolitischen Kon-

---

55 *Tillmanns*, Strukturfragen des Dienstvertrages (2007).

56 *Canaris*, FS Schmidt (2009), S. 177 ff.

57 *Himmelschein*, AcP 135 (1932), 255, 292; *Hartung*, Schlechtleistung und Vergütungsanspruch im Recht des selbständigen Dienstvertrages (2000), S. 97.

58 *Lotmar*, Der Arbeitsvertrag, Band 2 (1908), S. 40 ff.; *Below*, FS Lehmann (1956), S. 646, 650 f.; *Thewalt*, Schlechterfüllung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber (1960), S. 14 ff., 95 f.; *Preis/Hamacher*, Jura 1998, 116; *Peukert*, AcP 205 (2005), 430, 463, 480; *Maschmann*, NZA-Beil. 2006, 13, 17.

59 KOGH, Urteil vom 28. 11. 2013, 2011 Da 39946.

60 *Ho-Chang No*, Überprüfung vom obersten Gericht in Korea, 28. 11. 2013, 2011 Da 39946 über Bummelarbeit und Lohn, Arbeitsrecht 50 (6.2014), S. 299 ff. S. auch *Jin-Hwan Park*, Ohne Arbeit Kein Lohn beim Bummelstreik, Kommentar zur Rechtsprechung vom KOGH 97 Band 2 (2014), S. 395 ff.

61 *Jansen*, Price Reduction under the CISG, 32 J. L. & Com. 325, 329 (2014). Zu einer rechtsvergleichenden Schrift in Korea vgl. auch *Young-Jun Kwon*, Gewährleistungspflicht des Schuldners, in: The Korean Association of Civil Law (Hrsg.), Rückblick und Ausblick auf Rechtswissenschaft (1993), S. 548 ff.

zepte sichtbar gemacht.<sup>62</sup> Dies ermöglicht es zu verstehen, warum der Gesetzgeber bestimmte Entscheidungen getroffen hat. Die rechtshistorische Betrachtungsmethode dient ebenfalls dazu, die Gründe für die gesetzgeberische Entscheidung zu erkennen, da das Recht einerseits eine Folge der sozialen Entwicklung, andererseits ein historisches Phänomen ist.<sup>63</sup> Durch die rechtsvergleichende Betrachtung werden außerdem die Gemeinsamkeiten und Unterschiede der zu vergleichenden Rechtssysteme erkennbar.<sup>64</sup> Diese Gegenüberstellung führt zu der Frage, wie die Unterschiede zwischen den Rechtssystemen nicht nur durch die Kasuistik, sondern auch auf abstrakter und genereller Ebene erklärt werden können.<sup>65</sup> Die Minderungsproblematik beim Dienstvertrag ist ein typisches Beispiel für eine solche Frage.

In dieser Arbeit wird die rechtsvergleichende Methode zu dem Zweck angewandt,<sup>66</sup> ein besseres Verständnis für die Anwendung im BGB zu schaffen, indem außerhalb des deutschen Rechtssystems liegende Ansichten betrachtet werden.<sup>67</sup> Als Bezugspunkte der Rechtsvergleichung werden das Koreanische Bürgerliche Gesetzbuch (KBGB) und der Draft Common Frame of Reference (DCFR) verwendet, die beide, anders als das deutsche Recht, beim Dienstvertrag eine Minderung im Fall der Schlechtleistung generell zulassen. Der Vergleich mit diesen Regelungen verdeutlicht die Notwendigkeit einer Minderung beim Dienstvertrag auch im BGB. Er liefert auch Erkenntnisse zu den notwendigen Grenzen der Minderung im Dienstvertragsrecht. Außerdem hilft die Rechtsvergleichung zu bestimmen, in welchem Fall Dienste mangelhaft sind.

Damit werden in dieser Arbeit das synallagmatische Schuldverhältnis und die subjektive Äquivalenz beim Dienstvertrag im Rahmen des Leistungsstörungenrechts aus einem rechtsvergleichenden und rechtshistorischen Blickwinkel thematisiert. Die Besonderheiten des Arbeitsrechts sollen weitgehend außer Betracht bleiben, weil sich die Arbeit auf das allgemeine Leistungsstörungenrecht beim Dienstvertrag konzentriert. Erforderliche Modifikationen im Rahmen des Arbeitsrechts werden aber in Einzelpunkten berücksichtigt. Zum Schluss wird die Frage gestellt, ob *de lege ferenda* ein Reformbedarf im BGB in Richtung auf eine allgemeine Zulassung der Minderung beim Dienstvertrag besteht,<sup>68</sup> und wie eine solche Reform aussehen könnte.<sup>69</sup>

62 Basedow, Comparative Law and its Clients, 62 Am. J. Comp. L. 821, 833–34 (2014).

63 Kyu-Chang Cho, Comparative Law (2007), S. 32.

64 Basedow, Comparative Law and its Clients, 62 Am. J. Comp. L. 821, 834 (2014).

65 Zur Tendenz der Rechtsentwicklung s. Kyu-Chang Cho, Comparative Law (2007), S. 32ff.

66 Zur »functional approach« s. Basedow, Comparative Law and its Clients, 62 Am. J. Comp. L. 821, 835–36 (2014). Vgl. auch Jansen, Principles of European Law on Service Contracts, in: Zimmermann (Hrsg.), Service Contracts (2010), S. 47ff.

67 S. Basedow, Comparative Law and its Clients, 62 Am. J. Comp. L. 821, 838 (2014).

68 Zu einer möglichen Reform der Minderung s. Canaris, FS Schmidt (2009), S. 187.

69 Zur Frage nach einer allgemeinen Minderungsregelung s. Peukert, AcP 205 (2005), 430, 430ff.

---

## Erster Teil: Charakterisierung des Dienstvertrages

Derjenige, der Dienste zusagt, ist zur Leistung dieser vereinbarten Dienste verpflichtet.<sup>70</sup> Die vereinbarten Dienste sind jedoch vielfältig. Sie bestehen bei Vertragsschluss noch nicht. Einen körperlichen Gegenstand oder einen zugesagten Erfolg gibt es beim Dienstvertrag schon dem Wortsinn nach nicht.<sup>71</sup> Die Dienste fallen mit der Leistung zusammen. Des Weiteren unterliegt die Leistung zwangsläufig einer qualitativen Schwankung. Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses fehlen in der Regel präzise Bestimmungen über den Leistungsinhalt. Vielmehr werden meist Rahmenbestimmungen vereinbart. Dies gewährt dem Dienstverpflichteten einen Ermessensspielraum zur Leistungserbringung.<sup>72</sup> Dies ist der Grund für die Schwierigkeit der Minderung beim Dienstvertrag.

Bevor der geschuldete Leistungsinhalt des Dienstvertrages beleuchtet wird, soll zunächst der Begriff des Dienstvertrages geklärt werden. Dadurch wird der Dienstvertrag von den anderen Tätigkeitsverträgen abgegrenzt. Dies verdeutlicht die Besonderheiten des Dienstvertrages, um welche es in dieser Arbeit im Kern geht. Vor allem ist hervorzuheben, dass der Dienstvertrag ein synallagmatisches Schuldverhältnis ist.<sup>73</sup> Der Dienstverpflichtete schuldet nicht irgendwelche Dienste, sondern die Dienste, welche vom Dienstberechtigten aufgrund der subjektiven Äquivalenz als gleichwertig mit der vereinbarten Vergütung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses anzusehen sind.<sup>74</sup> Weiterhin wird der Dienstvertrag in zwei Untertypen gegliedert, einerseits in die selbstständigen erfolgsbezogenen, andererseits in die abhängigen zeitbezogenen Dienst-

---

70 § 611 Abs. 1 BGB, § 655 KBGB, Art. IV.C. – 1:101 (1) (a) DCFR.

71 Zum gesetzlichen sowie geschichtlichen Abgrenzungskriterium zwischen Dienst- und Werkvertrag s. u. Erster Teil § 1 I und II.

72 Der Ermessensspielraum bei der Leistungserbringung löst die Bestimmungsschwierigkeit des Leistungsinhalts, die Einordnungsschwierigkeit der Leistungsstörungstypen und die Bemessungsschwierigkeit der Minderung beim Dienstvertrag aus. Zur Billigkeit der Ermessensausübung s. u. Zweiter Teil § 2 II 1.

73 Staudinger/*Richardl/Fischinger* (2016), BGB § 611 Rn. 3 f., 366.

74 Zur subjektiven Äquivalenz ausführlich s. u. Zweiter Teil § 2 III 3.

verträge. Diese Unterscheidung wird in der weiteren Untersuchung als Hilfsmittel angewendet, um die subjektiven Interessen beider Vertragsparteien zu verdeutlichen.<sup>75</sup> Weiter von Bedeutung sind der Dauerschuldcharakter und die Unübertragbarkeit der Dienstleistung, die ebenfalls zu den Besonderheiten des Dienstvertrages, nicht zuletzt in Hinblick auf die Rechtsbehelfe im Fall von Leistungsstörungen, beitragen.<sup>76</sup>

## § 1. Abgrenzung des Dienstvertrages von anderen Vertragstypen

Bei den zahlreichen Vertragstypen zur Tätigkeitsverpflichtung<sup>77</sup> stehen der Dienst- und Werkvertrag sowie der Auftrag im Vordergrund.<sup>78</sup> Da der Auftrag im BGB als ein unentgeltlicher Vertrag vorgeschrieben ist, weicht er wesentlich von den beiden entgeltlichen Vertragstypen ab.<sup>79</sup> Im BGB ist es daher nicht notwendig, den Begriff des Auftrages zu bestimmen, um den Leistungsinhalt des Dienstvertrages festzustellen. Hingegen darf der Auftrag im KBGB und im DCFR entweder entgeltlich oder unentgeltlich abgeschlossen werden.<sup>80</sup> Er spielt im KBGB und DCFR also eine eigene Rolle als ein entgeltlicher Tätigkeitsvertrag. Im

75 Zur weiteren Unterscheidung zwischen zeitbezogenem und erfolgsbezogenem Dienstvertrag s. u. Zweiter Teil § 2 II 3.

76 Zur Unübertragbarkeit der Dienstleistung s. u. Zweiter Teil § 2 I. Zum Verhältnis zwischen Rücktritt und Kündigung beim Dauerschuldverhältnis s. u. Dritter Teil § 5 III 3 d.

77 S. *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht (10. Aufl. 2006), § 82.

78 Zum Schuldverhältnis über Tätigkeiten im BGB zählen Dienstvertrag und ähnliche Verträge (§§ 611 bis 630 h BGB), Werkvertrag und ähnliche Verträge (§§ 631 bis 651 m BGB), Maklervertrag (§§ 652 bis 656 BGB), Auslobung (§§ 657 bis 661a BGB), Auftrag (§§ 662 bis 674 BGB), Geschäftsbesorgungsvertrag und Zahlungsdienste (§§ 675 bis 676c BGB), Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 bis 687 BGB), Verwahrung (§§ 688 bis 700 BGB) und Einbringung von Sachen bei Gastwirten (§§ 701 bis 704 BGB). Geschäftsführung ohne Auftrag gemäß §§ 677ff. BGB und Einbringung von Sachen bei Gastwirten gemäß §§ 701ff. BGB sind jedoch gesetzliche Schuldverhältnisse. Außerdem wird die Auslobung durch einseitiges Rechtsgeschäft begründet. Die drei Vertragstypen (Geschäftsführung ohne Auftrag, Einbringung von Sachen bei Gastwirten und Auslobung) werden hier nicht näher erörtert, weil die Minderungsproblematik bei ihnen nicht besteht. Als Schuldverhältnis über Tätigkeiten regelt das KBGB den Dienstvertrag (§§ 655 bis 663 KBGB), Werkvertrag (§§ 664 bis 674 KBGB), Auslobung (§§ 675 bis 679 KBGB), Auftrag (§§ 680 bis 692 KBGB), Verwahrung (§§ 693 bis 702 KBGB) und Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 734 bis 740 KBGB). Aus den gleichen Gründen wie beim BGB werden Geschäftsführung ohne Auftrag gemäß §§ 734ff. KBGB und Auslobung gemäß §§ 675ff. KBGB im Folgenden nicht betrachtet. Im DCFR können Service (Book IV Part C), Mandate contracts (Book IV Part D), Commercial agency, franchise and distributorship (Book IV Part E) und Benevolent intervention in another's affairs (Book V) den Tätigkeitsverträgen zugeordnet werden. Aus den gleichen Gründen wie beim BGB und KBGB wird Benevolent intervention in another's affairs im Folgenden nicht betrachtet.

79 MünchKomm/Seiler (6. Aufl. 2012), BGB 662 Rn. 25.

80 § 686 Abs. 2, 3 KBGB, Art. IV.D. – 2:102 (1) DCFR.

KBGB und DCFR muss daher der Begriff des Auftrags zur Feststellung des Leistungsinhalts des Dienstvertrages berücksichtigt werden.

Die Kriterien zur Abgrenzung des Dienstvertrages von anderen Vertragstypen sind je nach Gesetzeskonzept und historischem Kontext verschieden. Auch die Leitbilder des Dienstvertrages im BGB, KBGB und DCFR sind unterschiedlich. Die Entwicklungsgeschichte der Dichotomie von Dienst- und Werkvertrag zeigt außerdem, dass die historischen Leitbilder in Deutschland unterschiedlich sind.<sup>81</sup> Trotz solcher Unterschiede gibt es einige gemeinsame Eigenschaften, die den Dienstvertrag ausmachen. Diese Eigenschaften werden in dieser Arbeit als Grundlage des Dienstvertrages übernommen, um einen minderungsähnlichen Weg im Fall der Schlechtleistung zu erarbeiten.

## I. Begriff des Dienstvertrages

Zunächst ist der Dienstvertrag als ein gegenseitiger Vertrag in allen drei Rechtssystemen synallagmatisch.<sup>82</sup> Nach § 611 Abs. 1 BGB, § 655 KBGB und Art. IV.C. – 1:101 (1) DCFR wird der Schuldner durch den Dienstvertrag zur Leistung der versprochenen Dienste und der Gläubiger zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.<sup>83</sup> Art. IV.C. – 1:101 DCFR enthält keine Begriffsdefinition des Services contract, sondern regelt den Anwendungsbereich des Dienstleistungsvertrages.<sup>84</sup> Der Dienstleistungsvertrag wird im Anhang definiert, wonach er ein Vertrag ist, durch den sich eine Partei als Dienstleister zur Erbringung der Dienstleistung an den anderen, den Kunden, verpflichtet.<sup>85</sup>

---

81 Dazu ausführlich s.u. Erster Teil § 1 II.

82 BeckOK BGB/Joussen (37. Edition 1.9.2015), BGB § 611 Rn. 292; Staudinger/Richardi/Fischinger (2016), BGB § 611 Rn. 4; ErfK/Preis (16. Aufl. 2016), BGB § 611 Rn. 639; MünchKomm/Müller-Glöge (6. Aufl. 2012), BGB § 611 Rn. 7; Hyung-Bae Kim, Schuldrecht, Besonderer Teil (2. Aufl. 2001), S. 555; von Bar/Clive, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Volume 2 (2009), S. 1597.

83 Zur Leistungspflicht des Dienstverpflichteten s. MünchKomm/Müller-Glöge (6. Aufl. 2012), BGB § 611 Rn. 1011. Zur Vergütungspflicht des Dienstberechtigten s. MünchKomm/Müller-Glöge (6. Aufl. 2012), BGB § 611 Rn. 695. Vgl. § 655 KBGB: »[Wesen des Dienstvertrages] Ein Dienstvertrag kommt zustande, wenn sich beide Teile darüber einig sind, daß der eine verpflichtet wird, dem anderen einen Dienst zu leisten, und der andere dem ersten eine Vergütung für die Dienstleistung zu entrichten hat.« Kyu-Chang Cho, Koreanisches Bürgerliches Gesetzbuch (1984), S. 137. Vgl. auch Art. IV.C. – 1:101 (1) DCFR: »This Part of Book IV applies: (a) to contracts under which one party, the service provider, undertakes to supply a service to the other party, the client, in exchange for a price; and (b) with appropriate adaptations, to contracts under which the service provider undertakes to supply a service to the client otherwise than in exchange for a price.«

84 Vgl. Artt. IV.A. – 1:202, IV.B. – 1:101 (2), IV.D. – 1:102, IV.E. – 1:101 (2), IV.G. – 1:101, IV.H. – 1:101 (2) DCFR.

85 »A contract for services is a contract under which one party, the service provider, undertakes

Trotz der allgemeinen synallagmatischen Eigenschaft des Dienstvertrages erfolgt die Abgrenzung zwischen Dienst- und Werkvertrag sowie Auftrag im BGB, KBGB und DCFR unterschiedlich. Der Vergleich der Abgrenzungskriterien im KBGB und DCFR verdeutlicht, wie anders das gesetzliche Leitbild der drei Vertragstypen in unterschiedlichen Rechtssystemen sein kann. Diese Diskrepanz des Leitbilds wiederum zeigt die unterschiedliche Systematisierung der typischen Verträge in den unterschiedlichen Rechtssystemen.<sup>86</sup> Damit wird erkennbar, dass die gesetzliche Trennlinie zwischen Dienst- und Werkvertrag keine apriorische Konstruktion, sondern ein rechtspolitischer Kompromiss ist. Ziel der Untersuchung des Dienstvertragsbegriffs ist, zu verstehen, wie der gesetzliche Schuldinhalt des Dienstvertrages durch Anwendung der unterschiedlichen Trennlinien der drei Regelungssysteme geändert werden kann, und was trotz der Differenzierung als Kernkomponente des Dienstvertrages erhalten bleiben muss. Die im Folgenden dargestellte Abgrenzungslinie hilft schließlich zu verstehen, was durch den Dienstvertrag als dessen Leistungsinhalt vereinbart wird.

## 1. Dienst- und Werkvertrag: Dichotomie im BGB

Um den Leistungsinhalt des Dienstvertrages klar zu bestimmen, muss der Dienstvertrag zunächst vom Werkvertrag abgegrenzt werden. Diese Abgrenzung erfolgt durch die vom BGB vorgeschriebene dichotomische Trennlinie »Dienste oder Erfolg«.<sup>87</sup> Diese Trennlinie geht auf die Begriffe von Dienst- und Werkvertrag selbst zurück. Nach § 611 Abs. 1 BGB schuldet der Dienstverpflichtete die Leistung der vereinbarten Dienste, wohingegen der Unternehmer beim Werkvertrag gemäß § 631 Abs. 1 BGB sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als auch die Herbeiführung eines versprochenen Erfolgs schuldet.<sup>88</sup>

Trotz dieses klaren gesetzlichen Abgrenzungskriteriums ist es im Einzelfall nicht leicht, den konkreten Leistungsinhalt und den korrekten Vertragstypen zu bestimmen.<sup>89</sup> Diese Schwierigkeit folgt daraus, dass jede Handlung eine Wirkung herbeiführen muss. Beispielsweise hat die Operation durch den Arzt Heilung und Besserung zur Folge. Selbst wenn die Heilung sowie Besserung nicht den Vorstellungen des Patienten entsprechen, bleibt die Tatsache unverändert, dass auch beim Dienstvertrag ein Erfolg, wie die Wirkung der Operation,

---

to supply a service to the other party, the client. (IV. C. – 1:101)« von Bar/Clive/Schulte-Nölke, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition (2009), S. 566.

86 Zum besseren Verstehen dieses Unterschieds s. *Basedow*, Comparative Law and its Clients, 62 Am. J. Comp. L. 821, 837–38 (2014).

87 S. Greiner, AcP 211 (2011), 221, 222.

88 MünchKomm/Busche (6. Aufl. 2012), BGB § 631 Rn. 58ff.

89 MünchKomm/Müller-Glöge (6. Aufl. 2012), BGB § 611 Rn. 22ff.