



Melanie Stähler

# Der freie Dienstvertrag in der Rechtsprechung seit 1900



PETER LANG

## A. Einleitung

### I. Fragestellung, Quellenlage und Forschungsstand

Der Bereich der Dienstleistungen hat insbesondere im 19. und 20. Jahrhundert an Bedeutung gewonnen und stellt mittlerweile einen Hauptbereich unserer Volkswirtschaft dar.<sup>1</sup>

Die Formulierung des § 611 Abs. 1 BGB verdeutlicht, dass die gesetzliche Regelung nicht zwischen Dienst- und Arbeitsvertrag unterschied. Bereits nach dem ersten Weltkrieg bildeten sich die Grundsätze stärker heraus, die sich von dem schuldrechtlichen Charakter des Dienstvertrages entfernten und deren Gegenstand Dienstleistungsverpflichtungen waren, die in persönlicher Abhängigkeit zu erbringen waren.<sup>2</sup> Im Laufe der Zeit haben sich somit zwei Hauptgruppen von Dienstverhältnissen ausdifferenziert, der Arbeitsvertrag und der freie Dienstvertrag, bei dem die geschuldete Arbeit selbständig zu leisten ist.<sup>3</sup>

Gegenstand dieser Arbeit ist die Rechtsprechung zum freien Dienstvertrag seit 1900. Obwohl eine Vielzahl von unterschiedlichen Vertragstypen dem freien Dienstvertrag unterliegen, findet im Bereich der Dienstverträge insbesondere der Arbeitsvertrag Beachtung.<sup>4</sup> Daneben werden bestimmte einzelne Vertragstypen

---

1 *Lessmann*, Schlechte Dienstleistung und Vergütung (insbes. bei sog. freien Diensten), Festschrift für Ernst Wolf (1985), S. 395/395; *Postlep*, Regionale Effekte höherwertiger Dienstleistungen, 1982, S. 17 ff., 25; *Voss*, Trend zur Dienstleistungsgesellschaft?, 1976, S. 6 ff.

2 *Lieb*, Dienstvertrag, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Köln 1983, Bd. III, S. 183-240, 189; Vgl. *BGB-RGRK-Denecke*, 1959, Anm. 1 zu Vor § 611; *Jacobi*, Grundlehren des Arbeitsrechts, 1927, S. 34 ff.; *Sinzheimer* sah bereits 1914 das Grundproblem des Arbeitsrechts in der Abhängigkeit, *Sinzheimer*, Über den Grundgedanken und die Möglichkeit eines einheitlichen Arbeitsrechts für Deutschland, 1914, S. 47, in *Sinzheimer*, Arbeitsrecht und Rechtssoziologie, 1976, Bd. 1, S. 35 ff.

3 *Soergel-Kraft*, Stuttgart 1980, Bd. 3, Schuldrecht II, Rn. 2 zu Vor § 611; *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Bd., München 1986, § 52 I, S. 308.

4 *Lieb* ist der Auffassung, dass sich „... das Arbeitsrecht seit Inkrafttreten des BGB zu einer zumindest teilweise eigenständigen Materie entwickelt hat, neben der das Recht des freien Dienstvertrages zu verkümmern droht bzw. zumindest nicht mehr die ihm gebührende Aufmerksamkeit erfahren hat.“, *Lieb*, Dienstvertrag, Bd. III, 1983, S. 183, 187; *Steindorff* ist hinsichtlich der freien Berufe der Auffassung, die Rechtswissen-

des freien Dienstvertrages, insbesondere des Rechtsanwalts- und des Arztvertrages, näher dargestellt.<sup>5</sup>

Die Arbeit verfolgt zunächst das rechtshistorische Ziel, anhand derjenigen Regelungsprobleme des freien Dienstvertrages, die häufiger Gegenstand der Entscheidungen des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs waren<sup>6</sup>, die Entwicklung der Rechtsprechung ab Beginn des 20. Jahrhunderts aufzuzeigen. Von Interesse ist hierbei, inwieweit das Reichsgericht die Grundlagen für die späteren Entscheidungen des BGH legte und inwieweit der BGH seine Rechtsprechung verfeinerte oder änderte. Geklärt werden soll, welche Hauptregelungsprobleme wann in der Rechtsprechung diskutiert wurden und ob die Rechtsprechung von Kontinuität oder von Diskontinuität geprägt ist.

Daneben werden die jeweiligen Faktoren, die zu einer Änderung der Rechtsprechung führten, deutlich. Von Interesse hierbei ist, welche Faktoren Änderungen in der Rechtsprechung beeinflussten. Üben Ansichten in der Literatur und Entwicklungen in der Gesellschaft Einfluss auf die Rechtsprechung aus? Des Weiteren stellt sich im Bereich des freien Dienstvertrages die Frage, ob sich standesrechtliche Anschauungen in den Entscheidungsgründen finden und wenn, ob es von diesen irgendwann eine Abkehr gab. Schließlich soll mit der Darstellung der Entscheidungen deutlich werden, ob die Rechtsprechung vermehrt zugunsten und zulasten einer bestimmten Vertragspartei entscheidet. Steht wie im Arbeitsvertragsrecht der Schutz des Dienstverpflichteten im Mittelpunkt oder werden durch die Rechtsprechung insbesondere die Rechte des Dienstberechtigten gestärkt?

Mit der einheitlichen Betrachtung des freien Dienstvertrages soll weiterhin aufgezeigt werden, inwieweit die einzelnen Vertragstypen, denen mit den §§ 611 ff. BGB die gleichen Regelungen zugrunde liegen, auch die gleichen oder unterschiedliche Regelungsprobleme aufweisen und ob ihnen die gleiche rechtliche Beurteilung zuteil wird. Untersucht wird, ob die Entwicklung der Rechtsprechung in den Regelungsproblemen miteinander vergleichbar ist, und ob sich die Gründe für Änderungen in der Rechtsprechung in mehreren oder vielen Regelungsproblemen und Vertragstypen wiederfinden.

Die Darstellung der Regelungsprobleme und der hierzu gefundenen Lösungen verdeutlicht die jeweiligen Aufgaben der Rechtsprechung und inwieweit die gesetzlichen Regelungen ergänzungsbedürftig waren oder erschienen. Untersucht wird, ob der Gesetzestext den Anforderungen des freien Dienstvertrages gerecht

---

schaft habe sie vernachlässigt, *Steindorff*, Freie Berufe – Stiefkinder der Rechtsordnung?, Frankfurt 1980, S. 5.

5 *Vollkommer/Heinemann*, Anwaltshaftungsrecht, 2. Aufl. (2003); *Rinsche/Fahrendorff/Terbille*, Die Haftung des Rechtsanwalts, 7. Aufl. (2005); *Laufs*, Arztrecht, 5. Aufl. (1993); *Giesen*, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl. (1995).

6 Folgend als Hauptregelungsprobleme bezeichnet.

wurde und wird und ob und wo eventuell Regelungslücken bestehen. Daneben wird gezeigt, wie die streitigen Rechtsfragen im Laufe der Zeit von der Rechtsprechung jeweils beantwortet werden. Stellen die gesetzlichen Regelungen noch den Ausgangspunkt für die Entscheidung dar oder wird hauptsächlich auf frühere Entscheidungen zurückgegriffen? Aufgezeigt werden soll, inwieweit Standardformulierungen von den Gerichten festgesetzt werden, die jeweils durch Einzelfälle konkretisiert werden und ob und wie damit eine Einzelfallrechtsprechung gefördert wird. Die in den Entscheidungen betroffenen Lebenssachverhalte und Vertragstypen zeigen zudem auf, in welchen Bereichen der freie Dienstvertrag Relevanz besaß und besitzt.

Die Arbeit berücksichtigt veröffentlichte Entscheidungen des Reichsgerichts und des BGH, die sich auf freie Dienstverträge beziehen, die nach dem Inkrafttreten des BGB geschlossen wurden.

Zum Auffinden der Entscheidungen wurden die Generalregister zu den Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, das Jahrbuch des Deutschen Rechtes<sup>7</sup>, das Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs<sup>8</sup>, Kommentare<sup>9</sup> aus verschiedenen Zeiträumen sowie Lehrbücher, Aufsätze und Monographien herangezogen. Die anhand dieser Quellen gefundenen Entscheidungen sind in den amtlichen Sammlungen (RGZ und BGHZ), in der Sammlung Warneyers Rechtsprechung des Reichsgerichts, in Seufferts Archiv, im Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs Lindenmaier-Möhring und in einer Vielzahl von Zeitschriften<sup>10</sup> veröffentlicht. Das von Schubert herausgegebene Nachschlagewerk<sup>11</sup> des Reichsgerichts und die Sammlung sämtlicher Erkenntnisse des Reichsgerichts<sup>12</sup> in Zivilsachen konnten keine weiteren Entscheidungen liefern. Auf die zu den Hauptregelungsproblemen des freien Dienstvertrages ergangenen Entscheidungen wurde bereits in den zuvor aufgeführten Quellen verwiesen. Zudem reicht die Sammlung sämtlicher Erkenntnisse des Reichsgerichts nur bis 1914 und fasst die Entscheidungen zumeist nur in kurze Inhaltsangaben zusammen. Zum anderen sind

---

7 *Neumann*, Jahrbuch des Deutschen Rechtes, verschiedene Jahrgänge.

8 *Lindenmaier-Möhring*, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs.

9 Zum Beispiel Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Bd., 2. Hälfte, 4. Aufl. (1928); Palandt, 8. Aufl. (1950); Staudinger, II. Bd. 3. Teil, §§ 611-704, 11. Aufl. (1958) und 12. Aufl. (1993); Soergel, Schuldrecht II (§§ 611- 853), 1969; Münchener Kommentar, Bd. 4, Schuldrecht, Besonderer Teil II (§§ 607-704), 3. Aufl. (1997) und 4. Aufl. (2005); BGB – RGRK, Bd. II, Teil 3/1, §§ 611-620, 12. Aufl. (1997); Bamberger/Roth, Bd. 2, 2003.

10 Zum Beispiel Deutsches Recht, Deutsche Justiz, Juristische Wochenschrift, Neue Juristische Wochenschrift, Juristenzeitung, Betriebs-Berater, Versicherungsrecht.

11 *Schubert/Glöckner*, Nachschlagewerk des Reichsgerichts, Goldbach 1994-2002.

12 *Schubert*, Sammlung sämtlicher Erkenntnisse des Reichsgerichts in Zivilsachen, 1900-1914, Frankfurt 1992.

in beiden Nachschlagewerken nicht viele Entscheidungen enthalten, die sich mit spezifischen Fragen des freien Dienstvertrags beschäftigen.

Eine Aussage darüber, welche der Quellen für das Auffinden der Entscheidungen ergiebiger waren, lässt sich nicht treffen, da sich bei den jeweiligen Hauptregelungsproblemen unterschiedliche Quellen als hilfreich erwiesen. Insgesamt werden in der Arbeit 185 Entscheidungen des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs dargestellt und untersucht.

Die Auswahl der Entscheidungen hing davon ab, ob ein Regelungsproblem im Bereich des freien Dienstvertrages in der Rechtsprechung vermehrt Gegenstand in den Entscheidungen war und in den Gründen diskutiert wurde. Des Weiteren wurden Entscheidungen herangezogen, die Kritik in der Literatur oder in der Öffentlichkeit erfuhren.

Im Hinblick auf den Forschungsstand lieferte die arbeitsrechtliche Literatur keine Untersuchungen zum freien Dienstvertrag.

Auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur insgesamt war der freie Dienstvertrag nur selten Gegenstand von Untersuchungen. Einige Kommentare zum BGB behandeln bei ihren Erläuterungen zu den §§ 611 ff. BGB vorwiegend den Arbeitsvertrag.<sup>13</sup> Die 12. Auflage des BGB-RGRK unter § 611 BGB enthält ein Kapitel über den freien Dienstvertrag.<sup>14</sup> 2001 wurde der Inhalt dieses Kapitels erweitert und als selbständiges Werk veröffentlicht.<sup>15</sup> Hierin werden Probleme des Dienstvertragsrechts und eine Vielzahl freier Dienstverträge dargestellt sowie eine Abgrenzung zu den verwandten Vertragstypen vorgenommen. Einen guten Überblick über die relevanten Fragen des freien Dienstvertrages liefert Schiemann in einem Aufsatz von 1983.<sup>16</sup> Daneben verfasste Lieb 1983 ein Gutachten zu der Frage, ob Ergänzungen des Dienstvertragsrechts empfehlenswert sind, damit der selbständige Dienstvertrag ausreichend geregelt ist.<sup>17</sup>

Einen Schwerpunkt auf das Berufsrecht legt die Untersuchung von Steindorff, in der die freien Berufe hinsichtlich der ihnen obliegenden Ordnungsaufgaben als „Stiefkind der Rechtsordnung“ bezeichnet werden.<sup>18</sup> Ebenfalls mit dem Berufsrecht, insbesondere der Berufshaftung, beschäftigt sich Hirte in einem Beitrag zur Entwicklung eines einheitlichen Haftungsmodells für Dienstleistungen.<sup>19</sup>

---

13 Vgl. hierzu Palandt-*Putzo*, 63. Aufl. (2004); Soergel-*Kraft*, §§ 611 ff., Bd. 4/1, 12. Aufl. (1998); einzelne Vertragstypen des freien Dienstvertrages erläutert Müller-*Glöge* in Münchener Kommentar, 3. Aufl. (1997), Rn. 42-120 zu § 611.

14 BGB-RGRK-*Anders/Gehle*, 12. Aufl. (1997), Rn. 69 zu § 611.

15 *Anders/Gehle*, Das Recht der freien Dienste. Vertrag und Haftung, Berlin 2001.

16 *Schiemann*, Der freie Dienstvertrag, JuS 1983, S. 649-659.

17 *Lieb*, Dienstvertrag, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. III, 1983, S. 183 ff.

18 *Steindorff*, Freie Berufe – Stiefkinder der Rechtsordnung?, 1980, S. 33.

19 *Hirte*, Berufshaftung, 1996.

Sowohl den Dienst- als auch den Arbeitsvertrag behandelt eine Rechtsprechungsanalyse im Bereich von Dienst- und Arbeitsverhältnissen zur Risikoverteilung in Kündigungs-, Unmöglichkeit- und Geschäftsgrundlagefällen.<sup>20</sup> Die Arbeit gelangt zu dem Ergebnis, dass die Rechtsprechung bei Fällen dauerhaften Substratfortfalls nach einer festen Gefahrtragungssystematik entscheidet, unabhängig von konkreten Vertragsbeendigungsinstituten und der Vertragsart des Dienst- und des Arbeitsvertrages.<sup>21</sup>

Eine gesonderte Betrachtung der Rechtsprechung zum freien Dienstvertrag liegt bislang nicht vor.

Die Problematik der Abgrenzung des Dienstvertrages vom Werkvertrag wurde aus Gründen der Stoffbegrenzung und der Tatsache, dass zu diesen Themen bereits Arbeiten vorliegen,<sup>22</sup> nicht eigens behandelt, wird aber selbstverständlich beachtet.

## II. Auf den freien Dienstvertrag anwendbare Bestimmungen

Aufgrund der gesetzlichen Regelungssystematik dienen nicht alle der §§ 611-630 BGB den folgend dargestellten Entscheidungen als Grundlage. Zu unterscheiden ist zwischen vorübergehenden und dauernden Dienstverhältnissen sowie zwischen dem Arbeitsvertrag und dem freien Dienstvertrag.<sup>23</sup> Für beide Vertragsarten gelten die §§ 611, 612 Abs. 1, Abs. 2, 613, 614, 615, 618-620, 625, 626, 628 BGB.<sup>24</sup> Ausschließlich auf den freien Dienstvertrag anwendbar sind die §§ 621 und 627 BGB, während allein für den Arbeitsvertrag die §§ 611a, 611b, 612 Abs. 3, 612a, 613a, 615 S. 3, 619a, 622 und 623 BGB gelten.<sup>25</sup> Auf die dauernden Dienstverhältnisse sind schließlich die §§ 617, 629 und 630 BGB begrenzt. Weiterhin bestehen für einzelne Berufe, die zumeist aufgrund eines freien Dienstvertrages erbracht werden, berufsrechtliche Regelungen. Als Beispiele sind die Bewachungsverordnung für Bewachungs- und Detektivverträge, die Bundesrechtsanwaltsordnung und das Hebammengesetz zu nennen.

---

20 *Geis*, Zur Dogmatik von Dauerstörungen in Dienst- und Arbeitsverhältnissen, 1989.

21 *Geis*, Zur Dogmatik von Dauerstörungen in Dienst- und Arbeitsverhältnissen, 1989, S. 166.

22 Vgl. zur Problematik der Abgrenzung des Dienstvertrages zum Werkvertrag *Amann*, Abgrenzung und Anwendungsbereich von Dienstvertrag, Werkvertrag und Auftrag, 1987; *Weber*, Die Unterscheidung von Dienstvertrag und Werkvertrag, 1977.

23 *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. (2004), S. 394; *Erman-Edenfeld*, 11. Aufl. (2004), Rn. 34 zu § 611.

24 *Erman-Edenfeld*, 11. Aufl. (2004), Rn. 34 zu § 611.

25 *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl., S. 394.

Zu berücksichtigen ist, dass die Regelungen des BGB zum freien Dienstvertrag und die berufsrechtlichen Regelungen im Laufe des 20. Jahrhunderts von einigen Änderungen betroffen waren. Soweit die Änderungen für die jeweiligen Regelungsprobleme von Bedeutung waren, wurde in der Untersuchung darauf eingegangen.

### **III. Überblick zu den Hauptregelungsproblemen**

Nach der Durchsicht der zum freien Dienstvertrag ergangenen Rechtsprechung konnten sechs Hauptgruppen herausgearbeitet werden, unter die die jeweiligen Hauptregelungsprobleme fallen. Die von der Rechtsprechung behandelten Hauptregelungsprobleme des freien Dienstvertrages unterteilen sich zunächst in die Hauptgruppen Verträge von Organen juristischer Personen, Einschränkung der Vertragsfreiheit, Pflichten der Vertragsparteien, Leistungsstörungen, Haftung des Dienstverpflichteten und Kündigung des freien Dienstvertrages.

Bereits zu Beginn der Untersuchung war zu erkennen, dass ein Schwerpunkt bei den Pflichten der Vertragsparteien, insbesondere den Nebenpflichten der Dienstverpflichteten liegt. Von den insgesamt 185 in dieser Arbeit untersuchten Entscheidungen fallen 92 Entscheidungen in den Bereich Pflichten, 88 ergingen hiervon zu Nebenpflichten. Die große Anzahl an Entscheidungen in diesem Bereich könnte auf eine richterliche Ausdehnung der Nebenpflichten des Dienstverpflichteten und auf eine wachsende Bedeutung des Einzelfalls hindeuten.

Eine Vielzahl an Entscheidungen betraf die freien Dienstverträge von Ärzten und Rechtsanwälten. Möglicherweise könnte eine Rechtsprechung zu Gunsten des Dienstberechtigten die Patienten und Mandanten in der Geltendmachung ihrer Rechte bestärkt haben. Des Weiteren waren Internatsverträge und Partnervermittlungsverträge Gegenstand der höchstrichterlichen Rechtsprechung in neuerer Zeit.

Für die Untersuchung der Rechtsprechung zum freien Dienstvertrag anhand der Hauptregelungsprobleme sprach, dass hierdurch wiederkehrende Argumente in den Entscheidungen zu den unterschiedlichen Regelungsproblemen sichtbar werden und miteinander verglichen werden können. Sowohl eine Kontinuität in der Rechtsprechung als auch Diskontinuität werden deutlich. Daneben treten bei einer gleichzeitigen Betrachtung der die Regelungsprobleme betreffenden Literatur und der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse zur Zeit der Entscheidungen die jeweiligen Faktoren, die zu einer gleichbleibenden Rechtsprechung oder deren Änderung beitragen, hervor.

Der Versuch einer chronologischen Einteilung der Rechtsprechung führte zu Unübersichtlichkeit, da sich aus den Zeitpunkten, wann die Entscheidungen ergin-

gen, keine sinnvolle Einteilung ergab. Es konnten nicht für alle Regelungsprobleme und Vertragstypen einheitliche Zeitabschnitte gefunden werden. Schließlich wären die Veränderungen und Einflüsse, denen die Rechtsprechung zum freien Dienstvertrag unterlag, kaum deutlich geworden, da die Regelungsprobleme zu unterschiedlichen Zeitpunkten auftraten und von Änderungen betroffen waren. Eine chronologische Einteilung hätte auch kaum Vergleichspunkte geliefert.