

# 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 Vertragstypsensystem: 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 . . . . .	57
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 Dienstmangels . . . . .	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: Schlechteistung, 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 <i>ipso iure</i> nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB . . . . .	165
c. Sperre der Minderung <i>ipso iure</i> 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