

# Die Minderung im Dienstvertragsrecht – Mut zur Rechtsfortbildung?

Von stud. iur. **Philipp Lerch**, LL.M., Münster\*

*Ob bei Dienstverhältnissen die Vergütung des Dienstverpflichteten zu mindern ist, wenn dieser seine Dienstpflichten schlecht erfüllt, wird kontrovers beurteilt. In diesem Aufsatz werden zunächst verschiedene dogmatische Lösungswege erörtert. Dem Studenten kann die Lektüre dabei die Möglichkeit geben, insbesondere noch einmal die diskutierten allgmein-schuldrechtlichen Rechtsinstitute, über welche ein allgemeines Minderungsrecht potentiell begründbar wird, gründlich zu durchdenken. Im Anschluss wird auf Grundlage allgemeiner rechtlicher und wirtschaftlicher Wertungen eine Gesamtanalogie zu den bestehenden Minderungsrechten nahegelegt.*

## I. Einführung

Das Dienstvertragsrecht (§§ 611-630 BGB) trifft im Gegensatz zum Werkvertragsrecht (§§ 631-651 BGB) keinerlei Regelungen über Gewährleistungsrechte. Die überwiegende Ansicht in Rechtsprechung und Literatur sieht darin einen Grund, im Falle von Schlechtleistungen dem Dienstberechtigten kein Minderungsrecht zu gewähren.<sup>1</sup> Dieser Aufsatz stellt eine rechtsdogmatische Untersuchung an, ob sich entgegen der herrschenden Auffassung über eine direkte oder entsprechende Anwendung bestehender Rechtsinstitute eine Minderung der Vergütung in Dienstverträgen doch begründen lässt. Dazu ist es erforderlich, zunächst die einschlägigen Vorschriften des allgemeinen und besonderen Schuldrechts auszulegen und zu untersuchen, ob nicht eine versteckte, möglicherweise allgmein-schuldrechtliche Minderung von Gegenleistungen bereits im Gesetz vorgesehen ist, die eine Diskussion über Rechtsfortbildung überflüssig machte. Des Weiteren ist mittels Auslegung zu ermitteln, ob das Gesetz gegenüber einer Minderung auf dem Wege der Rechtsfortbildung überhaupt offen ist oder Wertungen des Gesetzgebers dieser entgegenstehen. Unabhängig vom Ergebnis dieser Auslegung soll zudem am Ende dieses Aufsatzes eine Erörterung dessen vorgenommen werden, ob eine Minderung im Dienstvertrag in der Sache gerechtfertigt ist oder nicht.

---

\* Der Verf. ist studentische Hilfskraft in Münster am Institut für Rechtsgeschichte, Lehrstuhl Prof. Dr. Sebastian Lohsse. Der Aufsatz ist im Zuge eines Seminars zum allgemeinen Zivilrecht entstanden.

<sup>1</sup> BGHZ 159, 376; BGH NJW 2004, 2817; OLG Frankfurt MDR 1992, 347; Mansel, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 15. Aufl. 2014, § 611 Rn. 16; Schreiber, in: Schulze u.a., Handkommentar zum BGB, 8. Aufl. 2014, § 611 Rn. 17a; Weidenkaff, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 74. Aufl. 2015, § 611 Rn. 16; a.A. z.B. Medicus/Lorenz, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 16. Aufl. 2012, Rn. 630; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2005, Rn. 556; Ji, Haftungsfragen im freien Dienstvertrag, 2007, S. 106 f.

## II. Grundsatzfragen

### 1. Der Aspekt der Qualität im Dienstvertragsrecht

Unstreitig ist, dass beim Dienstvertrag – im Gegensatz zum Werkvertrag – nicht die Herbeiführung eines bestimmten Arbeitsergebnisses geschuldet ist.<sup>2</sup> Eine Minderung der Vergütung kommt daher nicht schon alleinig deshalb in Betracht, weil ein bestimmtes Arbeitsergebnis nicht erreicht wurde. Gegenstand der Leistung ist die Tätigkeit des Dienstverpflichteten. Dies schließt jedoch nicht schon begrifflich aus, dass auf Dienstverträge schlecht geleistet werden kann, ist doch möglicherweise auch eine Tätigkeit – sei es im Hinblick auf Konzentration, Intensität etc. – als nicht vertragsgemäß und damit schlecht zu klassifizieren, ohne dass sie schon als Nichtleistung zu bezeichnen ist: ein Rechtsanwalt, der einen Vertragsentwurf verfassen soll und nach Stundensatz bezahlt wird, braucht dabei mangels Konzentration doppelt so lange wie man es eigentlich von einem durchschnittlichen Anwalt in derartigen Fällen erwarten kann. Er rechnet dennoch jede Stunde ab. Offensichtlich liegt hier keine Nichtleistung vor: der Anwalt hat eine Dienstleistung erbracht, die sogar zum bezweckten Ergebnis führte. Der Mandant hat etwas für sein Geld erhalten, an dem er auch ein Interesse hat. In Betracht kommt jedoch, die Leistung als Schlechtleistung zu qualifizieren, wenn seine Unkonzentriertheit pflichtwidrig war. Dies setzt voraus, dass die Qualität der Leistung überhaupt erheblich ist, der Dienstverpflichtete dem Dienstberechtigten also Dienste bestimmter Qualität, insbesondere Intensität schuldet und eine Leistung unter diesem Qualitätsniveau zu bestimmten Rechtsfolgen führt.

#### a) Erheblichkeit der Dienstleistungsqualität

Bereits diese Frage ist schon stark umstritten. Zum Teil wird vertreten, dass auch mangelhafte Dienste Erfüllungswirkung entfalten und daher voll vergütet werden müssen.<sup>3</sup> Hierfür wird angeführt, dass das Dienstvertragsrecht im Gegensatz zum Kauf-, Miet-, und Werkvertragsrecht keine Regelungen über die Folgen einer Schlechterfüllung trifft.<sup>4</sup> Aus solch einer Nichtregelung ohne weiteres e contrario zu folgern, dass jede auch mangelhafte Dienstleistung, soweit sie zeitlich-quantitativ erbracht ist, Erfüllung im Sinne des § 362

---

<sup>2</sup> Richardi/Fischinger, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2010, § 611 Rn. 516; Fuchs, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 41, Stand: 1.11.2016, § 611 Rn. 11; Müller-Glöge, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 611 Rn. 22; Mansel (Fn. 1), vor § 611 Rn. 15.

<sup>3</sup> Richardi/Fischinger (Fn. 2), § 611 Rn. 716; Ullrich, NJW 1984, 585; Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 10. Aufl. 2006, Rn. 1157; Mansel (Fn. 1), § 611 Rn. 16; Larenz/Canaris, Schuldrecht II/1, 13. Aufl. 1986, S. 315 f.; Emmerich, BGB – Schuldrecht Besonderer Teil, 14. Aufl. 2015, Rn. 13.

<sup>4</sup> Fikentscher/Heinemann (Fn. 3), Rn. 1157; BGH NJW 2002, 1571 (1572); OLG Koblenz NJW-RR 1994, 52 f.

Abs. 1 BGB darstellen soll, ist schon logisch nicht haltbar, betrifft sie schließlich gar nicht die Möglichkeit des tatbestandlichen Vorliegens einer Schlechtleistung, sondern deren Rechtsfolge.<sup>5</sup>

Die Möglichkeit zur Schlechtleistung sei tatbestandlich schon deshalb ausgeschlossen, weil der Leistungsmaßstab des Verpflichteten ein subjektiver sei und sich damit nach der individuellen Leistungsfähigkeit richte.<sup>6</sup> Jedoch wird mit dieser Aussage nicht die Frage verneint, ob nachteilige Abweichungen von der geschuldeten Qualität der Tätigkeit eine Leistungsstörung darstellen: vielmehr stellt sie nur eine Bestimmung des Qualitätsmaßstabs dar. Dem Argument ist nur insoweit zuzugeben, dass durch die Subjektivierung des Leistungsmaßstabes der praktische Anwendungsbereich der hier gegenständlichen Problematik eingegrenzt würde, da auch bei statistisch weit unterdurchschnittlichen Leistungen des Dienstverpflichteten dieser, soweit sie seinem subjektiven Vermögen entsprechen, die Leistung wie geschuldet bewirkt hat. Allerdings kann – insbesondere bei vorsätzlich wenig intensiver und langsamer Ausführung – auch dieser subjektive Leistungsmaßstab nicht eingehalten sein, sodass eine Schlechtleistung auch bei dieser Annahme in Betracht käme.

Richtig ist folgendes: geschuldet ist das Tätigwerden des Dienstverpflichteten. Dies ist der Leistungsgegenstand und nicht der damit bezweckte Erfolgseintritt. Der Anwalt schuldet bemühtes Handeln, um den Prozess zu gewinnen, nicht jedoch den positiven Ausgang des Verfahrens für den Mandanten. Offensichtlich ist jedoch, dass auch diese Dienstverpflichtung auf die Erreichung eines bestimmten Erfolges gerichtet ist: niemand wird allein der Tätigkeit wegen angestellt, sondern zu einem bestimmten Zweck, in diesem Fall zu einem positiven Prozessausgang.

Es liegt nahe, zur Bestimmung der geschuldeten Leistungsqualität der Erfolgsbezogenheit jeglicher Dienstleistungen gerecht zu werden und auf die Rechtsgedanken des besonderen Schuldrechts abzustellen: wenn keine explizite Vereinbarung über die Qualität der Leistung getroffen wurde, ist prinzipiell die geschuldete Qualität daran zu beurteilen, ob sie dem Vertragszweck gerecht wird, die §§ 434 Abs. 1 S. 2, 633 Abs. 2 S. 2 BGB sind Ausdruck dieses allgemeinen Rechtsgedanken.<sup>7</sup> Diese Vorschriften haben im Schuldrecht einen Modellcharakter für die Beurteilung der Vertragsgemäßheit einer Leistung. Ausgangspunkt der Bestimmung des Leistungsmaßstabs muss der mit der Dienstleistung erkennbar bezweckte Erfolg bzw. der üblicherweise mit derartigen Dienstleistungen bezweckte Erfolg, wenn der Zweck der Leistung dem Dienstverpflichteten nicht bekannt war, sein. Dass dann eine vertragswidrige Leistung Erfüllungswirkung entfalten solle, kann heute nicht mehr ernsthaft vertreten werden: nach dem Wortlaut des § 362 Abs. 1 BGB ist die

geschuldete Leistung zu erbringen. Erbracht ist eine Leistung, wenn sie in der durch das Schuldverhältnis bestimmten Art und Weise ausgeführt wurde und der geschuldete Leistungserfolg vollständig eingetreten ist.<sup>8</sup> Somit muss die Leistungshandlung ordnungsgemäß erbracht werden, also sowohl hinsichtlich der Qualität als auch der Intensität einem vertraglichen Standard genügen. Sieht man im Dienstvertrag richtigerweise einen Austausch von Geld und Chancenerbringung zur Erreichung des Vertragszwecks<sup>9</sup>, so liegt der geschuldete Leistungserfolg darin, dass der Schuldner den mit dem Dienstvertrag verfolgten Zweck fördert. In diesem Sinne muss ein konkreter Erfolg auch beim Dienstvertrag eintreten. Die Aussage, dass dort gerade kein Erfolg geschuldet sei<sup>10</sup>, ist demnach zu relativieren: der Erfolg liegt zwar nicht im Eintritt des mit der Leistung verfolgten Ergebnisses, aber in der Zweckförderung durch Chancenerbringung. Freilich ist dies zunächst nur eine begriffliche Frage, da selbstverständlich auch nach der hier vertretenen Auffassung der Dienstverpflichtete nicht das Risiko des Erreichens des Arbeitsergebnisses<sup>11</sup> trägt, was Wesensmerkmal des Dienstvertrages ist. Jedoch sollte auch beim Dienstvertrag wegen der Erfolgsgerichtetheit des geschuldeten Handelns an dem zweigliedrigen Leistungsbegriff bestehend aus Leistungshandlung und Leistungserfolg festgehalten werden.

Ebenso ist zu berücksichtigen, dass Beeinträchtigungen dieses schwachen Leistungserfolges beim Dienstvertrag, die aus der Sphäre des Dienstberechtigten herrühren, z.B. durch mangelhafte Weisungen, keine Auswirkungen auf den Vergütungsanspruch haben dürfen. Dies ergibt sich a minori ad maius aus dem Rechtsgedanken des § 645 Abs. 1 BGB und dürfte in der Sache unstrittig sein – denn sogar beim Werkvertrag trägt der Unternehmer nicht die Konsequenzen solcher Beeinträchtigungen.

Nach der hier vertretenen Ansicht wird ein Anspruch auf Dienstleistung aus einem Dienstvertrag somit nicht dadurch erfüllt, dass die Leistung zwar der Gattung nach der geschuldeten Leistung entspricht, jedoch nicht die geschuldete Qualität aufweist, zum Beispiel selbst für die Person des Leistenden eine zu wenig konzentrierte und intensive Arbeit darstellt. Zugleich muss geeignetes Handeln vorliegen. Die Leistung muss die Chancen des Gläubigers, seinen Vertragszweck zu erreichen, auch tatsächlich erhöhen, was bei objektiv geeigneter Handlung der Fall ist; selbstverständlich gilt dies nicht, wenn der Gläubiger selbst für das Ausbleiben der Chancenerhöhung verantwortlich ist. Nichtleistung ist gegeben, wenn die Handlung überhaupt nicht zur Erreichung des Vertragszwecks geeignet ist, die geschaffene Mehrchance also null beträgt. Hat die nicht vertragsgemäße Leistung immerhin noch eine Chancenerhöhung unter dem geschuldeten Niveau bewirkt, liegt Schlechtleistung vor.

<sup>5</sup> So auch *Tillmanns*, Strukturfragen des Dienstvertrages, 2007, S. 87 f.

<sup>6</sup> *Richardi/Fischinger* (Fn. 2), § 611 Rn. 716; ähnlich *Larenz/Canaris* (Fn. 3), S. 315 f., der das Problem darin sieht, dass es überhaupt „an einem brauchbaren Maßstab“ fehle.

<sup>7</sup> Vgl. *Weller*, Persönliche Leistungen, 2012, S. 472 ff.; *Tillmanns* (Fn. 5), S. 405.

<sup>8</sup> *Dennhardt*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 41, Stand: 1.11.2016, § 362 Rn. 14.

<sup>9</sup> *Weller* (Fn. 7), S. 480 ff.

<sup>10</sup> Nachweise siehe Fn. 3.

<sup>11</sup> *Schreiber* (Fn. 1), § 611 Rn. 6.

## b) Bestimmung des Leistungsmaßstabs

Nach einer weit verbreiteten Ansicht ist der Leistungsmaßstab ein subjektiver.<sup>12</sup> Der Umfang der geschuldeten Leistung richte sich nach dem individuellen Leistungsvermögen des Verpflichteten, nicht nach einer durchschnittlichen objektiven Normalleistung. Dabei betont *Tillmanns*, dass dieser Maßstab ein vertraglicher und kein tatsächlicher sei, dieser müsse durch die Vertragsauslegung bestimmt werden.<sup>13</sup> Es wäre widersinnig, wenn ein Schuldner, der sich als in einer bestimmten Weise qualifiziert ausgegeben hat, auch bei vollkommener Unkenntnis vom erforderlichen Handwerk erfüllen könnte. Im Einzelfall ist also nach den allgemeinen Regeln (§§ 133, 157 BGB) zu ermitteln, welchen MindestLeistungsstandard der Gläubiger erwarten kann.

*Weller* führt an, der abstrahierte Leistungsinhalt beim Dienstvertrag sei die Ausübung fehlerfreien Ermessens hinsichtlich der nicht schon vertraglich konkretisierten Leistungsmodalitäten.<sup>14</sup> Dabei berücksichtigt er, dass es nicht möglich ist, den Leistungsinhalt vollständig durch Vertragsauslegung zu bestimmen. Der Dienstverpflichtete habe demnach seine Handlungen in der Art und Weise selbstständig zu konkretisieren, dass der Dienstberechtigte eine möglichst große Chance zur Erreichung des bezweckten Erfolges erhält. Für diese selbstständige Konkretisierung sei § 315 BGB anzuwenden.<sup>15</sup> Die geschuldete Dienstleistungsqualität lässt sich demnach ermitteln, indem erstens durch Auslegung ein vertragliches Mindestmaß dessen ermittelt wird, was der Gläubiger vom Schuldner erwarten kann und zweitens der Gläubiger im Rahmen pflichtgemäßer Ermessensausübung den Leistungsinhalt konkretisiert. Dem Anwalt, der nach Stundensatz abrechnet und einen Vertrag entwerfen soll, ist es freigestellt, im Rahmen einer insgesamt noch angemessenen Geschwindigkeit zu arbeiten und sich z.B. nach freiem Ermessen währenddessen einen Kaffee aus der Küche zu holen, oder aber mal konzentrierter, mal unkonzentrierter zu arbeiten.

Auf weitere detaillierte Ausführungen kann an dieser Stelle verzichtet werden. Insbesondere soll offengelassen werden, ob der Dienstverpflichtete dem Gläubiger möglicherweise eine objektive Normalleistung schuldet.<sup>16</sup> Auch bei einem subjektiven Leistungsmaßstab kann der Dienstverpflichtete jedenfalls von dem ihm eingeräumten Ermessen falschen Gebrauch machen, womit er dann pflichtwidrig gehandelt hat und von einer Schlechtleistung zu sprechen ist.

## 2. Nacherfüllungsanspruch und Vorrang der Nacherfüllung

Für den Fall, dass ein Dienstverpflichteter nach der hier vertretenen Ansicht schlecht geleistet hat, seine Leistungshandlung also zur Erreichung des Vertragszwecks nur bedingt

geeignet war, stellt sich die Frage, ob er zur Nacherfüllung verpflichtet bzw. zur zweiten Andienung berechtigt ist.

## a) Auslegung der gesetzlichen Vorschriften

Das Dienstvertragsrecht selbst trifft keine Regelungen zur Nacherfüllung und steht damit im Gegensatz zum Kauf- und Werkvertragsrecht, in denen es derartige Vorschriften gibt (§§ 439, 635 BGB). Daraus alleine ist jedoch nicht zu folgen, dass eine Nacherfüllungspflicht im Dienstvertragsrecht nicht besteht.<sup>17</sup> Zunächst einmal handelt es sich um einen rechtsmethodisch sehr zweifelhaftes *argumentum e contrario*, welches bei konsequenter Anwendung die generelle Ablehnung von Analogien implizieren würde.

Systematisch setzt das allgemeine Schuldrecht den generellen Vorrang der Nacherfüllung voraus: § 281 Abs. 1 S. 1 BGB sieht vor, dass im Falle einer Schlechtleistung der Gläubiger nur Schadensersatz statt der Leistung verlangen kann, „wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat“. Diese gesetzliche Bestimmung steht im allgemeinen Schuldrecht, ist also prinzipiell auf alle Vertragstypen anzuwenden. Die dahinter stehende gesetzliche Wertung ist, dass der Schuldner generell eine Schadensersatzpflicht durch Nachleistung abwenden können soll. Die Nacherfüllung hat die Stellung eines allgemeinen Rechtsbehelfs. Die Sonderregelungen im Kauf- und Werkvertragsrecht bestimmen lediglich spezielle Modifikationen dieses Nacherfüllungsanspruchs.<sup>18</sup>

Dass § 281 Abs. 1 S. 1 BGB keine Anspruchsgrundlage beinhaltet, ist unerheblich.<sup>19</sup> Rechtstechnisch ist ein Nacherfüllungsanspruch ohnehin nicht als ein neuer Gewährleistungsanspruch zu verstehen, sondern als der ursprüngliche (aber modifizierte) Erfüllungsanspruch, der mangels vertragsgemäßer Leistung nicht untergegangen ist.<sup>20</sup> Die sogenannte Gewährleistungstheorie<sup>21</sup> zum alten Schuldrecht, nach der der ursprüngliche Erfüllungsanspruch auch durch Schlechtleistung erlischt und die Gewährleistungsansprüche unabhängige Sekundäransprüche seien, ist im Hinblick auf die klare Vorstellung des Gesetzgebers der Schuldrechtsmodernisierung<sup>22</sup> zumindest für die neue Rechtslage abzulehnen.<sup>23</sup>

Das allgemein gesetzlich normierte Konzept der Nacherfüllung spricht dafür, eine allgemeine Pflicht zur Nacherfüllung und gleichzeitig eine allgemeine Berechtigung des Schuldners zur zweiten Andienung (resp. den Vorrang des Nacherfüllung) anzuerkennen und diese auf das Dienstver-

<sup>12</sup> Vgl. nur *Richardi/Fischinger* (Fn. 2), § 611 Rn. 532 m.w.N.

<sup>13</sup> *Tillmanns* (Fn. 5), S. 161 f.

<sup>14</sup> *Weller* (Fn. 7), S. 459 f.

<sup>15</sup> *Weller* (Fn. 7), S. 459 f.

<sup>16</sup> Z.B. vertreten bei *Singer/Schiffer*, JA 2006, 833.

<sup>17</sup> Dahingehend jedoch *Otto*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2009, § 326 Rn. B 42.

<sup>18</sup> *Tillmanns* (Fn. 5), S. 348.

<sup>19</sup> Vgl. jedoch *Wendehorst*, AcP 206 (2006), 264.

<sup>20</sup> H.M. hinsichtlich des neuen Kaufrechts: nur BGH NJW 2008, 2837 (2838 Rn. 18); *Faust*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 41, Stand: 1.8.2014, § 439 Rn. 6; *Huber*, NJW 2002, 1004 (1005); *Saenger*, in: Schulze (Fn. 1), § 439 Rn. 1b.

<sup>21</sup> Z.B. *Larenz/Canaris* (Fn. 3), § 41 II e.

<sup>22</sup> BT-Drs. 14/6040, S 221.

<sup>23</sup> Zum Streitstand *Tillmanns* (Fn. 5), S. 92 ff.

tragsrecht zu übertragen.<sup>24</sup> Jedenfalls würde sich ein derartiges Nacherfüllungsrecht gut in die gesetzliche Systematik einfügen. Es entbindet jedoch keineswegs von der Frage, ob ein derartiger Rechtsbehelf in der Sache gerechtfertigt ist, wird dies zumindest von einigen Stimmen verneint.

#### b) Wertungen

Wertungsmäßig werden Zweifel an einem solchen Nacherfüllungsanspruch im Dienstvertragsrecht in der Hinsicht geäußert, dass regelmäßig bei einer Neuleistung der Dienste im Zuge der Nacherfüllung der Gläubiger mehr bekommt, als ihm eigentlich nach dem Vertrag zusteht.<sup>25</sup> Dies führe zu einer Ausgleichspflicht des Gläubigers entsprechend §§ 635 Abs. 4, 346 Abs. 2 Nr. 1 BGB, dessen Umfang schwer zu bemessen sei. Dem ist entgegenzustellen, dass sich – gerade auch im von *Wendehorst* genannten Beispiel des Fahrlehrers<sup>26</sup> – der Nacherfüllungsanspruch durchaus in zeitlich-quantitativer Hinsicht auf das Minus beschränken kann. Der Dienstverpflichtete kann seine Handlung in zeitlicher Hinsicht soweit nacherfüllen, wie es zu einer äquivalenten Deckung der tatsächlich bewirkten Chance auf den Eintritt des Vertragserfolges mit der nach dem Vertrag geschuldeten Mindestchance erforderlich ist. Konkret angewandt auf das Beispiel des Fahrlehrers bedeutet dies: war der Fahrlehrer unkonzentriert und hat den Schüler nicht (noch nie) darauf hingewiesen, dass er an einem Fußgängerüberweg langsamer fahren sollte und auf Fußgänger achten sollte, so liegt eine mangelhafte Leistung vor. Denn die Chance, mit diesem Lernstand die Führerscheinprüfung zu bestehen (und dies ist der vertraglich bezweckte Erfolg), ist vermindert. Das heißt allerdings noch nicht, dass der Fahrlehrer die ganze Stunde wiederholen muss. Ausreichend ist, um die vertraglich geschuldete Chancenerbringung zu leisten, dass der Fahrlehrer sich zusätzliche Zeit nimmt, dem Fahrschüler das Verhalten an Fußgängerüberwegen zu erklären. Zwar hat der Fahrschüler dann fünf Minuten mehr Unterricht erhalten, als ihm nach dem Vertrag zusteht. Seine Chancen auf die Erreichung des Vertragszwecks Fahrerlaubnis haben sich dadurch jedoch nicht erhöht. Die Frage eines Ausgleichsanspruchs wird sich regelmäßig nicht stellen. Man kann gegen einen Nacherfüllungsanspruch in diesem Fall auch nicht anführen, dass der Schuldner über Gebühr hinaus belastet wird: auch der Nachbesserungsanspruch im Kaufrecht kann den Gläubiger deutlich mehr belasten als es vom ursprünglichen Erfüllungsanspruch her abzusehen war.<sup>27</sup>

*Wendehorst* führt ferner an, dass ein Nacherfüllungsanspruch im Widerspruch zu § 627 BGB stehen würde, nach dem der Schuldner von Diensten höherer Art jederzeit kündigen kann.<sup>28</sup> Dieser Einwand überzeugt nicht. Nur weil durch die Kündigung einseitig eine Leistungspflicht durch den Schuldner aufgehoben werden kann, negiert das Gesetz nicht die Obligation – schließlich kann sich der Schuldner ja auch

der ursprünglichen Leistungspflicht durch Kündigung entziehen.<sup>29</sup>

Aus Sicht des Schuldners wäre es nicht sachgerecht, wenn dieser beim Dienstvertrag gegenüber einem Werkunternehmer hinsichtlich seines Rechts zur zweiten Andienung, welches § 281 Abs. 1 S. 1 BGB normiert, benachteiligt wird. Der Werkunternehmer will sich einer strengeren, erfolgsbezogenen Haftung unterwerfen, dagegen ist das Maß der gewollten Haftung beim Dienstvertrag geringer als beim Werkvertrag, da der Dienstverpflichtete nur für einen schwachen Chancenerfolg, nicht für ein bestimmtes Ergebnis eintreten möchte. Daher bestimmt das Gesetz auch Erleichterungen im Dienstvertragsrecht, die von allgemeinen Regeln abweichen, §§ 615, 616, 619a BGB. Dann sollte der Dienstverpflichtete auch nicht schlechter als der Werkunternehmer gestellt werden, wenn es darum geht, eine weitere Chance zu erhalten, einen Schadensersatzanspruch durch Nacherfüllung von sich abzuwenden.

Die wertende Betrachtung führt damit zu keinem anderen Ergebnis als die formale Auslegung, womit nach der hier vertretenen Auffassung ein Nacherfüllungsanspruch bei einer Schlechtleistung auf einen Dienstvertrag entsteht. Der Dienstverpflichtete hat somit prinzipiell die Möglichkeit, einen Schadensersatzanspruch durch fristgerechte Nacherfüllung abzuwenden, wenn die Nacherfüllung noch möglich und der Vertragszweck erreichbar ist. Gleichzeitig kann der Gläubiger die Nacherfüllung vom Dienstberechtigten solange verlangen, bis die Dienstleistung unmöglich wird.

#### 3. Zwischenergebnis

Für den Dienstvertrag gelten im Wesentlichen die allgemeinen Vorschriften des Schuldrechts. Erfüllung einer Verbindlichkeit setzt ordnungsgemäße Leistungshandlung und Bewirkung des geschuldeten Erfolgs voraus. Dass beim Dienstvertrag kein Arbeitsergebnis geschuldet ist, ist für die Aufrechterhaltung der Voraussetzungen für die Erfüllung im Dienstvertragsrecht unerheblich. Der Erfolg liegt in der Chancenerbringung für den Gläubiger im Rahmen einer pflichtgemäßen Ermessensausübung, der Schuldner trägt nicht das Risiko des Nichterreichens eines bestimmten Arbeitsergebnisses. Ist die geschuldete Handlung mangelhaft erbracht, da ihre Geeignetheit zum Erreichen des Arbeitsergebnisses beeinträchtigt ist, so hat der Dienstberechtigte mangels Erfüllung den vorrangigen Nacherfüllungsanspruch. Erst wenn die Nacherfüllung nicht mehr möglich oder aus anderen Gründen unterblieben ist, stellt sich die Frage der Minderung.

#### III. Verstecktes Minderungsrecht im allgemeinen Schuldrecht?

Durchaus möglich ist, dass der Gesetzgeber mit den Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts entgegen der herrschenden Auffassung bereits eine Minderung vorgesehen hat.

<sup>24</sup> *Weller* (Fn. 7), S. 537 f.

<sup>25</sup> *Wendehorst*, AcP 206 (2006), 264 f.

<sup>26</sup> *Wendehorst*, AcP 206 (2006), 264 f.

<sup>27</sup> *Tillmanns* (Fn. 5), S. 348 f.

<sup>28</sup> *Tillmanns* (Fn. 5), S. 348 f.

<sup>29</sup> *Weller* (Fn. 7), S. 540 f.

*1. Minderung kraft Gesetzes aufgrund konditionellen Synallagmas (§ 326 Abs. 1 S. 1 BGB)*

*a) Wortlaut*

Wenn nach einer schlechten Leistung der Dienste die Nacherfüllung z.B. aufgrund des Fixcharakters der Schuld unmöglich ist (sog. qualitative Unmöglichkeit<sup>30</sup>), stellt sich die Frage, ob nicht wie bei teilweiser quantitativer Unmöglichkeit die Vergütung ex lege um das Leistungsdefizit gemindert wird. § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB legt fest, dass im Falle einer teilweisen Unmöglichkeit der Gegenanspruch um denselben Anteil erlischt wie Unmöglichkeit eingetreten ist. § 326 Abs. 1 S. 2 BGB bestimmt vom Wortlaut her, dass im Falle qualitativer Unmöglichkeit eine solche automatische Minderung nicht stattfinden soll. Dem Wortlaut des Gesetzes zufolge ist eine Ex-lege-Minderung bei Schlechtleistungen für alle Vertragstypen damit ausgeschlossen.

*b) Teleologische Reduktion des § 326 Abs. 1 S. 2 BGB?*

Nach einer Einzelmeinung soll der § 326 Abs. 1 S. 2 BGB entgegen dem klaren Wortlaut beim Dienstvertrag keine Anwendung finden.<sup>31</sup> Als Grund wird angeführt, dass der Regelungszweck der Norm lediglich darin liege, eine ex-lege-Minderung in den Fällen zu verhindern, in denen der Gläubiger nach den speziellen Regelungen des Kauf- und Werkvertragsrechts die Minderung durch Erklärung ausüben kann.<sup>32</sup>

*aa) Normzweck*

In der Tat führt der Gesetzgeber in der Begründung zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz an, dass § 326 Abs. 1 S. 2 BGB bezwecke, den Widerspruch einer automatischen Minderung zu den speziellen Gewährleistungsvorschriften, die eine Minderungserklärung vorsehen, aufzuheben.<sup>33</sup> Darüber hinaus werden jedoch auch weitere Gründe genannt: Ob die Voraussetzungen für die Minderung kraft Gesetzes vorliegen, sei für den Gläubiger erstens schwer erkennbar und zweitens für sein Leistungsinteresse unerheblich.<sup>34</sup>

Dies ist dahingehend zu verstehen, dass es dem Gläubiger gar nicht darauf ankommen wird, aus welchen Gründen die Leistung ausgeblieben ist: „Es kann aber für die Rechte des Käufers keinen Unterschied machen, ob eine Nacherfüllung deshalb fehlschlägt, weil der Verkäufer aus Nachlässigkeit eine ordnungsgemäße Reparatur des verkauften PKW nicht erreicht oder ob das Ausbleiben des Leistungserfolgs daran

liegt, dass eine Reparatur von vornherein nicht möglich ist.“<sup>35</sup> Vielmehr ist für ihn erheblich, dass sie überhaupt trotz Fristsetzung ausgeblieben ist. Schließlich knüpfen die §§ 441, 638 BGB an den Rücktritt an, dessen Voraussetzung gem. § 323 Abs. 1 BGB die ausgebliebene Nacherfüllung ist. Unabhängig davon, ob der Käufer weiß, dass der Schuldner gar nicht mehr nacherfüllen kann, so kann er jedenfalls nach der Fristsetzung endgültig mindern. Von einer Minderung ex lege bei qualitativer Unmöglichkeit könnte der Gläubiger mangels Kenntnis von dieser regelmäßig nicht Gebrauch machen, was der Gesetzgeber mit der Vorschrift berücksichtigt hat. Die Gründe, die der Gesetzgeber vorbringt, erscheinen freilich fragwürdig, weil sich beide auch auf die teilweise Unmöglichkeit übertragen lassen, für welche eine Verminderung des Vergütungsanspruchs ex lege jedoch vorgeschrieben ist. Die Wertung des Gesetzgebers scheint zu sein, dass die qualitative Unmöglichkeit schwerer erkennbar ist als die teilweise Unmöglichkeit. Jedenfalls ist dies als gesetzgeberische Entscheidung zu berücksichtigen.

Diese Äußerungen zeigen, dass der Zweck des § 326 Abs. 1 S. 2 BGB im Wesentlichen darin liegt, aus den genannten sachlichen Gründen eine automatische Minderungskonstruktion abzulehnen. Im Folgenden ist der Ansatz *Emmerichs* auch auf seine Systemkonformität zu untersuchen.

*bb) Rechtssystematik: Schlechtleistung als Teilnichtleistung?*

*(1) Differenzierung zwischen Schlecht- und Teilnichtleistung*

*Emmerich* nimmt an, dass die qualitative Unmöglichkeit einen Unterfall der (quantitativen) Teilunmöglichkeit darstellt.<sup>36</sup> In der Tat erscheint es damit konsequent, im Falle der qualitativen Unmöglichkeit eine Minderung ex lege anzunehmen, da § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB dies für die Teilunmöglichkeit normiert. Jedoch besteht nach der weit überwiegenden Ansicht ein struktureller Unterschied zwischen Schlecht- und Teilleistung, wofür die gesetzlichen Differenzierungen auf Tatbestands- und Rechtsfolgenebene zwischen diesen Fällen in den §§ 281 Abs. 1, 323 Abs. 1 und 5 BGB angeführt werden.<sup>37</sup> Auch laut der Begründung des Regierungsentwurfes sind Teilnichtleistungen und Schlechtleistungen unterschiedliche Kategorien von Leistungsstörungen.<sup>38</sup> Allerdings lässt der Wortlaut des § 326 Abs. 1 BGB auch die entgegengesetzte Deutung zu, da der Gesetzgeber die Fälle nicht behebbarer qualitativer Schlechtleistungen ausdrücklich von den Teilnichtleistungen ausnimmt. Wenn man davon ausgeht, dass der Gesetzgeber mit Vorschriften konstitutiv Regelungen treffen will, liegt der Schluss nahe, dass er von einer gesetzlichen Konzeption, in der eine Schlechtleistung einen Unterfall der Teilleistung darstellt, abweichen wollte, da sonst der Regelungsgehalt der Vorschrift gegen null ginge.

<sup>30</sup> Z.B. *Stadler*, in: *Jauernig* (Fn. 1), § 326 Rn. 26; *Ernst*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 6. Aufl. 2012, § 326 Rn. 32; *Peukert*, *AcP* 205 (2005), 430 (431).

<sup>31</sup> *Emmerich*, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 6. Aufl. 2005, § 10 Rn. 34.

<sup>32</sup> *Emmerich* (Fn. 31), § 5 Rn. 24; dass sich der Normzweck auf dies beschränkt, wird auch noch von vielen weiteren vertreten. Nachweise bei *Peukert*, *AcP* 205 (2005), 430 (437).

<sup>33</sup> BT-Drs. 14/6040, S. 189.

<sup>34</sup> BT-Drs. 14/6040, S. 189.

<sup>35</sup> BT-Drs. 14/6040, S. 189.

<sup>36</sup> *Emmerich* (Fn. 31), § 5 Rn. 24.

<sup>37</sup> *Tillmanns* (Fn. 5), S. 205 m.w.N.; vgl. auch *Ernst* (Fn. 30), § 281 Rn. 123; *Gsell*, in: *Soergel, Kommentar zum BGB*, 13. Aufl. 2005, § 326 Rn. 26; *Grüneberg*, in: *Palandt* (Fn. 1), § 326 Rn. 5.

<sup>38</sup> BT-Drs. 14/6040, S. 189.

Jedoch wird in der Regierungsbegründung deutlich, dass dem § 326 Abs. 1 S. 2 BGB lediglich deklarative Funktion zukommen soll: „Dem Wortlaut des § 326 Abs. 1 Satz 1 RE könnte zu entnehmen sein, dass sich auch in diesem Fall der Wert der Gegenleistung im Umfang der Unmöglichkeit kraft Gesetzes mindert. § 326 Abs. 1 Satz 3 RE stellt indes klar, dass dies nicht zutrifft [...]“. <sup>39</sup>

Der gesetzliche Dualismus zwischen Schlecht- und Teilleistung zeigt deutlich, dass selbst ohne den § 326 Abs. 1 S. 2 BGB der S. 1 keine direkte Anwendung finden würde. *Emmerichs* Ansatz ist folglich nicht systemgerecht.

## (2) Schlechtleistung als funktionale Teilnichtleistung

Nach *Tillmanns* kann eine Schlechtleistung, die formal aufgrund eines bestehenden Leistungsdefizits als eine solche anzusehen ist, eine Teilleistung darstellen, womit der § 326 Abs. 1 S.1 Hs. 2 BGB Anwendung finde. <sup>40</sup> Man denke an einen Rechtsanwalt, der seinen Mandanten hinsichtlich zweier Ansprüche in einem Prozess vertritt, und dessen schriftliche Ausführungen zum einen Anspruch gegen alle Regeln der juristischen Kunst verstoßen und unbrauchbar sind, hinsichtlich des anderen Anspruchs jedoch als ordnungsgemäß einzustufen sind.

Voraussetzung für eine Teilleistung sei nämlich, dass der erbrachten Leistung eine eigenständige Teilfunktion zukomme, was auch bei qualitativen Leistungsdefiziten gegeben sein kann. <sup>41</sup> Dies ist wertungsmäßig konsistent und zugleich systemkonform: im Gegensatz zu § 281 Abs. 1 BGB bevorzugt der § 326 Abs. 1 S. 2 BGB den Gläubiger, der eine Teil- und keine Schlechtleistung erhält, indem seine Gegenleistungsschuld vermindert wird. Diese Bevorzugung ist an der Stelle nur gerechtfertigt, soweit die in qualitativer Hinsicht defizitäre Leistung keinem eigenständigen vertraglichen Leistungszweck dienlich ist. <sup>42</sup> Dies setzt freilich voraus, dass man sich von der rein horizontal-zeitlichen Anschauung des Dienstvertrages löst und in eine vertikal-funktionale überführt. Wie oben dargelegt <sup>43</sup> ist die Schuld des Dienstverpflichteten immer auch in ihrem funktionalen Kontext zu beurteilen. Wenn eine Handlung lediglich dazu geeignet ist, eine Teilfunktion zu erfüllen, und daher der schwache Leistungserfolg in Form von Chancenerbringung nur hinsichtlich dieses gegenständlich abtrennbaren Teils eintreten kann, so entspricht dies ebenfalls einer gegenständlichen Teilnichtleistung, wie wenn z.B. nur zwei von vier der geschuldeten Weinflaschen geliefert wurden.

## 2. Minderung durch Rücktritt

Als weitere Möglichkeit, ein Minderungsrecht im Dienstvertrag herzuleiten, wird der Rücktritt nach §§ 323, 326 BGB

angeführt. <sup>44</sup> Hier sind zwei mögliche Ansätze erkennbar: zum einen ist ein Rücktritt lediglich vom Leistungsdefizit (qualitativer Teilrücktritt) nach § 323 Abs. 5 BGB zu erwägen <sup>45</sup>, zum anderen ein Rücktritt vom ganzen Dienstvertrag in Verbindung mit einer Aufrechnung mit dem nach § 346 Abs. 2 Nr. 1 BGB entstehenden Wertersatzanspruch des Dienstberechtigten. <sup>46</sup>

### a) Isolierter Rücktritt vom Leistungsdefizit

#### aa) Allgemeinschuldrechtliche Zulässigkeit eines „Rücktritts vom Leistungsdefizit“

Sehr fragwürdig ist, ob nach dem allgemeinen Schuldrecht bei einer Schlechtleistung der Gläubiger teilweise, und zwar isoliert vom Leistungsdefizit zurücktreten, ob ein Teilrücktritt also auch vom Minderwert der Leistung erklärt werden kann. Zum Teil wird dies abgelehnt <sup>47</sup>, zum Teil befürwortet. <sup>48</sup>

Beispiel: Der Rechtsanwalt arbeitet unkonzentriert (50 % der normalen bzw. geschuldeten Leistung) und der Mandant „tritt“ sozusagen von der halben für ihn geschuldeten Konzentration „zurück“.

#### (1) Wortlaut und Systematik

Der Wortlaut des § 323 Abs. 5 S. 2 BGB ist nicht eindeutig und wird verschiedentlich beurteilt. Nach der Vorschrift kann im Falle einer nicht vertragsgemäßen, d.h. schlechten Leistung „der Gläubiger vom Vertrag nicht zurücktreten, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist“. Im Hinblick auf S. 1 der Vorschrift, nach dem der Gläubiger bei einer Teilleistung „vom ganzen Vertrag“ nur zurücktreten kann, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat, wird der Schluss gezogen, dass S. 2 keinen Teilrücktritt zulasse, da dort nur „vom Vertrag“ die Rede ist. <sup>49</sup> Allerdings lässt sich dieser Wortlaut auch entgegengesetzt interpretieren: weil S. 2 im Gegensatz zu S. 1 den Rücktritt „vom Vertrag“ und nicht nur „vom ganzen Vertrag“ erlaube, spräche der Wortlaut für einen Teilrücktritt bei der Schlechtleistung. <sup>50</sup>

Beiden Argumenten ist entgegenzuhalten, dass der § 323 Abs. 5 BGB vom Wortlaut her nicht bestimmt, ob und unter welchen Umständen ein Teilrücktritt zulässig ist. Vielmehr regelt die Vorschrift, unter welchen Umständen bei Teil- und Schlechtleistung der Rücktritt nicht zulässig ist. Es handelt sich um Ausschlussgründe. Daher lässt sich aus dem Wortlaut der Vorschrift die Zulässigkeit oder Nichtzulässigkeit eines Teilrücktritts vom Leistungsdefizit nicht ableiten.

<sup>44</sup> *Weller* (Fn. 7), S. 562 ff.; i.E. ablehnend *Tillmanns* (Fn. 5), S. 412.

<sup>45</sup> *Weller* (Fn. 7), S. 562 ff.

<sup>46</sup> Angedeutet, aber abgelehnt bei *Canaris*, in: Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, 2009, S. 177 (181).

<sup>47</sup> *Stadler* (Fn. 30), § 323 Rn. 20; *Looschelders*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2014, Rn. 709; *Peukert*, AcP 205 (2005), 430 (439).

<sup>48</sup> *Ernst* (Fn. 30), § 323 Rn. 240; *Tillmanns* (Fn. 5), S. 390; *Weller* (Fn. 7), S. 562 ff.

<sup>49</sup> *Peukert*, AcP 205 (2005), 430 (440).

<sup>50</sup> *Weller* (Fn. 7), S. 563.

<sup>39</sup> BT-Drs. 14/6040, S. 189; dies nicht berücksichtigend *Schlechtriem/Schmidt-Kessel* (Fn. 1), Rn. 556.

<sup>40</sup> *Tillmanns* (Fn. 5), S. 414 ff.

<sup>41</sup> *Tillmanns* (Fn. 5), S. 261 ff.

<sup>42</sup> Ähnliches Argument bei *Tillmanns* (Fn. 5), S. 246 f.

<sup>43</sup> Siehe oben III. 1. a).

Gegen die Annahme, Rücktritt und Minderung seien wessensgleich, mag man den Wortlaut der §§ 441 Abs. 1, 638 BGB anführen: „statt zurückzutreten“ kann der Gläubiger mindern. Jedoch könnte damit auch gemeint sein „statt vom ganzen Vertrag zurückzutreten, kann der Gläubiger auch einen Teilrücktritt vom Leistungsdefizit erklären“. Auch dieser Wortlaut bietet keinen eindeutigen Hinweis auf die systematischen Erwägungen des Gesetzgebers.

## (2) Historische und teleologische Auslegung

Tillmanns führt an, dass der Gesetzgeber mit dem § 323 Abs. 5 BGB dem UN-Kaufrecht folgen wollte.<sup>51</sup> Da sich der Art. 51 Abs. 1 CISG nicht nur auf die Vertragsaufhebung, sondern auch auf die Minderung gem. Art. 50 CISG beziehe, und der Gesetzgeber dieses Konzept umsetzen wollte, sei anzunehmen, dass § 323 BGB auch den Rücktritt vom Leistungsdefizit ermögliche. Dieses Argument überzeugt nicht – in den Gesetzesmaterialien lassen sich für einen solchen Schluss keine hinreichenden Anhaltspunkte finden.

Im Hinblick auf die Gesetzesmaterialien wird deutlich, dass der Gesetzgeber sich bewusst gegen ein allgemeines Minderungsrecht entschieden hat: „Dabei ist zunächst die Frage zu behandeln, ob die Minderung als Rechtsbehelf in das allgemeine Leistungsstörungenrecht neben Rücktritt und Schadensersatz eingestellt werden soll. Entscheidend dagegen spricht, dass die Minderung für einzelne Vertragstypen, insbesondere für den Dienstvertrag, als Rechtsbehelf ausgeschlossen bleiben muss. Für den Kauf- und Werkvertrag bedarf es daher einer besonderen Vorschrift über die Minderung.“<sup>52</sup> Eine „Minderung durch Teilrücktritt“ wäre dabei nichts anderes als die Minderung im Sinne des besonderen Gewährleistungsrechts – es handelt sich „im Kern um dieselbe Sache“.<sup>53</sup>

§ 323 Abs. 5 S. 2 BGB bestimmt, dass der Gläubiger bei einer Schlechtleistung vom Vertrag nicht zurücktreten kann, „wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist“. Zweck der Vorschrift ist wohl, dass der Gläubiger daran gehindert werden soll, schon bei jeder kleinsten, unerheblichen Pflichtverletzung vom ganzen Vertrag zurückzutreten, der Rücktritt also verhältnismäßig sein muss.<sup>54</sup> Daher liegt es nahe, anzunehmen, dass der Gesetzgeber auch nur den Totalrücktritt vor Augen hatte: unbillig ist lediglich der Totalrücktritt im Falle der Schlechtleistung, nicht die Minderung (vgl. § 441 Abs. 1 S. 2 BGB). Trotzdem differenziert er nicht im Wortlaut, sondern spricht nur „vom Vertrag.“ Die Gesetzesmaterialien bestätigen diesen vom Gesetzgeber intendierten Zweck: zwar findet auch ein möglicher Teilrücktritt im Falle des § 323 Abs. 5 S. 2 BGB Erwähnung, jedoch nur für den Fall einer teilweisen Schlechtleistung, also wenn z.B. von den 100 bestellten Flaschen Wein 20 mindere Qualität aufweisen.<sup>55</sup>

<sup>51</sup> Tillmanns (Fn. 5), S. 390 f. mit Berufung auf Ernst (Fn. 30), § 323 Rn. 199.

<sup>52</sup> BT-Drs 14/6040, S. 223.

<sup>53</sup> Ernst (Fn. 30), § 323 Rn. 240.

<sup>54</sup> Schmidt, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 41, Stand: 1.11.2016, § 323 Rn. 39.

<sup>55</sup> BT-Drs. 14/6040, S. 186.

Vor diesem Hintergrund ist es zweifelhaft, mit Weller anzunehmen, Zweck der Vorschrift bzw. des Erheblichkeitsanfordernisses im Falle der Schlechtleistung sei, dem Schuldner auch gegen den Teilrücktritt (d.h. die Minderung) eine „freiheitserweiternde Sicherheitszone“ zu schaffen.<sup>56</sup> Denn zu diesem Schluss kann man nur gelangen, wenn bereits die Möglichkeit des Teilrücktritts vom Leistungsdefizit bejaht ist. Die Anführung eines solchen Arguments würde eine *petitio principii* darstellen.

## bb) Zwischenergebnis

Die Auslegung des § 323 Abs. 5 S. 2 BGB lässt nicht darauf schließen, dass diese Vorschrift des allgemeinen Schuldrechts einen isolierten Teilrücktritt vom Leistungsdefizit im Falle einer Schlechtleistung zulassen soll. Allerdings könnten immer noch gute sachliche Gründe für ein solches Recht sprechen. Eine unmittelbare Herleitung des Minderungsrechts aus einem „Teilrücktritt vom Leistungsdefizit“ ist jedenfalls abzulehnen, da dies systemfremd wäre, besteht schließlich zwischen Schlecht- und Teilleistung eine klare gesetzliche Differenzierung und ist doch im Wortlaut des § 323 Abs. 5 S. 2 BGB kein Anhaltspunkt für diese Annahme ersichtlich.

## b) Rücktritt vom ganzen Vertrag und Aufrechnung mit Wertersatzanspruch

Neben dem Teilrücktritt vom Leistungsdefizit ist auch ein Totalrücktritt denkbar, bei dem der Dienstberechtigte durch Aufrechnung seines Vergütungsrückgewähranspruchs (§ 346 Abs. 1 BGB) mit dem Wertersatzanspruch des Dienstverpflichteten (§ 346 Abs. 2 Nr. 1 BGB) funktional mit einem Minderungsrecht ausgestattet wäre.<sup>57</sup> Ein Rücktrittsrecht wird jedoch für den bereits (teilweise) vollzogenen Dienstvertrag im Allgemeinen nicht anerkannt.<sup>58</sup> Das Rücktrittsrecht werde durch das Kündigungsrecht ersetzt, was auch § 314 BGB zeige.<sup>59</sup> Im Hinblick auf das eindeutige Votum des Reformgesetzgebers<sup>60</sup> ist dieser Auffassung Recht zu geben. Mit Vollzug des Dauerschuldverhältnisses entfällt das Recht zum Rücktritt vom Vertrag.

## c) Zwischenergebnis

Die Auslegung der Rücktrittsvorschriften ergibt, dass das Rücktrittsrecht bei Dienstverhältnissen keinen adäquaten Rechtsbehelf bietet, die Vergütung zu vermindern.

## 3. Minderungsrecht durch Rechtsfortbildung – wertungsmäßige Betrachtung der Interessenlage

Im folgenden Abschnitt soll eine Abwägung der Interessen des Dienstberechtigten und des Dienstverpflichteten hinsichtlich eines Minderungsrechts vorgenommen werden.

<sup>56</sup> Weller (Fn. 7), S. 564.

<sup>57</sup> Ähnliches ablehnend Canaris (Fn. 46), S. 181.

<sup>58</sup> Vgl. nur Schmidt (Fn. 54), § 323 Rn. 2; Canaris (Fn. 46), S. 181; Ernst (Fn. 30), § 323 Rn. 35; Tillmanns (Fn. 5), S. 397 f.

<sup>59</sup> Tillmanns (Fn. 5), S. 398.

<sup>60</sup> BT-Drs. 14/6040, S. 177.

### a) Symmetrie von Vergütungsanpassungen

Gegen eine Minderung von Dienstvergütungen wird die fehlende Symmetrie der Vergütungsanpassung angeführt.<sup>61</sup> bei einer Besserleistung des Schuldners erhöht sich dessen Vergütung nicht, daher sei eine Minderung der Dienstvergütung nicht billig. Dieses Argument ist jedoch keineswegs überzeugend, erhöht sich der Kaufpreis eines Gutes nicht auch bei Lieferung von Waren besserer als der vereinbarten Qualität. Der Schuldner hat im Gegensatz zum Gläubiger die Macht, die Qualität des Leistungsgegenstands auszusuchen – daher ist er im Gegensatz zu diesem nicht schutzbedürftig. Des Weiteren ist eine Besserleistung im Dienstvertragsrecht schon begrifflich ausgeschlossen, schuldet der Dienstverpflichtete schließlich eine nach seinem Ermessen möglichst gute Leistung.<sup>62</sup> Leistet er besser als üblich, dann ist dies lediglich Ausdruck pflichtgemäßen Verhaltens.

### b) Bemessungsschwierigkeiten

Ferner wird gegen ein derartiges Minderungsrecht angeführt, dass der Minderwert der Dienstleistung schwer zu bemessen sei.<sup>63</sup> Dieses Problem kann sich im Kaufrecht allerdings auch ergeben, wenn für die minderwertige Sache kein Markt besteht.<sup>64</sup> Wenn Maßstab des Wertes einer Dienstleistung die mit ihr einhergehende Chance ist, einen bestimmten vertraglichen Zweck zu erreichen<sup>65</sup>, so ist bei Dienstleistungen entsprechend § 441 Abs. 3 BGB die Vergütung in dem Verhältnis herabzusetzen, wie der Wert einer vertragsgemäßen Leistung, die dem Dienstberechtigten die Soll-Chancen zur Erreichung des Erfolgs erbracht hätte, zum marktüblichen Wert einer Leistung, welche dem Dienstberechtigten eine zur erbrachten Leistung äquivalenten Chance erbracht hätte, zum Vertragsschluss gestanden hätte. Wird jemand eingesetzt, einen Hof zu kehren, und schafft aufgrund von mangelnder Motivation an diesem Tag nur die Hälfte des Hofes in der für ihn üblichen und einem statistischen Durchschnitt entsprechenden Zeit (z.B. zwei Stunden) zu kehren, so hat dieser nur einen Vergütungsanspruch für eine Stunde, da er dem Dienstberechtigten nur die Hälfte der geschuldeten Chance, einen sauberen Hof zu erhalten, erbracht hat.<sup>66</sup>

### c) Sanktion der Pflichtverletzung und Anreiz

Höchst unbefriedigend ist es, wenn der Dienstberechtigte keine Möglichkeit hat, auf die Schlechtleistung des Schuldners zu reagieren und diese zu sanktionieren. Zunächst einmal bleibt dem Gläubiger im Dienstverhältnis zwar das Kündigungsrecht. Dieses kann einen ausreichenden Rechtsbehelf darstellen, wird es jedoch nicht in vielen Fällen. Man denke

sich Fälle, in denen der Rechtsanwalt das schlechte Gutachten fertiggestellt hat und erst dann sich herausstellt, dass eine Schlechtleistung vorliegt. Die Kündigung ist dann ein nutzloser Rechtsbehelf, da sie lediglich ex nunc wirkt. Man mag zwar anführen, dass es in der Risikosphäre des Gläubigers liegen sollte, die Leistung zu überwachen und ggf. einzugreifen und das Abdriften der Leistung zu verhindern. In der Tat kann eine solche Risikoverteilung geboten sein, allerdings auch nur dann, wenn dem Dienstverpflichteten die dafür notwendigen Kontroll- und Überwachungsrechte überhaupt zustehen. Im Arbeitsvertrag ist dies tatsächlich der Fall (vgl. § 106 GewO). Im freien Dienstvertrag sieht dies vollkommen anders aus: der Mandant hat keine betrieblichen Weisungsrechte gegenüber dem Anwalt. Daher ist hier im Gegensatz zum Arbeitsvertrag auch eine andere Risikoverteilung gerechtfertigt. Den Gläubiger freier Dienstverträge trifft keine Überwachungsobliegenheit, womit es nicht gerechtfertigt ist, diesem einen nachträglichen Rechtsbehelf zur Minderung zu verwehren.

Außerdem besteht gerade dort, wo der Gläubiger keine Überwachungsmöglichkeiten hat und ein starkes Vertrauensband besteht, die Gefahr des sog. Opportunismus.<sup>67</sup> Opportunismus im ökonomischen Sinne ist ein Verhalten, bei dem jemand das Vertrauen eines anderen bricht und anstatt der Vorteile, die er aus einem treuen Verhalten erlangen könnte, lieber die Vorteile aus dem Bruch des Vertrauens, die sog. Opportunismusprämie, zieht.<sup>68</sup> Der Anwalt, der lieber schnell und unkonzentriert seine Arbeit für den Mandanten beendet, um sich einem doppelt so rentablen Mandat zuwenden zu können, verhält sich opportunistisch: er verletzt seine Vertragspflichten, um an einem rentableren Projekt zu arbeiten und damit eine höhere Opportunismusprämie, das Mehrhonorar, zu kassieren. Ohne eine Möglichkeit der Minderung würde die Opportunitätsprämie die Vorteile aus einem vertragsgerechten Verhalten („Goodwill“<sup>69</sup>), z.B. die Aussicht auf einen guten Ruf als Anwalt wegen hervorragender Vertretung, in vielen Fällen übertreffen. Es bestünde ein erheblicher Anreiz zum Vertragsbruch. Eine effiziente Rechtsordnung soll jedoch gerade den Anreiz zu vertragsgemäßem Handeln erhöhen, indem sie die Aussicht auf eine Opportunismusprämie senkt.<sup>70</sup> Dies kann bei Arbeitnehmern durch die hohen wirtschaftlich-sozialen Folgen der Kündigung geschehen, bei freien Dienstverträgen jedoch lediglich durch die Anerkennung einer nachträglichen Sanktion in Form der Minderung der Dienstvergütung.

## IV. Eigene Lösung und Ergebnis

Mut zur Rechtsfortbildung! Obwohl eine Auslegung des Gesetzes nicht unmittelbar zu einem Rechtsbehelf führt, der zu einer echten, verschuldensunabhängigen Minderung des Vergütungsanspruchs bei einer Schlechtleistung geeignet ist,

<sup>61</sup> Lotmar, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches, 1908, Bd. 2, S. 40 ff.

<sup>62</sup> Siehe oben I. 1. b).

<sup>63</sup> Tillmanns (Fn. 5), S. 402 ff. m.w.N.

<sup>64</sup> Weller (Fn. 7), S. 556.

<sup>65</sup> Siehe oben I. 1. a).

<sup>66</sup> Dabei sei jedoch unterstellt, dass es sich nicht um ein Arbeitsverhältnis handelt. Soziale bzw. arbeitsrechtliche Schutzergänzungen sind nicht Gegenstand dieser Arbeit.

<sup>67</sup> Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005, S. 511; vgl. auch Weller (Fn. 7), S. 466 ff.

<sup>68</sup> Schäfer/Ott (Fn. 67), S. 511.

<sup>69</sup> Schäfer/Ott (Fn. 67), S. 511.

<sup>70</sup> Schäfer/Ott (Fn. 67), S. 513.



sprechen gewichtige sachliche Gründe für eine Minderung.<sup>71</sup> Problematisch ist jedoch, dass weder eine direkte noch analoge Anwendung des § 326 Abs. 1 BGB auf als Schlechtleistung zu qualifizierende Leistungsstörungen möglich ist, da dies systemfremd wäre.<sup>72</sup> Ein systemkonformer und direkt gesetzlich normierter Ansatz jedenfalls ist, Schlechtleistungen als funktionale Teilnichtleistungen zu begreifen, indem von einer rein zeitlich-quantitativen Beurteilung der Reichweite von Dienstleistungen Abstand genommen und in direkter Anwendung des § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB die Vergütung herabgesetzt wird.<sup>73</sup> Hieran sind jedoch strenge Maßstäbe anzulegen, damit die Grenzen zwischen Schlecht- und Teilleistung nicht verwischt werden. Die Leistung muss im Hinblick auf die Teilfunktion als Nichtleistung zu qualifizieren sein, darf den abtrennbaren Teilzweck also in keiner Weise fördern. Nicht ausreichend ist, dass die Geeignetheit zur Förderung dieses Teilzwecks lediglich eingeschränkt ist. Für alle anderen Fälle von Schlechtleistung, z.B. bei minderer Arbeitsintensität, mag es zwar systemgerecht sein, die Minderung auszuschließen – in der Sache gerechtfertigt ist dies jedoch nicht. Eine systemkonforme Lösung ist, analog §§ 441 Abs. 1, 638 Abs. 1, 323 BGB dem Gläubiger von Dienstleistungen im freien Dienstvertrag ein Minderungsrecht zu gewähren. Dies setzt entsprechend § 323 Abs. 1 BGB eine erfolglose Nachfristsetzung voraus. Die Minderungserklärung ist weiterhin erforderlich, da § 326 Abs. 1 S. 2 BGB einer ex lege-Minderung aus nicht leicht nachvollziehbaren, jedoch zu berücksichtigenden Gründen<sup>74</sup> entgegensteht. In der Sache hat die Minderungserklärung dabei immer noch eine Funktion: mit Erklärung der Minderung erlischt der Nacherfüllungsanspruch nämlich endgültig.<sup>75</sup> Somit wird für beide Parteien klargestellt, dass die Leistung nicht mehr nachholbar ist und der Vertrag umgestaltet wurde. Vorteil der Lösung ist, dass sie den Wertungen des § 326 Abs. 1 S. 2<sup>76</sup> gerecht wird und an die erfolglose Fristsetzung ansetzt, welche für den Gläubiger regelmäßig das entscheidende Kriterium sein wird, da die Unmöglichkeit der Nacherfüllung für ihn regelmäßig nicht erkennbar ist. Jedenfalls nach erfolgloser Fristsetzung können beide Parteien dann sicher sein, dass die Voraussetzungen für die Minderung vorliegen.

Insbesondere die Rechtsprechung behandelt die Frage der Minderung im Dienstvertragsrecht viel zu formal. Es scheint die Furcht zu überwiegen, dass durch eine Öffnung des Dienstvertragsrechts für Gewährleistungshaftung der soziale Schutz des Arbeitnehmers unterlaufen würde. Viel sachgemäßer ist es, zwischen Dienst- und Arbeitsvertrag an dieser Stelle streng zu differenzieren und im ersten Fall dem Dienstberechtigten ein Minderungsrecht zu gewähren. De lege ferenda wäre es wünschenswert, wenn der Gesetzgeber hierzu eindeutige Regeln treffen würde, z.B. wie eine all-

gemeinschuldrechtliche Minderung durch Erklärung, wie sie Sec. III.-3:601 des Draft Common Frame Of Reference vorsieht.

<sup>71</sup> Siehe oben III. 3.

<sup>72</sup> Siehe oben III. 2. b) bb) (1).

<sup>73</sup> Siehe oben III. 2. b) bb) (2).

<sup>74</sup> Siehe oben III. 2. b) aa).

<sup>75</sup> *Faust* (Fn. 20), § 441 Rn. 14; *Westermann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 441 Rn. 17.

<sup>76</sup> Siehe oben III. 2. b) aa).