



Chapitre d'actes

2010

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Dienstleistungsverträge im Recht der Schweiz, Österreichs und
Deutschlands im Vergleich mit den Regelungen des Draft Common Frame
of Reference (DCFR)

Kadner Graziano, Thomas

How to cite

KADNER GRAZIANO, Thomas. Dienstleistungsverträge im Recht der Schweiz, Österreichs und Deutschlands im Vergleich mit den Regelungen des Draft Common Frame of Reference (DCFR). In: Service Contracts. Reinhard Zimmermann (Ed.). Tübingen : Mohr Siebeck, 2010. p. 59–97.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:44701>

Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung

Herausgegeben von der
Gesellschaft für Rechtsvergleichung e.V.

15



Service Contracts

Herausgegeben von
Reinhard Zimmermann

Mohr Siebeck

Reinhard Zimmermann, geboren 1952; Professor für Bürgerliches Recht, Römisches Recht und historische Rechtsvergleichung an der Universität Regensburg; Affiliate Professor, Bucerius Law School in Hamburg; Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg.

ISBN 978-3-16-150594-2

ISSN 1861-5449 (Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung)

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

© 2010 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Dienstleistungsverträge im Recht der Schweiz, Österreichs und Deutschlands im Vergleich mit den Regelungen des Draft Common Frame of Reference*

THOMAS KADNER GRAZIANO

I.	Einleitung	60
1.	Ähnlichkeit der Vergleichsordnungen? – Caveat!	61
a)	Erstes Beispiel: Grundlegende Weichenstellungen im Recht der Dienstleistungen – Werkvertrag und Dienstvertrag oder Auftrag?	61
b)	Zweites Beispiel: Recht zur Minderung bei Mangelhaftigkeit der Dienstleistung?	62
2.	Anwendungsbereich der Regelungen über Dienstleistungen in den Vergleichsordnungen und im DCFR	63
II.	Struktur des DCFR im Vergleich zu den Referenzordnungen: Allgemeine(r) Teil(e) – Besonderer Teil	64
III.	Systematisierung der Dienstleistungsverträge anhand der Verpflichtung zu Handlung oder Erfolg?	66
1.	Grundlegende Weichenstellung zwischen Werk- und Dienstvertrag bzw. Auftrag in den Vergleichsordnungen	66
2.	Verpflichtung zur Handlung oder zum Erfolg im DCFR	67
a)	Grundsätze	67
b)	Das Beispiel der <i>construction contracts</i>	69
IV.	Einzelne Vertragstypen	72
1.	Vergleichsrechtsordnungen	72
2.	Übersicht der Vertragstypen im DCFR	73
V.	Die typisierten Dienstleistungsverträge des DCFR im Einzelnen im Vergleich mit den Referenzordnungen	74
1.	Herstellung (<i>construction</i>)	74
a)	Charakterisierung nach dem DCFR	74
b)	Vergleichsordnungen	75
2.	Bearbeitung (<i>processing</i>)	75
a)	DCFR	75
b)	Vergleichsordnungen	76

* Mein Dank für wertvolle Vorarbeiten zu diesem Beitrag gilt Johannes Landbrecht, Rechtsanwalt in Frankfurt am Main (Jones Day) und Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Genf.

3. Verwahrung (<i>storage</i>).....	76
4. Entwurf oder Planung (<i>design</i>)	76
a) Grundlagen.....	76
b) Insbesondere: Die Verjährung	76
5. Information und Beratung (<i>information and advice</i>).....	78
a) DCFR	78
b) Vergleichsordnungen.....	78
6. Behandlung (<i>treatment</i>)	80
a) DCFR	80
b) Vergleichsordnungen.....	80
VI. Ein Vergleich anhand konkreter Fallbeispiele	81
1. Erste Konstellation: Herstellung eines Objekts nach Vorgaben des Bestellers	81
a) Gegenstand der Verpflichtung des Unternehmers	82
b) Kündigungsrechte.....	83
2. Zweite Konstellation: Überschreitung eines Kostenvoranschlages	84
a) Vergleichsrechtsordnungen	84
b) DCFR	85
3. Dritte Konstellation: Vertragsbrüchige Opernsängerin.....	86
a) Qualifikation des Vertrages	87
b) Kündigungsrecht der Sängerin.....	88
c) Verpflichtung der Sängerin zum Schadensersatz	89
4. Vierte Konstellation: Anwaltliches Gutachten – Qualifikation des Vertrages	90
a) Vergleichsrechtsordnungen	90
b) DCFR	91
VII. Schlussfolgerungen	93
VIII. Ausblick.....	97

I. Einleitung

Im folgenden Beitrag werden die Regelungen zu den Dienstleistungen im *Draft Common Frame of Reference* (DCFR)¹ mit denjenigen der drei wichtigsten Vertreter des deutschen Rechtskreises verglichen und aus Sicht dieser Rechtsordnungen einer kritischen Würdigung unterzogen. Dabei wird auf inhaltliche Unterschiede zwischen den Regelungen in den Vergleichsordnungen und im DCFR eingegangen, aber auch auf Unterschiede in der Regelungstechnik, für die der DCFR aus Sicht der Vergleichsordnungen zum Teil beträchtliche Überraschungen bietet.

¹ Text: C. von Bar/E. Clive/H. Schulte-Noelke/H. Beale et al. (Hg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR) Outline Edition (2009); Text mit Kommentar zu den Dienstverträgen: C. von Bar/E. Clive (Hg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR) Full Edition, Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Bd. 2 (2009).

1. Ähnlichkeit der Vergleichsordnungen? – Caveat!

Das deutsche, das schweizerische und das österreichische Recht stehen im Ruf, einander in vielerlei Hinsicht ähnlich zu sein. Für viele Fragen trifft dies zu. Wie die folgenden beiden Beispiele zeigen, bestehen hinsichtlich der Dienstleistungsverträge zwischen den drei Vergleichsordnungen aber auch erhebliche Unterschiede, und dies selbst in struktureller Hinsicht.

a) Erstes Beispiel: Grundlegende Weichenstellungen im Recht der Dienstleistungen – Werkvertrag und Dienstvertrag oder Auftrag?

Während deutsches und österreichisches Recht ganz grundlegend zwischen Werk- und Dienstvertrag unterscheiden, sucht man den allgemeinen Dienstvertrag als system- und strukturbildende Kategorie im schweizerischen Recht vergeblich. Die grundlegenden Weichen werden hier zwischen Werkvertrag einerseits und Auftrag andererseits gestellt.² Dies hat zum Hintergrund, dass das schweizerische Recht, anders als das deutsche (§ 662 BGB), nicht an der aus dem römischen Recht überkommenen Unentgeltlichkeit des Auftrags festgehalten hat.³ Art. 394 Abs. 3 des schweizerischen Obligationenrechts (OR) bestimmt für den Auftrag, dass eine Vergütung zu leisten ist, „wenn sie verabredet oder üblich ist“. Art. 394 Abs. 2 OR kann daher feststellen: „Verträge über Arbeitsleistung, die keiner besondern Vertragsart dieses Gesetzes unterstellt sind, stehen unter den Vorschriften über den Auftrag.“

In der schweizerischen Rechtspraxis hat der Auftrag „als Recht der meisten Dienstleistungsverträge enorme praktische Bedeutung“.⁴ So gilt Auftragsrecht „namentlich für die Dienstleistungen der freien Berufe (Rechtsanwälte, Steuerberater, Ärzte, Architekten)“.⁵ Die Geltung von Auftragsrecht hat wichtige Konsequenzen, so z.B., dass der Auftrag grundsätzlich „von jedem Teile jederzeit widerrufen oder gekündigt werden“ kann, Art. 404 Abs. 1 OR.⁶

² Zur vergleichbaren Rechtslage im niederländischen Recht siehe Art. 7:400 ff. des niederländischen Burgerlijk Wetboek und C. Wendehorst, Das Vertragsrecht der Dienstleistungen im deutschen und künftigen europäischen Recht, AcP 206 (2006), 205–299, 222 m.w.N.

³ Auch das österreichische Recht kennt den entgeltlichen Auftrag, siehe § 1004 ABGB; kritisch zur Rechtslage in Deutschland z.B. H. Unberath, Der Dienstleistungsvertrag im Entwurf des Gemeinsamen Referenzrahmens, ZEuP 2008, 745–774, 754 (zwingende Unentgeltlichkeit des Auftrags sei „längst überholt“).

⁴ H. Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht: Besonderer Teil (8. Aufl., Bern, 2006), 305.

⁵ Honsell (oben Fn. 4), 304.

⁶ Widerruf oder Kündigung „zur Unzeit“ lösen allerdings eine Schadensersatzpflicht aus; vgl. Art. 404 Abs. 2: „Erfolgt dies jedoch zur Unzeit, so ist der zurücktretende Teil

b) Zweites Beispiel: Recht zur Minderung bei Mangelhaftigkeit der Dienstleistung?

Das zweite Beispiel betrifft den Fall der Schlechtleistung desjenigen, der zu einer Dienstleistung verpflichtet ist: Erbringen etwa der Anwalt oder Arzt eine Leistung, die nicht der vertraglich vereinbarten Güte entspricht, so bleibt der Vertragspartner nach in Deutschland herrschender Ansicht grundsätzlich zur vollen Gegenleistung verpflichtet. Insbesondere steht ihm wegen der Schlechtleistung kein Recht zur Minderung zu.⁷ Er hat allenfalls Gegenansprüche auf Schadensersatz – wenn es ihm gelingt, die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs, d.h. insbesondere einen Schaden, nachzuweisen. Dies kann unter Umständen selbst dann schwierig sein, wenn die mangelhafte Qualität der Dienstleistung außer Frage steht.⁸ Zum Schaden soll nach verbreiteter Ansicht nämlich insbesondere nicht gehören, dass die Qualität der Dienstleistung nicht dem entsprach, worauf der Gläubiger der Dienstleistung Anspruch hatte.⁹ Lediglich nach fristloser Kündigung, an deren Zulässigkeit allerdings sehr hohe Anforderungen gestellt werden, ist eine Herabsetzung der Vergütung möglich (§ 628 Abs. 1 Satz 2 BGB).

Wie im deutschen so findet auch im österreichischen Recht das Gewährleistungsrecht des ABGB auf Dienstverträge nicht direkt Anwendung; eine Kürzung der Vergütung wird hier nur bei grob fahrlässiger Minderleistung in Betracht gezogen.¹⁰

zum Ersatze des dem anderen verursachten Schadens verpflichtet.“ Dazu *Honsell* (oben Fn. 4), 326–327.

⁷ Siehe etwa BGH, Urt. v. 15.7.2004, NJW 2004, 2817; aus der Lit., jeweils m.w.N., *D. Looschelders*, Schuldrecht: Besonderer Teil (3. Aufl., 2009), Rn. 582; *Wendehorst*, AcP 206 (2006), 277 ff.; *W. Weidenkaff*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar (69. Aufl., 2010), § 611, Rn. 16; *H.-P. Mansel*, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar (13. Aufl. 2009), § 611, Rn. 16. – Anderer Ansicht: *S. Edenfeld*, in: Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar (11. Aufl., 2004), § 611, Rn. 406 ff.; *D. Medicus/S. Lorenz*, Schuldrecht 2, Besonderer Teil (15. Aufl., 2010), Rn. 323; *P. Schlechtriem*, in: Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2001, 27 f.

⁸ Die h.L. unterschätzt dieses Problem m.E.; siehe stellvertretend: *Wendehorst*, AcP 206 (2006), 278 f. *Wendehorst* sieht die aus Kauf- und Werkvertragsrecht bekannte klassische Minderung, die sich strikt am Marktwert orientiert, als ungeeignete Lösung für Bemühensverpflichtungen an. Allerdings plädiert sie ebenfalls, *de lege ferenda*, für eine flexible Lösung, die den Besonderheiten der Dienstverträge gerecht wird und Elemente von Kündigung, Rückerstattung und Herabsetzung der Vergütung kombiniert.

⁹ Vgl. zu dieser Ansicht *J. Esser/H.-L. Weyers*, Schuldrecht, Teilband II/1, Besonderer Teil (8. Aufl., 1998), 243 f.; *H. Oetker/F. Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse (3. Aufl., 2007), § 7, Rn. 62.

¹⁰ *H. Koziol/R. Welser*, Bürgerliches Recht: Band II (13. Aufl., Wien, 2007), 251 zu § 1153 ABGB; *H. Krejci*, in: Rummel, Kommentar zum ABGB, 1. Band (Wien, 2000),

Das schweizerische Obligationenrecht sieht zwar ebenfalls kein gesetzliches Minderungsrecht für mangelhafte Dienstleistungen vor. Führt der Beauftragte den Auftrag unsorgfältig aus, so schuldet der Auftraggeber nach der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts aber unter Umständen kein volles Honorar.¹¹

Diese (und viele andere) Unterschiede zeigen: Bei der Vermutung, für Dienstleistungsverträge gelte im Recht Deutschlands, Österreichs und der Schweiz weitgehend gleiches Recht, ist große Vorsicht geboten.

2. Anwendungsbereich der Regelungen über Dienstleistungen in den Vergleichsordnungen und im DCFR

Für Dienstleistungen und Dienstleistungsverträge findet sich in den Vergleichsordnungen keine übergreifende, allgemeingültige Definition.¹² In den drei Rechtsordnungen wird vor allem gegenüber dem Kauf abgegrenzt. In der Literatur wurde dies als „kleinster gemeinsamer Nenner aller Dienstleistungsbegriffe“ konstatiert.¹³

Das österreichische ABGB fasst Arbeitsverträge, freie Dienstverträge und Werkverträge als „Verträge über Dienstleistungen“ zusammen.¹⁴ In der schweizerischen Doktrin findet sich der „Dienstleistungsvertrag“ als Oberbegriff für Werkvertrag, Auftrag, Verwahrung und Transportvertrag.¹⁵ In der deutschen Literatur wird für Verträge über „Dienstleistungen“ – in Abgrenzung zu Veräußerungs- und Überlassungsverträgen – die Kategorie der „Tätigkeitsverträge“ verwendet.¹⁶ Ihnen ist gemeinsam, dass sie den Einsatz menschlicher Fertigkeiten zum Gegenstand haben.¹⁷

Wie in den Kodifikationen der Vergleichsordnungen, so findet sich auch im DCFR keine umfassende Definition der Dienstleistung und des Dienst-

§§ 1154, Rn. 53: Entgeltreduktion bei mangelhafter Dienstleistung, entspricht i.E. Aufrechnung mit Ersatzansprüchen.

¹¹ Honsell (oben Fn. 4), 324. Die Rspr. stellt darauf ab, ob die Schlechtleistung einer Nichtleistung entspricht. Allerdings arbeitet die schweizerische Rspr. auch mit teilweiser Nichtleistung/Slechtleistung, siehe BGE 124 III 423, 426 (Anspruch auf Vergütung, soweit die Dienste für den Auftraggeber noch von Nutzen sind), 427 (Schlechtleistung muss einer [teilweisen] Nichtleistung gleichstehen, damit der Vergütungsanspruch des Dienstverpflichteten fortfällt); 110 II 375, 379 (Schlechtleistung hatte Ausmaß einer Nichtleistung, daher kein Vergütungsanspruch).

¹² Zum Gegenstand eines „Vertragsrechts der Dienstleistungen“ instruktiv Wendehorst, AcP 206 (2006), 209 ff.

¹³ Wendehorst, AcP 206 (2006), 226.

¹⁴ 26. Hauptstück des 2. Teils des ABGB, unter Ausschluss der Verwahrung und des Mandats.

¹⁵ P. Tercier/P. Favre, Les contrats spéciaux (4. Aufl., Zürich, 2009), Rn. 432 ff.

¹⁶ Esser/Weyers (oben Fn. 9), § 27 I, S. 229 f.; Oetker/Maultitzsch (oben Fn. 9), § 1, Rn. 21 ff.; Looschelders (oben Fn. 7), Rn. 540.

¹⁷ Nachweise siehe Fn. 16.

(leistungs)vertrages.¹⁸ Nach Art. IV.C.-1:101(1) DCFR finden die Vorschriften zu den Dienstleistungen Anwendung auf Verträge, nach denen eine Partei, der Dienstleister, es unternimmt, für eine andere Partei grundsätzlich gegen Entgelt eine Dienstleistung zu erbringen.

Nähert man sich dem Begriff der Dienstleistung im Wege einer Negativdefinition und fragt mithin, was von dem Begriff nicht erfasst sein soll, so gilt gemäß Art. I.-1:101 (2) (e), dass der DCFR keine Anwendung findet auf Arbeitsverhältnisse (*employment relationships*). Der Begriff des Arbeitsverhältnisses wird im DCFR allerdings nicht näher definiert.¹⁹ Aus Sicht der drei Vergleichsordnungen, in denen Arbeitsverträge vielfältigen Sonderregelungen unterliegen, wären danach Leistungen von Dienstverpflichteten ausgeschlossen, die in eine fremde Betriebsorganisation eingegliedert sind und den Weisungen des Dienstberechtigten unterliegen;²⁰ im Einzelfall weichen aber selbst die Vergleichsrechtsordnungen bei der Qualifikation des Vertrages durchaus voneinander ab.²¹

Neben den Arbeitsverhältnissen sind vom DCFR gemäß Art. IV.C.-1:102 Verträge über Transport, Versicherung, die Stellung einer Sicherheit, die Leistung von Finanzprodukten und die Erbringung von Finanzdienstleistungen ausgeschlossen.²² Nicht zuletzt im Hinblick darauf, dass der DCFR der Haftung für Information und Beratung einen eigenen Abschnitt widmet (Art. IV.C.-7:101 ff.),²³ sind vor allem die letztgenannten Ausschlüsse überraschend und bedauerlich.²⁴

II. Struktur des DCFR im Vergleich zu den Referenzordnungen: Allgemeine(r) Teil(e) – Besonderer Teil

Schon der erste Blick auf Teil C des 4. Buches des DCFR offenbart eine bemerkenswerte Besonderheit gegenüber den drei Vergleichsordnungen.

¹⁸ Kritisch hierzu schon *Unberath*, ZEuP 2008, 757 f.

¹⁹ Der Ausschluss betrifft nicht nur Arbeitsverträge, sondern Arbeitsverhältnisse insgesamt. Dies legt es nahe, dass der DCFR auch die außervertragliche Haftung in diesen Sonderbeziehungen nicht erfassen soll.

²⁰ Siehe für die Schweiz: Art. 319 ff. OR sowie BG, Die Praxis 2000, Nr. 138; aus der Lit.: *Honsell* (oben Fn. 4), 312 (Subordinationsverhältnis). Für Österreich: *Koziol/Welser* (oben Fn. 10), 249 ff. Für Deutschland statt aller *Oetker/Maultzsch* (oben Fn. 9), § 7, Rn. 21 f. m.w.N.; für Selbstständigkeit des Dienstverpflichteten sprechen dagegen die Kriterien des § 84 Abs. 1 S. 2 HGB („wer im wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann“).

²¹ Siehe etwa das Beispiel der Opernsängerin, unten, VI. 3.

²² Dazu *Unberath*, ZEuP 2008, 758; *Wendehorst*, AcP 206 (2006), 291.

²³ Dazu unten, V. 5.

²⁴ Kritisch bereits *Unberath*, ZEuP 2008, 758, 761.

Dem Teil C über Dienstleistungen (*services*) sind in Kapitel 1 Allgemeine Vorschriften (*general provisions*) vorangestellt. Auffällig daran ist nicht die Regelungstechnik; das „Vor-die-Klammer-Ziehen“ allgemeiner Regeln ist aus dem deutschen und dem schweizerischen Recht wohl bekannt (siehe §§ 241–432 BGB, Art. 1–183 OR). Nicht üblich²⁵ und gegenüber den Vergleichsordnungen bemerkenswert ist, dass der DCFR neben dem Allgemeinen Teil des Schuldrechts (in seinen ersten drei Büchern, Art. I.-1:101 bis Art. III.-7:601) für die Dienstleistungsverträge, d.h. vor einem Ausschnitt des „Besonderen Teils des Schuldrechts“, nochmals einen „Allgemeinen Teil“ mit gemeinsamen Vorschriften für alle Dienstleistungsverträge vorsieht (Art. IV.C.-1:101 bis IV.C.-2:111). Für die Dienstleistungsverträge sind im DCFR mithin drei Ebenen zu beachten: Die Ebene des Allgemeinen Schuldrechts sowie die beiden Ebenen Allgemeiner Teil (AT) und Besonderer Teil (BT) der Dienstleistungsverträge.²⁶

Eine solche Regelungstechnik ließe sich mit dem besonderen Bestreben erklären, Doppelungen und Wiederholungen im anschließenden BT zu vermeiden. Es überrascht daher, dass sich schon im AT der Dienstleistungsverträge und dann auch bei den einzelnen Dienstleistungsverträgen selbst zumindest partiell wortgleiche Vorschriften (und mithin Wiederholungen) finden. So enthält z.B. nicht nur der AT der Dienstleistungsverträge in Art. IV.C.-2:103 eine ausführlich geregelte Pflicht zur Kooperation der Parteien, sondern auch der BT für *construction contracts* in Art. IV.C.-3:102 sowie für *processing contracts* in Art. IV.C.-4:102. Auch für Warn- und Informationspflichten finden sich bereits im AT der Dienstleistungsverträge zwei ausführliche Regelungen (Art. IV.C.-2:102 – Vorvertragliche Warnpflicht, 8 Absätze, und Art. IV.C.-2:108 – Vertragliche Warnpflicht, 6 Absätze). Im BT folgen wiederum für einzelne Vertragstypen weitere Regelungen zu Warn- und Informationspflichten, so Art. IV.C.-5:107 für *storage contracts*, und Art. IV.C.-6:102 für *design contracts*. Hier stellt sich wiederum die Frage, ob den jeweiligen speziellen Pflichten nicht allgemeine Gedanken zugrunde liegen, die ihre

²⁵ Siehe allerdings die Regelung des Auftrags im schweizerischen OR, die in einem ersten Abschnitt (Art. 394 ff.) zunächst allgemeingültige Regelungen enthält, auf die in den folgenden Abschnitten Regelungen zu speziellen Typen des Auftrags folgen, so zum Auftrag zur Ehe und Partnerschaftsvermittlung, Kreditbrief und Kreditauftrag, Mäklervertrag und Agenturvertrag.

²⁶ Kritisch zur Struktur des DCFR z.B. W. Ernst, *Der Common Frame of Reference* aus juristischer Sicht, AcP 208 (2008), 248–282, 250: „Dem Ideal der Volkstümlichkeit ist das Ganze so wenig verpflichtet wie etwa das deutsche BGB“. Dem „Leitbild [einer ausführlichen, detailreichen Gesetzgebungsmethode], dass der Bürger, im Normalfall ohne professionelle Hilfe, sich ... ein Bild von seinen Rechten und Pflichten machen könnte“, kommt auch diese ausführliche Regelung nicht wirklich näher; zu diesem Leitbild H.-L. Weyers, Typendifferenzierung im Werkvertragsrecht, AcP 182 (1982), 76.

Regelung schon im Allgemeinen Teil rechtfertigen würden (oder die schlicht Selbstverständlichkeiten ausdrücken, auf deren detaillierte Regelung in einem speziellen Teil hätte verzichtet werden können). Auch die Pflicht, Schaden für Vertragspartner und Vertragsgegenstand zu vermeiden, drückt ein allgemeines Prinzip aus, das wohl im Allgemeinen Teil geregelt werden könnte statt jeweils gesondert für die einzelnen Vertragstypen (Art. IV.C.-3:103 für *construction*, 4:103 für *processing* und 5:103 für *storage*).

Insgesamt lässt sich damit festhalten, dass die Regelungstechnik des DCFR aus Sicht unserer Vergleichsordnungen wohl noch verbessert, der Gedanke eines oder zweier gestaffelter allgemeiner Teile vielleicht noch fruchtbarer gemacht werden könnte. Der Abschnitt über Dienstleistungsverträge könnte so weniger wort- und umfangreich und insgesamt stringenter gestaltet werden.

III. Systematisierung der Dienstleistungsverträge anhand der Verpflichtung zu Handlung oder Erfolg?

Der Blick auf Teil C des 4. Buches des DCFR offenbart eine zweite Besonderheit gegenüber den Vergleichsordnungen. Sie betrifft die Systematisierung der Dienstleistungsverträge.

1. Grundlegende Weichenstellung zwischen Werk- und Dienstvertrag bzw. Auftrag in den Vergleichsordnungen

Für Verträge, die auf den Einsatz menschlicher Fertigkeiten gerichtet sind, besteht in den drei Vergleichsordnungen weitgehende Einigkeit über die grundlegende Weichenstellung. Sie erfolgt danach, ob von dem Dienstleistenden ein bestimmtes Ergebnis, ein Erfolg, versprochen und geschuldet ist (Werkvertrag, §§ 631 ff. BGB; Art. 363 ff. OR; §§ 1165 ff. ABGB), oder er sich „nur“ verpflichtet, unter Aufwendung der erforderlichen Sorgfalt eine Leistung zu erbringen, ohne für ein bestimmtes Ergebnis einzustehen (freier Dienstvertrag nach §§ 611 ff. BGB; Auftrag nach Art. 394 ff. OR; Dienstvertrag oder Arbeitsvertrag im weiteren Sinne²⁷ nach §§ 1153–1164 ABGB).

Dieser Unterscheidung systembildenden Charakter zuzumessen, ist sinnvoll. So wird mit der Kategorisierung des Vertrages einerseits eine Entscheidung über das geschuldete Leistungsprogramm getroffen, und erlauben Parteivereinbarungen über das Leistungsprogramm andererseits die Zuordnung des konkreten Vertrages zur einen oder anderen Kategorie mit

²⁷ Koziol/Welser (oben Fn. 10), 165.

all den damit verbundenen weiteren Folgen. So kann die Unterscheidung etwa wichtige Weichen stellen hinsichtlich der Frage, ob die Vergütung bereits nach Leistung der Dienste (Dienstvertrag) oder erst bei Abnahme fällig ist (so beim Werkvertrag), eventuell auch für die Frage, ob der Schuldner die Leistung einem Dritten übertragen darf (in den Vergleichsordnungen grundsätzlich möglich beim Werkvertrag, dagegen grundsätzlich nicht möglich beim Dienstvertrag). Zudem unterscheiden sich Werkvertrag und Dienstvertrag in den Vergleichsordnungen im Hinblick auf die Reaktionen auf Leistungsstörungen, so etwa hinsichtlich der Frage, ob bei Schlechtleistung gemindert werden kann (im deutschen und österreichischen Recht möglich beim Werk-, nicht aber beim Dienstvertrag; anders das schweizerische Recht), ob ein Anspruch auf Nacherfüllung besteht, welche Möglichkeiten zur Vertragsbeendigung bestehen etc.²⁸

2. Verpflichtung zur Handlung oder zum Erfolg im DCFR

a) Grundsätze

Im DCFR erfolgt die Systematisierung der Dienstleistungen anhand von sechs Basisaktivitäten. Alle nicht in den Kapiteln 2 bis 7 vertypten Dienstleistungsverträge unterliegen ausschließlich dem AT des DCFR sowie den Allgemeinen Vorschriften des Kapitels 1 zu den Dienstverträgen.

Der im germanischen Rechtskreis so grundlegenden Weichenstellung zwischen Verträgen, die auf einen Erfolg gerichtet sind, und solchen, bei denen nicht ein Ergebnis, sondern allein eine Dienstleistung geschuldet ist, wird im DCFR keine systembildende Funktion eingeräumt.²⁹

Art. IV.C.-2:105 sieht für den *service provider* zunächst eine „obligation of skill and care“ vor und regelt diese Sorgfaltpflicht in großer Ausführlichkeit in fünf Absätzen mit sieben Unterabsätzen. Die Vorschrift betrifft geschuldete Sorgfaltsstandards; die aus den drei Vergleichsordnungen bekannte und dort so grundsätzliche Weichenstellung zwischen einer Pflicht „nur“ zum Tätigwerden und einer Pflicht zum Erfolg findet sich im Wortlaut des Art. IV.C.-2:105 nicht und ist in den Art. IV.C.-2:105 auch nur schwerlich hineinzulesen. Die Lektüre des Kommentars zu der Regelung bestätigt zudem, dass sie tatsächlich (allein) Sorgfaltsstandards definiert, sie also nicht die Alternative zur Erfolgsverpflichtung beschreiben soll.³⁰

²⁸ Siehe schon den Überblick bei *Wendehorst*, AcP 206 (2006), 248 ff.

²⁹ So ausdrücklich die Kommentierung zu Art. IV.C.-2:106: *von Bar/Clive* (oben Fn. 1), Art. IV.C.-2:106, Comment C (S. 1656).

³⁰ *von Bar/Clive* (oben Fn. 1), Art. IV.C.-2:105, Comment A (S. 1646): „Whether an obligation to achieve [a] result is to be imposed on the service provider, depends on the interpretation of the contract, taking into account Art. IV.C.-2:106 (Obligation to achieve

Der Allgemeine Teil des Rechts der Dienstverträge sieht im folgenden Art. IV.C.-2:106 (1) (*obligation to achieve result*) ausdrücklich und offenbar grundsätzlich die Pflicht des Dienstleisters vor, ein bestimmtes Ergebnis zu erzielen. Es heißt dort: „The supplier of a service must achieve the specific result stated or envisaged by the client at the time of the conclusion of the contract.“ Für die Verpflichtung zum Erfolg ist danach maßgeblich, dass der Klient, Besteller, Kunde, Patient oder Mandant den erwarteten Erfolg („result“) bei Vertragsschluss mitgeteilt hat („stated“³¹), was nach dem Wortlaut der Regelung einseitig geschehen kann. Hat der Kunde keine solche ausdrückliche Mitteilung von dem erwarteten Erfolg gemacht, so ist gleichwohl ein Erfolg geschuldet, wenn der Kunde den Erfolg ins Auge gefasst hat („envisaged“³²), unter der (nur in diesem Fall: zusätzlichen) Voraussetzung, dass „(a) the result envisaged was one which the client could reasonably be expected to have envisaged; and (b) the client had no reason to believe that there was a substantial risk that the result would not be achieved by the service“: Art. IV.C.-2:106 (1) (b).

Es entsteht so der Eindruck, dass in Art. 2:106 eine Vermutung für den „Werkvertrag“ als Grundtypus des Dienstleistungsvertrages aufgestellt werden soll.³³ Dann aber stellt sich die Frage, ob es tatsächlich ausreichen soll, dass der Kunde, Mandant oder Patient unwidersprochen die Erwartung auf einen bestimmten Ausgang der Bemühungen des Dienstverpflichteten äußert, um eine vertragliche Pflicht zum Erfolg zu begründen und den Vertrag – aus Sicht unserer Vergleichsordnungen – zum Werkvertrag zu machen?³⁴ Sofern er sich nicht ausdrücklich äußert: Soll es tatsächlich ausreichen, dass der Kunde vernünftigerweise auf den Eintritt eines Erfolges hoffen konnte, um eine Rechtspflicht zum Erreichen dieses Erfolgs zu begründen – unabhängig von der Bereitschaft (und Fähigkeit) des Dienstleisters, tatsächlich einen solchen Erfolg zu garantieren?³⁵ Wird der Dienstberechtigte nicht sogar in aller Regel (vernünftigerweise) erwarten,

result). The present Article merely imposes an obligation on the service provider to make every reasonable effort for the achievement of the particular result.“ Siehe etwa auch *Illustration 3*, betreffend einen Vertrag „to repair pipes“.

³¹ *To state*, zu übersetzen etwa mit: mitteilen, angeben, festlegen, nennen oder konstatieren.

³² *To envisage*, zu übersetzen etwa mit: voraussehen, ins Auge fassen oder vorstellen.

³³ So offenbar auch das Verständnis von *Ernst*, AcP 208 (2008), 251: „Der Vertragstyp *Services* ähnelt am ehesten dem Werkvertrag“; differenzierend *Unberath*, ZEuP 2008, 768 f.

³⁴ So in der Tat auch die Kommentierung der Vorschrift: von *Bar/Clive* (oben Fn. 1), Art. IV.C.-2:106, Comment A (S. 1653).

³⁵ Laut Kommentierung soll ausreichen, dass „a reasonable service provider would expect the client to expect the result to be achieved“: von *Bar/Clive* (oben Fn. 1), Art. IV.C.-2:106, Comment A (S. 1653).

dass die Bemühungen des Dienstverpflichteten einen gewissen Erfolg zeitigen werden? Soll eine solche vernünftige Hoffnung auf einen dem Kunden (Mandanten, Patienten) günstigen Ausgang tatsächlich eine Rechtspflicht begründen, diesen Ausgang auch herbeizuführen?

Die Kommentierung zu Art. 2:106 bestätigt dieses Verständnis der Regelung. Dort heisst es: „If the parties have different views on whether the result can be achieved without any risk, the Article nevertheless applies and the obligation to achieve the particular result is imposed on the service provider.“³⁶ Maßgebliches Abgrenzungskriterium zwischen der Verpflichtung nur zu sorgfältigem Handeln und der Verpflichtung zum Erfolg ist die Möglichkeit, dass der gewünschte Erfolg erzielt wird – und zwar aus Sicht des Kunden: „[I]f it is probable that the service can achieve the required result, an obligation to do so is imposed on the service provider (in the absence of a contractual provision to the contrary). If there is no such probability, the obligation is not imposed.“³⁷ Der Dienstleister ist danach im eigenen Interesse gehalten, die Erwartungshaltung des anderen Teils sorgfältig zu ermitteln und (überzogenen) Erwartungen ausdrücklich zu widersprechen, um eine Verpflichtung, diese Erwartungen erfüllen zu müssen, zu vermeiden.³⁸

Aus Sicht der Vergleichsordnungen ist all dies bemerkenswert und ist eine solche, auf eine einseitige Erwartung gegründete Erfolgsverpflichtung kaum denkbar. Hier erfolgt die Abgrenzung von Pflicht zur Leistung und Pflicht zum Erfolg vielmehr danach, ob der Dienstleistende seine Vergütung nach der Parteivereinbarung unabhängig vom Eintritt des Erfolges erhalten sollte oder ob die Vergütung stattdessen vom Erfolg abhängen sollte; weiteres Kriterium ist, ob der Erfolgseintritt innerhalb der Einfluss-sphäre des Dienstleisters lag und der gewünschte Ausgang ausschließlich von dessen Fähigkeiten abhing oder er den gewünschten Ausgang auch bei pflichtgemäßem Einsatz nicht garantieren konnte.³⁹

b) Das Beispiel der construction contracts

Die Art. IV.C.-3:101 ff. des DCFR enthalten Regelungen zu *construction contracts*, worunter Bauverträge zu verstehen sein dürften.⁴⁰ Hier wäre nun aus Sicht der Vergleichsordnungen tatsächlich eine Pflicht zum Erfolg und mithin in der Tat ein Werkvertrag zu erwarten.

³⁶ von Bar/Clive (oben Fn. 1), Art. IV.C.-2:106, Comment A (S. 1654).

³⁷ von Bar/Clive (oben Fn. 1), Art. IV.C.-2:106, Comment C (S. 1656).

³⁸ So in der Tat die Kommentierung, *ibidem*. Dies soll – ohne nähere Begründung – grundsätzlich nicht gelten für „a processor, a supplier of evaluative information or a provider of medical treatment“.

³⁹ Siehe etwa Looschelders (oben Fn. 7), Rn. 543.

⁴⁰ Näher unten, VI. 6.

Kapitel 3 des DCFR, d.h. die Regelung zum *construction contract*, und insb. Art. IV.C.-3:101, bringt aber nicht eindeutig zum Ausdruck, ob der Unternehmer den Herstellungserfolg schuldet oder er nur zum Tätigwerden verpflichtet ist.⁴¹ Der Wortlaut der einleitenden Regelung: „[T]he constructor undertakes to construct“ in Art. IV.C.-3:101 (1) deutet im englischen Sprachgebrauch in eine völlig andere Richtung, nämlich auf eine bloße Pflicht zum Tätigwerden. Eine Gegenüberstellung von Art. 3:101 (1), (2) einerseits und Art. 2:106 andererseits, wo von der „obligation to achieve result“ gesprochen wird, scheint diese Auslegung von Art. 3:101 zu bestätigen.

Auch mit den Regelung zu den Leistungsstörungen bei *construction* steht ein solches Verständnis in Einklang. Hiernach kann der Besteller die Abnahme des Bauwerks (nur) verweigern, „when the structure ... does not conform to the contract and such non-conformity makes it unfit for use“; Art. IV.C.-3:106 (1) 2. Beide Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen („and“).⁴² Nach Art. IV.C.-3:104 (2) ist das Bauwerk vertragswidrig („does not conform to the contract“), es sei denn („unless...“), es eignet sich zum im Vertrag vorgesehenen (*lit. a*) und⁴³ zum üblichen Gebrauch (*lit. b*). Nach diesen Regelungen genügt es also, dass sich der Unternehmer um Herstellung eines vertragsgemäßen Zustandes bemüht, solange das erstellte Werk „fit for use“ ist. Man denke etwa an das Beispiel aus der europäischen Rechtsprechung, dass der Bau eines Gebäudes (z.B. eines Hauses oder Schwimmbades) mit vertraglich genau festgelegten Maßen geschuldet ist, das Gebäude hiervon aber abweicht (das Schwimmbad z.B. mit etwas zu geringerer Tiefe errichtet wurde), jedoch dennoch vollumfänglich nutzbar ist.⁴⁴ Nach dem DCFR müsste das Bauwerk nach

⁴¹ Auch die Kommentierung zu Art. IV.C.-3:101 klärt diese Frage nicht: von Bar/Clive (oben Fn. 1), Art. IV.C.-3:101 (S. 1700–1703). Zu Art. IV.C.-3:104 sogleich im Text.

⁴² Siehe im Vergleich § 633 Abs. 2 S. 1 BGB: „Das Werk ist frei von Sachmängeln, wenn es die vereinbarte Beschaffenheit hat“, und § 640 Abs. 1 S. 2: „Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abnahme nicht verweigert werden.“ – Ähnlich § 1167 i.V.m. § 932 ABGB; Art. 368 Abs. 2 und 3 OR.

⁴³ Die Regelung fordert beides kumulativ („and“); anders mit guten Gründen z.B. § 434 BGB, wonach primär die vertraglich vorausgesetzte Verwendung und nur subsidiär die gewöhnliche Verwendung maßgeblich ist.

⁴⁴ Siehe nur die Fälle *Ruxley Electronics v. Forsyth*, House of Lords, [1995] 3 WLR 118, [1996] AC 344 (Schwimmbad 1 foot 6 inches zu flach); Cour de cassation, 3^e ch. civ. 11 mai 2005, Belhadj c SA Les Bâtitisseurs du Grand delta, Bull. civ. 2005 III, Nr. 103, S. 96 mit Anm. Sabine Bernheim-Desvaux: Sanction du défaut de conformité aux stipulations contractuelles de construction, JCP 2005. II. 10152 (Gebäude weicht 0,33 m von der Planung ab).

Art. IV.C.-3:106 (1) abgenommen werden;⁴⁵ zudem wäre es – wegen seiner uneingeschränkten Nutzbarkeit – nach dem DCFR wohl sogar vertragskonform i.S.v. Art. IV.C.-3:104 (2) mit der Folge, dass Mängelansprüche ausgeschlossen wären; dies stünde in deutlichem Widerspruch nicht nur z.B. zu den Vergleichsordnungen,⁴⁶ sondern etwa auch zum französischen oder englischen Recht.⁴⁷

Damit stellt sich die Frage, ob tatsächlich beabsichtigt ist, im AT der Dienstverträge für Dienstleistungsverträge eine grundsätzliche Pflicht vorzusehen, ein bestimmtes Ergebnis bzw. einen Erfolg zu erzielen, die dann aber gerade für Bauverträge auf eine reine Dienstverpflichtung herabgestuft werden soll.

Ist dies *nicht* beabsichtigt, so stellt sich die Frage, was eine gesetzliche oder gesetzesähnliche Regelung der Dienstverträge leisten soll. Sollte eine der Hauptaufgaben und -leistungen schon des Textes der Regelung im DCFR nicht sein, für bestimmte Vertragstypen das geschuldete Leistungsprogramm bereits in den grundlegenden Bestimmungen möglichst präzise zu umschreiben und vorzugeben, um so die Leistungspflichten der Parteien nachvollziehbar zu definieren, den Umfang des Erfüllungsanspruchs festzulegen und gleichzeitig zu bestimmen, in welchem Fall von einer die Vertragshaftung auslösenden Nichterfüllung auszugehen ist?⁴⁸ Art. 2:106 für Dienstleistungsverträge allgemein und Art. 3:101 für Bauverträge scheinen dies noch nicht hinreichend zu leisten. Aus Sicht des germanischen Rechtskreises kehren sie die Verhältnisse jedenfalls für Bauverträge (einerseits Art. IV.C.-2:106 und andererseits Art. IV.C.-3:101), ebenso aber für Planungsleistungen (*design*, siehe einerseits Art. IV.C.-2:106 und andererseits Art. IV.C.-6:106 (1)) ihrem Wortlaut nach geradezu um. Was

⁴⁵ Ein Ergebnis, für das sich gute Gründe anführen lassen; siehe im Vergleich etwa § 640 Abs. 1 S. 2: „Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abnahme nicht verweigert werden“.

⁴⁶ Im deutschen Recht käme etwa eine Minderung nach §§ 638 Abs. 1, 634 Ziff. 3 letzte Alt., 633 BGB in Betracht.

⁴⁷ In dem zitierten englischen Fall wurden Kosten für die Nachbesserung als unverhältnismäßig angesehen (ebenso wäre nach § 635 Abs. 3 BGB zu entscheiden gewesen), ein Minderwert des Schwimmbades war nicht feststellbar; stattdessen wurde ein Schadensersatzanspruch in Höhe von £ 2500 wegen *loss of amenity* gewährt; im französischen Recht käme heute wohl tatsächlich ein Anspruch auf Neuherstellung in Betracht; siehe die Nachw. in Fn. 44. Jedenfalls gälte das Gebäude in beiden Rechtsordnungen als vertragswidrig.

⁴⁸ Erläuterungsbedürftig scheint zudem, dass Art. IV.C.-3:106 DCFR im Rahmen der Abnahme offenbar einen Unterschied macht zwischen Vertragswidrigkeit und fehlender Nutzbarkeit (beides muss kumulativ vorliegen, um die Pflicht zur Abnahme auszu-schließen); dagegen scheint Art. IV.C.-3:104 (2) Vertragswidrigkeit und fehlende Nutzbarkeit gleichzusetzen.

den Ausgangspunkt in Art. IV.C.-2:106 betrifft, gilt dies auch für Behandlungsverträge oder Verträge zur Rechtsberatung.⁴⁹

Angesichts der zum Teil erheblichen Unterschiede, welche die europäischen Rechtsordnungen in diesen Fragen aufweisen,⁵⁰ wäre bei Maßgeblichkeit der Regelung des DCFR und den Unsicherheiten im Text in den einzelnen Ländern in identischen Konstellationen mit ganz unterschiedlichen Ergebnissen zu rechnen.

IV. Einzelne Vertragstypen

1. Vergleichsrechtsordnungen

Die Vergleichsordnungen treffen mithin die grundlegende Unterscheidung zwischen Werkvertrag einerseits und (freiem) Dienstvertrag bzw. – im schweizerischen Recht – dem entgeltlichen, auf eine Dienstleistung gerichteten Auftrag andererseits. Hinzu kommen in den Vergleichsordnungen einige weitere gesetzlich geregelte Vertragstypen, so v.a.:

- der Reise- bzw. Reiseveranstaltungsvertrag (§§ 651a–651m BGB; §§ 31b–31f des österreichischen Konsumentenschutzgesetzes⁵¹; Art. 1 ff. des schweizerischen Pauschalreisegesetzes); er steht dem Werkvertrag nahe, ist in allen drei Rechtsordnungen aber spezialgesetzlich geregelt;⁵²
- der Maklervertrag (§§ 652–656 BGB; 412–418 OR; MaklerG);
- die Hinterlegung oder Verwahrung (§§ 688–700 BGB; §§ 957–970c ABGB; 472–491 OR);
- der Verlagsvertrag (§§ 1172 f. ABGB; Art. 380 ff. OR; siehe in Deutschland das Gesetz über das Verlagsrecht (VerlagsG);
- ferner der im deutschen Recht *per definitionem* unentgeltliche Auftrag (§§ 662–674 BGB); das österreichische und das schweizerische Recht

⁴⁹ Auch hier scheint nach den allgemeinen Vorschriften zunächst und unter den in Art. IV.C.-2:106 (1) genannten Voraussetzungen grundsätzlich ein Erfolg („result“) geschuldet zu sein. Für Behandlungsverträge sieht die einleitende Vorschrift, Art. IV.C.-8:101 des DCFR, dann offenbar (oder nur: eventuell?) wieder – wie bei *construction* und *design* – eine Pflicht zum Tätigwerden vor („one party undertakes to provide“), was hier – anders als bei Bauverträgen und Planungsleistungen – aus Sicht der Vergleichsordnungen durchaus angemessen ist.

⁵⁰ Siehe nur oben, Fn. 46, 47.

⁵¹ Das Gesetz gilt nicht nur für Verbraucherverträge, sondern etwa auch für Geschäftsreisen, vgl. *Koziol/Welser* (oben Fn. 10), 266.

⁵² Vgl. *Wendehorst*, AcP 206 (2006), 234 mit Überblick über den Meinungsstand zur Einordnung des Vertrages.

- kennen dagegen auch den praktisch erheblich bedeutsameren entgeltlichen Auftrag (§§ 1002 ff ABGB; Art. 394 ff. OR⁵³) und
- der Geschäftsbesorgungsvertrag des deutschen Rechts (§ 675 BGB); dabei handelt es sich beim Geschäftsbesorgungsvertrag nach der in Deutschland vorherrschenden Auffassung nicht im eigentlichen Sinne um einen eigenen Vertragstyp, vielmehr existieren sowohl Dienst- als auch Werkverträge mit Geschäftsbesorgungscharakter, auf die ergänzend Regelungen des Auftragsrechts Anwendung finden; in Österreich und der Schweiz gelten insoweit die Regelungen zum entgeltlichen Auftrag;⁵⁴
 - hinzu kommen, meist außerhalb der großen Kodifikationen, der Transportvertrag und der Versicherungsvertrag (geregelt im deutschen bzw. dem österreichischen Versicherungsvertragsgesetz sowie dem schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag);
 - weitere „Tätigkeitsverträge“ finden sich im Handelsrecht, so etwa der Handelsvertretervertrag (§§ 84–92c HGB), der Handelsmaklervvertrag (§§ 93–104 HGB), das Kommissions- (§§ 383–406 HGB), das Fracht- (§§ 407–452d HGB), das Speditions- (§§ 453–466 HGB) und das Lagergeschäft (§§ 467–475h HGB).

In der Regel ist bei all diesen Vertragstypen ergänzend auf die allgemeinen Regeln zu Werk- oder Dienstvertrag bzw. (im schweizerischen Recht) zum Auftrag zurückzugreifen. Werk- und Dienstvertrag (bzw. in der Schweiz der Auftrag) geben damit eine allgemeine und übergeordnete Struktur vor.

2. Übersicht der Vertragstypen im DCFR

Der DCFR bedient sich anderer Kategorien. So unterscheidet und systematisiert der DCFR in Art. IV.C.-1:101 (2) sowie den Art. IV.C.-3:101 ff. zwischen Verträgen gerichtet auf:

- *construction* (im Grundtypus wohl zu übersetzen mit Bauleistungen, im weiteren Sinne mit Herstellung), Art. IV.C.-3:101 ff.
- *processing* (Bearbeitung), Art. IV.C.-4:101 ff.
- *storage* (Verwahrung), Art. IV.C.-5:101 ff.
- *design* (Entwurf oder Planung), Art. IV.C.-6:101 ff.

⁵³ Zum schweizerischen Recht schon oben, I. 1. a).

⁵⁴ Die Sondervorschriften zur Geschäftsbesorgung sollen den besonderen Einwirkungsmöglichkeiten auf die Interessensphäre des Gläubigers Rechnung tragen; vgl. *Oetker/Maultzsch* (oben Fn. 9), § 1, Rn. 25. Eingehend *Wendehorst*, AcP 206 (2006), 235 ff.; nötig wurde die Regelung wegen der Unentgeltlichkeit des Auftrags im deutschen Recht, vgl. *Weyers*, AcP 182 (1982), 64.

- *information or advice* (Information oder Beratung), Art. IV.C.-7:101 ff. und
- *treatment* (Behandlungsleistung), Art. IV.C.-8:101 ff.

Im Vergleich mit den gesetzlichen Regelungen in den drei Referenzordnungen wählt der DCFR damit (abgesehen von der Verwahrung) also gänzlich andere Kategorien. Betrachten wir diese im Folgenden im Vergleich mit den Regelungen der Vergleichsordnungen.

V. Die typisierten Dienstleistungsverträge des DCFR im Einzelnen im Vergleich mit den Referenzordnungen

1. Herstellung⁵⁵ (*construction*)

a) Charakterisierung nach dem DCFR

Der Grundfall der Basisaktivität „Herstellung“ ist nach dem DCFR die Herstellung eines Gebäudes oder eines unbeweglichen Gegenstandes. Dem ist gleichgestellt die wesentliche Änderung („materially alter“) eines bestehenden Gebäudes, Art. IV.C.-3:101 (1) 2. Alt. Wesentliches Merkmal ist jeweils, dass der Bauplan, nach dem das Gebäude entstehen soll, vom Kunden stammt. Mit angemessenen Anpassungen finden die Regelungen auch auf die Herstellung beweglicher Gegenstände Anwendung, ebenso auf die Errichtung eines Gebäudes, bei welcher der Bauplan vom Hersteller zur Verfügung gestellt wird, Art. 3:101 (2) (a) und (b).

Der DCFR soll im Kapitel „Herstellung“ wohl Dienstleistungsverträge erfassen, bei denen der Hersteller jedenfalls in der Regel einen bestimmten Erfolg schuldet. Dies mag man aus Art. IV.C.-3:104 (1) (*conformity*) herleiten, der den Hersteller dazu verpflichtet, das Werk entsprechend der im Vertrag festgelegten Qualität und Beschreibung herzustellen. Wortlaut und Systematik des DCFR bringen die Verpflichtung zu einem Erfolg, wie bereits erwähnt, im Übrigen aber erstaunlicherweise nicht eindeutig zum Ausdruck,⁵⁶ sofern man nicht aus Art. IV.C.-2:106 („The supplier of a service must achieve the specific result stated or envisaged by the client at the time of the conclusion of the contract“) für Dienstleistungsverträge schlechthin eine Verpflichtung zur Herbeiführung eines Erfolges ablesen will. Die Umschreibung „undertakes to construct“ in der einleitenden Regelung des Abschnittes über *construction* (Art. IV.C.-3:101 (1)) deutet, wie erwähnt, eher auf eine bloße Tätigkeitsverpflichtung hin, und, wie

⁵⁵ In der deutschen Terminologie zur Bezeichnung der Basisaktivitäten wird *Unberath*, ZEuP 2008, 759 f. gefolgt.

⁵⁶ Oben, III. 2.

ebenfalls erwähnt, die Vorschriften zur Gewährleistung bei *construction contracts* erlauben auch eine solche Interpretation.⁵⁷ Zudem wäre für einen Rückgriff auf die Erfolgspflicht in der allgemeinen Regel des Art. IV.C.-2:106 die Hürde zu nehmen, dass diese Vorschrift nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen durch die spezielle Regelung in der einleitenden Regelung des Abschnittes über *construction* (Art. IV.C.-3:101 (1): „undertakes to construct“) eigentlich verdrängt sein müsste.

b) Vergleichsordnungen

In den Vergleichsordnungen ist bei Herstellung eines Gebäudes regelmäßig ein Erfolg geschuldet und handelt es sich dann um einen Werkvertrag. Die großen Kodifikationen der drei untersuchten Länder kennen den Begriff des „Bauvertrags“ als selbstständigen Typus nicht, sondern enthalten nur punktuelle Sonderregeln in Bezug auf Bauwerke.⁵⁸ Eine umfassendere Regelung der Materie des Bauvertrags findet sich im deutschen Recht dagegen in der „Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil B (VOB/B)“.⁵⁹

Die Erfahrungen in den Vergleichsordnungen haben dort bisher nicht zu der Überzeugung geführt, dass eine Herauslösung des Baurechts aus dem Werkvertragsrecht angezeigt ist. Es herrscht vielmehr ganz überwiegend der Eindruck, dass die einschlägigen Probleme mit Hilfe des allgemeinen Werkvertragsrecht angemessen gelöst werden können.⁶⁰

2. Bearbeitung (processing)

a) DCFR

Unter Bearbeitung sind Dienstleistungen in Bezug auf bereits bestehende Sachen (auch unbewegliche Gegenstände und Gebäude) zu verstehen, vgl. Art. IV.C.-4:101 (1). Hierzu zählen die Reparatur, Instandhaltung oder Reinigung. Die Reparatur ist von grundlegenden Änderungen abzugrenzen; auf diese findet das Kapitel „Herstellung“ Anwendung, Art. IV.C.-3:101 (1).

⁵⁷ Oben, III. 2.

⁵⁸ Etwa in § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB (Verjährung); § 648 BGB (Sicherungshypothek des Bauunternehmers); Art. 371 Abs. 2 OR (Verjährung); § 1170b ABGB (Sicherung des Werklohns).

⁵⁹ Näher z.B. F. Peters/F. Jacoby, in: Staudinger (Neubearbeitung 2008), Vorbem. zu §§ 631 ff., Rn. 12.

⁶⁰ Siehe stellvertretend Staudinger/Peters/Jacoby (oben Fn. 59), Vorbem. zu §§ 631 ff., Rn. 12. Sie lehnen eine generelle Herauslösung des Baurechts aus dem Werkvertragsrecht ab. Auch Bauverträge seien mit dem BGB (und seinem Werkvertragsrecht) angemessen zu lösen. Esser/Weyers (oben Fn. 9), § 31, 4 (S. 253); ausführlich, zeitlos und nach wie vor ausgesprochen lesenswert Weyers, AcP 182 (1982), 60–79.

b) Vergleichsordnungen

Die genannten Tätigkeiten werden in den Vergleichsordnungen als erfolgsbezogen angesehen. Sie sind daher in der Regel Gegenstand von Werkverträgen.⁶¹ Bei der Instandhaltung bzw. Wartung sind möglicherweise dienstvertragliche Elemente zu berücksichtigen.⁶²

3. Verwahrung (storage)

Dieser Basisaktivität kann in den hier untersuchten Rechtsordnungen jeweils ein v.a. aus historischen Gründen⁶³ ebenfalls selbständig geregelter Vertragstyp, die Hinterlegung oder Verwahrung zugeordnet werden (Verwahrung: §§ 688–700 BGB; §§ 957–970c ABGB; Hinterlegung: Art. 472–491 OR).

4. Entwurf oder Planung (design)

a) Grundlagen

Entwürfe und Planungsleistungen sollen nach dem DCFR auf die Verpflichtung zur Herbeiführung eines Erfolges gerichtet sein,⁶⁴ wobei der Wortlaut „undertakes to“ in Art. IV.C.-6:101 (1) allerdings wiederum eher auf das Gegenteil hinweist. In den Vergleichsordnungen hängt die Qualifikation als Werk- oder Dienstvertrag nach den allgemeinen Grundsätzen davon ab, ob vertraglich ein Erfolg geschuldet wird, wie regelmäßig bei Planungsverträgen etwa mit Architekten.⁶⁵

b) Insbesondere: Die Verjährung

Im deutschen und im schweizerischen Recht wird bei Planungsleistungen insb. danach unterschieden, ob sie sich auf eine bewegliche Sache oder ein Bauwerk auf einem Grundstück beziehen. Dies spielt eine Rolle insbesondere bei der Verjährung: nach § 634a Abs. 1 Nr. 1 BGB gilt für bewegliche Sachen eine 2-Jahres-Frist; für Bauwerke und die Erbringung entsprechender Planungs- und Überwachungsleistungen gilt nach Nr. 2

⁶¹ Siehe nur *Honsell* (oben Fn. 4), 270.

⁶² Dauerschuldverhältnis mit werkvertragsähnlichem Inhalt, vgl. *Koziol/Welser* (oben Fn. 10), 255; *Honsell* (oben Fn. 4), 270; *H. Sprau*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar (69. Aufl., 2010), Einf. v. § 631, Rn. 22, 30.

⁶³ *Esser/Weyers* (oben Fn. 9), § 38, I. 1 (S. 335).

⁶⁴ Zu ersehen – trotz Art. IV.C.-6:103, der auf eine Verpflichtung zum sorgfältigen Handeln hindeuten scheint – wohl aus Art. IV.C.-6:104 und *von Bar/Clive* (oben Fn. 1), Art. IV.C.-6:104, Comment D (S. 1864).

⁶⁵ Siehe für Differenzierungen im schweizerischen Recht *Honsell* (oben Fn. 4), 272–274.

dagegen eine 5-jährige Verjährungsfrist. Auch nach Art. 371 Abs. 2 des schweizerischen OR gilt für Ansprüche gegen den Architekten eine fünfjährige anstelle der einjährigen Verjährungsfrist des Kaufrechts, Art. 210 Abs. 1 OR. Auf diese Weise wird sichergestellt, dass im Fall von Baumängeln die Verjährung für die Werke des Bauunternehmers, des Planers (Architekten)⁶⁶ und des Bauüberwachers (Bauleiter, jedenfalls bei größeren Vorhaben in der Regel vom Architekten verschieden) koordiniert werden.

Nach dem DCFR gilt für die Verjährung bei Baumängeln und entsprechenden Planungsleistungen in vielen Fällen dagegen eine Verjährungsfrist von 10 Jahren (Art. III.-7:307). Zwar beträgt die Regelverjährung nach dem DCFR drei Jahre, Art. III.-7:201. Diese Frist verlängert sich jedoch, wenn der Gläubiger die Tatsachen nicht kennt, die für ihn die Mängelrechte begründen, Art. III.-7:301 (b). Gerade Baumängel werden oft erst spät sichtbar.

Aus diesem Grund haben der deutsche und der schweizerische Gesetzgeber die Regel-Verjährungsfrist auf fünf Jahre erweitert.⁶⁷ Der Beginn der Verjährung ist in beiden Rechtsordnungen (vorbehaltlich eines arglistigen Verhaltens des Bauunternehmers) an die Abnahme des Bauwerks gebunden (§ 634a Abs. 2 BGB; Art. 371 Abs. 2 OR), unabhängig von einer Kenntnis oder einem Kennenmüssen des Bauherrn vom Mangel. Zweck dieser – im Hinblick auf die Nutzungs- und Bestandsdauer von Gebäuden – relativ kurzen Verjährungsfrist ist es, Streitigkeiten über Mängel zu einem Zeitpunkt zu vermeiden, zu dem die Ursachen und Verursachungszusammenhänge von Mängeln nicht mehr sinnvoll festgestellt werden können.⁶⁸

Die Regelung des DCFR führt demgegenüber wie erwähnt dazu, dass Ansprüche wegen Bau- und Planungsmängeln bis zu zehn Jahre (bei *damages for personal injuries* sogar bis zu 30 Jahre: vgl. Art. III.-7:307 DCFR) geltend gemacht werden können. Dieser Unterschied zwischen DCFR und den Vergleichsordnungen ist im Hinblick auf seine praktische Bedeutung bemerkenswert.

Aus der Sicht unserer Vergleichsordnungen „fehlt“ es für Baumängel hier an einer Differenzierung in den Verjährungsregeln des DCFR, dies v.a. dann, wenn man bedenkt, welche Auswirkungen die im DCFR vorgesehenen Verjährungsregelungen auf die Kosten des Bauens in der EU haben könnten.

⁶⁶ Zum Architektenvertrag etwa *Oetker/Maultzsch* (oben Fn. 9), § 7, Rn. 14.

⁶⁷ Vgl. für das deutsche Recht *Palandt/Sprau* (oben Fn. 62), § 634a, Rn. 10.

⁶⁸ Siehe stellvertretend *Palandt/Sprau* (oben Fn. 62), § 634a, Rn. 2.

5. Information und Beratung (information and advice)

a) DCFR

Der DCFR widmet auch der Verschaffung von Information und der Beratung ein eigenes Kapitel (Art. IV.C.-7:101 ff.). Es zeichnet sich u.a. durch umfassende und detailliert geregelte Informations-, Nachforschungs- und Sorgfaltspflichten des Unternehmers aus (Art. IV.C.-7:102–104), für die es in den Kodifikationen der Vergleichsordnungen keine gesetzlichen Vorbilder gibt.

b) Vergleichsordnungen

Die Verschaffung von Informationen dürfte im deutschen und im österreichischen Recht häufig als Werkvertrag einzuordnen sein, im schweizerischen Recht jedenfalls dann, wenn deren Richtigkeit nach objektiven Kriterien festgestellt werden kann.⁶⁹ Bei der Beratung handelt es sich dagegen, da in der Regel kein bestimmter Erfolg, sondern nur das Tätigwerden geschuldet ist, meist um einen Dienstvertrag, im schweizerischen Recht um einen Auftrag.⁷⁰ Es gelten dann die allgemeinen Regeln.

Die Frage, wann eine auf Information und Beratung gerichtete Tätigkeit einen vertraglichen Charakter annimmt, und auf welcher Grundlage für Vermögensschäden gehaftet wird, die aus enttäuschem Vertrauen auf falsche Informationen und mangelhafte Beratungsleistungen folgen, bereitet in den Vergleichsordnungen seit langem erhebliche Probleme.⁷¹

§ 675 Abs. 2 BGB stellt klar, dass, wer „einem anderen einen Rat oder eine Empfehlung erteilt, ... unbeschadet der sich aus einem Vertragsverhältnis, einer unerlaubten Handlung oder einer sonstigen gesetzlichen Bestimmung ergebenden Verantwortlichkeit, zum Ersatz des aus der Befolgung des Rates oder der Empfehlung entstehenden Schadens nicht verpflichtet“ ist. Damit stellt das Gesetz die Vermutung auf, dass der den Rat Erteilende in der Regel keinen Rechtsbindungswillen hat.⁷² Im österreichischen und schweizerischen Recht gelten vergleichbare Ausgangspositionen.⁷³

⁶⁹ Vgl. *Honsell* (oben Fn. 4), 272 f.; *Rummel/Krejci* (oben Fn. 10), §§ 1165, 1166, Rn. 20 (bei Vertrag mit Auskunftlei liegt Werkvertrag vor).

⁷⁰ *Honsell* (oben Fn. 4), 272 f., 308 f. m.w.N.

⁷¹ Siehe stellvertretend *H. Honsell*, Die Haftung für Auskunft und Gutachten, insbesondere gegenüber Dritten, in: *Festschrift für Peter Nobel* (Bern, 2005), 939 ff.; *C. Chappuis/B. Winiger* (Hg.), *La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel* (Genève, 2009); *Esser/Weyers* (oben Fn. 9), § 35 I 3. c) (S. 315).

⁷² Vgl. *Palandt/Sprau* (oben Fn. 62), § 675, Rn. 27.

⁷³ Zur Rechtslage in Österreich auf Grundlage der §§ 1299–1300: *Koziol/Welser* (oben Fn. 10), 146 und 353–355 m.w.N.; § 1300 ABGB bestimmt: „Ein Sachverständiger ist ... verantwortlich, wenn er gegen Belohnung in Angelegenheiten seiner Kunst oder

Die Rechtsprechung in den Vergleichsordnungen hat, in Deutschland trotz § 675 Abs. 2 BGB, das Erfordernis des Rechtsbindungswillens für einzelne Konstellationen jedoch eingeschränkt und einen „Vertrag auf sorgfältige Auskunft“ entwickelt oder eine Haftung aus Auftrag angenommen, wenn der Befragte erkennt, dass der Fragende von der Auskunft wichtige Maßnahmen, insbesondere Vermögensdispositionen, abhängig macht.⁷⁴ Dies gilt nach der Rechtsprechung selbst dann, wenn der Befragte einen Vertragsschluss ausdrücklich ablehnt.⁷⁵ Die Fälle in der Rechtsprechung betrafen vor allem Anlageberater, Banken, Treuhandgesellschaften und Bausparkassen.⁷⁶

Die Fallkonstellationen, in denen die Rechtsprechung diese Grundsätze entwickelte, sind vom DCFR allerdings nur teilweise erfasst, da Anlageberatung und Bankverträge als „supply of a financial product or a financial service“ vom Anwendungsbereich des Teils C des DCFR ausgeschlossen sind (Art. IV.C.-1:102).⁷⁷

Um die Schwierigkeiten, welche die Verortung der Haftung für Information und Auskunft zwischen Vertrags- und Deliktsrecht in den Vergleichsordnungen noch immer bereitet, zu bewältigen, wurde in der Literatur angemerkt, „[d]er Übersicht und Rechtssicherheit wäre vermutlich am besten gedient, wenn die bisher auf ... verschiedene Ansätze gründende Praxis der Rechtsprechung systematisch in einer eigenen, zwischen Delikts- und Vertragshaftung anzusiedelnden Kategorie ‚Statutshaftung‘ o.ä. erfasst würde“.⁷⁸ Am nächsten kommt einem solchen dritten Weg vielleicht die Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts zur außervertraglichen „Vertrauenshaftung“.⁷⁹

Vor dem Hintergrund der Erfahrungen in den Vergleichsordnungen scheint die Materie also durchaus regelungsbedürftig. Der DCFR äußert sich in den Art. IV.C.-7:101 bis 7:109 allerdings nicht zu der schwierigen Kernfrage, wer unter welchen Voraussetzungen einer vertraglichen Haftung für *information and advice* unterliegen soll. Ausweislich der Kommentierung sollen die Art. IV.C.-7:101 ff. sowohl auf Verträge Anwendung

Wissenschaft aus Versehen einen nachteiligen Rat erteilt. Außer diesem Fall haftet ein Ratgeber nur für den Schaden, welchen er wissentlich durch Erteilung des Rates dem anderen verursacht hat“; zur Rechtslage in der Schweiz: *Honsell* (oben Fn. 71), 939 ff., insb. 947 ff.

⁷⁴ Vgl. stellvertretend *D. Medicus*, Bürgerliches Recht (21. Aufl., 2007), Rn. 371; *Honsell* (oben Fn. 71), 944.

⁷⁵ BGHZ 7, 371 (374 f.); für die Schweiz *Honsell* (oben Fn. 4), 308 m.w.N.

⁷⁶ Vgl. die Nachweise bei *Medicus* (oben Fn. 74), Rn. 371; *Honsell* (oben Fn. 4), 308.

⁷⁷ Grund: sie seien spezieller Natur und Gegenstand oder wahrscheinlicher Gegenstand von EU-Regelungen; vgl. *von Bar/Clive* (oben Fn. 1), Art. IV.C.-1:102 (S. 1600).

⁷⁸ *Esser/Weyers* (oben Fn. 9), § 35 I 3. c) (S. 315).

⁷⁹ Dazu *Honsell* (oben Fn. 71), 945 f.

finden, deren Gegenstand in erster Linie auf Beschaffung von Information oder Rat gerichtet ist, als auch auf Verträge, in denen die Gewährung von Information oder Rat eine nur untergeordnete Rolle spielen.⁸⁰ Auch sollen die Art. IV.C.-7:101 ff. unabhängig davon Anwendung finden können, ob der Rat gegen Entgelt oder unentgeltlich erteilt wurde.⁸¹ Im Übrigen stellt der DCFR ausführliche Pflichtenkataloge für den Fall auf, dass der potentiell Haftpflichtige bereits identifiziert ist (Art. IV.C.-7: 102 ff.).

Aus Sicht der Vergleichsrechtsordnungen bleibt damit die eigentliche Kernfrage der Haftung für Information und Auskunft offen. Die Anforderungen, die der DCFR in den detaillierten Pflichtenkatalogen vorsieht, erscheinen, v.a. für das Verhältnis zwischen gewerblich handelnden Akteuren, als sehr weit reichend.

Der DCFR verortet die Haftung für Information und Auskunft allerdings außer im Vertragsrecht auch im Recht der außervertraglichen Haftung. Art. VI.-2:207 bestimmt: „Loss caused to a person as a result of making a decision in reasonable reliance on incorrect advice or information is legally relevant damage if (a) the advice or information is provided by a person in pursuit of a profession or in the course of trade; and (b) the provider knew or could reasonably be expected to have known that the recipient would rely on the advice or information in making a decision of the kind made.“ Diese Regelung wirft nicht zuletzt die Frage auf, weshalb es nicht auch im Bereich der Vertragshaftung gelungen ist, Kriterien dafür vorzusehen, haftungsbegründenden Rat und Information von rechtlich irrelevanten Auskünften abzugrenzen, und damit zur eigentlichen Kernfrage Stellung zu nehmen.

6. Behandlung (treatment)

a) DCFR

Den Grundfall des *treatment* sieht der DCFR im medizinischen Behandlungsvertrag, Art. IV.C.-8:101 (1). Mit angemessenen Anpassungen gilt dieses Kapitel auch für sonstige Dienstleistungen zur Veränderung der körperlichen oder geistigen Verfassung einer Person, Art. IV.C.-8:101 (2).

b) Vergleichsordnungen

Die Vergleichsordnungen kennen keinen eigentlichen Arzt- oder Behandlungsvertrag als eigenständige Kategorie. Dieser wird vielmehr in aller Regel als Dienstvertrag eingeordnet.⁸² Eine Qualifikation als Werkvertrag

⁸⁰ von Bar/Clive (oben Fn. 1), Art. IV.C.-7:101, Comment A (S. 1875).

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² Palandt/Weidenkaff (oben Fn. 7), Einf. v. § 611, Rn. 18; Esser/Weyers (oben Fn. 9), § 27 II. 3. d): Es können „zwar Einzelleistungen wie die Anfertigung einer Prothese oder

scheidet oft aus, weil der Heilungserfolg in der Regel außerhalb des Einflussbereichs des Arztes liegt, dieser vielmehr nur für eine fachgerechte Behandlung sorgen und eintreten will (und kann).⁸³

Dies darf allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich das Arztrecht, und insbesondere das Arzthaftungsrecht, in den Vergleichsrechtsordnungen zu einer nahezu eigenständigen Materie entwickelt hat, einschließlich darauf spezialisierter Rechtsanwälte.⁸⁴

VI. Ein Vergleich anhand konkreter Fallbeispiele

Im Folgenden sollen die Regelungen der einzelnen Vertragstypen im DCFR sowie die entsprechenden Regelungen der drei Vergleichsordnungen auf einige praktisch besonders relevante Konstellationen von Dienstleistungen angewandt und die Ergebnisse miteinander verglichen werden. Dabei handelt es sich keineswegs um pathologische Fälle oder Ausnahmekonstellationen, sondern um alltägliche Standardprobleme aus dem Recht der Dienstleistungen.

1. Erste Konstellation: Herstellung eines Objekts nach Vorgaben des Bestellers

Im ersten Szenario beauftragt ein Kunde einen Schreiner mit der individuellen Herstellung eines Schrankes. Im Vertrag ist vorgesehen, dass Maße und einige Besonderheiten vom Kunden vorgegeben werden bzw. im Laufe der Herstellung von diesem zu präzisieren sind. Als sich bei der Herstellung für den Schreiner Fragen ergeben, bleibt der Kunde die versprochenen Antworten und Präzisierungen schuldig. Das erste Szenario soll im Hinblick auf zwei Fragen untersucht werden:

- (1) Wozu ist der Unternehmer unter diesen Umständen verpflichtet?
- (2) Können der Kunde oder der Unternehmer den Vertrag vorzeitig beenden und welche Auswirkungen hätte eine solche vorzeitige Vertragsbeendigung auf den Vergütungsanspruch des Unternehmers?

eine Schönheitsoperation werkvertraglich beurteilt werden. Im übrigen ist der Vertrag aber als Dienstvertrag einzustufen (str.)“; für die Schweiz: *Honsell* (oben Fn. 4), 311 („stets Auftrag, nicht Werkvertrag“).

⁸³ *Oetker/Maultzsch* (oben Fn. 9), § 7, Rn. 13 m.w.N.; *Looschelders* (oben Fn. 7), Rn. 613.

⁸⁴ Vgl. z.B. § 14b der Fachanwaltsordnung i.d.F. v. 1.7.2009: Fachanwalt für Medizinrecht.

a) *Gegenstand der Verpflichtung des Unternehmers*

aa) *Vergleichsordnungen*

Nach deutschem Recht wäre der Vertrag Werklieferungsvertrag im Sinne von § 651 BGB, und es gilt grundsätzlich Kaufrecht: § 651 S. 1 BGB;⁸⁵ der Vertrag hat die Lieferung einer unvertretbaren Sache zum Gegenstand, so dass, ergänzend, einige werkvertragliche Vorschriften gelten: § 651 S. 3 BGB.⁸⁶

Nach österreichischem und schweizerischem Recht wäre der Vertrag als Werkvertrag i.S.v. § 1165 ABGB und Art. 363 OR zu qualifizieren.⁸⁷

In allen drei Rechtsordnungen wäre der Unternehmer zur Herstellung und Lieferung des Schrankes nach den Vorgaben des Kunden verpflichtet; geschuldet wäre ein Ergebnis bzw. Erfolg.

bb) *DCFR*

Nach dem DCFR handelt es sich um einen Herstellungsvertrag (gerichtet auf *construction*) i.S.v. Art. IV.C.-3:101. Grundtypus ist der auf Immobilien gerichtete Bauvertrag: Art. 3:101 (1); auf Mobilien finden die Vorschriften „with appropriate adaptations“ Anwendung, Art. 3:101 (2).

Wie gesehen⁸⁸ bringen die Regelungen zum *construction contract* im DCFR nicht eindeutig zum Ausdruck, ob der Unternehmer den Herstellungserfolg schuldet oder er nur zum Tätigwerden verpflichtet ist. Nach dem Inhalt des Vertrages erwartet der Kunde ein bestimmtes Ergebnis (er hat „the specific result stated or envisaged“; vgl. Art. IV.C.-2:106), so dass der Unternehmer auch nach dem DCFR zur Erreichung des Erfolges verpflichtet sein sollte. Die Lösung findet sich hier allerdings eher in den allgemeinen Vorschriften zu den Dienstverträgen, während der Wortlaut der Regelung zu den *construction contracts* im Hinblick auf die geschuldete Leistung vieles offen lässt.⁸⁹

⁸⁵ Näher zur Abgrenzung *Oetker/Maultzsch* (oben Fn. 9), § 8, Rn. 17 f.

⁸⁶ So die Vorschriften über die Mitwirkung des Bestellers (§§ 642, 643 BGB), über die Gefahrtragung bei Leistungshindernissen aus der Sphäre des Bestellers (§ 645), über das jederzeitige Kündigungsrecht des Bestellers (§ 649) und über den Kostenvoranschlag (§ 650).

⁸⁷ Zwar besteht nach § 1166 Hs. 1 ABGB eine Vermutung für einen Kaufvertrag, wenn der Unternehmer auch den Stoff liefert, aus dem das Werk hergestellt wird. Diese Vermutung gilt jedoch als widerlegt, wenn das Werk – wie hier – gerade auf die Bedürfnisse des Bestellers zugeschnitten ist und entsprechend seinen Wünschen angefertigt wird; vgl. *Koziol/Welser* (oben Fn. 10), 255. Für die Schweiz ausführlich *Honsell* (oben Fn. 4), 269 ff.; *C. Huguenin*, Obligationenrecht, Besonderer Teil (Zürich, 2008), Rn. 603.

⁸⁸ Siehe schon oben, III. 2. und V. 1. a).

⁸⁹ Näher oben, III. 2. und V. 1. a).

b) Kündigungsrechte

aa) Des Kunden oder Bestellers

Sowohl nach den Vergleichsordnungen als auch dem DCFR kann der Kunde oder Besteller den Vertrag bis zur Vollendung des Werkes jederzeit kündigen (§ 649 S. 1 BGB; Art. 377 OR; *argumentum ex* § 1168 ABGB;⁹⁰ siehe im DCFR den AT zu den Dienstverträgen, Art. IV.C.-2:111 (1)). Der Besteller muss dann jedoch den vereinbarten Lohn entrichten, abzüglich ersparter Aufwendungen des Herstellers, und so für „volle Schadloshaltung“⁹¹ des Unternehmers sorgen (§ 649 S. 2 BGB; Art. 377 OR⁹²; § 1168 Abs. 1 ABGB; Art. IV.C.-2:111 (4) DCFR).

bb) Des Unternehmers

Hinsichtlich der Vergleichsordnungen gilt Folgendes: Kommt der Kunde oder Besteller einer Pflicht bzw. Obliegenheit⁹³ zur Mitwirkung nicht fristgemäß nach, die nach der Natur des Vertrages erforderlich ist (z.B. im vorliegenden Fall die Mitteilung der genauen Gestalt oder gewünschten Funktionalität des Schrankes), so kann der Unternehmer ihm eine angemessene Nachfrist setzen und den Vertrag nach deren erfolglosem Ablauf kündigen (§§ 643 i.V.m. 642 BGB; Art. 95 i.V.m. 91 OR; § 1168 Abs. 2 ABGB). Der Unternehmer hat in diesem Fall wiederum einen Anspruch auf Vergütung entsprechend dem Umfang der geleisteten Arbeit sowie auf Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen (§§ 645 Abs. 1 S. 1 und 2 BGB; Art. 378 Abs. 1 OR; Art. 1168 Abs. 1 ABGB).

⁹⁰ Das österreichische ABGB enthält keine Sondervorschrift zur Beendigung des Werkvertrages durch den Besteller. § 1168 Abs. 1 ABGB bestimmt: „Unterbleibt die Ausführung des Werkes, so gebührt dem Unternehmer gleichwohl das vereinbarte Entgelt, wenn er zur Leistung bereit war und durch Umstände, die auf Seite des Bestellers liegen, daran verhindert worden ist; er muss sich jedoch anrechnen, was er infolge Unterbleibens der Arbeit erspart oder durch anderweitige Verwendung erworben oder zu erwerben absichtlich versäumt hat. ...“. „Umstände auf Seite des Bestellers“ sind auch der Widerruf der Werkerstellung oder die Abbestellung des Werkes. Beides ist i.d.R. frei möglich, da der Unternehmer keinen Anspruch auf Werkerstellung hat; vgl. Rummel/*Krejci* (oben Fn. 10), § 1168, Rn. 11.

⁹¹ Ersatz des *lucrum cessans*; vgl. *Honsell* (oben Fn. 4), 277.

⁹² Die schweizerische Rechtsprechung sieht vor, dass der Unternehmer den vollen Lohn abzüglich ersparter Aufwendungen oder eines anderweit möglichen Erwerbs verlangen kann; vgl. *Honsell* (oben Fn. 4), 277. Die Regelung entspricht im Ergebnis damit weitgehend dem deutschen Recht; so auch *Honsell* (oben Fn. 4), 278.

⁹³ Den Besteller trifft im deutschen Recht (vorbehaltlich vertraglicher Vereinbarung) keine Rechtspflicht zur Mitwirkung; es handelt sich lediglich um eine Obliegenheit, die vom Unternehmer nicht isoliert eingefordert oder -geklagt werden kann; vgl. Palandt/*Sprau* (oben Fn. 7), § 642, Rn. 2.

Anders dagegen die Regelung im Rahmen des DCFR. Während die drei Vergleichsordnungen für den Werkvertrag zum Teil detaillierte Vorschriften zur Vertragsbeendigung durch den Unternehmer enthalten, enthält der DCFR allein eine Regelung zur Kündigung durch den Besteller. Es bleiben die Regelungen des (allgemeinen) AT des DCFR, Art. III.-3:501 ff., insb. Art. III.-3:503 (1). Hiernach kann der Unternehmer in unserem Szenario den Vertrag unter im wesentlichen gleichen Voraussetzungen kündigen wie in den nationalen Rechtsordnungen (d.h. im Falle der Setzung einer Nachfrist und deren erfolglosem Ablauf). In diesem Fall steht dem Unternehmer ein Schadensersatzanspruch zu, der sich dann ebenfalls aus dem AT des DCFR ergibt, und zwar aus Art. III.-3:701 ff. Einen Anspruch des Unternehmers auf Vergütung entsprechend dem Umfang der geleisteten Arbeit sowie auf Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen sieht der DCFR dagegen – überraschenderweise – offenbar nicht vor.

Damit ergibt sich der Befund, dass der DCFR zwar besondere Regelungen für spezielle Dienstverträge (insbesondere die hier interessierenden *construction contracts*) aufstellt, für wichtige Punkte – wie hier den Anspruch auf anteilige Vergütung – aber noch keine Regelung unter Berücksichtigung der speziellen Interessenlage gefunden hat. Im Vergleich zu den hier besprochenen Rechtsordnungen stellt dies keinen Fortschritt dar.

2. Zweite Konstellation: Überschreitung eines Kostenvoranschlages

Im zweiten Szenario legt ein Unternehmer seinem Angebot einen Kostenvoranschlag zugrunde, übernimmt aber keine Garantie für den veranschlagten Preis. Es wird im Übrigen vereinbart, nach Aufwand abzurechnen. In der Folge kommt es zu wesentlich höheren Kosten, die weder der Unternehmer noch der Besteller zu vertreten haben. Welche Folgen hat die Überschreitung des Kostenvoranschlages? In welcher Höhe kann der Unternehmer Vergütung verlangen?

a) Vergleichsrechtsordnungen

Sofern eine wesentliche⁹⁴ Überschreitung des Kostenvoranschlages zu erwarten ist, muss der Unternehmer den Besteller in den Vergleichsrechtsordnungen hiervon unverzüglich unterrichten (§ 650 Abs. 2 BGB; § 1170a Abs. 2 S. 1 ABGB). Unterlässt er diese Anzeige, verliert er den Anspruch auf den Mehrbetrag (so ausdrücklich § 1170a Abs. 2 S. 2 ABGB).

⁹⁴ Etwa 15–20 %, näher Palandt/*Sprau* (oben Fn. 7), § 650, Rn. 2. Ähnliche Grenzen zieht die schweizerische Rechtsprechung, vgl. BGE 115 II 460 (462); dazu Anm. P. Gauch, BR 1990, 102.

Der Besteller kann den Vertrag aufgrund der Kostenüberschreitung kündigen bzw. vom Vertrag zurücktreten (Kündigung: § 650 BGB; § 1170a Abs. 2 ABGB; Rücktritt: Art. 375 Abs. 1 OR).

Kündigt der Besteller, so ist er im deutschen und im österreichischen Recht zu einem der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und zum Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verpflichtet (§ 650 Abs. 1 i.V.m. § 645 Abs. 1 BGB; § 1170a Abs. 2 ABGB).⁹⁵ Nach schweizerischem Recht erlöschen bei Kündigung die gegenseitigen Forderungen und es erfolgt eine Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht;⁹⁶ aus Art. 375 Abs. 2 OR kann *e contrario* geschlossen werden, dass der Besteller dann keine Vergütung der bereits geleisteten Arbeit schuldet⁹⁷ (diese ist nach Art. 375 Abs. 2 OR nur bei Bauwerken vorgesehen, die auf einem Grundstück des Bestellers errichtet werden).

Kündigt der Besteller nicht bzw. tritt er nicht zurück, so muss er die sich ergebende übliche Vergütung (inklusive der Mehrkosten) zahlen.⁹⁸ Er kann dem Unternehmer dann allenfalls einen Schadensersatzanspruch (im deutschen Recht aus § 280 BGB) entgegenhalten, wenn dieser eine Pflichtverletzung begangen hat.⁹⁹ Ein Schaden ist jedoch ausgeschlossen, wenn die Mehrkosten zu einem Wertzuwachs des Werkes geführt haben.¹⁰⁰

b) DCFR

Das den in der Praxis eminent wichtigen Bauverträgen gewidmete Kapitel 3 des 4. Buches des DCFR enthält, abgesehen von Art. IV.C.-3:107, der die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs an die Übergabe knüpft, keine Sondervorschriften über die Vergütung des Bauunternehmers. Vor dem Hintergrund der Erfahrungen in den nationalen Rechtsordnungen, die insoweit eine Fülle von Einzelschriften zur Verfügung stellen, überrascht dies.

Das Kapitel zu den *construction contracts* sieht, soweit ersichtlich, auch keine Regelung zu Kostenvoranschlägen vor. Der DCFR enthält allein eine allgemeine Pflicht des Unternehmers, den Kunden darauf hinzuweisen,

⁹⁵ Argument: die Überschreitung des Kostenvoranschlags für das eigene Werk stamme in diesem Fall aus dem Risikobereich des Unternehmers; vgl. Palandt/*Sprau* (oben Fn. 7), § 650, Rn. 2.

⁹⁶ F. Chaix, in: Thévenoz/Werro, Code des obligations I – Commentaire Romand (Basel, Genf et al., 2003), Art. 375, Rn. 22.

⁹⁷ Huguenin (oben Fn. 87), Rn. 679.

⁹⁸ Siehe z.B. Koziol/Welser (oben Fn. 10), 259.

⁹⁹ Beispiel: schuldhaft fehlerhafte Kostenermittlung; Verletzung vertraglicher Pflicht bei vermeidbarer Verursachung von Mehrkosten; dazu Palandt/*Sprau* (oben Fn. 7), § 650, Rn. 1.

¹⁰⁰ Vgl. BGH, NJW 1970, 2018, 2019; Palandt/*Sprau* (oben Fn. 7), § 650, Rn. 1.

dass die Dienstleistung teurer als vereinbart werden könnte, Art. IV.C.-2:108 (1) (c). Der Sinn dieser Vorschrift bleibt unklar, müsste im Fall, dass ein Preis vereinbart ist, dieser nach dem Grundsatz *pacta sunt servanda* doch eigentlich einzuhalten sein. In unserem Fall hilft diese Regelung nicht weiter, da der Gesamtpreis der Leistung ja gerade noch nicht fixiert wurde.

Auch Art. IV.C.-2:102 (1) (c), der im Vorfeld des Vertragsschlusses eine Pflicht des Unternehmers vorsieht, „to warn the client if the ... service requested may become more expensive ... than reasonably expected by the client“, erfasst den Kostenvoranschlag nicht; dies wird deutlich bei Lektüre der Rechtsfolge, die Abs. (3) der Vorschrift für den Fall vorsieht, dass es der Unternehmer versäumt, den Besteller auf die Erhöhung der Kosten hinzuweisen. Ein „subsequent change of the service by the service provider ... (Unilateral variation of the service contract)“ bleibt dann i.d.R. ohne Folge auf den Preis („is of no effect“). Beim Kostenvoranschlag geht es jedoch nicht, jedenfalls nicht notwendigerweise, um eine Änderung der ursprünglich ins Auge gefassten Leistung des Unternehmers, sondern darum, ob sich der Preis für die ursprünglich vereinbarte und weiter geschuldete Leistung einhalten lässt, und welche Folgen es hat, wenn sich dies als nicht möglich erweist.

Auch sehen weder Art. IV.C.-2:102 noch Art. IV.C.-2:108 ein spezielles Kündigungs- oder Rücktrittsrecht des Bestellers für den Fall vor, dass der Unternehmer den Besteller auf eine Kostenerhöhung hinweist, wie dies für eine Regelung zum Kostenvoranschlag zu erwarten wäre. Art. IV.C.-2:111 (1) sieht zwar ein jederzeitiges Kündigungsrecht des Bestellers vor, nennt aber in Abs. 5, der Gründe zur Rechtsfertigung für den Rücktritt des Bestellers vorsieht, ebenfalls nicht die Überschreitung eines Kostenvoranschlages.

Für unsere zweite Fallkonstellation stellt der DCFR somit, soweit ersichtlich, keine Lösung zur Verfügung. Möglicherweise käme man unter Rückgriff auf die allgemeinen Vorschriften zum Handeln nach Treu und Glauben zu einem ähnlichen Ergebnis wie in den Vergleichsrechtsordnungen. Ein solches Vorgehen würde im Vergleich zum deutschen, österreichischen und schweizerischen Recht jedoch, jedenfalls methodisch und im Hinblick auf die Rechtssicherheit, einen Rückschritt bedeuten.

3. Dritte Konstellation: Vertragsbrüchige Opernsängerin

In der dritten Fallkonstellation wird eine bekannte Opernsängerin für drei Monate von einem Opernhaus für genau bezeichnete Rollen engagiert. Wenige Tage nach Vertragsschluss erhält sie ein interessanteres Angebot eines anderen Hauses. Sie erklärt daraufhin, sich von dem ersten Vertrag zu lösen und tritt ihre Tätigkeit nicht an. Für einige Aufführungen ist es

mit erheblichem Mehraufwand möglich, vergleichbaren Ersatz zu finden; andere Vorstellungen müssen abgesagt werden.

Stand der Sängerin ein Kündigungsrecht zu? Schuldet Sie dem Opernhaus Schadensersatz?

a) *Qualifikation des Vertrages*

aa) *Vergleichsrechtsordnungen*

In den Vergleichsrechtsordnungen hängt die Einordnung dieser Vertragsbeziehung vom Einzelfall ab.¹⁰¹ Solisten, die bei der Darbietung von Werken allein auftreten (z.B. Aufführung eines Violin-Konzertes), werden in der Regel (ähnlich wie Orchester auf einem Gastspiel) im Rahmen eines Werkvertrages tätig.¹⁰² Bei Sängern, die gemeinsam mit anderen auftreten, oder Orchestermusikern liegen dagegen in der Regel Dienst- oder Arbeitsverträge vor.¹⁰³

Die Sängerin trat gemeinsam mit anderen auf, was in diesen Rechtsordnungen gegen die Qualifikation als Werkvertrag spricht. Zwar konnte die Sängerin ihre Leistungszeit nicht frei bestimmen, sondern war wie alle anderen Künstler an die Aufführungszeiten gebunden, was für einen Arbeitsvertrag spräche. Sie sollte jedoch nur für eine kurze Zeit tätig werden, war von dem Opernhaus persönlich nicht abhängig und war engagiert, um eine besondere Interpretation und künstlerische Leistung zu vollbringen, bei der sie den Weisungen des Regisseurs oder Dirigenten weniger „unterworfen“ war als ein Ensemble-Sänger oder ein Orchestermusiker.

Nach deutschem und österreichischem Recht dürfte die vorliegende Vertragsbeziehung daher als auf befristete Zeit abgeschlossener Dienstvertrag einzuordnen sein.¹⁰⁴ Nach der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts wäre der Vertrag dagegen als Arbeitsvertrag (§§ 319 ff. OR) einzuordnen, da die Sängerin – wenn auch nur vorübergehend – in den Opernhausbetrieb eingegliedert war und der künstlerischen Leitung des Opernhauses unterstand.¹⁰⁵

¹⁰¹ Vgl. etwa Staudinger/Peters/Jacoby (oben Fn. 59), Vorbem. zu §§ 631 ff., Rn. 37.

¹⁰² Vgl. z.B. Commentaire Romand/Chaux (oben Fn. 96), Art. 363, Rn. 46.

¹⁰³ Siehe nur Palandt/Sprau (oben Fn. 7), Einf. v. § 631, Rn. 29.

¹⁰⁴ Bei einem befristeten Arbeitsvertrag würde das Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge zur Anwendung kommen; vgl. § 620 Abs. 3 BGB. Zur Abgrenzung vgl. Palandt/Sprau (oben Fn. 7), Einf. v. § 631, Rn. 29. Zum österreichischen Recht Rummel/Krejci (oben Fn. 10), §§ 1165, 1166, Rn. 18.

¹⁰⁵ Vgl. BGE 126 III 75 ff., 78. Die Abgrenzung erfolgt damit in der Schweiz anders als in Deutschland. Im zitierten Fall des Bundesgerichts ging es ebenfalls um eine Solistin in einer Oper (Nedda in „I Pagliacci“). Siehe auch BGE 112 II S. 41 ff., 46 (dort ebenfalls zur Abgrenzung von Werk- und Arbeitsvertrag).

bb) DCFR

Die Sängerin erbringt für das Opernhaus eine Dienstleistung und stellt ihre Arbeitskraft zur Verfügung. Ob ein (vom DCFR nicht erfasst)¹⁰⁶ Arbeitsvertrag oder ein (im DCFR geregelter) Dienstleistungsvertrag vorliegt, lässt sich anhand des Textes des DCFR nicht eindeutig ermitteln. Wie gesehen variiert die Abgrenzung zwischen Arbeits- und freiem Dienstvertrag je nach betrachtetem Land – und dies sogar innerhalb der recht homogenen Gruppe des deutschen, schweizerischen und österreichischen Rechts. Das Fehlen von Kriterien zur Abgrenzung von Dienst- und Arbeitsvertrag im DCFR macht diesen Fall für den DCFR daher schwer lösbar. Im Folgenden soll davon ausgegangen werden, dass der DCFR unseren Fall erfasst.

b) Kündigungsrecht der Sängerin

aa) Vergleichsrechtsordnungen

Das Vertragsverhältnis ist im vorliegenden Fall auf drei Monate abgeschlossen und endet mit Zeitablauf (§ 620 Abs. 1 BGB; Art. 334 Abs. 1 OR; § 1158 Abs. 1 ABGB). Eine ordentliche Kündigung ist bei befristeten Dienstleistungsverträgen nach deutschem und bei befristeten Arbeitsverträgen nach schweizerischem Recht ausgeschlossen (§ 620 Abs. 2 BGB; Art. 334 Abs. 3 OR, jeweils *argumentum e contrario*).¹⁰⁷

Gründe für die Opernsängerin für eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grund (§ 626 Abs. 1 BGB; Art. 337 OR; § 1162 ABGB) sind nicht ersichtlich.

¹⁰⁶ Vgl. Art. I-1:101 (2) (e) DCFR.

¹⁰⁷ Für Deutschland: Palandt/*Weidenkaff* (oben Fn. 7), Vorbem. zu § 620, Rn. 42. Eine jederzeitige Kündigung kommt nach deutschem Recht allein in Betracht, wenn die Dienste der Sängerin als „Dienste höherer Art“ i.S.v. § 627 BGB einzustufen sind, die nur bei besonderem persönlichen Vertrauen übertragen zu werden pflegen; Beispiele bei Palandt/*Weidenkaff* (oben Fn. 7), § 627, Rn. 2. Auch in diesem Fall darf sie jedoch „nur in der Art kündigen, dass sich der Dienstberechtigte die Dienste anderweit beschaffen kann“; vgl. § 627 Abs. 2 BGB. Im Beispielsfall würde dies voraussetzen, dass das Opernhaus für alle Veranstaltungen rechtzeitig Ersatz findet. – Der Begriff der „Dienste höherer Art“ existiert auch im österreichischen Recht und führt dort ggf. zu einem weiterreichenden Schutz des Dienstnehmers; vgl. § 1159a Abs. 1 ABGB. Eine weitgehend freie Lösungsmöglichkeit – sofern nicht zur Unzeit – wie im deutschen Recht folgt daraus in Österreich aber nicht. Die Mindestkündigungsfrist beträgt auch in diesem Fall 14 Tage. – Siehe für die Schweiz: Art. 334 Abs. 3 OR.

bb) DCFR

Künstlerische Darbietungen fallen nicht in den Anwendungsbereich einer der im DCFR speziell geregelten Dienstleistungen. Es finden daher die allgemeinen Regeln im AT zu den Dienstverträgen sowie ergänzend der AT des DCFR Anwendung.

In den allgemeinen Vorschriften zu den Dienstleistungen (Art. IV.C.-1:101 bis 2:111) findet sich eine Vorschrift, nach welcher der Kunde/Besteller den Vertrag beenden kann (Art. IV.C.-2:111), jedoch keine Regelung zur Kündigung durch den Unternehmer (hier die Sängerin).

Es ist daher auf die Vorschriften des AT zurückzugreifen, so insb. Art. III.-1:109 (*variation or termination by notice*) sowie Art. III.-3:501 ff. (*termination*).

Der AT des DCFR stellt in den Art. III.-3:501 ff. Voraussetzungen für die Vertragsbeendigung für den Fall auf, dass die andere Partei ihre Vertragspflichten verletzt. Zu einem Kündigungsrecht der Sängerin können sie im Beispielsfall nicht führen.

Nach Art. III.-1:109(1) kann ein Vertrag entsprechend den Vereinbarungen der Parteien beendet werden. Nach Abs. (2) der Vorschrift findet die Regelung offenbar nur Anwendung auf unbefristete Verträge („Where ... the terms of the contract do not say when the contractual relationship is to end...“)¹⁰⁸ und sieht selbst insoweit allein eine „angemessene“ Kündigungsfrist vor. Die Regelung ließe sich *e contrario* dahingehend verstehen, dass eine ordentliche Kündigung bei befristeten Verträgen, wie im deutschen und schweizerischen Recht, nach dem DCFR grundsätzlich nicht möglich ist. In einer so ausführlichen Regelung wie dem DCFR könnte man erwarten, dass dies ausdrücklich festgestellt würde.

c) Verpflichtung der Sängerin zum Schadensersatz

In wohl allen europäischen Rechtsordnungen ist es ausgeschlossen, dass das Opernhaus seinen Anspruch auf Erfüllung gegen die Sängerin vollstreckt. Grund hierfür ist, dass die Vollstreckung einer Pflicht, eine höchstpersönliche Leistung zu erbringen, als unvereinbar angesehen wird mit der individuellen Freiheit des Schuldners.¹⁰⁹ Zudem ist bei einer zwangsweisen Durchsetzung einer solch höchstpersönlichen Leistung deren Qualität

¹⁰⁸ Denkbar ist auch, diese Regelung dahingehend zu interpretieren, dass sie allein den Fall bezeichnen will, dass der Vertrag keine Kündigungsfrist vorsieht; in diesem Fall wäre wohl denkbar, sie auch auf befristete Verträge anzuwenden. Das Fehlen konkreter Kündigungsfristen (stattdessen: *reasonable period of notice*) wäre dann allerdings besonders schmerzlich.

¹⁰⁹ Nachweise und Auszüge der Materialien einer ganzen Reihe von Rechtsordnungen bei T. Kadner Graziano, Europäisches Vertragsrecht (2008), 169 ff.

kaum zu garantieren, so dass auch dem Opernhaus nicht damit gedient sein dürfte, eine unwillige Opernsängerin zum Auftritt zu zwingen. Es kommt also letztlich allein ein Anspruch des Opernhauses auf Schadensersatz gegen die Sängerin in Betracht.

Verweigert die Sängerin die Leistung, ohne dass ihr ein Kündigungsrecht zusteht, ist sie dem Opernhaus sowohl nach deutschem als auch nach schweizerischem und österreichischem Recht zum Schadensersatz verpflichtet (§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 2 BGB, bei Vertrauensstellung; § 627 Abs. 2 BGB; Art. 337d Abs. 1 OR für den Arbeitsvertrag; § 1162a S. 1 ABGB).

Im DCFR ergibt sich die Schadensersatzpflicht, wie im deutschen Recht, aus den allgemeinen Vorschriften: Art. III.-3:301 (1) i.V.m. Art. III.-3:701 (Schadensersatz bei Pflichtverletzung des anderen Teils), Art. III.-3:702 (Umfang der Ersatzpflicht), Art. III.-3:103(3) (keine Notwendigkeit zum Setzen einer Nachfrist bei Erfüllungsverweigerung des anderen Teils). Bei der Erfüllungsverweigerung handelt es sich um ein allgemeines Problem. Hier erscheint eine spezielle Regelung im Recht der Dienstleistungsverträge in der Tat unnötig; die Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts reichen insoweit völlig aus.

4. Vierte Konstellation: Anwaltliches Gutachten – Qualifikation des Vertrages

Im vierten Szenario wird ein Rechtsanwalt von einer Aktiengesellschaft (die nicht sein Dauermandant ist und für die er auch im Anschluss nicht weiter tätig wird) beauftragt, ein Gutachten über die gesellschaftsrechtlichen Vorteile der neuen europäischen Gesellschaftsform *Societas Europaea* (SE) zu erstellen, einschließlich der Möglichkeiten und konkreten Schritte zur Umwandlung der AG in eine SE. Der Anwalt grenzt den Untersuchungsgegenstand sorgfältig und mit dem Mandanten einverständlich ein. Das Gutachten wird nach allen Regeln der Kunst erstellt.

Ohne weiteren Rechtsrat einzuholen, wandelt der Mandant daraufhin seine AG in eine SE um, erleidet dadurch jedoch steuerliche Nachteile. Er verlangt daher von dem Rechtsanwalt Schadensersatz.

a) Vergleichsrechtsordnungen

Der Anwaltsvertrag wird in den Vergleichsrechtsordnungen i.d.R. als Geschäftsbesorgungsvertrag mit dienstvertraglichem Charakter (Deutschland)¹¹⁰, Auftrag (Schweiz)¹¹¹ oder Bevollmächtigungsvertrag (Öster-

¹¹⁰ Palandt/Sprau (oben Fn. 7), § 675, Rn. 23.

¹¹¹ Honsell (oben Fn. 4), 272.

reich)¹¹² qualifiziert. Verpflichtet sich der Anwalt zur Erstellung eines Rechtsgutachtens, so gehen die Vergleichsrechtsordnungen übereinstimmend von einem Werkvertrag aus, gerichtet auf die Vorlage des Gutachtens.¹¹³ Im schweizerischen Recht gilt dies jedenfalls dann, wenn der Anwalt in dem Gutachten keine eigene Rechtsansicht wiedergibt und Rechtsrat erteilt, sondern – wie im Beispielsfall – lediglich eine Rechtslage darstellt.¹¹⁴

In den drei Vergleichsordnungen ist der Rechtsanwalt seinem Mandanten grundsätzlich zu umfassender und möglichst erschöpfender Belehrung verpflichtet und muss dabei auch auf wirtschaftliche Nachteile des geplanten Vorhabens hinweisen.¹¹⁵ Die Pflicht zu umfassender Beratung besteht jedoch nur im Rahmen des konkreten Begehrens, das der Anwalt gegebenenfalls genau abgrenzen muss, wobei er dem Mandanten diese Abgrenzung deutlich machen muss. Betrifft das Mandat nur die Prüfung gesellschaftsrechtlicher Vor- und Nachteile und Möglichkeiten gesellschaftsrechtlicher Umstrukturierung, so war die Prüfung steuerrechtlicher Probleme nicht Gegenstand des Gutachtens. Nach den Vergleichsrechtsordnungen hat der Anwalt somit wohl keine Pflichtverletzung begangen und ist er nicht zum Schadensersatz verpflichtet.

b) DCFR

Nach den Kategorien des DCFR handelt es sich um einen der im DCFR speziell geregelten Vertragstypen, den Vertrag gerichtet auf Information und Rat (*information and advice*) i.S.d. 7. Kapitels des Teils C., Buch IV. Ob das Gutachten nur als Information oder schon als Rechtsrat einzustufen ist, ist im Rahmen des DCFR (anders als im schweizerischen Recht) unbeachtlich, da die einschlägigen Regelungen beides gleichermaßen erfassen.

Im Zentrum des vorliegenden Falles steht die Frage, ob der Anwalt verpflichtet war, die Verwendung, die der Mandant von dem Gutachten

¹¹² Im Sinne der §§ 1002 ff. ABGB; vgl. Rummel/*Krejci* (oben Fn. 10), §§ 1165, 1166, Rn. 54.

¹¹³ Deutschland: *Oetker/Maultzsch* (oben Fn. 9), § 8, Rn. 7; Österreich: Rummel/*Krejci* (oben Fn. 10), §§ 1165, 1166, Rn. 54 unter Hinweis auf die Rechtslage in Deutschland.

¹¹⁴ Sofern sich die Richtigkeit des Gutachtens anhand von objektiven Kriterien feststellen lässt, geht die Rechtsprechung in der Schweiz von einem Werkvertrag aus; vgl. *Honsell* (oben Fn. 4), 272 m.w.N.; vgl. zu der entsprechenden Unterscheidung beim Architektenvertrag *Commentaire Romand/Chaix* (oben Fn. 96), Art. 363, Rn. 27: *expertisel* Gutachten: Werkvertrag; *conseils*/Erteilung von Ratschlägen: Auftrag.

¹¹⁵ Vgl. C. Grüneberg, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar (69. Aufl., 2010), § 280, Rn. 66; Rummel/*Strasser* (oben Fn. 10), § 1009, Rn. 10; K. Schiller, Schweizerisches Anwaltsrecht (Zürich, 2009), Rn. 12.

machen möchte, im Vorhinein abzuklären und dabei auch auf die steuerrechtlichen Aspekte hinweisen musste, oder ob er sich an den Auftrag halten durfte (den er natürlich sorgfältig abgrenzen musste und den er im Beispiel auch sorgfältig abgegrenzt hat).

Art. IV.C.-7:102 (1) des DCFR bestimmt für den Vertrag auf Information und Auskunft:

„The provider must, in so far as this may reasonably be considered necessary for the performance of the service, collect data about:

- (a) the particular purpose for which the client requires the information;
 - (b) the client's preferences and priorities in relation to the information;
 - (c) the decision the client can be expected to make on the basis of the information;
- and
- (d) the personal situation of the client.“

Art. IV.C.-7:104 (1) (c) bestimmt zudem:

„The providers obligation of skill and care requires in particular the provider to ...

c) in any case where the client is expected to make a decision on the basis of the information, inform the client of the risks involved, in so far as such risks could reasonably be expected to influence the client's decision.“

Hiernach musste der Anwalt also prüfen, aus welchem Grund der Mandant das Gutachten anforderte, wozu er es verwenden wollte, welche Entscheidungen er auf Grundlage des Gutachtens ins Auge fasste. Zudem musste er die persönlichen Verhältnisse des Mandanten ermitteln. Er musste ihn schließlich auf die Risiken hinweisen, die sich aus der ins Auge gefassten Verwendung ergaben.

Diese Regelungen im DCFR weiten den Pflichtenkatalog für Verträge über Rat und Auskunft über das im Vertrag Vorgesehene aus. Danach wird zu den Pflichten des Anwalts in unserem Beispielsfall wohl auch zählen, den Mandanten ungefragt über die steuerrechtlichen Aspekte der Umwandlung zu informieren. Dann aber hätte das Ersatzbegehren nach dem DCFR durchaus Chancen auf Erfolg.

Es scheint, dass hier Aspekte des Verbraucherschutzes auch in die Pflichtenkataloge zwischen geschäftlich handelnden Akteuren Eingang gefunden haben. Dies mag zum Vorwurf eines Übermaßes an Fürsorge führen, u.U. auch der Bevormundung professionell handelnder Akteure. Nicht zuletzt führen besonders strenge Pflichtenkataloge, zumal dann, wenn sie über den eigentlichen Vertragsinhalt hinausgehen, zur Verteuerung der einzelnen Dienstleistungen.

VII. Schlussfolgerungen

Damit ergibt sich – aus der Sicht der Vergleichsordnungen – folgendes Fazit:

(1) In den Vergleichsordnungen existiert bisher keine alles übergreifende Kategorie der „Dienstleistungsverträge“ mit einem einheitlichen Inhalt. Das österreichische Recht kennt die Kategorie der „Verträge über Dienstleistungen“, in der Schweiz findet sich der Oberbegriff „Dienstleistungsvertrag“, und in der deutschen Literatur wurden die in Teil C des DCFR geregelten Aktivitäten als „Tätigkeitsverträge“ bezeichnet.

(2) Im DCFR sind die auf Dienstleistungen anwendbaren Regeln nicht wie in den Vergleichsordnungen auf zwei, sondern auf drei Regelungsebenen verteilt: einen „allgemeinen“ AT sowie einen AT und einen BT zum Recht der Dienstleistungsverträge. Bedient man sich zweier Ebenen allgemeiner Regelungen, so könnte der Versuch gemacht werden, weitere allgemeingültige Regelungen in einen der beiden AT'e vorzuverlegen, um so noch stärker Gemeinsamkeiten und allgemeine Prinzipien zu betonen und den BT auf diese Weise straffer (und weniger wortreich) zu gestalten, als dies im gegenwärtigen Entwurf der Fall ist.

(3) Im Vergleich mit der aus den drei Vergleichsordnungen gewohnten Regelungstechnik überrascht, dass der DCFR an verschiedenen Stellen zunächst eine enge Fallgruppe als gesetzliches Leitbild regelt und die entsprechenden Regelungen dann – mit angemessenen Anpassungen – für weitere Fallgruppen für anwendbar erklärt werden, ohne für diese Anpassungen Lösungshilfen zu bieten (so bei den Verträgen gerichtet auf Herstellung und bei den Behandlungsverträgen, wo im DCFR die Herstellung eines Gebäudes bzw. der Arztvertrag als Leitbild dienen). Hier gibt der DCFR die abstraktere Regelungstechnik auf, die sich in den Vergleichsordnungen, aber auch in den *Principles of European Contract Law* bewährt hat, und er führt mit dem Erfordernis angemessener Anpassungen zu (aus der Sicht der Vergleichsordnungen unnötiger) Rechtsunsicherheit.

(4) Die aus den Vergleichsordnungen bekannte, ganz grundsätzliche und sehr nützliche Weichenstellung danach, ob sich der Dienstleister zu einer Handlung oder darüberhinaus zum Erreichen eines Erfolgs verpflichtet, findet sich im DCFR nicht auf dieser grundsätzlichen Ebene wieder. Nach dem Wortlaut des DCFR scheint das Verhältnis zwischen Verpflichtung zur Leistung und Verpflichtung zum Erfolg z.T. gegenüber den Vergleichsordnungen geradezu umgekehrt. In der Sache kann dies – und soll

dies offenbar nach der Intention der Verfasser des DCFR – wohl nicht sein. Wer versucht, aus den Vergleichsordnungen bekannte Standardfälle nach dem DCFR zu lösen, stößt daher immer wieder auf die Schwierigkeit, den vom Dienstleister geschuldeten Leistungsinhalt anhand des DCFR treffsicher zu bestimmen. Dies ist misslich.

(5) Die Regelung der Dienstleistungsverträge im DCFR und die Strukturierung dieser Rechtsmaterie nach sechs Basisaktivitäten, ergänzt um dienstleistungsvertragsspezifische allgemeine (Auffang-)Regelungen, ist innovativ. Ist sie auch gelungen und zukunftsweisend?

Zunächst erscheint die getroffene Auswahl ganz offen. Als Ergänzung werden bereits „Verwaltung“ und „Vernetzung“¹¹⁶ vorgeschlagen und die Liste ließe sich weiter fortsetzen und würde aller Voraussicht nach schnell veralten.¹¹⁷ Aus Sicht der drei Vergleichsordnungen ist so eine Zersplitterung des Rechts der Dienstverträge zu befürchten, Gemeinsamkeiten und verbindende Prinzipien geraten in Gefahr, aus dem Blick zu geraten. Zudem ist ein Bedürfnis für solche Spezialregelungen aus der Perspektive der drei Vergleichsordnungen nicht dargetan.¹¹⁸ So wird etwa ein Bedürfnis, das Baurecht aus dem allgemeinen Werkvertragsrecht herauszulösen, in den Vergleichsrechtsordnungen m.E. nicht empfunden. Wohl noch weniger wird es für nötig erachtet, den Bauvertrag als Regelfall des Werkvertrages anzunehmen.

Gleiches gilt für die Fallgruppen *processing* (Bearbeitung), *design* (Entwurf) und *treatment* (Behandlung). Bei den Bau- und den Designverträgen lässt der DCFR gegenüber den nationalen Rechtsordnungen insbesondere im Hinblick auf die Verjährung wichtige Differenzierungen noch vermissen.

¹¹⁶ Wendehorst, AcP 206 (2006), 293.

¹¹⁷ Siehe bereits die Kritik von Unberath, ZEuP 2008, 759 ff.; vgl. auch Weyers, AcP 182 (1982), 60: „Wahrscheinlich gibt es weder im BGB noch in anderen Gesetzen ein Vertragsmodell, das eine größere Vielfalt von Lebenssachverhalten zu regeln beanspruchen muss, als der Titel des BGB über den Werkvertrag“; ferner 61: „Die Fülle und Mannigfaltigkeit der in der Praxis vorkommenden Vertragsformen, die schließlich als Werkverträge ... zu qualifizieren sind, ist so groß, dass der Versuch keinen Erfolg verspricht, alle oder wenigstens die meisten Lebenstypen von Gesetzes wegen zu erfassen oder auch nur ihre Zahl auf eine erfassbare Menge von Typen zu reduzieren, die dann ... einzeln geregelt werden können“; sowie 76 f.

¹¹⁸ Siehe – aufgrund umfangreicher Analysen – bereits Weyers, AcP 182 (1982), 73 f.: „Die nicht nur ‚lebenstypische‘, sondern auch juristische Mannigfaltigkeit der vielen Einzelverträge hat ihren Grund nicht in einer besonders großen Zahl verschiedener juristischer Probleme, sondern darin, dass ein durchaus überschaubarer Satz von Regelungsproblemen in den einzelnen Verträgen jeweils verschieden kombiniert vorkommen kann“; die gleichen, in ihrer Zahl überschaubaren Probleme tauchen „in verschiedenen Kombinationen und mit geringen Abwandlungen immer wieder auf“.

Dort, wo ein Bedürfnis für eine Sonderregelung tatsächlich empfunden wird, wie bei den Verträgen auf Information oder Auskunft, gibt der DCFR keine Antwort auf die entscheidende Frage, wer unter welchen Voraussetzungen im Vertragsrecht haftpflichtig sein soll.

Die Rechtsordnungen Deutschlands, Österreichs und der Schweiz weisen als grundlegendes Strukturmerkmal dagegen, wie erwähnt, die Unterscheidung hinsichtlich der typischen Vertragspflicht des Unternehmers auf: schuldet er einen Erfolg, oder schuldet er nur ein Tätigwerden? Die Hauptprobleme der Dienstleistungsverträge (Gewährleistung, besondere Einwirkungsmöglichkeiten auf die Sphäre des Gläubigers, Ende der Vertragsbeziehung etc.) erscheinen in den generelleren Kategorien Dienst- und Werkvertrag gut lösbar.¹¹⁹

Die Orientierung an Basisaktivitäten im DCFR führt demgegenüber in vielen Fällen zu Wiederholungen und zu einer in der Literatur als schwerfällig, unübersichtlich und ermüdend bezeichneten Regelung.¹²⁰

(6) Testet man den DCFR anhand besonders praxisrelevanter Fallkonstellationen, so fällt auf, dass einige praktisch besonders wichtige und in den Vergleichsordnungen z.T. ausführlich geregelte Fragen im DCFR noch keine Regelung gefunden haben. Wie die Fallbeispiele zeigen, gilt dies z.B. für den Anspruch des Unternehmers auf anteilige Vergütung bei vorzeitiger Beendigung des Vertrages sowie für die Frage, was bei Überschreitung eines Kostenvoranschlages gelten soll. Bei eingehenderer Analyse lassen sich wohl weitere Beispiele nennen. Hier müsste im DCFR nachgelegt werden.

(7) Der DCFR widmet viele seiner Regelungen der ausführlichen Definition des Sorgfaltsstandards, der vom Dienstleister geschuldet wird. Dabei entsteht der Eindruck, dass Erwägungen des Verbraucherschutzes auch auf *business-to-business*-Beziehungen übertragen werden. Ob dies sein muss und europaweit konsensfähig ist, muss noch dargetan werden. Sollen diese Regelungen zwingend gelten, so wäre zu fragen, ob gesetzliche Rege-

¹¹⁹ Unberath, ZEuP 2008, 745–774; Weyers, AcP 182 (1982), 77: Das Heil der Regulierung von Werkverträgen liege „in Generalisierung statt Spezialisierung“.

¹²⁰ Siehe auch schon die Kritik von Unberath, ZEuP 2008, 763 ff.: „... schwerfällig, redundant und ... gleichwohl lückenhaft“, „unübersichtliche Masse an Rechtsstoff“; H. Eidenmüller/F. Faust/C. Grigoleit/N. Jansen/G. Wagner/R. Zimmermann, Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht, JZ 2008, 529–550, 549: „Die Lektüre des DCFR ist ermüdend, weil er viel Überflüssiges und zahlreiche Wiederholungen enthält“ sowie: „Wortreichtum“; ebenso T. Pfeiffer, Von den Principles of European Contract Law zum Draft Common Frame of Reference, ZEuP 2008, 685, 687.

lungen nach dem Vorbild des DCFR Vertragsfreiheit und Privatautonomie nicht übermäßig und eventuell gar europarechtswidrig einschränken.¹²¹

(8) Welche Konsequenzen lassen sich aus diesem Vergleich ziehen? Vor dem Hintergrund der Erfahrungen der drei Vergleichsordnungen (aber durchaus auch aus Sicht weiterer europäischer Rechtsordnungen) sollte der Unterscheidung zwischen Verträgen, die auf einen *Erfolg* gerichtet sind, und Verträgen, bei denen sich der Schuldner „nur“ zu *sorgfältigem Bemühen* verpflichtet, auch bei gesamteuropäischen Überlegungen eine entscheidende systembildende Rolle eingeräumt werden. An diese Unterscheidung lassen sich, bereits auf einer allgemeinen Ebene, eine Reihe wichtiger Konsequenzen knüpfen. Dies gilt etwa hinsichtlich des geschuldeten Leistungsprogrammes und der Frage, wann erfüllt ist, es gilt für Fragen der Fälligkeit von Vergütungsansprüchen, für Kündigungsrechte, und nach noch weit verbreiteter Auffassung auch für das Recht zur Minderung.¹²²

Für einzelne besonders wichtige Vertragstypen könnte im Anschluss jeweils festgestellt werden, ob (und unter welchen Voraussetzungen und mit welchen Grenzen) sie grundsätzlich dem einen oder anderen Typus unterfallen, mit all den sich daraus ergebenden Konsequenzen. Fälle, in denen die grundsätzlich anwendbare Kategorie für den jeweiligen Vertragstypus nicht angemessen ist, könnten zugleich so generell wie möglich definiert werden. Aus Sicht der drei Vergleichsordnungen sollte es bei alledem gelten, ein Maximum an bewährter Abstraktion zu wahren.

¹²¹ Vgl. J. Basedow, Kodifikationsrausch und kollidierende Konzepte – Notizen zu Marktbezug, Freiheit und System im Draft Common Frame of Reference, ZEuP 2008, 673 ff., 675; Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann, JZ 2008, 549.

¹²² Allgemeiner Ausgangspunkt könnte durchaus eine Regelung sein, wie sie sich in Art. 5.1.4 der UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts* findet (*Duty to achieve a specific result, Duty of best efforts*): „(1) To the extent that an obligation of a party involves a duty to achieve a specific result, that party is bound to achieve that result. (2) To the extent that an obligation of a party involves a duty of best efforts in the performance of an activity, that party is bound to make such efforts as would be made by a reasonable person of the same kind in the same circumstances.“ Im Anschluss wären dann vor dem Hintergrund der Erfahrungen in den Mitgliedstaaten die wichtigsten Konsequenzen der Zuordnung einer Tätigkeit zu der einen oder anderen Kategorie zu nennen; dazu oben im Text.

VIII. Ausblick

Vorbild für die Arbeiten am DCFR waren bekanntlich die Arbeiten an den *Principles of European Contract Law*¹²³. Deren beeindruckender Erfolg und die hohe Wertschätzung, die sie seit ihrer Präsentation genießen, beruhen auf ihrer Einbeziehung von Erfahrungen aus einer Vielzahl von Rechtsordnungen, der Ausgewogenheit ihrer Lösungen, den gelungenen Kompromissen zwischen den verschiedenen Rechtsordnungen, die sie vorsehen, und den sehr behutsamen und wohl dosierten Neuerungen, die sie vorschlagen.¹²⁴

An den *Principles of European Contract Law* wurde über 20 Jahre lang gearbeitet. Die Aufgabe in Gegenwart und Zukunft könnte darin bestehen, aus dem (unter hohem Zeitdruck zustande gekommenen) DCFR ein Regelwerk auf Augenhöhe mit jenen *Principles* zu formen. Der DCFR ist insofern ein erster Vorschlag zur Diskussion, ein Ausgangspunkt für weitere Überlegungen und Vorschläge.¹²⁵ Danken wir ihren Autoren für die Bewältigung dieser großen Aufgabe, trotz aller Kritik im Einzelnen.

¹²³ O. Lando/H. Beale (Hg.), *Principles of European Contract Law*, Parts I and II (2000); deutschsprachige Ausgabe durch C. v. Bar/R. Zimmermann, *Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts*, Teile I und II (2002); O. Lando/E. Clive/A. Prüm/R. Zimmermann (Hg.), *Principles of European Contract Law*, Part III (2003); deutschsprachige Ausgabe durch C. v. Bar/R. Zimmermann, *Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts*, Teil III (2005). Zu deren Vorbildcharakter für den DCFR ausführlich T. Pfeiffer, *Von den Principles of European Contract Law zum Draft Common Frame of Reference*, ZEuP 2008, 679–707.

¹²⁴ Es ist daher bedauerlich, dass sich die Europäische Kommission mit ihrem Vorhaben, in der Rom I-VO die kollisionsrechtliche Wahl der *Principles of European Contract Law* zu ermöglichen, nicht durchsetzen konnte.

¹²⁵ Dieser Wert des DCFR und die entsprechende Leistung seiner Autoren werden in den ersten Stellungnahmen trotz aller Kritik allgemein betont, siehe z.B. Ernst, AcP 208 (2008), 277; Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann, JZ 2008, 529.