

Tilburg University

Kapitel 1. Recht der Dienstleistungsverträge

Barendrecht, J.M.

Published in:

Untersuchung der Privatrechtsordnungen der EU im Hinblick auf Diskriminierungen und die Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuches

Publication date:

1999

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):

Barendrecht, J. M. (1999). Kapitel 1. Recht der Dienstleistungsverträge. In C. Von Bar (Ed.), *Untersuchung der Privatrechtsordnungen der EU im Hinblick auf Diskriminierungen und die Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuches* (pp. 17-29). Europäisches Parlament, Generaldirektion Wissenschaft.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Recht der Dienstleistungsverträge

Maurits Barendrecht und Marco Loos, Tilburg

1. Einführung

1. Die Ausgangslage

Dienstleistungen sind seit langem der Motor der modernen Volkswirtschaften. In modernen Gesellschaften wie der europäischen entstehen immer wieder neue Bereiche der Dienstleistungen und deshalb auch neue Vertragsformen. Das gegenwärtige Zivilrecht aber erscheint kaum fähig, passende Normen für diese neuen Verträge zu entwickeln. Juristen aller Mitgliedstaaten bedenken für jede neue Art des Dienstes neue Regeln, anscheinend ohne sich des Zusammenhangs der verschiedenen Dienstleistungen bewußt zu sein und ohne Beachtung irgendeines Systems. Dieser Lauf der Dinge scheint uns jedenfalls teilweise mit der fehlenden Erkenntnis zu tun zu haben, wie Dienstleistungsverhältnisse in das übrige Privatrecht inkorporiert werden sollen. Bisher fehlt sogar auf der nationalen Ebene eine Gesamtschau der allgemeinen Aspekte von Dienstleistungsverhältnissen. Manche europäischen Zivilgesetzbücher kennen einige Bestimmungen, die geeignet sind, eine Grundlage für eine allgemeine (nationale) Regelung der Dienstleistungen zu bilden (z.B. § 675 des deutschen *Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Artikel 1779 des französischen *Code civil* und Artikel 7:400 ff. des niederländischen *Burgerlijk Wetboek*). Diese gesetzlichen Regelungen sind jedoch nur rudimentär und darüber hinaus nur anwendbar, wenn die Dienstleistung nicht anderswo geregelt worden ist. In einigen Mitgliedstaaten sind von dem Gesetzgeber oder der Rechtsprechung besondere Vorschriften für bestimmte Formen von Dienstleistungen entwickelt worden, z.B. im Bau- und Versicherungsvertragsrecht. Diese sonderprivatrechtlichen Bereiche haben aber kaum Einfluß auf die Entwicklung eines zusammenhängenden, überwölbenden Systems der Dienstleistungsverträge gehabt.

Es fehlt aber nicht nur eine Gesamtschau aufseiten des Gesetzgebers oder der Rechtsprechung; auch die Doktrin hat bisher eine systematische Darstellung und Analyse des heutigen Dienstleistungsvertragsrechts unterlassen. Auch Wissenschaftler beschränken sich grundsätzlich auf individuelle, gelegentlich vom Gesetzgeber anerkannte Vertragstypen.

2. Allgemeine Fragen des Dienstleistungsrechts

Kurzgefaßt muß man (leider) feststellen, daß die Zivilrechtsordnungen der Mitgliedstaaten der EU auf dem Gebiet des Dienstleistungsvertragsrechts jedenfalls eine wichtige Gemeinsamkeit kennen: Nirgendwo gibt es einen allgemeinen juristischen Rahmen, nach dem Dienstleistungen beurteilt werden können. Eine Konsequenz dieses Umstandes ist, daß sich autonome Sonderprivatrechte entwickelten. Nationale

Rechtseinheit ist daher im Moment nicht gegeben, eine europäische scheint Utopie. Das bedeutet aber natürlich nicht, daß Aussagen über wesentliche Unterschiede und Gemeinsamkeiten der nationalen Privatrechte auf dem Gebiete des Dienstleistungsrechts unmöglich wären. Auf viele Teilgebiete des Dienstleistungsrechts ist ohnehin einfach das allgemeine Vertragsrecht anzuwenden, das meistens auch zu befriedigenden Lösungen führt. Unserer Meinung nach zeigt das Dienstleistungsrecht jedoch auf einzelnen Gebieten Besonderheiten, die eine Sonderregelung unentbehrlich machen. Im Nachfolgenden werden wir exemplarisch auf fünf dieser Besonderheiten eingehen: auf Informationspflichten (II), Kriterien zur Beurteilung der Qualität der Dienstleistung (III), die Haftung für Handlungen Dritter (IV), Ansprüche Dritter (V) und auf die Beendigung und Anpassung von Dauerschuldverhältnissen (VI).

II. Informationspflichten

3. Die Informationspflicht des Auftragnehmers

Ein wichtiges Problem im Verhältnis zwischen dem Anbieter einer Dienstleistung (im Folgenden: Auftragnehmer) und dem Empfänger der Dienstleistung (im Folgenden: Auftraggeber) ist die Informationspflicht des Auftragnehmers. Wirksame Informationen sind für den Auftraggeber notwendig, damit er die Auswahl von Auftragnehmer und auch der Dienstleistung selbst richtig treffen kann. An solch zureichenden Informationen fehlt es nicht selten. In der Rechtspraxis hat sich die Informationspflicht des Auftragnehmers daher als einer der wichtigsten Regelungsbereiche des Dienstleistungsrechts erwiesen. Ungefähr ein Viertel bis zu einem Drittel der veröffentlichten Rechtsprechung hinsichtlich Dienstleistungen betrifft (mittelbar oder unmittelbar) eine Informationspflicht.¹ Ein Arzt muß z.B. seinen Patienten über die Risiken einer Behandlung oder der Unterlassung einer Behandlung aufklären. Die Regelung der Informationsbeschaffung ist teilweise auf öffentlich-rechtlichem Wege zu erreichen, wie die Beispiele der gemeinschaftsrechtlichen Regelung der Etikettierung von Lebensmitteln und der Präsentation bestimmter Versicherungsprodukte zeigen. Das Privatrecht bietet gute Chancen, ist aber in einigen Staaten viel weiter entwickelt worden als in anderen. Im deutschen Recht sind Informationspflichten auf Grund der Theorie des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen (*culpa in contrahendo*) besonders gut entwickelt worden. Diese Grundlage trägt aber kaum dazu bei, die richtigen Abgrenzungskriterien zu finden. Für einige Situationen existieren explizite gesetzliche Grundlagen, wie z.B. für die Belehrungspflicht eines Notars.² Es handelt sich dabei aber vor allem um Generalklauseln, deren Ausfüllung der Rechtsprechung überantwortet ist: Ein überwölbendes System ist der Rechtsprechung kaum zu entnehmen. Auch in Frankreich ist eine Pflicht zur Ermittlung von Informationen generell anerkannt worden.³ In England gilt dagegen noch immer als allgemeiner Grundsatz, daß ein Vertragspartner nicht verpflichtet ist, den anderen zu informieren.⁴ Hinzu kommt, daß im englischen Vertragsrecht allgemeine Grundsätze wie 'la bonne foi', 'Treu und Glauben' oder 'culpa in contrahendo' fehlen. Auch eine gesetzliche Grundlage für eine Informationspflicht

¹ Vgl. Haug (1997), Nr. 401.

² Vgl. vor allem §§ 17-21 Beurkundungsgesetz und § 14 Bundesnotarordnung.

³ Vgl. Ghestin (1993), Nr. 623.

⁴ Vgl. Treitel (1995), 361.

fehlt ganz und gar: Section 13 des *Supply of Goods and Services Act 1982* bestimmt nur, daß der berufliche Auftragnehmer verpflichtet ist, die Dienstleistung mit 'angemessener Sorgfalt und Befähigung' auszuführen. Wo der Richter ausnahmsweise eine Informationspflicht annimmt, geschieht das aufgrund spezifischer Konstruktionen, durch welche die Rechtsprechung sogar noch kasuistischer wird als in den anderen Mitgliedstaaten.

III. Kriterien zur Beurteilung der Qualität der Dienstleistung

4. *Haftung für Vertragsverletzungen*

Bei einem Dienstleistungsvertrag sind die Vertragspartner oft auf einander angewiesen. Solange ein Dienstleistungsvertrag von beiden Parteien problemlos ausgeführt wird, bleibt das Recht im Hintergrund. Juristische Fragen kommen nur dann in den Blick, wenn sich eine Nichterfüllung einstellte und die Parteien daher nicht länger zusammenarbeiten wollen. Das Haftungsrecht ist folglich in der Praxis einer der wichtigsten Bereiche des Dienstleistungsrechts.

5. *Die Konkretisierung des allgemeinen Sorgfaltsgebots*

Die Hauptpflicht des Auftraggebers ist meistens die Zahlung für die Dienstleistung. In juristischer Hinsicht ist diese Verpflichtung kaum problematisch. Die Hauptpflicht des Auftragnehmers ist die Erfüllung der Dienstleistung. Die Frage, ob diese Pflicht schlecht erfüllt wurde, ist oft schwierig zu beantworten. Allgemein gilt, daß der Auftragnehmer so handeln muß, wie ein sorgfältig arbeitender Fachkollege handeln würde. Für Ärzte impliziert diese Regel z.B., daß sie im Einklang mit dem Stand der Wissenschaft ihres Berufsfeldes handeln müssen, selbst wenn der Patient gar nicht in erster Linie an eine medizinische Behandlung denkt.⁵ Die Grundregel, wonach der professionelle Standard einzuhalten ist, gilt in den meisten Staaten, wobei es ziemlich unwichtig zu sein scheint, ob die Haftung eine vertragliche, eine deliktische oder eine anderweitig gesetzliche ist.⁶ Diese Generalklausel ist aber nur ein erster Anhaltspunkt. Fraglich ist, anhand welcher Normen zu prüfen ist, wie ein redlicher Fachkollege handeln würde. Solche engeren Qualitätsnormen fehlen in der Regel. Und wenn man sich nach dem 'wissenschaftlichen Stand des Berufes' richtet, wie soll man dann ermitteln, was der derzeitige Stand ist und wie er im Moment des Schadensfalles war? Manchmal, vor allem im medizinischen Vertragsrecht, wird die Hilfe von Sachverständigen eingeholt und deren Gutachten auf diese Weise beinahe zum 'Beweis' des Standes der Wissenschaft aufgewertet. Fraglich ist auch, ob man erst später als richtig anerkannte Standpunkte in Betracht ziehen sollte, obwohl sie im Zeitpunkt der Dienstleistung nur von einer Minderheit in der Literatur vertreten worden waren. Im englischen Arzt Haftungsrecht wird das verneint. Ein Arzt,

⁵ Vgl. für ein klares Beispiel CA Paris 30.9.1993, D. 1995.Somm.98, in welchem Fall der Patient sich nur mit ästhetischen Erwägungen befaßte.

⁶ Vgl. für Deutschland Kötz (1996), Rdnr. 97; für England *Bolam v. Friern Hospital Management Committee* [1957] 2 All ER 118, 121, *Sidaway v. Bethlem Royal Hospital Governors* [1985] 1 All ER 643, 658 und Section 13 *Supply of Goods and Services Act 1982*; für Frankreich Cass. civ. I 25.2.1997, *Bull. civ. I*, no. 72, *Resp. civ.* 1997.Comm.; für die Niederlande HR 9.11.1990, *NJ* 1991, 26 (Speeckaert/Gradener), HR 20.9.1996, *NJ* 1996, 747 (Beurskens/B. Notarissen) und Art. 7:401 BW.

der im Einklang mit einer respektablen Strömung in der Literatur handelt, verhält sich nicht unsorgfältig.⁷ Im deutschen Recht dagegen reichen ernst zu nehmende Stimmen in der medizinischen Wissenschaft aus, um jedenfalls eine Pflicht zur Ermittlung potentieller Probleme zu bejahen.⁸ Obwohl die Rechtssysteme ungefähr dieselbe Generalklausel kennen, weicht ihre Auffüllung doch voneinander ab. Konkretere Qualitätsnormen fehlen für die meisten Dienstleistungen ohnehin. Die Rechtsprechung zeigt zwar Anschauungsmaterial für die Umsetzung der generellen Sorgfaltspflicht auf manchen Einzelfall. Diese 'Verkehrspflichten' für Dienstleistungsverhältnisse sind jedoch in den Mitgliedstaaten unterschiedlich detailliert ausgearbeitet worden, betreffen verschiedene Bereiche und zeigen Lücken, die teils zufällig sind, teils auf verschiedene Berufskulturen in den Mitgliedstaaten zurückzuführen sind.

IV. Haftung für Handlungen Dritter

6. *Einbeziehung Dritter in die Dienstleistung*

Problematisch ist auch, daß in Dienstleistungsverhältnisse oft mehrere Personen einbezogen sind. In jedem Teilbereich des Dienstleistungsrechts wirkt sich die Position von 'Dritten' auf ihre je eigene Weise auf die vertraglichen und deliktischen Beziehungen zwischen den Beteiligten aus. In vielen Verhältnissen sind drei (oder mehr) Personen gezwungen zusammenzuarbeiten, um miteinander ein bestimmtes Endergebnis zu erreichen. Weithin unproblematisch ist die Situation, in der ein Auftragnehmer zur Erfüllung des Vertrages die Einschaltung von Arbeitnehmern veranlaßt. Unstreitig ist, daß der Auftragnehmer in solchen Fällen für von seinen Arbeitnehmern verursachte Fehler haftet. Ein wenig schwieriger wird es, wenn ein Auftragnehmer einen selbständigen Subunternehmer einschaltet. Aber auch dann wird anzunehmen sein, daß der Auftragnehmer für Fehler des Subunternehmers haftet. Problematisch wird es aber, wenn die Einschaltung des selbständigen Dritten auf die Initiative des Auftraggebers hin erfolgt, und am schwierigsten zu entscheiden ist die Frage der Haftung des Auftragnehmers, wenn die Initiative zur Einschaltung des Dritten zwar vom Auftraggeber stammt, der Dritte aber auf Vorschlag oder Empfehlung des Auftragnehmers angestellt worden ist.

7. *Erstes Beispiel: Bauverträge*

In manchen Dienstleistungsverhältnissen sind die Beziehungen zwischen allen Beteiligten auf das engste miteinander verknüpft. Bei einem traditionellen Bauvorhaben z.B. vergibt ein Auftraggeber den Entwurf eines Bauprojektes an einen Architekten und anschließend die Ausführung des Entwurfs an einen Bauunternehmer. Ein erster Unterschied zwischen den Rechtssystemen der Staaten der Europäischen Union besteht darin, daß Auftraggeber z.B. in Frankreich und Belgien gesetzlich verpflichtet worden sind, einen Architekten einzuschalten, wenn sie ein Gebäude bauen wollen, während niederländische und deutsche Auftraggeber unter ihrem Recht dazu nicht verpflichtet sind. Sie können ein Gebäude folglich zu geringeren Kosten errichten lassen. Oft schließen Auftraggeber aber auch in den Niederlande und in Deutschland einen Vertrag mit einem Architekten,

⁷ *Bolam v. Friern Hospital Management Committee* [1957] 2 All ER 118, 121.

⁸ BGH 21.11.1995, NJW 1996, 776.

insbesondere dann, wenn das zu errichtende Bauwerk eine bestimmte Größe übersteigt.⁹ In der Praxis sind im Normalfall des traditionellen Bauvorhabens also drei selbständig tätige Vertragsparteien beteiligt. Es wäre daher folgerichtig, wenn jedes Rechtssystem auf diese Verknüpfung der Beziehungen eingestellt wäre. Das Verhältnis zwischen Architekt und Bauunternehmer ist aber weder gesetzlich noch in allgemein gebräuchlichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen geregelt worden. Das verursacht Probleme, wenn z.B. der Architekt einen Fehler macht, durch den der Entwurf des Gebäude mangelhaft ist, und der Bauunternehmer diesen Fehler nicht bemerkt, obwohl er ihn hätte bemerken müssen. Haftet in solch einem Fall (eventuell neben dem Architekten) der Bauunternehmer auf das Ganze? In Frankreich, Belgien und vielleicht auch in den Niederlanden scheint das der Fall zu sein. In Deutschland und England dagegen befürwortet die herrschende Meinung ein Mitverschulden des Auftraggebers des Werkes, weil er den Fehler des Architekten in seinem Verhältnis zum Bauunternehmer zu vertreten habe.¹⁰

8. *Zweites Beispiel: Operationen*

An einer Operation sind immer mehrere Personen beteiligt. Neben dem Chirurgen sind gewöhnlich mindestens eine Krankenschwester und ein Anästhesist im Operationssaal tätig. Die Frage taucht auf, mit wem der Patient den Behandlungsvertrag schließt. Meistens wird das Krankenhaus Vertragspartner sein. Dieses haftet dann für Fehler seines Personals.¹¹ Das deutsche Recht kennt aber auch sogenannte 'gespaltene Krankenhausverträge', unter denen der Patient mit einem Krankenhaus einen Vertrag zur Aufnahme in der Klinik schließt und mit dem behandelnden Arzt einen Vertrag zur Behandlung. In solche Fällen haftet nach deutschem Recht für Behandlungsfehler des Arztes nicht das Krankenhaus, sondern allein der Arzt persönlich.¹² In den Niederlanden hat man eine andere Regelung getroffen. Falls ein Patient in einem Krankenhaus Schaden erleidet, kann er in jedem Fall Schadenersatz vom Krankenhaus beanspruchen, entweder als Vertragspartner oder so – und das ist eine Innovation – *als ob* das Krankenhaus Vertragspartner wäre.¹³ Für die haftungsrechtliche Situation des Krankenhauses ist es daher gleichgültig, ob das Krankenhaus Vertragspartner ist oder nicht.¹⁴ Hinzu kommt, daß weder der Arzt noch das Krankenhaus sich von (vertraglicher und deliktischer) Haftung freizeichnen oder sie beschränken können.¹⁵ Während im deutschen Vertragsrecht entweder das Krankenhaus oder der Arzt haftpflichtig ist, abhängig davon,

⁹ Vgl. Jansen (1998), 141 f.

¹⁰ Vgl. Jansen (1998), 519 f.

¹¹ Vgl. BGH 18.6.1985, *BGHZ* 95, 6.

¹² Vgl. BGH 14.2.1995, *BGHZ* 129, 6. Er haftet in solchen Fällen auch für Fehler des sonstigen Personals, vgl. OLG Oldenburg 11.11.1997, *VersR* 1998, 1421.

¹³ Vgl. Art. 7:462 BW.

¹⁴ Für die Möglichkeit zum Regreß gegen den Arzt sind die vertraglichen Beziehungen natürlich doch relevant. Falls der Arzt einen Arbeitsvertrag mit dem Krankenhaus geschlossen hat, ist ein Regreß in der Regel nicht möglich (vgl. Art. 6:170 Abs. 2 BW), anderenfalls ist er grundsätzlich erlaubt (vgl. Art. 6:10 und 6:102 BW).

¹⁵ Art. 7:463 BW.

ob es sich um einen gespaltenen Vertrag handelt oder nicht, haftet im niederländischen Recht das Krankenhaus stets selbst und manchmal neben dem Arzt.¹⁶

V. Ansprüche Dritter

9. Grundsätzliches

Eine ganz andere Frage ist, ob ein nicht am Vertrag beteiligter Dritter Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Dienstleistungsvertrags durch den Auftragnehmer hat. In den meisten Rechtssystemen ist solch ein Anspruch nicht ausgeschlossen. In manchen Fällen hat der Gesetzgeber eine besondere Regelung getroffen. Einen deutschen Notar zum Beispiel treffen viele Amtspflichten. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist jeder in den Schutzbereich einer Amtspflicht einbezogen, dessen Schutz eine solche Pflicht wenigstens mitbezweckt.¹⁷ Vergleichbare Anspruchsgrundlagen fehlen aber meistens; für Berufe, die kein öffentliches Amt wahrnehmen, gilt das ohnehin.

10. Vertragliche Dritthaftung

Eine *vertragliche* Grundlage für einen Anspruch Dritter kann ein Vertrag zugunsten Dritter sein. Hier handelt es sich dem Grunde nach deshalb noch um eine vertragliche Haftung, weil der Dritte durch Annahme des Angebots dem Vertrag beitrifft und daher Vertragspartner wird. Ein solcher Vertrag wird z.B. von der französischen Cour de cassation im Personenbeförderungsrecht angenommen.¹⁸ Die Figur des Vertrags zugunsten Dritter ist in vielen Mitgliedstaaten der EU anerkannt, (noch) nicht aber im englischen Recht.¹⁹ Im französischen, niederländischen und wahrscheinlich auch im belgischen Recht ist es sogar möglich, dem Dritten auch eine Pflicht aufzuerlegen.²⁰

11. Insbesondere: Der Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter

Schwieriger ist die Frage nach der Rechtsnatur eines Anspruchs zu beantworten, wenn eine vertragliche Beziehung zum Dritten und auch eine gesetzliche Bestimmung fehlen. In Deutschland und Portugal ist zur Lösung dieses Problems die Figur des Vertrags mit Schutzwirkung(en) für Dritte entwickelt worden. Sie gründet in der Theorie, daß unter Umständen nicht nur eine Schutzpflicht gegenüber dem Vertragspartner, sondern auch gegenüber solchen Dritten entsteht, die "im Lager" des Vertragspartners stehen. Die Figur des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte wird im ganzen Bereich des Privatrechts

¹⁶ Hinzu kommt noch, daß, auch wenn der Vertrag mit dem Krankenhaus geschlossen worden ist, der Arzt persönlich haftet, wenn ihm eine unerlaubte Handlung vorgeworfen werden kann. Auch dieser deliktischen Haftung kann der Arzt aufgrund von Art. 7:463 nicht entgehen.

¹⁷ BGH 26.6.1997, MDR 1997, 985; BGH 30.4.1998, MDR 1998, 1185.

¹⁸ Vgl. Cass. civ. 6.12.1932 und 24.5.1933, D. 1933.1.137, Anm. Josserand, D. 1934.1.81, Anm. Esmein (Mme Noblet): Ein Reisender war durch ein Bahnunfall verstorben. Nach der Entscheidung der Cour de cassation hat seine Witwe Anspruch auf Schadenersatz. Daß der Reisende eine gesetzliche Unterhaltspflicht zugunsten seiner Ehefrau hat, ist wahrscheinlich für die Cour entscheidend gewesen. Denn in einem anderen Fall vom 24.5.1933 hat die Cour entschieden, daß die Schwester eines (anderen) Reisenden kein Recht auf Schadenersatz hat (Cass. civ. 24.5.1933, D. 1933.1.137, Anm. Josserand, D. 1934.1.81, Anm. Esmein).

¹⁹ Vgl. Du Perron (1998), 321f.

²⁰ Vgl. Du Perron (1998), 322.

verwendet,²¹ ist aber für den Bereich des Dienstleistungsrechts von besonderer Bedeutung. Die Rechtsfigur ist z.B. vom deutschen Bundesgerichtshof in so unterschiedlichen Bereiche angewandt worden wie dem Anwaltsrecht,²² dem Reiserecht²³ und dem Arztrecht.²⁴ Vertragliche Freizeichnungen oder Beschränkungen der Haftung können dem Dritten aber entgegengehalten werden.²⁵ Im französischen Kaufrecht erfüllt die Rechtsfigur der 'groupe de contrats' teilweise dieselbe Funktion, weil der Verletzte eine 'action directe' erheben kann. Nach der Rechtsprechung der Cour de cassation ist diese Rechtsfigur allerdings nur praktizierbar, wenn die 'Glieder der Kette' dieselbe Leistung erbringen sollen. Regelmäßig ist diese Theorie also nicht auf das Dienstleistungsrecht anwendbar.²⁶ In den meisten anderen Rechtssysteme werden Fälle wie diese dagegen überhaupt nicht vom Vertrags-, sondern vom Deliktsrecht gelöst.²⁷ Der Wechsel der Rechtsgrundlage bedeutet allerdings zumeist nicht, daß es auch wesentliche inhaltliche Unterschiede gäbe.²⁸ Im englischen Recht beispielsweise lautet die entscheidende Frage, ob der Auftragnehmer eine (deliktische) Schutzpflicht gegenüber dem Dritten verletzt hat.²⁹ Bei der Feststellung, ob solch eine Pflicht besteht, ist wesentlich, ob es eine 'spezielle Beziehung' zwischen der Auftragnehmer und dem Dritten gibt. Ein Gutachter z.B. muß, wenn diese Voraussetzung erfüllt sein soll, Zweck seines Gutachtens kennen und wissen, daß Dritte sich auf das Gutachten verlassen und das Gutachten – ohne weitere Nachforschungen – zur Erfüllung dieses Zweckes verwenden werden.³⁰ Wird auf dieser Grundlage eine Pflicht bejaht, sind die haftungsrechtlichen Regeln inhaltlich nicht anders als dort, wo man mit dem Vertragsrecht arbeitet.³¹

12. Beweisprobleme

Inhaltlich gelten für Ansprüche Dritter also meistens keine anderen Erfordernisse. Dessen ungeachtet ist die Position eines Dritten manchmal schwieriger als die eines Vertragspartners. Auf dem Kläger ruht normalerweise die Last, den Beweis einer Pflichtverletzung zu führen. Für einen Dritten ist die Erbringung dieses Beweises gelegentlich problematischer als für den Vertragspartner. Auf welche Weise soll der Dritte z.B. beweisen, daß der Erblasser sein Vermögen gerade ihm vererben wollte? Normalerweise schaltet man Zeugen zum Beweise ein; in erbrechtlichen Fällen ist das jedoch oft nicht mehr möglich.³² Dieses Problem gibt es in allen Mitgliedstaaten der Union, erscheint uns aber der Position des Dritten als Drittem inhärent.

²¹ Vgl. Larenz (1987), 224 ff. Vgl. für das portugiesische Recht Da Rocha e Menezes Cordeiro (1997), 619 ff., hier zitiert nach Hesselink (1999), 277.

²² BGH 6.7.1965, *NJW* 1965, 1955 (Testamentsfall); BGH 24.1.1995, *NJW* 1995, 1618.

²³ BGH 12.5.1980, *BGHZ* 77, 117.

²⁴ BGH 18.3.1980, *BGHZ* 76, 259.

²⁵ Vgl. Du Perron (1998), 324.

²⁶ Vgl. Cass. Ass. plén. 12.7.1991, *D.* 1991.Jur.549, Anm. Ghestin, *JCP* 1991.II.21743, Anm. Viney (ein baurechtliches Fall).

²⁷ Vgl. Giesen (1999), 42f; Hesselink (1999), 277.

²⁸ Vgl. auch von Bar (1980), 225.

²⁹ Vgl. Giesen (1999), 42 f.

³⁰ Vgl. Lord Oliver in *Caparo Industries plc v Dickman* [1990] 1 All ER 568, 589.

³¹ Vgl. Giesen (1999), 42.

³² Giesen (1999), 42, mwN.

VI. Beendung und Anpassung von Dauerschuldverhältnissen

13. *Allgemeines*

In Dienstleistungsverträgen sind die Parteien oft auf die Mitarbeit des anderen Vertragsteils angewiesen. Manchmal sind die Parteien so sehr auf einander eingestellt, daß sie geradezu von einander abhängig geworden sind. Das gilt für langfristige Verträge, vor allem aber für Dauerschuldverhältnisse, die oft jahrelange vertragliche Beziehungen mit sich bringen.³³ Im Allgemeinen Teil des Vertragsrecht gibt es indes kaum auf Dauerschuldverhältnisse zugeschnittene Regeln. Sie wurden daher in der Praxis entwickelt.

14. *Unbefristete Verträge*

Trotz – oder vielleicht gerade dank – des Fehlens einer gesetzlichen Regelung und obwohl manchmal die Rechtssysteme von verschiedenen Ausgangspositionen ausgehen, sind in den meisten Rechtssysteme gleichartige Regeln in bezug auf die Kündigung von Verträgen auf unbefristete Zeit entwickelt worden. In Frankreich ist es z.B. *d'ordre public* daß Verträge nicht für ewig geschlossen sein dürfen. Das bringt es mit sich, daß im französischen Recht beide Parteien zwingend das Recht haben, Dauerschuldverhältnisse einseitig zu kündigen.³⁴ Nach der Rechtsprechung der Cour de Cassation braucht eine Vertragspartei nicht einmal ein 'legitimes Interesse' an der Kündigung zu haben; nur gegen das Prinzip von Treu und Glauben (*bonne foi*) darf sie nicht verstoßen.³⁵ Sie muß allerdings eine 'Warnfrist' beachten, so daß der andere Vertragsteil sich auf die neue Situation einstellen und rechtzeitig auf die Suche nach einem neuen Vertragspartner gehen kann.³⁶ Die Nichteinhaltung der Frist, deren Länge von Treu und Glauben, Gewohnheitsrecht oder Gesetz bestimmt wird, verpflichtet die kündigende Partei zum Schadenersatz.³⁷ Manchmal ist zum Schutz der 'sozial Schwachen' das Recht zur Kündigung immer mit einem Anspruch auf Schadenersatz verknüpft worden. In einigen gesetzlich geregelten Vertragstypen ist in Abweichung von dem oben erläuterten Grundsatz aufgrund dieser Schutzbedürfnis ein legitimes Interesse an der Kündigung notwendig.³⁸ Eine vertragliche Ausschließung des Kündigungsrechts ist jedoch nicht möglich. Möglich sind nur vertragliche Einschränkungen, z.B. Absprachen darüber, wie gekündigt werden muß und welche Fristen eingehalten werden müssen.

³³ Zu denken ist an Verträge mit Versicherungsunternehmen, Banken und Telefonanbietern, aber auch an Verträge mit Schulen oder sogar mit Anwälten und Ärzten.

³⁴ Vgl. z.B. Ghestin, Jamin und Billiau (1994), Nr. 239 ff. m.w.N. Vgl. auch Cass. com. 15.12.1969, *Bull. civ. IV*Nr. 384, *JCP* 1970.II.16391, Anm. J.H.; Cass. com. 19.7.1971, *Bull. civ. IV*Nr. 213; Cass. civ. I 5.2.1985, *Bull. civ. I*Nr. 54, p. 52, *RTDCiv.* 1986, 105, Anm. Mestre.

³⁵ Cass. com. 15.12.1969, *Bull. civ. IV*Nr. 384, *JCP* 1970.II.16391, Anm. J.H.; Cass. com. 19.7.1971, *Bull. civ. IV*Nr. 213.

³⁶ Cass. com. 8.4.1986, *Bull. civ. IV*Nr. 58.

³⁷ Ghestin, Jamin und Billiau (1994), Nr. 246.

³⁸ Zum Beispiel beim Agenturvertrag; vgl. Ghestin, Jamin und Billiau (1994), Nr. 241.

15. Obwohl das Verbot der 'ewigen Pflichten' nicht überall genauso strikt wie in Frankreich oder sogar überhaupt nicht gilt, finden sich in den anderen Rechtssystemen im Grunde ganz gleiche Regeln: Die Kündigung ist im Prinzip möglich, vertragliche Einschränkungen dieser Befugnis sind erlaubt, die Ausschließung der Befugnis aber nicht. Gesetzliche und richterliche Beschränkungen des Kündigungsrechts betreffen meistens den Schutz der schwächeren Vertragspartei durch Anordnung einer Kündigungsfrist.³⁹ Wenn die kündigende Partei einen wichtigen Grund für die Kündigung hat, kann sie den Vertrag gewöhnlich sofort kündigen, ohne sich um die Einhaltung einer Kündigungsfrist kümmern zu müssen.⁴⁰ Das Kündigungsrecht erscheint also in den verschiedenen Rechtssystemen in ähnlicher Weise organisiert zu sein. Ob das in der Praxis auch wirklich zu Rechtseinheit führt, muß jedoch bezweifelt werden. Die Rechtsvergleichung hat hier noch manche Aufgabe zu bewältigen.⁴¹ Es erscheint aber nicht unmöglich, in diesem Punkt zu einer Rechtsangleichung zu kommen.

16. *Vertragsanpassung*

An Übereinstimmung zwischen den Lösungen in den Mitgliedstaaten fehlt es allerdings, wenn es um die Frage geht, ob und wie Verträge an geänderte Umstände angepaßt oder beendet werden können. Natürlich ist überall der Ausgangspunkt, daß die Parteien frei sind, in ihren Vertrag Bestimmungen über mögliche Änderungen der Umstände aufzunehmen bzw. ihren Vertrag aufgrund der geänderten Umstände einvernehmlich anzupassen oder zu beenden. Fraglich ist aber, ob es dem Richter erlaubt ist, den Vertrag ohne vertragliche Bestimmung (also auf Verlangen nur einer Partei) zu ändern oder aufzuheben. Die europäischen Rechtssysteme zeigen hier eine große Verschiedenheit. In Großbritannien und Irland wird der Vertrag aufgrund der Theorie der *frustration* aufgehoben, wenn die Umstände sich so geändert haben, daß die Erfüllung des Vertrags radikal anders geworden ist als die Parteien es sich vorgenommen hatten.⁴² Die Abwicklung des (manchmal vollständig) erfüllten Vertrags kann bewirken, daß ein Vertragsteil einen 'Rückzahlungsanspruch' hat gegen die Zahlung einer angemessenen Vergütung, was oft eine rückwirkende Anpassung des Vertrags impliziert.⁴³ Die Änderung eines weiterlaufendes Dauerschuldverhältnisses ist aber nicht möglich. In der Praxis wird der Vertrag daher gekündigt und der Abschluß eines neuen Vertrag zu neuen Bedingungen angeboten.⁴⁴ Dieselbe Änderung der Umstände führt in Deutschland im Prinzip nicht zur Aufhebung, sondern zur Anpassung des Vertrags aufgrund der Theorie des *Wegfalls der Geschäftsgrundlage*. Unter dieser Theorie soll der Unzumutbarkeit der Erfüllung des ursprünglichen Vertrags durch eine Verteilung der nachteiligen Folgen auf

³⁹ Vgl. zum Beispiel für Deutschland Horn (1981), 564, 571 f. und Larenz (1987), 30; für England Atiyah (1995), 395 ff.; für Österreich Koziol und Welser (1995), 196 f. und OGH 25.3.1980, *EvBl.* 1980/175; für die Niederlande Asser-Hartkamp II (1997), Nr. 310 f.

⁴⁰ Vgl. zum Beispiel für Deutschland Larenz (1987), 32 und für Österreich Koziol und Welser (1995), 197.

⁴¹ Es erscheint uns, daß vor allem die englische Situation abweichen könnte, weil Atiyah (1995), 397, meint, das es (auch) in diesem Punkt keine Pflicht gäbe, nach Treu und Glauben zu handeln und es den Parteien im Grunde freistehe, das Kündigungsrecht nach Belieben auszuüben.

⁴² Vgl. Tallon (1998), 329 f.

⁴³ Vgl. Atiyah (1995), 243 f.

⁴⁴ Vgl. Atiyah (1995), 395 f.

beide Parteien REchnung getragen werden.⁴⁵ Im Großen und Ganzen ist man der deutschen Lösung in Griechenland, Österreich, Italien und den Niederlanden gefolgt.⁴⁶ In Frankreich, Belgien und Luxemburg ist die Theorie der *imprévision* vom dortigen Zivilrecht jedoch nicht anerkannt worden. Ausfluß des Grundsatzes der Bindung der Parteien an den Vertrag sei, daß - wenn möglich - der Vertrag erfüllt werden müsse, auch wenn diese Erfüllung für eine Vertragspartei schwieriger und nachteiliger geworden ist.⁴⁷ Aufhebung oder Kündigung des Vertrags (eventuell unter Anbietung des Abschlusses eines neuen Vertrags) in den Staaten des *Common Law*, Anpassung des Vertrags in den vom deutschen Recht inspirierten Staaten und einfache Durchführung des ursprünglichen Vertrags in den sich auf der französischen *Code civil* stützenden Mitgliedstaaten - unterschiedlicher könnten die Lösungen dieser Probleme wahrscheinlich nicht sein. Gerade für Dienstleistungsverhältnisse, die - wie oben erörtert - oft jahrelange vertragliche Beziehungen mit sich bringen, ist diese Rechtsverschiedenheit unerwünscht. Wir kommen darauf zurück.⁴⁸

⁴⁵ Vgl. Larenz (1987), 321 ff.

⁴⁶ Vgl. Tallon (1998), 329 f.

⁴⁷ Vgl. Tallon (1998), 329 f. Richterliches Eingreifen in den Vertrag ist in Frankreich nur dann möglich, wenn durch höhere Gewalt (*fait du prince*) die Ursache und der Gegenstand der Pflicht einer Partei teilweise entfallen, die Erfüllung des Vertrags teilweise aber möglich bleibt. Die Vertragspartner werden dann von ihren Pflichten aus dem Vertrag teilweise befreit, im übrigen bleiben sie an den Vertrag gebunden. Eine richtige Revision des Vertrags wird aber auch dann nicht unternommen, vgl. Ghestin, Jamin und Billiau (1994), Nr. 282.

⁴⁸ Unten in Kapitel III dieser Untersuchung.

Literatur

- Asser, C., Hartkamp, A.S., Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Verbintenissenrecht, deel II, Algemene leer der overeenkomsten, 10. Aufl. Deventer 1997;
- Atiyah, P.S., An Introduction to the Law of Contract, 5. Aufl. Oxford 1995;
- Bar, Chr. von, Verkehrspflichten; Richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht, Köln/Berlin/Bonn/München, 1980;
- Ghestin, J., Traité de droit civil, La formation du contrat, 3. Aufl. Paris 1993;
- Ghestin, J., Jamin, Chr., Billiau, M., Traité de droit civil, Les effets du contrat, 2. Aufl. Paris 1994;
- Giesen, I., Bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid, Deventer 1999;
- Haug, K.H., Die Amtshaftung des Notars, 2. Aufl. München 1997;
- Hesselink, M.W., De redelijkheid en billijkheid in het Europese Privaatrecht, Deventer 1999;
- Horn, N., Vertragsdauer, Die Vertragsdauer als schuldrechtliches Regelungsproblem. Empfiehlt sich eine zusammenfassende Regelung der Sonderprobleme von Dauerschuldverhältnissen und langfristigen Verträgen?, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I, S. 551-645;
- Jansen, C.E.C., Towards a European building contract law, Defects liability: a comparative legal analysis of English, German, French, Dutch and Belgian Law, Deventer 1998;
- Kötz, H., Deliktsrecht, 7. Aufl. Neuwied 1996;
- Koziol, H., Welser, R., Grundriß des bürgerlichen Rechts, Band I, Allgemeiner Teil, Schuldrecht, 10. Aufl. Wien 1995;
- Larenz, K., Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 14. Auflage München 1987;
- Du Perron, E., Contract and Third Parties, in: Hartkamp, A., Hesselink, M., Hondius, E., Joustra, C., du Perron, E. (eds.), Towards a European Civil Code, 2. Aufl., Nijmegen und The Hague/London/Boston 1998, S. 311-326
- Da Rocha e Menezes Cordeiro, A.M., Da boa fé no direito civil, Coimbra 1997;
- Tallon, D., Hardship, in: Hartkamp, A., Hesselink, M., Hondius, E., Joustra, C., du Perron, E. (eds.), Towards a European Civil Code, 2. Aufl. Nijmegen und The Hague/London/Boston 1998, S. 327-332
- Treitel, G.H., The Law of Contract, 9. Aufl. London 1995;