



Ludwig-Maximilians-Universität München
Software and Computational Systems Lab

Projektmitarbeit als Freelancer

Vorlesung: Juristisches IT-Projektmanagement

Datum: 10.01.2017

Autor: Pascal Jungblut

Vorlesung von: Dr. Frank Sarre

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung	1
1.1	Begriffe und Motivation	1
2	Rechtlicher Rahmen	3
3	Projektarbeit	5
3.1	Vor Vertragsbeginn	5
3.2	Während der Tätigkeit	5
3.3	Vertragsende	6
3.4	Vergütung	7
3.4.1	Änderungen des Leistungsumfangs	7
3.5	Übergabe	8
3.6	Rechte am Werk	8
3.7	Risiken trotz Dienstvertrag	9
4	Freelancer aus Unternehmenssicht	10
4.1	Scheinselbstständigkeit	10
5	Situation in der Praxis und Fazit	12
6	Quellenverzeichnis	14

1 Einleitung

1.1 Begriffe und Motivation

Der Begriff *Freelancer* ist in der heutigen IT-Landschaft geläufig und steht für *freie Mitarbeiter*. Dabei sind Freelancer bzw. freie Mitarbeiter oder kurz Freie nicht mit Freiberuflern zu verwechseln. Freelancer sind selbstständige Dienstleister, die für und in Unternehmen Arbeiten übernehmen. Obwohl der Begriff Freiberufler umgangssprachlich gelegentlich austauschbar benutzt wird, handelt es sich hier um einen Begriff aus dem Steuerrecht¹. Ein Freiberufler ist demnach kein Gewerbetreibender. Freie Mitarbeiter hingegen sind immer selbstständig. Die Unterscheidung von Angestellten ergeben sich aus drei zentralen Merkmalen²:

- Dem Auftragnehmer, also dem Freelancer, steht es frei an welchem *Ort* die Dienstleistung vollbracht wird.
- Er ist ebenso nicht bei der *Arbeitszeit* gebunden.
- Der Auftraggeber ist nicht *weisungsbefugt*.

Diese Merkmale sind in sofern von Bedeutung, als dass der Auftraggeber einige Vorteile gegenüber einem Angestelltenverhältnis genießt. Darunter fallen z.B. die Vermeidung von Sozialabgaben und einer ganzen Reihe von Rechten, die ein Arbeitnehmer genießt, wie Kündigungsfristen oder maximale Arbeitszeiten. Diese, für den Auftraggeber günstige Situation, birgt allerdings die Gefahr einer sog. Scheinselbstständigkeit. Diese kann gegeben sein, wenn die obigen Merkmale nicht vorhanden sind, z.B. weil ein Auftragnehmer an Weisungen gebunden ist, die *nicht fachlicher* Natur sind.

Freelancer sind im IT-Bereich beliebt um spezialisierte Tätigkeiten auszuführen, für die es den Angestellten an Wissen mangelt, oder einfach um Lastspitzen im Projekt abzufangen, ohne sich direkt an neue Arbeitnehmer zu binden, die eventuell nach einem Projekt nicht weiter beschäftigt werden könnten. Diese Flexibilität lassen sich Freelancer mit teils deutlich erhöhten Tages- oder Stundensätzen vergüten, denn sie tragen im Vergleich zu einem Arbeitnehmer das wirtschaftliche Risiko.

Auch für den Freelancer selbst ergeben sich neben den oben genannten Merkmalen weitere Vorteile. So kann es z.B. der Fall sein, dass für einen Arbeitnehmer mit sehr spezialisiertem Wissen gar nicht genügend Arbeit im Umfang eines normalen Angestelltenverhältnisses anfällt. Die Tätigkeit als Freelancer erlaubt es solchen Spezialisten ihre Dienstleistung auf mehrere Auftraggeber zu verteilen.

Obwohl sich freie Mitarbeiter juristisch nicht von anderen Vertragspartnern unterscheiden, ergeben sich ganz praktische Unterschiede zu großen Gesellschaften und Firmen:

- Die Arbeit kann immer nur von einer einzigen Person, dem Freelancer, verrichtet werden. Ein Systemhaus könnte bspw. Mitarbeiter von einem weniger dringendem Projekt abziehen und sie zusätzlich in ein Team eingliedern.

¹Siehe § 18 EStG

²Siehe § 84 HGB

- Die Aussicht auf größere Schadenersatzsummen ist gering. Während eine solvente Firma hohe Rückstellungen für Schadenersatzansprüche bilden kann, sind Freelancer schnell von einer Insolvenz betroffen. Schadenersatzansprüche können schnell über sechsstelligen Beträge bedeuten.
- Auch andere Bereiche der Arbeit wie juristische Belange oder Projektmanagement, für die hinreichend große Firmen eigene Angestellte oder gar Abteilungen besitzen, werden vom Freelancer selbst gehandhabt.

Dennoch kann es für einen Auftraggeber reizvoll oder gar nötig sein Freelancer in einem Projekt zu beschäftigen.

2 Rechtlicher Rahmen

Je nach Art der Beauftragung können zwei Vertragsarten zustande kommen.

- Ein Werkvertrag³ regelt die “Herstellung des versprochenen Werkes” und “der Besteller [wird] zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet”. Hierbei kann es sich ausdrücklich auch um einen durch “Dienstvertrag herbeigeführter Erfolg” handeln.
- Ein Dienstvertrag⁴ beschreibt hingegen die “Leistung der versprochenen Dienste” gegen eine “vereinbarte Vergütung”.

Diese Art des Vertrags zwischen Auftraggeber (AG) und Auftragnehmer (AN) ist von zentraler Bedeutung für die Rechte und Pflichten beider Seiten. Während viele Sachverhalte in Werk- und Dienstvertrag unterschiedlich geregelt sind, sollen hier nur die Hauptmerkmale aufgezeigt werden.

Der Werkvertrag hat die erfolgreiche Vollendung eines Werks zum Gegenstand. Er ist mit der *Abnahme* durch den AG beendet. Zum Zeitpunkt der Abnahme dürfen nur noch kleine Mängel vorhanden sein, die der AN auch nach Abnahme noch korrigieren muss. Üblicherweise wird die Vergütung erst nach Vollendung des Vertrags (und damit nach Abnahme) bezahlt oder — falls so vereinbart — durch Zwischenabnahmen (Milestones) ein Teil der Vergütung ausgeschüttet. Für einen freien Mitarbeiter kann eine Vergütung nach Abnahme erhebliche finanzielle Belastungen mit sich bringen, da er für die gesamte Zeit des Projekts in Vorleistung gehen muss. Für den Auftraggeber hat ein Werkvertrag erhebliche Vorteile: er übergibt den Auftrag einmalig und kann zu einem (meist) fest vereinbartem Termin das fertige Werk vom AN zur Abnahme erwarten. Zwar ist der AG zur Mitwirkung verpflichtet, beispielsweise müssen Informationen wie Zugangsdaten und für die Arbeit notwendige Dokumentation ausgehändigt werden⁵. Allerdings liegt die Pflicht ein vertragsgemäßes Werk abzuliefern beim AN. Zudem kann der AG die unentgeltliche Beseitigung *aller* Fehler verlangen. Gerade bei Softwareprojekten in nicht-trivialem Umfang ist es in der Praxis schwierig bis unmöglich ein fehlerfreies Werk zu erstellen.

Anders verhält es sich beim Dienstvertrag. Hier ist die *Erbringung der Dienstleistung* Gegenstand des Vertrags und nicht ein fertiges Werk. Üblicherweise (aber nicht ausschließlich) werden Dienstverträge nach tatsächlichem Aufwand vergütet. Auch das Vertragsende muss nicht mit Vollendung eines Werks einher gehen, sondern kann sich z.B. nach einem festem (Zeit-)Budget richten. Einige für Freelancer wichtige Punkte sind, dass es im Rahmen von Dienstverträgen ausdrücklich keine Abnahme gibt, da ja die Dienstleistung selbst und kein Ergebnis Gegenstand ist. Zudem muss der AN keine Garantie auf seine Arbeit geben und ein Schadenersatzanspruch besteht nur für eine relativ schwer zu belegende *Schlechtleistung*, also ausdrücklich nicht für Sachmängel.

Um welchen Vertragstyp es sich handelt, hängt *nicht* vom Vergütungsmodell ab,

³Siehe § 631 BGB

⁴Siehe § 611 BGB

⁵Siehe § 642 BGB

sondern von den genauen Umständen der Arbeit. So kann beispielsweise ein Rahmenvertrag als Dienstvertrag gelten, obwohl die enthaltenen Einzelverträge Werkverträge sind.

Bei der Tätigkeit eines Freelancers im IT-Bereich wird es sich in der Regel um Dienstverträge handeln [SCH03, S. 1206], denn Freelancer arbeiten oft in einem Team bei dem AG oder gar beim Kunden des AG zusammen mit angestellten Mitarbeitern. Dies liegt auch im Interesse des freien Mitarbeiters, denn in diesem Fall ist er nicht für die fehlerfreie und vollständige Beendigung eines Projekts verantwortlich, sondern er muss lediglich seine Leistung in Form von Arbeitszeit zur Verfügung stellen. Üblicherweise wird der AG (Hauptauftragnehmer) mit seinem Kunden (Endkunde) unabhängig davon einen Werkvertrag vereinbaren, da dieser Interesse an einer konkreten Lösung (Software) hat. Selbst wenn der Hauptauftragnehmer die freien Mitarbeiter per AGB in eine werkvertragliche Tätigkeit bedingt, so ist dies unwirksam, falls die Tätigkeit nicht die typischen Merkmale eines Werkvertrages aufweist [SCH03, S. 1206]. Solange nicht anders angegeben, wird folgend davon ausgegangen, dass freier Mitarbeiter und sein AG einen Dienstleistungsvertrag geschlossen haben, AG und Endkunde hingegen einen Werkvertrag.

Unabhängig von der Vertragsform ist beim üblichen Konstrukt aus Endkunde, Auftraggeber und Freelancer der freie Mitarbeiter nicht dem Endkunden sondern ausschließlich seinem direkten AG verpflichtet⁶. Der Hauptauftragnehmer haftet also für das Verschulden des *Erfüllungsgehilfen* — des freien Mitarbeiters.

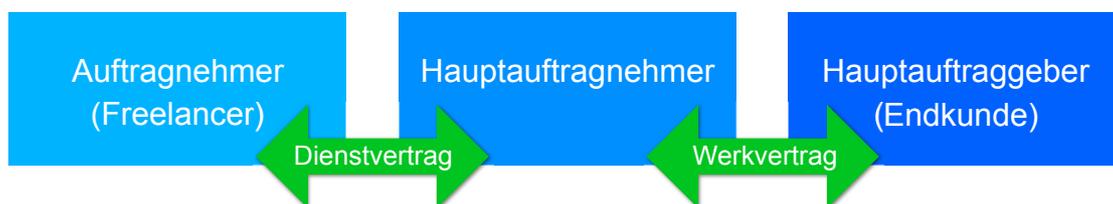


Abbildung 1: Typische Situation bei einem Auftrag als Freelancer: Hauptauftraggeber und Hauptauftragnehmer gehen einen Werkvertrag ein. Der Freelancer hingegen hat ein dienstvertragliches Verhältnis zu seinem Auftraggeber (dem Hauptauftragnehmer.)

⁶§ 278 BGB

3 Projektarbeit

Ein Projekt hat unabhängig von der konkreten Managementmethode mehrere Phasen, die für freie Mitarbeiter verschiedene Herausforderungen mit sich bringen. Vor Schließung des Vertrags wird i.d.R. ein Angebot vom AN erstellt und dem AG vorgelegt. Ebenfalls vor bzw. bei Vertragsabschluss müssen sich beide Seiten über die genauen Bedingungen, z.B. Zahlungsmodalitäten, Fristen, Geheimhaltungsregelungen und Wettbewerbssperren einig werden. Während der Laufzeit des Vertrags muss der Freelancer die vereinbarte Leistung erbringen und das auch belegen (können). Wann das Vertragsende eintritt, sollte vertraglich geregelt sein — denkbar ist ein Vertragsende nach einer gewissen ist-Arbeitszeit, zu einem gewissen Termin oder bei Vollendung eines Projekts.

3.1 Vor Vertragsbeginn

Bevor ein Vertrag abgeschlossen wird, müssen sich zuerst beide Parteien einig werden. Üblicherweise wird der Freelancer dem potenziellen Auftraggeber ein Angebot mit einer genauen Leistungsbeschreibung machen. Die Erstellung des Angebots ist normaler Weise nicht vergütungspflichtig. Da das Angebot bindend ist, sollte es zeitlich (stark) begrenzt sein, beispielsweise auf eine Woche. Während der Zeit von Übergabe des Angebots zu Akzeptanz bzw. Ablehnung durch den AG muss der freie Mitarbeiter damit rechnen, dass das Angebot angenommen wird und kann die Zeit nicht anderweitig verplanen — auch und gerade nicht für andere Angebote. Ebenfalls bei Vertragsbeginn müssen etwaige Fristen, Zahlungsmodalitäten und Termine festgelegt sein.

Für einen Freelancer interessant sind auch weitere Bedingungen der AGB des Auftraggebers. Beispielsweise kann dieser ein Wettbewerbsverbot für den Freelancer aussprechen, das während und sogar für eine gewisse Zeit nach Ende des Vertrags besteht.

Der freie Mitarbeiter hat die Pflicht den AG über etwaige relevante Wissenslücken aufzuklären, die den Vertragsgegenstand betreffen [SCH03, S. 1208]. Das ist vor allem dann interessant, wenn es bei der Dienstleistung um spezielle Technologien mit geringer Verbreitung geht. Der freie Mitarbeiter zeigt so einen erhöhten Aufwand an, der den Fortschritt des Projekts und damit auch das Budget beeinflussen kann.

3.2 Während der Tätigkeit

Da es sich bei Aufträgen an freie Mitarbeiter (in aller Regel) Dienstleistungsverträge handelt, müssen diese nur ihre Dienstleistung bzw. Arbeitskraft wie angeboten zur Verfügung stellen. Sie sind nicht für den Erfolg des Projekts verantwortlich. Auch ist er von werkvertraglichen Pflichten wie das Bereitstellen einer Dokumentation, außer dies ist Gegenstand des Vertrags.

Der freie Mitarbeiter kann bei seinem Auftraggeber oder auch im Team beim Endkunden, zusammen mit weiteren Mitarbeitern des AG. Hier ist wichtig zu klären, von wem und wie *technische bzw. inhaltliche* Anweisungen an den freien Mitarbeiter herangetragen werden. Weisungen anderer Art, also *wie* der Freelancer die Arbeit

verrichtet sind aufgrund des Dienstvertrags nicht zulässig. Sollte der Freelancer dennoch solchen Weisungen folgen (müssen), geht er das Risiko ein, dass der Vertrag als Anstellungsvertrag gewertet wird. Hinsichtlich der inhaltlichen Anweisungen sollte mit dem Hauptauftragnehmer vor Arbeitsbeginn geklärt werden, wie der Prozess für die Zuweisung von Arbeitsaufträgen auszusehen hat. Ist dies nicht geklärt, kann die ungünstige Situation entstehen, dass der freie Mitarbeiter durch Zuruf, entweder durch Teammitglieder vom Hauptauftragnehmer oder vom Endkunden, arbeiten verrichtet, die schlussendlich nicht vom Hauptauftragnehmer gewünscht sind. Wurde z.B. ein Zeitbudget vereinbart, fehlen die aufgewendeten Arbeitsstunden dort.

Die Mitwirkungsleistungen, die ein Auftraggeber gegenüber dem Auftragnehmer hat, können vom Hauptauftragnehmer an den Endkunden weitergereicht werden. Der freie Mitarbeiter ist dann berechtigt und verpflichtet diese Leistungen vom Endkunden einzuholen und seinen AG davon zu unterrichten, z.B. durch einfaches Senden von Kopien der Korrespondenz[SCH03, S. 1222 ff.].

Auch wenn das Aufzeichnen des Zeitaufwands nicht vertraglich geregelt bzw. nicht verlangt ist, sollte der Freelancer solche Aufzeichnungen — selbst in einem Werkvertrag — erstellen. Kommt es zu Unstimmigkeiten, die durch fehlende Notizen ausgelöst werden, gehen diese zu Lasten des AN, also dem Freelancer[SCH03, S. 1217].

3.3 Vertragsende

Der Vertrag kann durch verschiedene im Vertrag festgelegte Wege enden. Üblicherweise ergeben sich mehrere Möglichkeiten:

- Das vereinbarte (Zeit-)Budget ist aufgebraucht.
- Ein festgelegter Termin verstreicht. Dieser Termin muss nicht unbedingt zu Vertragsbeginn feststehen.
- Das Projekt ist beendet.
- Kündigung

Für den freien Mitarbeiter ist die erste Option unproblematisch. Er erbringt die Leistungsnachweise, z.B. durch Zeiteinträge in einer Software des AG und hat Anspruch auf die vereinbarte Vergütung. Problematisch ist das Vertragsende bei Projektabschluss, da der freie Mitarbeiter oft keinen direkten Einfluss auf den Projektverlauf hat. Gibt es nun beispielsweise Verzögerungen bei der Abnahme, ist der Freelancer weiterhin an den AG gebunden, obwohl eventuell gar nicht seine Arbeit ausschlaggebend ist. Unabhängig davon wären Fehlerkorrekturen durch das dienstvertragliche Verhältnis immer vergütungspflichtig [SCH03, S. 1217]. Der freie Mitarbeiter kann auch in einem Werkvertrag vereinbaren, dass Fehlerbehebungen nicht kostenlos erledigt werden. Im Blick auf die typisch fehleranfällige Softwareentwicklung ist es aus Sicht des Mitarbeiters zu empfehlen eine Vergütung für Fehlerkorrekturen zu bedingen.

Ein nicht festgelegtes Datum kann für den AN problematisch sein, da er während

des Projektverlaufs keine festen Zusagen an spätere AG machen kann: verzögert sich der geplante Termin, ist der Freelancer so lange blockiert. Bedenkt man noch, dass zwischen Angebot und Projektstart größere Zeiträume liegen können, kann der freie Mitarbeiter praktisch keine Zusagen mehr treffen, so lange nicht ein Anschlussstermin garantiert ist. Er wäre also gut beraten einen spätest möglichen Termin zu vereinbaren. Eine andere gängige Methode ist das Aushandeln eines Rahmenvertrags, der eine Kündigungsfrist enthält. Solch ein Vertrag kann AG und AN gleichermaßen vor plötzlicher Kündigung der Gegenseite schützen und trotzdem die gewünschte Flexibilität liefern. Ohne solch einen Rahmenvertrag oder eine andere ausdrückliche Vereinbarung, kann der Vertrag jederzeit beidseitig gekündigt werden. Da eine plötzliche Kündigung für beide Seiten unerwünscht ist, sind Freelancer und Auftraggeber daran interessiert eine ausdrückliche Regelung festzulegen.

3.4 Vergütung

Wie bereits erwähnt ist die Vergütung beim Werkvertrag grundsätzlich bei Abnahme fällig. Während diese Zusammenhang eindeutig geregelt ist, kann die Abnahme selbst eine größere Hürde darstellen. Eine Abnahme ist für einen freien Mitarbeiter eine besondere Herausforderung, da er nicht flexibel Arbeitskräfte von anderen Projekten abziehen und zur Fehlerkorrektur nutzen kann, wie beispielsweise ein größeres Systemhaus. Kommt es durch die Abnahme zur Verzögerung, ist der Mitarbeiter für die Zeit der Fehlerkorrekturen an den AG gebunden. Kommt erschwerend hinzu, dass nicht explizit eine Vergütung für die Korrekturen vereinbart wurde, kann die Situation finanziell doppelt belastend sein.

Handelt es sich um einen Dienstvertrag, so bietet es sich an eine Rechnungsstellung in regelmäßigen Abständen, z.B. monatlich, zu vereinbaren. Das hat gleichzeitig den Vorteil, dass der Freelancer keinen großen finanziellen Belastungen ausgesetzt ist und der AG durch Leistungsnachweise eine einfache Übersicht über das Budget erhält. Möglich ist auch, dass der freie Mitarbeiter seine erbrachten Leistungen etwa in Form von Aufstellungen über die gearbeiteten Stunden, vom Hauptauftraggeber gegenzeichnen lassen muss. Die Rechnung ist dann nur fällig, wenn der freie Mitarbeiter diese Leistungsnachweise dem Hauptauftragnehmer vorlegen kann[SCH03, S. 1226].

Schwierig ist die Situation, wenn der Hauptauftragnehmer die Zahlung an den freien Mitarbeiter daran knüpft, dass er die Zahlung vom Endkunden erhalten hat. Der Mitarbeiter hat dann keinen Einfluss darauf, wann er die Zahlung erhält.

3.4.1 Änderungen des Leistungsumfangs

Im schnelllebigen und komplexen Software- bzw. IT-Bereich ist es üblich, dass während das Projekt läuft Änderungen am Leistungsumfang gemacht werden. Werden keine anderen Regelungen getroffen, gehen die Mehraufwände zu Lasten des Auftraggebers. Um Konflikte zu vermeiden sollte der Freelancer jedoch immer darauf hinweisen, falls Mehraufwände entstehen. Besser ist ein definierter Prozess der genau regelt, was im Falle von Änderungen zu tun ist.

3.5 Übergabe

Da im Dienstvertrag keine Abnahme erfolgt, hat der Arbeitnehmer bei Beendigung, solange nicht anders vereinbart, keine weiteren Pflichten als seine erbrachte Leistung zu übergeben[AG01, S. 23]. In der Praxis werden viele Auftraggeber weitere Pflichten an die Übergabe knüpfen. Hierbei ist zu beachten, dass diese vergütungspflichtig sind. Ausnahme ist die Beseitigung von “nicht üblichen” Fehlern. Dabei handelt es sich um Fehler, die “schuldhaft” eingebaut wurden[SCH03, S. 1231]. Es ist offensichtlich, dass diese Einordnung in der Praxis relativ schwierig sein dürfte.

3.6 Rechte am Werk

Die rechtliche Situation beim geschaffenen Werk (unabhängig vom Werks- bzw. Dienstvertrag) ist aus Sicht des Auftraggebers und des Endkunden nicht sonderlich großzügig. Die Leistungsergebnisse muss der Freelancer dem AG übergeben, allerdings greift nur die sog. Zweckübertragungsregel aus § 31 UrhG. Diese besagt, dass der freie Mitarbeiter nur diese Rechte einräumt, die unbedingt zur Erfüllung des Vertragszwecks benötigt werden. Entwickelt der freie Mitarbeiter beispielsweise eine Personalverwaltungssoftware für einen Kunden, so hat dieser weder das Recht diese weiter zu verkaufen, noch erwirbt er ein exklusives Nutzungsrecht. Der Freelancer kann also die Ergebnisse des Dienstvertrags für andere Kunden verwenden und sie sogar weiter verkaufen.

Praktisch wird also jeder Auftraggeber darauf achten sich weitere Rechte zu sichern. Ein wichtiger Punkt dürfte das ausschließliche Nutzungsrecht der erstellten Software sein, so dass der freie Mitarbeiter die Ergebnisse des Vertrags nicht z.B. den Konkurrenten seines AGs erneut verkaufen kann. Die besondere Situation bei freien Mitarbeitern macht es sogar erforderlich, dass der Freelancer dem Hauptauftragnehmer die Rechte an den Ergebnissen so einräumt, dass dieser wiederum die Rechte seinem Auftraggeber, also dem Endkunden, einräumen kann.

In diesem Rahmen wird auch oft eine Geheimhaltungsvereinbarung und Wettbewerbsverbote getroffen. Beispielsweise wird dem freien Mitarbeiter untersagt sein im Auftrag erworbenes Wissen weiter zu verbreiten. Außerdem wird die Arbeit für direkte Konkurrenz des Endkunden bzw. seines AG untersagt. Beachtet werden sollte allerdings sowohl für die Geheimhaltungsvereinbarung als auch für die Wettbewerbsverbote, dass diese nichtig werden können. Die Geheimhaltungsvereinbarung muss so gestaltet sein, dass der Freelancer auch trotz der Vereinbarung weiterhin seine Tätigkeit ausüben kann. Eine zu strenge Vereinbarung würde effektiv ein *unvergütetes Wettbewerbsverbot* bedeuten[SCH03, S. 1236]. Typisch sind auch Klauseln, die es dem Freelancer verbieten beim Hauptauftraggeber tätig zu werden. Vor allem nach dem Auftrag kann dieser so in die unangenehme Situation kommen, dass der Hauptauftraggeber einer der wenigen Auftraggeber in seinem Fachgebiet ist. In diesem Fall käme dieses Verbot einem Arbeitsverbot gleich, da der spezialisierte Freelancer kaum alternative Auftraggeber finden kann.

Kritisch sind in der Praxis Klauseln, die die Herausgabe der während der Vertragslaufzeit verwendeten und entstandenen Dokumente bzw. Materialien fordern. Das kann die Arbeitsergebnisse, aber auch Korrespondenz und Notizen beinhalten. In

Zeiten digitaler Kopien, verschlüsselter Backups und subtiler Kommunikation über Clouddienste, dürfte eine vertragsgemäße Umsetzung schwer fallen. Der Freelancer sollte sich im Klaren darüber sein, wo genau welche Daten abgelegt werden und wie diese wieder gelöscht werden können. Oft sind z.B. Backups ohne größeren Aufwand nur schwer so anzupassen, dass bestimmte Daten entfernt werden. Der Mitarbeiter läuft dann Gefahr, dass diese Daten durch einen Dritten entwendet und veröffentlicht werden und zu ihm zurück verfolgt werden können.

3.7 Risiken trotz Dienstvertrag

Wie oben dargelegt, sollte ein Freelancer in aller Regel versuchen seine Aufträge als Dienstverträge zu gestalten, da dadurch keine “verschuldensunabhängige Haftung” besteht. Der Freelancer muss also keine Nacherfüllung leisten. Der freie Mitarbeiter muss sich trotzdem für sog. *Schlechtleistung* verantworten lassen. Diese liegt vor, wenn er seine Arbeit nicht dem qualitativ vereinbarten Standard entspricht. Liegt eine Schlechtleistung vor, so kann der Auftraggeber Schadensersatz statt der Leistung verlangen⁷. Der AG muss dem Freelancer aber vorher die Möglichkeit zur Nachbesserung gewähren⁸. Gleiches gilt für den offensichtlichen Fall, dass ein freier Mitarbeiter seiner zugesagten Arbeit gar nicht oder nur teilweise nachkommt. Auch in diesem Fall hätte der AG Anspruch auf Schadenersatz. Hierbei kann der AG Schadensersatz dafür Verlangen, dass seinerseits abhängige Arbeiten verzögert werden, wodurch Schaden entsteht[Ji07].

⁷Siehe § 280 BGB

⁸Siehe § 281 BGB

4 Freelancer aus Unternehmenssicht

Aus betrieblicher Sicht ergeben sich einige Vorteile für ein Unternehmen, sich für ein Projekt freie Mitarbeiter hinzuzuziehen.

Da das Unternehmen meist die Bedingungen für eine Zusammenarbeit diktiert, kann es recht flexibel Rahmenbedingungen wie Zahlungsmodalitäten und Kündigungsfristen festlegen. Auch bietet sich die Möglichkeit auf spezialisierte Fachkräfte zurück zu greifen, für die es außerhalb eines Projekts nicht genügend passende Arbeit gibt. Dazu kommen eine ganze Reihe von ökonomischen Anreizen: Sozialabgaben müssen nicht geleistet werden, Arbeitnehmerschutzgesetze greifen nicht und das wirtschaftliche Risiko trägt der Freelancer[Mai].

Hier sei auch auf 3.6 verwiesen: im Gegensatz zu einem abhängigen Mitarbeiter, muss der Unternehmer die Frage der Rechte explizit über AGB klären. Tut er dies nicht, stehen ihm laut § 31 UrhG Abs. 5 von der erbrachten Leistung nur die Nutzungsrechte zu, die für den Vertragszweck nötig sind.

4.1 Scheinselbstständigkeit

Es kann für einen Unternehmer große Vorteile haben, bestimmte Tätigkeiten von externen bzw. freien Mitarbeitern übernehmen zu lassen. Gerade die hohen Lohnnebenkosten und die in Deutschland relativ stark ausgeprägten Rechte für Angestellte, motivieren Unternehmen zu solchen Schritten. Damit die Rechte der Angestellte nicht durch übermäßige Beschäftigung von externen Anbietern ausgehöhlt und diese einfach ersetzt werden, existiert die sog. Scheinselbstständigkeit. Liegt diese vor, ist ein eigentlich unabhängig Tätiger (Selbstständiger) tatsächlich abhängig Beschäftigt mit mehreren Implikationen. Interessant sind dabei das Steuer- und das Sozialrecht für den Auftraggeber. Wird der "selbstständig" auftretende Freelancer als Angestellter angesehen, muss der AG mit Nachzahlungen für Sozialabgaben und Lohnsteuer rechnen[Bec].

In der öffentlichen Wahrnehmung besteht oft die falsche Sichtweise, es käme auf die Anzahl der verschiedenen Auftraggeber oder die Zeit, die ein Selbstständiger bei einem Auftraggeber verbringt, an. Die Deutsche Rentenversicherung selbst prüft diese Merkmale nicht direkt. Viel mehr kommt es darauf an, dass der Auftragnehmer selbstständig im Sinne von selbstbestimmt arbeitet. Anzeichen für die Beschäftigung eines Scheinselbstständigen und damit abhängig Beschäftigten⁹ sind:

- Der Beschäftigte muss Anweisungen des AG folge Leisten.
- Bestimmte Arbeitszeiten müssen eingehalten werden.
- Der Beschäftigte muss dem AG regelmäßig detaillierte Berichte zukommen lassen.
- Die Verpflichtung zur Nutzung bestimmter Hard- bzw. Software.

Gerade im Hinblick auf die möglicherweise größeren Summen von potenziellen Sozialabgaben, die ein im Nachhinein als abhängig beschäftigt eingestuft Freelancer

⁹vgl. 1.1

bedeuten kann, bietet es sich an das Beschäftigtenverhältnis durch die Clearingstelle der DRV bei Beauftragung prüfen zu lassen und so auf der sicheren Seite zu sein[Ren].

5 Situation in der Praxis und Fazit

In dieser Arbeit wurde die rechtliche Situation für die Projektmitarbeit als Freelancer beleuchtet. Dabei bieten sich — wie üblich — Chancen und Risiken für Auftragnehmer und Auftraggeber. Der Auftraggeber kann leicht und an spezialisierte Arbeitskräfte kommen und kann effektiv die Bedingungen der Verträge diktieren. Es gibt einige Stolpersteine, wie das Risiko einer Scheinselbstständigkeit, einer Insolvenz des freien Mitarbeiters oder unvollständiger AGB. Die Chancen für den Freelancer liegen auf der Hand: er kann sein eventuell hoch spezielles Wissen an verschiedene Auftraggeber anbieten und dadurch auch entsprechende Vergütungen verlangen. Ebenso genießt er die Vorteile eines Unternehmers: er ist frei bezüglich der Auswahl der Auftraggeber und der Art und Weise, wie er arbeiten möchte.

Dennoch besteht ein gewisses Ungleichgewicht zwischen Freelancern und ihren Auftraggebern, meistens größere Unternehmen mit eigenen Rechtsabteilungen und größeren finanziellen Mitteln. Oberflächlich betrachtet ist hier der freie Mitarbeiter klar im Nachteil: einen langwierigen Rechtsstreit wird er wo möglich vermeiden wollen. Auch die juristischen Details eines Vertrages bzw. der AGB zu prüfen dürfte für einen Freelancer nur selten machbar sein — selbst mit fachlicher Unterstützung durch einen Juristen. Dieser kann während der täglichen Arbeit nicht immer zu Rate gezogen werden, alleine aus finanziellen und zeitlichen Gründen.

Warum aber erfreut sich das Dasein als Freelancer immer größerer Beliebtheit, trotz dieses Ungleichgewichts[Sta]? Letztendlich müssen die Gründe ganz praktischer Natur sein:

- Der Auftraggeber könnte sich bei all zu hartem Vorgehen gegen seine freien Mitarbeiter einen schlechten Ruf erarbeiten und dadurch deutlich schwerer an qualifizierte Experten gelangen.
- Schadensersatzansprüche lassen sich praktisch nicht in beliebigem Umfang beim Freelancer eintreiben. Selbst wenn in einem Dienstvertrag eine Schlechtleistung belegt wird, steht diesem Schaden nur das Privatvermögen des freien Mitarbeiters gegenüber.
- Experten sind gefragt: selbst wenn der Unternehmer im Streit Aussicht auf Erfolg hat, wird der Freelancer in Zukunft diesen Auftraggeber meiden und der AG muss dann aufwendig Ersatz beschaffen, anlernen und in sein Projekt integrieren.
- Die schnelllebigen IT-Projekte erlauben nur wenig Verzögerung. Da der Auftraggeber dem Endkunden verpflichtet ist (also einen Erfolg schuldet), möchte er das Projekt pünktlich und erfolgreich beenden.
- Das Kundenspezifische Know-How des Freelancers ist nur schwierig wieder zu erlangen.

Obwohl Freelancer also meistens einem komplexen und ressourcenreichen Unternehmen gegenüber stehen, haben sie durch die gute Lage am Arbeitsmarkt und ihrer besonderen Rolle als Experten gute Chancen sich gütig mit dem Auftraggeber zu

einigen. Dennoch: Freelancer sind juristisch Unternehmer mit allen Risiken. Gerade die Details im Vertrag und in den AGB des AG sollten gründlich studiert werden und bei Zweifeln juristischer Rat eingeholt werden.

6 Quellenverzeichnis

- [AG01] ANDERS, M. ; GEHLE, B.: *Das Recht der freien Dienste: Vertrag und Haftung : Arzt-, Geschäftsleiter-, Rechtsanwalts- und Steuerberatervertrag sowie rd. 100 weitere Dienstverträge in systematischer Darstellung.* De Gruyter, 2001 (De Gruyter Handbuch). – ISBN 9783110150124
- [Bec] BECKER, Joachim: *Gabler Wirtschaftslexikon.* <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/87211/scheinselbststaendigkeit-v13.html>. – Zugriff: 30.12.2016
- [Ji07] JI, H.: *Haftungsfragen im freien Dienstvertrag.* Univ.-Verlag, 2007 (Reihe der Universitätsdrucke). – ISBN 9783940344069
- [Mai] MAIN, IHK F.: *IHK Frankfurt am Main - Scheinselbstständigkeit.* <https://www.frankfurt-main.ihk.de/recht/themen/arbeitsrecht/scheinselbstaendigkeit/>. – Zugriff: 02.01.2017
- [Ren] RENTENVERSICHERUNG, Deutsche: *Woran Sie echte Selbstständigkeit erkennen.* http://www.deutsche-rentenversicherung.de/Allgemein/de/Navigation/1_Lebenslagen/02_Start_ins_Berufsleben/03_Existenzgruender/05_woran_sie_echte_selbststaendigkeit_erkennen/woran_sie_echte_selbststaendigkeit_erkennen_node.html. – Zugriff: 30.12.2016
- [SCH03] SCHNEIDER, JOCHEN: *Handbuch des EDV-Rechts–IT-Vertragsrecht.* In: *Rechtsprechung, AGB, Vertragsgestaltung, Datenschutz, Rechtsschutz, Köln* (2003)
- [Sta] STATISTA: *Zahl der Selbstständigen in freien Berufen in Deutschland von 1992 bis 2016.* <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/158665/umfrage/freie-berufe---selbststaendige-seit-1992/>. – Zugriff: 04.01.2017