

Vor- und Nachteile von Werk- und Dienstverträgen für die erfolgreiche Zusammenarbeit mit Software-Freelancern

Nikolay Dimolarov

Dr. Frank Sarre
Juristisches IT-Projektmanagement
Ludwig-Maximilians-Universität München

Inhaltsverzeichnis

Abstract	3
1. Einleitung	3
2. Software-Freelancer	4
3. Rechtliches Rahmenwerk.....	5
3.1 Der Dienstvertrag.....	5
3.2 Der Werkvertrag	7
4. Unterschiede zwischen dem Werk- und Dienstvertrag	8
5. Gerichtsurteile.....	9
5.1 Softwareprogrammierung als Werkvertrag – LG Hamburg.....	9
5.2 Dienstleistungsvertrag als Werkvertrag qualifiziert – BGH	11
6. Fazit	13
Quellenverzeichnis	14

Abstract

Der Trend zur Selbständigkeit durch das Arbeiten als freier Mitarbeiter bzw. Freelancer ist in den letzten Jahren auch nach Deutschland gekommen. Gerade in der IT-Branche ist die Entscheidung für den Freelancer-Beruf aufgrund des hohen Stundenlohns und der Freiheit in verschiedenen Software-Projekten zu arbeiten sehr verbreitet. Diese Freiheit kommt natürlich mit gewissen Risiken, die oft nur für erfahrene Freelancer sichtbar sind, die diese schon auch oft selber erlebt haben. Diese Arbeit veranschaulicht die Unterschiede der zwei üblichen Vertragsarten für Software-Projekten – der Werk- und der Dienstvertrag. Das Ziel dieser Arbeit ist es die erfolgreiche Zusammenarbeit mit Freelancern durch die Festlegung eines klaren rechtlichen Rahmens vor dem Projektstart für beide Vertragsseiten zu ermöglichen.

1. Einleitung

Bereits in 2014 gab es laut dem Hightech-Verband Bitkom 4.9 Millionen Freelancer (auch als freie Mitarbeiter bekannt) in Deutschland. Zwei Drittel der Freelancer begründeten ihre Entscheidung selbstständig zu werden mit flexibleren Arbeitszeiten bzw. einem höheren Einkommen. Zusätzlich wird aufgrund der Digitalisierung die Akquise von Kunden deutlich einfacher – hier sind vor allem soziale Netzwerke von großer Bedeutung. [1] Und das ist ein entscheidender Faktor für diesen Trend zur Selbständigkeit, denn es war noch nie so einfach Kunden zu akquirieren und von Kunden kontaktiert zu werden.

An der Stelle sollte allerdings der Begriff *Freelancer* bzw. freier Mitarbeiter definiert werden. Zum einen gibt es keinen gesetzlich geregelten Vertragstyp für die „freie Mitarbeit“. In der Praxis ist das „*der Ausdruck des Willens einer oder beider Vertragspartner, die beiderseitige Rechtsbeziehung den Regeln des freien Dienstvertrages zu unterwerfen und kein Arbeitsverhältnis zu begründen. [...] Daneben gibt es auch die Möglichkeit aufgrund eines Werkvertrages gem. §§ 631 ff. BGB tätig zu werden*“. [2] Was das im Endeffekt bedeutet ist, dass Freelancer selber entscheiden können unter welchen rechtlichen Rahmenbedingungen sie arbeiten möchten. Es gibt allerdings wichtige Kennzeichen einer freien Mitarbeit, die vorliegen sollten um die *Scheinselbstständigkeit* zu vermeiden: Unabhängigkeit vom Auftraggeber, Weisungsunabhängigkeit, freie Arbeitszeitgestaltung, keine Eingliederung in die betriebliche Organisation des Auftraggebers, kein zugewiesener Arbeitsplatz, Tragen des Unternehmensrisikos und die Kosten der Arbeitsführung. [2]

Außerdem sollte die erfolgreiche Zusammenarbeit mit Software-Freelancern präziser definiert werden. Es gibt viele entscheidende Faktoren um Software-Projekte als erfolgreich einzustufen. Interessanterweise werden noch heute viele Projekte scheitern und zwar trotz der Entwicklungen in dem Bereich der Softwaretechnik und des Projektmanagements wie das Einführen von agilen Methoden. Eine Grafik in der Literaturanalyse von Nasir und Sahibuddin [3] zeigt, dass 53% der Software-Projekten

Probleme hatten. Die Anzahl solcher Projekte ist in 2008 mit 44% immer noch sehr hoch. Allerdings gibt es eine positive Entwicklung bei der Anzahl an erfolgreichen Software-Projekten von 16% auf 32%. Die drei kritischsten Erfolgsfaktoren für Software-Projekte laut der Literaturanalyse sind die gut definierten Spezifikationen und Anforderungen, die klar gesetzten Ziele und die realistische Zeitplanung. Das sind genau die Sachen, die in einem guten Vertrag vorhanden sein sollten.

Die Wahl zwischen dem oben genannten Werk- und Dienstvertrag ist allerdings auch sehr entscheidend. Software-Freelancer und ihre Auftraggeber sollten hier eine bewusste Entscheidung treffen um hinterher nicht nur mit ihren Verpflichtungen vertraut zu sein, sondern auch mit dem Ergebnis zufrieden zu sein. Das Ziel dieser Arbeit ist die Vor- und Nachteile der Werk- und Dienstverträgen in Bezug auf das Software-Business zu erklären um eine erfolgreiche Zusammenarbeit mit Software-Freelancern zu ermöglichen.

Diese Arbeit ist wie gefolgt aufgebaut. Im Abschnitt 2 wird der Markt der Software-Freelancer analysiert um mögliche Erkenntnisse über die gängige Praxis der online Zusammenarbeit von Entwicklern und Unternehmen zu sammeln. Im Abschnitt 3 wird das rechtliche Rahmenwerk in Bezug auf dem Werk- und Dienstvertrag definiert und im Abschnitt 4 werden die Unterschieden zwischen den zwei Vertragsarten erläutert. Im Abschnitt 5 werden zwei Gerichtsurteile präsentiert, die die Schwierigkeiten in der Praxis veranschaulichen. Abschließend wird im letzten Abschnitt ein kurzes Fazit und Ausblick gegeben.

2. Software-Freelancer

Die stetig wachsende IT-Branche ist im Bereich der Einstellung von Freelancern vorne mit dabei – es gibt ca. 100.000 aktive Software-Freelancer und deren Anzahl wird auch zukünftig steigen. Gleichzeitig gibt es allerdings rund 40.000 offene Stellen für ITK-Spezialisten. [1] *„Die [...] IT-Freelancer bilden eine wichtige Säule der Branche - ohne freie Experten würden die meisten Unternehmen ihren IT-Betrieb und die Projekte kaum in Time und in Budget umsetzen können.“* [4] Freie Mitarbeiter sind auch aufgrund ihres häufig hoch spezialisierten Fachwissens von großer Bedeutung für innovative Unternehmen und meist sogar eine wichtige Ergänzung zur Stammbesellschaft. [1]

Neben den sozialen Netzwerken spielt allerdings auch das sogenannte *Crowdsourcing* eine wichtige Rolle. Crowdsourcing ist der Vorgang einer Organisation zum Outsourcing von Aufgaben zu undefinierten und vernetzten Arbeitskräften mittels eines offenen Rufs zur Beteiligung. Das bedeutet im Endeffekt, dass Unternehmen beispielsweise Software-Aufgaben in einer Crowdsourcing-Plattform wie TopCoder hochladen können um Software-Freelancer zu finden, die schnell und unkompliziert diese Aufgaben online erledigen können. [5]

Erst kam das Outsourcen von IT- und Geschäftsprozessen, dann kam das Offshore-Outsourcing und jetzt kommt die „human cloud“. Das ist ein Outsourcing-Ökosystem der dritten Generation, wo ein online Intermediär eine Sammlung von Arbeitskräften engagieren kann um jeden interessierten Käufer Dienstleistungen anzubieten. [6] Das ist eine alternative Definition des Crowdsourcing, die den Paradigmenwechsel in der Suche und Einstellung von Freelancern besser darstellen kann. Eine Studie vom McKinsey Global Institute schätzt das weltweit bis zu 540 Millionen Menschen bis 2025 von solchen online Talent-Plattformen profitieren könnten. [7] Das Crowdsourcing hat viele Modelle und Ausprägungen, aber für die Zwecke dieser Arbeit liegt der Fokus auf Plattformen, die für Software-Entwickler geeignet sind wie Marktführer Upwork, der bereits in 2013 750 Millionen Dollar Umsatz erzielt hat, ist ein gutes Beispiel für diese Plattformen. Das Crowdsourcing wird in Zukunft an Bedeutung im IT-Projektmanagement gewinnen, weil sich immer mehr Unternehmen und Freelancer entscheiden diesen unkomplizierten Weg zu wählen. [8]

Die Arbeit als Freelancer verbirgt auch gewisse Risiken und dennoch gibt es genug Gründe für beide Vertragsseiten dieses Arbeitsmodell zu wählen. Der freie Mitarbeiter hat die freie Wahl seiner Arbeitszeiten und seines Arbeitsortes – abends von zuhause aus oder tagsüber in einem co-working Space, oder sogar im Ausland. Außerdem kann dieser selbst entscheiden an welchen Projekten er arbeiten will und wie lange. Der Auftraggeber muss keine Bezahlungen von Vergütung im Krankheitsfall, Urlaubsgeld, Überstunden, betrieblichen Sozialleistungen tätigen. Außerdem schuldet er in der Regel dem freien Mitarbeiter keine Zahlung einer Abfindung im Falle der Vertragsbeendigung und das wirtschaftliche Risiko wird vom Freelancer selbst getragen. [2]

3. Rechtliches Rahmenwerk

3.1 Der Dienstvertrag

Durch den Dienstvertrag wird derjenige, welcher Dienste zusagt, zur Leistung der versprochenen Dienste, der andere Teil zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet gem. § 611 BGB. *„Der Abschluss des Dienstvertrages ist grundsätzlich formfrei möglich, kann also auch mündlich erfolgen. Lediglich für das Arbeitsverhältnis ist in § 2 des Nachweisgesetzes die Pflicht des Arbeitgebers zur schriftlichen Niederlegung der wesentlichen Vertragsbedingungen vorgesehen.“* [9] Für diese Arbeit wird außerdem der Arbeitsvertrag als gesonderte Form des Dienstvertrages gem. § 622 BGB ausgeschlossen, da hier nur die freie Mitarbeit ohne Weisungsgebundenheit betrachtet wird – es besteht kein Arbeitsverhältnis.

„Im Rahmen des Dienstvertrages schuldet der Dienstverpflichtete nur die Erbringung einer bestimmten vereinbarten Dienstleistung an sich und zwar im Zweifel in Person.“

[9] Hier wird also kein spezifischer Erfolg der Leistungen definiert; es gibt keine festvorgeschriebene Deliverables, die der Auftraggeber abnehmen muss. Außerdem hat der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber Ersatz für den aus der Verletzung einer Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis entstehenden Schaden nur zu leisten, wenn er die Pflichtverletzung zu vertreten hat gem. § 619a BGB. Die Erbringung dieser Dienstleistung kann allerdings auch analysiert und begutachtet werden – gerade bei dem Schreiben von Software-Programmen, wo gängige Best Practices existieren. Software-Freelancer sollten also auf keinen Fall denken, dass sie sich Arbeit mit dem Dienstvertrag ersparen werden. Dieser bietet lediglich eine erhöhte Flexibilität.

Die Vergütung gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Die Höhe der Vergütung wird bei fehlender vertraglicher Bestimmung nach dem ortsüblichen Tarif geschuldet (§ 612 ff. BGB). Die Fälligkeit der Vergütung erfolgt nach der Leistung der Dienste oder im Falle der Bemessung nach Zeitabschnitten, nach jedem einzelnen Zeitenabschnitt gem. § 614 BGB. Kommt der *Dienstberechtigte* mit der Annahme der Dienste in Verzug, so kann der Verpflichtete für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen, *ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein*. Er muss sich jedoch den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. Die Sätze 1 und 2 gelten entsprechend in den Fällen, in denen der Auftraggeber das Risiko des Arbeitsausfalls trägt. (§ 615 BGB)

Dienstverträge können in der Regel als Dauerschuldverhältnisse betrachtet werden, die mit der Kündigung je nach der zeitlichen Vergütungsbemessung gem. § 621, § 622 BGB oder durch den Zeitablauf, falls vertraglich vereinbart, gem. § 620 BGB enden. Falls die Vergütung nicht nach Zeitabschnitten bemessen wird ist die Kündigung jeder Zeit möglich; bei einem die Erwerbstätigkeit des Verpflichtenden vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nehmendem Dienstverhältnis ist jedoch eine Kündigungsfrist von zwei Wochen anzuhalten (§ 621. BGB). Es besteht auch die Möglichkeit einen Dienstvertrag aus wichtigem Grund gem. § 626 BGB von beiden Vertragsseiten fristlos zu kündigen. Das erfolgt, falls die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Dienstverhältnisses unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und der Interessen beider Vertragsteile nicht zugemutet werden kann. Diese Kündigung muss dann innerhalb von zwei Wochen beginnend mit der Erlangung der Kündigungstatsachen vom Kündigungsberechtigten erfolgen. Wichtig hier ist auch die Schriftform der Kündigung, weil die elektronische Form gem. § 623 BGB ausgeschlossen ist. Das sollte gerade bei der online Akquise von Kunden bedacht werden, wo die Kommunikation in der Regel in elektronischer Form abläuft.

3.2 Der Werkvertrag

Durch den Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet. Gegenstand des Werkvertrags kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als auch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein. (§ 631 BGB) *„Als Herstellung einer Sache bzw. des Werks gilt die Schaffung eines bisher nicht vorhandenen Leistungsgegenstandes. Der Leistungsgegenstand kann dabei körperlich oder nicht körperlich sein. Unter dem Begriff der Veränderung oder eines durch Arbeit oder Dienstleistung bestimmten Erfolges sind jede Bearbeitung sowie Änderungs-, Anpassungs- oder Reparaturarbeiten zu verstehen.“* [10]

Die Verpflichtung des Bestellers beschränkt sich im Wesentlichen auf die Entrichtung der vereinbarten Vergütung und somit bleibt die Verantwortlichkeit für das zu errichtende Werk beim Unternehmer. Mit der Ausnahme gem. § 642 BGB Abs. 1, wenn bei der Herstellung des Werkes eine Handlung des Bestellers erforderlich ist. In dem Fall kann der Unternehmer, wenn der Besteller durch das Unterlassen der Handlung in Verzug der Annahme kommt, eine angemessene Entschädigung verlangen oder sogar gem. § 643 BGB unter bestimmten Bedingungen den Werkvertrag kündigen. Die Gefahrtragung gem. § 644 BGB wird vom Unternehmer bis zur Abnahme des Werkes getragen.

Beim Werkvertrag gibt es auch eine Besonderheit bei der Abnahme. Der Besteller ist verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen, sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist. Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abnahme nicht verweigert werden. Der Abnahme steht es gleich, wenn der Besteller das Werk nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist. (§ 640 BGB) Diese unwesentlichen Mängel werden allerdings nicht genauer definiert und hier entsteht wieder eine Falle im Bereich der Software-Entwicklung. Im § 633 BGB werden allerdings Sach- und Rechtsmängel genauer definiert. Aber welche Fehler bzw. Bugs können beispielsweise als unwesentlich definiert werden? Es gibt hier keine formelle Klassifizierung; bis auf die Fehler, die natürlich das Laufen der Software komplett verhindern und die Software somit erst gar nicht im Betrieb genommen werden kann. Die Rechte des Bestellers bei Mängeln werden in § 634 BGB genauer definiert. Falls der Besteller eine Nacherfüllung des Werkes verlangt, so kann der Unternehmer nach seiner Wahl den Mangel beseitigen oder ein neues Werk herstellen gem. § 635 Abs. 1 BGB. Hier kann es auch zu einer Selbstvornahme gem. § 637 BGB Abs. 1 kommen: Der Besteller kann wegen eines Mangels des Werkes nach erfolglosem Ablauf einer von ihm zur Nacherfüllung bestimmten angemessenen Frist den Mangel selbst

beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen, wenn nicht der Unternehmer die Nacherfüllung zu Recht verweigert.

Die Vergütung kann auch stillschweigend vereinbart werden, wenn die Herstellung des Werkes den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Falls die Höhe nicht bestimmt ist, wird hier bei dem Bestehen einer Taxe die taxmäßige Vergütung, in Ermangelung einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart angesehen. (§ 632 BGB) Die Vergütung ist bei der Abnahme des Werkes zu entrichten gem. § 641 Abs. 1 BGB. Falls das Werk in Teilen abgenommen wird, erfolgt auch die Vergütung nach jeder Abnahme des Teilwerkes. Hier sind vor allem Milestones im Software-Entwicklungsprozesses denkbar.

Abschlagszahlungen gehören auch zur gängigen Praxis bei Werkverträgen. Der Unternehmer kann von dem Besteller für eine vertragsgemäß erbrachte Leistung eine Abschlagszahlung in der Höhe verlangen, in der der Besteller durch die Leistung einen Wertzuwachs erlangt hat. Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abschlagszahlung nicht verweigert werden. § 641 Abs. 3 gilt entsprechend. Die Leistungen sind durch eine Aufstellung nachzuweisen, die eine rasche und sichere Beurteilung der Leistungen ermöglichen muss. (§ 632a BGB)

4. Unterschiede zwischen dem Werk- und Dienstvertrag

Die Unterscheidung zwischen dem Werk- und dem Dienstvertrag ist in der Praxis eine oft nicht-triviale Aufgabe. Es gibt weiterhin einen großen Überschneidungsbereich, der oft unterschätzt wird. Das ausschlaggebendste Kriterium gem. BGB § 611 ist, dass der Auftragnehmer bei dem Dienstvertrag lediglich seine Dienstleistung erbringen muss. Es gibt kein Werk, das errichtet werden muss und es besteht dementsprechend keine Abnahmepflicht. Ein Werkvertrag liegt hingegen vor, wenn der Auftragnehmer die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges schuldet. Die Unterscheidung zwischen dem „tätigkeitsbezogenen“ Dienstvertrag und dem „erfolgsbezogenen“ Werkvertrag verliert bei näherer Betrachtung rasch an Überzeugungskraft. *„Insbesondere erweist sich die verbreitete Unterscheidung von Erfolg (Werkvertrag) und Tätigkeit (Dienstvertrag) für die Abgrenzung als nicht tragfähig, da zum einen auch das Wirken erfolgsbezogen und zum anderen auch dem Werkvertrag eine Tätigkeitspflicht eigen ist.“* [11]

Auftragnehmer und zum Teil auch Auftraggeber sind der Meinung, dass es ausreichend ist einen Vertrag beispielsweise „Dienstvertrag“ zu nennen um einen Dienstvertrag abzuschließen (siehe Abschnitt 5.2). *„Wenn sich der Inhalt der Leistungen aus dem Vertragswortlaut nicht eindeutig entnehmen lässt, hat eine*

Vertragsauslegung zu erfolgen. Dazu können nach der BGH-Rechtsprechung die Umstände des Vertragsabschlusses und der tatsächliche Geschäftsinhalt von Bedeutung sein. Die Einordnung eines Vertrags als Werk- oder Dienstvertrag ist eine Frage des Einzelfalls. Die von den Parteien gewünschte Rechtsfolge sowie die von Ihnen gewählte Bezeichnung des Vertrages spielen dabei keine entscheidende Rolle.“
[10] Es ist also definitiv sinnvoll eine Liste von Indizien zu erstellen, mit der man die Abgrenzung zumindest auf theoretischer Basis durchführen kann – bei Rechtsstreitigkeiten entscheidet am Ende nämlich immer das Gericht.

Indizien für das Vorliegen eines Werkvertrags (angelehnt an [10])

- Konkrete Festlegung im Vertrag über das zu erstellende Werk und dessen Umfang
- Die erfolgsabhängige Vergütung (nach der verpflichtenden Abnahme gem. § 641 Abs. 1 BGB.)
- Das Erfolgsrisiko liegt bei dem Unternehmer
- Freie Gestaltung der Arbeitszeiten des Unternehmers (eine erfolgs- und nicht zeitbasierte Arbeit)

Indizien für das Vorliegen eines Dienstvertrags (angelehnt an [10])

- Die zeit- und aufwandsabhängige Vergütung in Form von Raten oder regelmäßigen Abschlagszahlungen
- Der Auftragsnehmer hat die Möglichkeit seinen Vertrag relativ unkompliziert zu kündigen, da er seinem Auftragsgeber kein Werk abliefern muss; er muss lediglich seine Dienstleistungspflicht erfüllen

5. Gerichtsurteile

In den folgenden Unterabschnitten werden zwei interessante Gerichtsurteile präsentiert, die die Schwierigkeiten in der Praxis veranschaulichen werden.

5.1 Softwareprogrammierung als Werkvertrag – LG Hamburg

§ 630, § 640 BGB

LG Hamburg; Urteil vom 17.05.2001; ger. Az.: - 302 O 47/04 –

Der Kläger, aus dem Tatbestand [12]:

Der Kläger (der Unternehmer im Werkvertrag) nimmt den Beklagten mit der vorliegenden Klage auf Zahlung von Werklohn für eine individuelle Software-Entwicklung in Höhe von € 10.544,40 nebst Zinsen in Anspruch. Im Oktober 2003 wurde die Vereinbarung getroffen, dass der im Bereich der Software-Entwicklung freiberuflich tätige Kläger für den Beklagten, ein Inhaber eines Studios für Audio- und

Media-Anwendungen, eine Programmierleistung erbringt. Der Kläger hat eine menügesteuerte Anwendung, die es ermöglichen, die im System 'AAAAAA of Germany" anfallende Verwaltung der Registraturen wie gewünscht zu unterstützen; die Entwicklung wurde fließend weiterentwickelt – kein fest umrissener Software-Vertrag. Die zu erbringenden Leistungen wurden in einer Aktionsliste, die während der Entwicklung fortgeführt und ergänzt wurde, aufgenommen. Kläger trägt vor, dass hier ein branchenüblicher Stundenlohn von 60 Euro vereinbart wurde.

Nur die erste Rechnung des Klägers vom 31.10.2003 wurde vom Beklagten bezahlt (weitere Rechnungen vom 11.11.2003, 20.11.2003, 29.12.2003 und 2.2.2004 wurden nicht bezahlt). Weiterhin behauptet der Kläger, dass er seine Tätigkeit am 28. Januar 2004 beendet hat und bis dahin den Beklagten eine lauffähige Fehlerfreie Software geliefert hat. Außerdem wurden die in Rechnung gestellten Stunden tatsächlich erbracht und sie stellen für das erbrachte Leistungspaket einen weit unterdurchschnittlichen Zeitaufwand dar. Mitte Januar wurde die Software in Betrieb genommen und bis zu diesem Zeitpunkt seien sich beide Parteien einig gewesen, dass die Software korrekt arbeitet. Fehlerfunktionen und Unklarheiten seien zu dem Zeitpunkt beseitigt worden.

Am 2. Februar 2004 wurde dem Kläger vom Beklagten erst mitgeteilt, dass die Rechnungsstellung weit über dem Branchendurchschnitt liegen würde und aus diesem Grund wird der Beklagte die Abnahme der Software nicht machen. Am nächsten Tag hat der Kläger erneut dem Beklagten eine lauffähige Version der Software übermittelt. Es wurden dem Kläger keine weiteren Mängel vermittelt worden, obwohl er bereit wäre den Support für die Software weiterhin zu liefern.

Der Beklagte, aus dem Tatbestand [12]:

Der Beklagte habe im Nachhinein von einem Fachmann erfahren, dass es sich hier nicht um Individualsoftware handelt, sondern lediglich um eine Weiterentwicklung unter der Standardsoftware Microsoft Access und aus diesem Grund sei der Stundenlohn des Klägers viel zu hoch eingesetzt. Weiterhin wurde die Aktionsliste vom Kläger ohne Gegenkontrolle vom Beklagten erstellt. Die Installation des Programms und erste Arbeitsversuche seien außerdem keine Abnahme der Software, die sich noch in einer Beta-Phase befunden hat. Außerdem weist die Software substantielle Fehler (Import- als auch Systemfehler auf) auf und diese Mängel wurden dem Kläger mitgeteilt worden, aber nicht beseitigt. Die Forderung des Klägers sei mangels Vorliegen einer Benutzerdokumentation auch nicht fällig. Am Ende wurde der Auftrag am 2. Februar 2004 mit Telefax gekündigt worden sei, da sich die Anwendung nicht mehr starten ließe.

Aus den Entscheidungsgründen des LG [12]:

- Die zulässige Klage ist unbegründet. Der Kläger hat mangels Fälligkeit keinen Anspruch auf Zahlung der aufgeforderter Vergütung.
- Trotz der Verwendung von Microsoft Access handelt es sich um eine Individualsoftware; diese beinhalten stets die Verwendung von Tools, die weiterentwickelt werden
- Voraussetzung für die Fälligkeit der Vergütung ist die tatsächliche Abnahme oder das Vorliegen einer Abnahmefiktion des Werkes gem. § 640 BGB. Beides liegt hier nicht vor. Die Abnahme wurde vom Beklagten nicht ausdrücklich erklärt. Eine stillschweigende Abnahme ist auch nicht erfolgt.
- Seine Behauptung, wonach das Programm bereits seit Mitte Januar 2004 von dem Beklagten erfolgreich eingesetzt wurde, ist für die Abnahme insoweit unerheblich, als seine Tätigkeit zu diesem Zeitpunkt unstreitig noch nicht abgeschlossen war. Dem Besteller ist vor der Abnahme die Möglichkeit zur Prüfung des Werkes einzuräumen.

Zusammenfassung:

Aus diesem Urteil des LG Hamburg wird deutlich, dass die Individualisierung und Weiterentwicklung von Standardsoftware (in dem Fall Microsoft Access) als ein Werkvertrag einzustufen ist. Außerdem wird der Vergütungsanspruch des Auftragnehmers erst fällig, wenn die Abnahme durch den Auftraggeber erfolgt ist. [12]

5.2 Dienstleistungsvertrag als Werkvertrag qualifiziert – BGH

BGH, Urteil vom 25. März 2010 - VII ZR 224/08 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

Aus dem Tatbestand [13]:

Die Klägerin verlangt von der Beklagten Schadens- und Aufwendungsersatz aus einem vorzeitig beendeten Vertragsverhältnis. Die Klägerin, die komplexe Softwarelösungen entwickelt, beabsichtigte, die Planung und Abwicklung größerer Projekte durch die von der Beklagten hergestellte Software „P.“ zu unterstützen. Der Umfang der Software beinhaltet Funktionen zur Projektsteuerung, Leistungs- und Kostenerfassung, Dokumentenmanagement, Berichtswesen; darüber hinaus sollten von der „P.“ erstellten Daten in das Rechnungswesen der Klägerin übertragen werden. Dafür musste allerdings die bereits eingesetzte Software „S.–D.“ auf Empfehlung der Beklagten durch die „CWL“ der „M. Software GmbH“ ersetzt und durch die Programmierung verschiedener Schnittstellen an „P.“ angebunden werden. Die Parteien schlossen eine mündliche Vereinbarung, gefolgt von einem „Letter of Intent“ am 10 Februar 2004. Am 28. Juli 2004, bereits nach dem Anfang der Software-Programmierung, wurde ein „Dienstleistungsvertrag für ein P. Software-System“ unterschrieben. Die Beklagte verpflichtete sich zur Erstellung eines

Nutzungskonzepts, eines Prototypens und später ein Pilotsystem inkl. dessen Installierung. Die zu zahlende Nettovergütung wurde auf 226.800 € festgelegt. Unter demselben Datum schlossen die Parteien einen "Vertrag für ein P. Software-System", in dem sich die Klägerin verpflichtete, an die Beklagte für die zu liefernden Softwarekomponenten einen Nettogesamtpreis von 175.000 € zu zahlen.

Die gewünschte Abnahme zum 30. Juni 2004 ist nicht erfolgt, da bereits vor dem Abschluss der Verträge vom 28. Juli 2004 Probleme mit der Funktionalität aufgetreten sind. Nach einer Reihe von verpassten Deadlines wurde der 1. September 2004 als offizieller Produktionstermin gesetzt. Es gab allerdings weiterhin Probleme bei den Funktionalitäten von „P.“ Die Klägerin richtete am 5. Oktober 2004 ein Schreiben an die Beklagte, in dem eine letzte Frist bis 20. Oktober 2004 zur Vornahme der Komplettinstallation sowie zur Lieferung des Testkonzeptes, des Einführungskonzeptes und der Installationsanweisung gesetzt wurde. Mit einem weiteren Schreiben vom 15. November 2004 lehnte die Klägerin alle weiteren Leistungen der Beklagten ab.

Die Klägerin fordert die Rückzahlung der an die Beklagte geleisteten Vergütung von insgesamt 222.654,14 € sowie die Erstattung weiterer Aufwendungen von zusammen 654.983,06 €. Das Landgericht hat die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt gehalten. Auf die dagegen eingelegte Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht die Klage abgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Aus den Entscheidungsgründen des BGH [13]:

- Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an einen anderen Senat des Berufungsgerichts, § 563 Abs. 1 Satz 2 ZPO.
- Das Berufungsgericht führt aus, die Klägerin könne weder Schadensersatz statt der Leistung noch Ersatz vergeblicher Aufwendungen beanspruchen.
- Nachdem es sich bei den Verträgen der Parteien um Werkverträge handle und eine Abnahme der Leistungen und der Software durch die Klägerin nicht erfolgt sei, könnten die von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche lediglich auf §§ 280 ff. BGB gestützt werden.
- Voraussetzung eines Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung sei, dass der Gläubiger dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung gesetzt habe. Davon könne nicht ausgegangen werden.

Zusammenfassung:

Entscheidend aus dem Urteil des BGH für diese Arbeit ist vor allem die Qualifizierung der Verträge „Dienstleistungsvertrag für ein P. Software-System“ und "Vertrag für ein P. Software-System" als Werkverträge. Das zeigt ganz deutlich, dass Freelancer die schriftlichen Anforderungen des Auftraggebers genau analysieren müssen bevor sie mit dem Projekt anfangen. In dem Fall hat die Beklagte stattdessen mit der Arbeit begonnen, obwohl zu dem Zeitpunkt nur ein „Letter of Intent“ vorhanden war.

6. Fazit

Im Abschnitt 2 dieser Arbeit wird eins klar – die Software-Freelancer sind mittlerweile ein unerlässlicher Teil der IT-Branche. Und solange es nicht zu Rechtsstreitigkeiten kommt profitieren Auftraggeber von der Expertise der Software-Freelancer ohne diese in ihrer Firma einstellen zu müssen. Andererseits profitieren die Auftragnehmer von flexiblen Arbeitszeiten und einer guten Bezahlung, wofür sie allerdings selber das Risiko tragen müssen.

Abschließend kann zusammengefasst werden, dass Software-Freelancer von dem Dienstvertrag profitieren können, weil er ihnen mehr Freiheiten erlaubt und vor allem sie nicht verpflichtet ein vordefiniertes Werk am Ende zu liefern. Das führt allerdings dazu, dass Dienstverträge abgeschlossen werden, die eigentlich „*getarnte*“ Werkverträge sind, wo der Auftraggeber eine Individualsoftware als Ergebnis erwartet. Andererseits bietet der Werkvertrag Auftraggebern eine Möglichkeit an, sich abzusichern, dass ein Freelancer seine Pflichten zur Erstellung einer Software bis zum Ende des Projektes nachgehen wird.

Die Gerichtsurteile (siehe Abschnitt 5) zeigen, dass beide Seiten die Unterschiede zwischen dem Werk- und Dienstvertrag wirklich kennen müssen, um auszuschließen, dass die andere Vertragsseite ihre Pflichten nicht nachgehen kann oder im Nachhinein nicht mehr nachgehen will. Dabei sollten Fragen bzgl. des Umfangs des Werkes bzw. der Dienstleistung, die erbracht werden sollte, vor der eigentlichen Programmierung beantwortet werden – auch wenn beide Vertragsseite denken, dass sie alles im Nachhinein klären können, denn das kommt wirklich selten vor. Grundsätzlich würde es eigentlich reichen die 3 wichtigsten Faktoren für das Zusammenarbeiten in Software-Projekten (Abschnitt 1) nicht zu vergessen um saubere vertragliche Beziehungen vor dem Start eines Projektes zu vereinbaren – gute Spezifikationen, klare Ziele und eine realistische Zeitplanung. Weiterhin sollten die Überschneidungen der Vertragsformen in Bezug auf die Software-Programmierung langfristig durch die Gerichtsurteile des BGB an Signifikanz verlieren.

Quellenverzeichnis

- [1] Bitkom e.V. (2014). *In Deutschland gibt es fast 5 Millionen Freelancer*. Available: <https://www.bitkom.org/Presse/Presseinformation/In-Deutschland-gibt-es-fast-5-Millionen-Freelancer.html>
- [2] Institut für Freie Berufe (IFB) Nürnberg. (2013). *Freie Mitarbeit != Freier Beruf*. Available: http://www.ifb.uni-erlangen.de/fileadmin/ifb/doc/publikationen/gruendungsinfos/07_unterschied_mitarbeit_beruf.pdf
- [3] M. H. N. Nasir and S. Sahibuddin, "Critical success factors for software projects: A comparative study," *Scientific research and essays*, vol. 6, pp. 2174-2186, 2011.
- [4] A. Freimark. (2017). *Computerwoche Freelancer-Studie 2016 - Was sich IT-Freiberufler von Vermittlern wünschen*. Available: <http://www.computerwoche.de/a/was-sich-it-freiberufler-von-vermittlern-wuenschen,3315697>
- [5] K. Mao, L. Capra, M. Harman, and Y. Jia, "A survey of the use of crowdsourcing in software engineering," *Journal of Systems and Software*, 2016.
- [6] E. Kaganer, E. Carmel, R. Hirschheim, and T. Olsen, *Managing the human cloud*: MIT, 2013.
- [7] J. Manyika, S. Lund, K. Robinson, J. Valentino, and R. Dobbs, "A labor market that works: Connecting talent with opportunity in the digital age," *McKinsey Global Institute*, vol. 20, 2015.
- [8] W. B. Liebman and A. Lyubarsky, "Crowdwork, the Law, and the Future of Work," *Members-only Library*, vol. 20, 2016.
- [9] A. Gerhardinger. (2015). *Vertragstypische Pflichten beim Dienstvertrag*. Available: <http://bgb.kommentar.de/Buch-2/Abschnitt-8/Titel-8/Untertitel-1/Vertragstypische-Pflichten-beim-Dienstvertrag>
- [10] D. Christopoulos. (2015). *Vertragstypische Pflichten beim Werkvertrag*. Available: <http://bgb.kommentar.de/Buch-2/Abschnitt-8/Titel-9/Untertitel-1/Vertragstypische-Pflichten-beim-Werkvertrag/Definitionen>
- [11] B. Waas, "Werkvertrag, freier Dienstvertrag und Arbeitsvertrag," *Frankfurt am Main*, 2012.
- [12] Kanzlei Flick. *Softwareprogrammierung als Werkvertrag, LG Hamburg; Urteil vom 16.11.2005; ger. Az.: - 302 O 47/04 -*. Available: http://www.flick-sass.de/lghh_software_werkvertrag.html
- [13] BGH. (2010). *BGH, Urteil vom 25. März 2010 - VII ZR 224/08 - OLG Düsseldorf, LG Düsseldorf*.