

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

Nikolay Dimolarov

Ludwig-Maximilians-Universität München,
Munich, Germany



**4,9 Millionen Freelancer
in Deutschland**

**100.000 Freelancer
in der IT-Branche**

**40.000 + offene Stellen
für IT-Spezialisten**





„Gerade für innovative Unternehmen gewinnen Flexibilität und Know-How der Mitarbeiter immer stärker an Bedeutung. Freelancer sind mit ihrem häufig hoch spezialisierten Fachwissen eine wichtige Ergänzung zur Stammbesetzung [...] Je spezialisierter das Wissen der Freelancer, desto stärker ist ihre eigene Verhandlungsposition.“

Bitkom-Präsident Prof. Dieter Kempf



1. Definitionen
2. Der Dienstvertrag
3. Der Werkvertrag
4. Die Unterschiede zwischen dem Werk- und Dienstvertrag
5. Softwareprogrammierung als Werkvertrag – LG Hamburg
6. Dienstvertrag als Werkvertrag – BGH
7. Zusammenfassung



- Freelancer: 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
- Top-3 Erfolgsfaktoren für erfolgreiche Software-Projekte:
 - gut definierten Spezifikationen und Anforderungen,
 - die klar gesetzten Ziele,
 - die realistische Zeitplanung



- 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
 - Arbeitsvertrag als gesonderte Form des Dienstvertrages gem. § 622 BGB ausgeschlossen, da hier nur die freie Mitarbeit ohne Weisungsgebundenheit betrachtet wird
- Kein spezifischer Erfolg der Leistungen wird definiert; Auftragnehmer verpflichtet sich nur zur Diensterbringung
- Vergütung: nach Leistung der Dienste oder im Falle einer Bemessung nach Zeitabschnitten, nach jedem einzelnen Zeitabschnitt gem. § 614 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.



- 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)
- 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
- Abnahmepflicht des Bestellers; wegen unwesentlicher Mängel kann die Abnahme nicht verweigert werden. (§ 640 BGB)
 - Aber welche Fehler bzw. Bugs können beispielsweise als unwesentlich definiert werden?
- Die Vergütung ist bei der Abnahme des Werkes zu entrichten gem. § 641 Abs. 1 BGB



- Unterscheidung zwischen dem Werk- und dem Dienstvertrag ist in der Praxis eine oft nicht-triviale Aufgabe
- Falls der Inhalt der Leistungen aus dem Vertragswortlaut nicht eindeutig ist, folgt eine Vertragsauslegung
- Um die Unterschiede zu verdeutlichen wäre es sinnvoll eine Liste von Indizien zu erstellen

Die von den Parteien gewünschten Rechtsformen sowie die gewählte Bezeichnung spielen dabei keine entscheidende Rolle



Indizien für das Vorliegen eines Werkvertrags

- 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

- 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



Aus dem Tatbestand:

- 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
 - menügesteuerte Anwendung, die es ermöglichen, die im System 'AAAAAA of Germany" anfallende Verwaltung der Registraturen wie gewünscht zu unterstützen
 - ein branchenüblicher Stundenlohn von 60 Euro wurde vereinbart.
 - Nur die erste Rechnung des Klägers wurde vom Beklagten bezahlt
- 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
 - Die Installation des Programms und erste Arbeitsversuche seien außerdem keine Abnahme der Software, die sich noch in einer Beta-Phase befunden hat
 - 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:

- Die zulässige Klage ist unbegründet. Der Kläger hat mangels Fälligkeit keinen Anspruch auf Zahlung der aufgeführten 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.
- 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 unstrittig noch nicht abgeschlossen war. Dem Besteller ist vor der Abnahme die Möglichkeit zur Prüfung des Werkes einzuräumen.



Aus dem Tatbestand:

- Die Klägerin verlangt von der Beklagten Schadens- und Aufwendungsersatz aus einem vorzeitig beendeten Vertragsverhältnis. 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 einen „Dienstleistungsvertrag für ein P. Software-System“ unterschrieben.
- 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.
- 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:

- 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 handele 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.
- Eine Konkretisierung und Individualisierung der Mängel, auf die das Nacherfüllungsverlangen gestützt werde, sei der Klägerin auch im Prozess nicht gelungen. Im Schriftsatz [...] sei von "Zielsetzungen" und nicht gegebenen "Funktionalitäten", nicht aber konkret von Abweichungen der Ist-Beschaffenheit der Software von ihrer Soll-Beschaffenheit die Rede



- Sehr wichtig für welche Art der Zusammenarbeit man sich entscheidet
 - Direkte Auswirkungen auf die Vertragsform (Urteil des BGH 25.3.2010)
- Dienstverträge erlauben den Software-Freelancern mehr Freiheiten
- Werkverträge schützen den Auftraggeber durch den Abnahmeprozess
- Top 3 Faktoren für die erfolgreiche Arbeit in Software-Projekten
 - gut definierten Spezifikationen und Anforderungen,
 - die klar gesetzten Ziele,
 - die realistische Zeitplanung
- Überschneidungen für Software-Projekte werden langfristig durch Entscheidungen des BGH an Signifikanz verlieren

Q&A



- 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>
- 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
- 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.
- A. Gerhardinger. (2015). *Vertragstypische Pflichten beim Dienstvertrag*. Available: <http://bgb.kommentar.de/Buch-2/Abschnitt-8/Titel-8/Untertitel-1/Vertragstypische-Pflichten-beim-Dienstvertrag>
- 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>
- B. Waas, "Werkvertrag, freier Dienstvertrag und Arbeitsvertrag," *Frankfurt am Main*, 2012.
- 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
- BGH. (2010). *BGH, Urteil vom 25. März 2010 - VII ZR 224/08 - OLG Düsseldorf, LG Düsseldorf*.



- <https://www.upwork.com/images/upwork-logo-1200.png>
- http://www.nofmetalcoatings.com/_upload/ressources/news/linkedin-logo-2c_-_copie.png
- http://www.aha.io/assets/integration_logos/github-bb449e0ffbaccb7f9c703db85b1cf0b.png
- <http://www.citylightcap.com/img/port/topcoder-1.png>