von Rechtsanwältin **Elisabeth Keller-Stoltenhoff**

Serie (Teil 2): Vertragstypologische Einordnung der einzelnen Vertragleistungen

In diesem Teil der Serie der IT-Recht-Kanzlei ("Risiken und Chancen beim Einsatz freier Mitarbeiter") werden die unterschiedlichen Vertragstypen dargestellt, denen ein Vertrag mit einem Freelancer zugeordnet werden kann. Insbesondere werden die Abgrenzungskriterien herausgearbeitet. Denn die Abgrenzung z.B. eines Werkvertrages von einem Dienstvertrag ist oft sehr schwierig und beschäftigt manchmal die Gerichte bis in die höchsten Instanzen.

Nicht einfacher wird die Zuordnungsfrage durch den neuen Vertragstyp Werklieferungsvertrag, der die Erstellung beweglicher Sachen seit der Schuldrechtsreform (Januar 2002) dem Werkvertragsrecht unterstellt. werden. Die richtige Zuordnung ist aber entscheidend für die zutreffende Festlegung der Rechte und Pflichten der Parteien aus dem Beschäftigungsverhältnis.

Das BGB kennt unterschiedliche Vertragstypen. Diese sind in erster Linie Kaufvertrag, Werklieferungsvertrag, Mietvertrag, Dienstvertrag. Jeder dieser Vertragstypen regelt insbesondere Leistungsstörungen unterschiedlich. Es ist für die Vertragsparteien daher nicht uninteressant, wie die vertraglich vereinbarten Leistungen vertragstypologisch einzuordnen sind.

Ein Vertrag mit einem freien Mitarbeiter kann vertragstyplogisch ein Werk- (ja selbst ein Werklieferungs- also ein Kaufvertrag) oder ein Dienstvertrag sein. Eine Unterscheidung ist nicht immer einfach. Die vertragstypologische Einordnung ist aber entscheidend für die rechtliche Qualifizierung der Zusammenarbeit der Vertragspartner und die Konsequenzen einer Pflichtverletzung des Vertrages. Im Folgenden wird daher ein kurzer Überblick über die einzelnen Vertragstypen, die wesentlichen Abgrenzungskriterien und ihre gesetzlichen Besonderheiten gegeben.

Abgrenzung Werkvertrag/Dienstvertrag

1. Abgrenzungskriterien Werkvertrag/Dienstvertrag

Verträge mit "Freelancern" sind in der Regel entweder Dienst- oder Werkverträge. In der Praxis erweist es sich häufig als schwierig, Dienstverträge von Werkverträgen, abzugrenzen. Lediglich ein Anhaltspunkt ist die Bezeichnung eines Vertrags als Werk- oder Dienstvertrag, da der tatsächliche Wille der Parteien maßgeblich ist und nicht der für den Vertrag gewählte Titel. Dies ergibt sich schon aus § 133 BGB, wonach bei der Auslegung einer Willenserklärung der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften ist. Übertragen auf Vertragsauslegungen bedeutet dies, dass es im Streitfall völlig nebensächlich ist, wie ein Vertrag benannt ist. Nur weil ein Vertrag als "Werkvertrag" bezeichnet ist, muss dies nicht bedeuten, dass es sich tatsächlich um einen Werkvertrag handelt. Maßgeblich ist nicht der Titel des Vertrages, sonder sein Regelungsinhalt. Geprüft wird also stets die Idee bzw. der Wille der Parteien hinter dem Vertrag (Palandt , § 613 Rdnr. 3 m.w.Nachw). In

einem Streitfall prüft das Gericht das gesamte Regelungswerk anhand der Vertragstypen des BGB und lässt sich von der Namensgebung nicht beeindrucken. Auch wird geprüft, wie der Vertrag tatsächlich gelebt wurde. Wie lässt sich nun aber möglichst sicher der Werkvertrag vom Dienstvertrag objektiv abgrenzen?

1.1 Der Erfolg der Leistung

Das erste sichere Abgrenzungskriterium für das Vorliegen eines Werkvertrages ist die genaue Spezifizierung des Werkes bzw. der Leistung (Aussehen, Funktion). Im Gegensatz dazu wird im Dienstvertrag meist die Erbringung einer Dienstleistung mittlerer Art und Güte vereinbart. Die Abgrenzung des Dienstvertrages zum Werkvertrag erfolgt also über die Prüfung, ob vertraglich ein Erfolg geschuldet ist. Wird die Herbeiführung eines vereinbarten, gegenständlich fassbaren Arbeitsergebnisses geschuldet, so handelt es sich um einen Werkvertrag. Wird dagegen das bloße Wirken vertraglich geschuldet, liegt ein Dienstvertrag vor. Wenn daher der Vertrag einen fest umrissenen Leistungsgegenstand betrifft, nicht eine allgemeine laufende Tätigkeit, liegt ein Werkvertrag vor.

Diese Rechtsauffassung hat der BGH in einem Urteil vom 16.7.2002 (Az: XZR 27/01) bestätigt. Die Bundesrichter führen in ihren Urteilsgründen aus, dass es bei der Abgrenzung von Dienst- und Werkvertrag auf den im Vertrag zum Ausdruck kommenden Willen der Parteien maßgebend ankommt. Entscheidend ist dann, ob auf dieser Grundlage eine Dienstleistung als solche oder als Arbeitsergebnis deren Erfolg geschuldet wird. Fehlt eine ausdrückliche Regelung zum Vertragsgegenstand, so sind die gesamten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Dann erhalten eine Vielzahl von Umständen für die Auslegung des Vertrages eine Bedeutung. Für das Vorliegen eines Werkvertrags kann beispielsweise sprechen, dass die Parteien die zu erledigende Aufgabe und den Umfang der Arbeit konkret festlegen oder eine erfolgsabhängige Vergütung vereinbaren. Für die Frage, ob ein Auftragnehmer für den Eintritt eines Erfolges einstehen will, kann auch von Bedeutung sein, mit welcher Wahrscheinlichkeit nach der Vorstellung der Parteien mit dem Eintritt eines Erfolges gerechnet werden kann. Je größer die mit der Tätigkeit erkennbar verbundenen Unwägbarkeiten sind, umso ferner kann es aber auch aus Sicht eines verständigen Bestellers liegen, dass der Unternehmer das Erfolgsrisiko dennoch übernehmen will.

1.2 Erfolgsverantwortung

Ein weiterer wesentlicher Unterschied zwischen einem Werk- und einem Dienstvertrag ist die Verantwortung der Parteien für das Vertragsgeschehen. Hält der Auftragnehmer die Zügel in der Hand, entscheidet er, wie ein Vertrag erfüllt werden soll, handelt es sich um einen Werkvertrag. Unterstützt der Auftragnehmer lediglich den Auftraggeber bei einem Projekt, handelt es sich um einen Dienstvertrag.

1.3 Fazit

Aufgrund des Vorgesagten erscheint es logisch, dass im Zweifelsfall der Auftraggeber auf einem Werkvertrag bestehen wird, während der Freiberufler mit einem Dienstvertrag wesentlich besser gestellt ist. Vor Gericht werden dann die Argumente gegen einander abgewogen. Letztendlich gilt: Stellt sich der vermeintliche Werkvertrag nicht als solcher dar, dann wird er automatisch zum Dienstvertrag. Erfahrungsgemäß sind 80 bis 90 Prozent aller Werkverträge mit IT-Selbstständigen in Wirklichkeit Dienstverträge, da ihnen eine ausreichend konkrete Beschreibung der zu erbringenden Leistung fehlt.

2. Abgrenzung des Werkvertrags zum Werklieferungsvertrag

2.1 Regelungsumfang des Werklieferungsvertrages

Der Werkvertrag, wie oben aufgeführt, ist ein relativ komplizierter BGB-Vertragstyp. Es fällt daher für den IT-Beschaffer als Nichtjuristen nicht immer leicht, überhaupt nur den Anwendungsbereich des Werkvertrags richtig zu bestimmen. Dies gilt umso mehr nach der am 1.1.2002 in Kraft getretenen Schuldrechtsreform, wonach nunmehr der Anwendungsbereich des Kaufrechts ganz erheblich auf Kosten des Werkvertragsrechts ausgedehnt wurde.

§ 651 BGB besagt zur Anwendung des Kaufrechts:

Auf einen Vertrag, der die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand hat, finden die Vorschriften über den Kauf Anwendung. § 442 Abs. 1 Satz 1 BGB findet bei diesen Verträgen auch Anwendung, wenn der Mangel auf den vom Besteller gelieferten Stoff zurückzuführen ist. Soweit es sich bei den herzustellenden oder zu erzeugenden beweglichen Sachen um nicht vertretbare Sachen handelt, sind auch die §§ 642, 643, 645, 649 und 650 BGB mit der Maßgabe anzuwenden, dass an die Stelle der Abnahme der nach den §§ 446 und 447 BGB maßgebliche Zeitpunkt tritt.

Gemäß § 651 BGB also gilt nun, dass auf die Lieferung von herzustellenden oder zu erzeugenden beweglichen Sachen das Kaufrecht Anwendung findet. Soweit es sich dabei um nicht vertretbare Sachen, also Sachen, die nach den besonderen Wünschen des Auftraggebers für diesen hergestellt wurden, handelt, sind ergänzend einige Werkvertragsvorschriften anzuwenden (§ 651 Abs. 1 S. 3 BGB). Wesentlich ist aber, dass an die Stelle der Abnahme die Lieferung der Sache tritt. Die Erstellung von Hardware, die für die besonderen Bedürfnisse des Auftraggebers konzipiert wird, fällt somit unter das Kaufrecht. Der Unterschied zwischen Werkvertragsrecht und Kaufrecht stellt sich im Wesentlichen wie folgt dar:

- Gemäß § 651 BGB tritt an die Stelle der Abnahme die Lieferung. Das heißt der Vertrag wird durch Lieferung und nicht durch die Abnahmeerklärung des Auftraggebers erfüllt. Da oft gerade die Abnahmeprozedur die größte und schwierigste Hürde bei der Erfüllung eines Projektvertrages darstellt, ist der Wegfall der Abnahme eine nicht zu unterschätzende Erleichterung für den Auftragnehmer.
- Die Beweislast über das Vorliegen von Mängeln trägt ab Lieferung der Auftraggeber. Im Werkvertragsrecht trägt der Auftragnehmer die Beweislast für die ordnungsgemäße Fertigstellung bis zur Abnahmeerklärung.
- Die Verjährung von Mängelansprüchen beginnt bereits mit der Lieferung und nicht erst mit der Abnahme.
- Sollte der Auftraggeber Kaufmann sein, trifft ihn die kaufmännische Untersuchungs- und Rügepflicht gemäß § 377 HGB. Das heißt, er hat die Leistung bei der Lieferung zu untersuchen und sämtliche Mängel ab Kenntnis unverzüglich zu rügen. Unterlässt er dies, verliert er seine Rechte in Bezug auf diese Mängel.

2.2 Individual-Softwareerstellung: Werkvertrag oder Kaufvertrag?

Die Beauftragung eines Externen kann durchaus die Entwicklung einer Individualsoftware unfassen. Es stellt sich daher die Frage, welcher Vertragstyp für die Herstellung von Individualsoftware und Anpassungsleistungen gilt. Dies ist streitig. Die Änderung des § 651 BGB warf für IT-Rechtler sofort die Frage auf, ob auch Individualsoftware eine bewegliche Sache im Sinne dieser Regelung ist, ob also für die Erstellung von Individualsoftware und Customizing nunmehr das Kaufrecht gilt. Die IT-Juristen streiten daher heftig und kontrovers um die Frage, ob für die Erstellung von Individualsoftware und das Customizing nunmehr das Kaufrecht oder das Werkvertragsrecht gilt. Eine Gerichtsentscheidung in dieser Angelegenheit gibt es noch nicht.

- Aus Sicht der IT-Anbieter wird die Anwendung des Kaufrechts favorisiert. Schließlich stelle Software nach allgemeiner Ansicht eine Sache dar und müsse demnach gem. § 651 BGB dem Kaufvertragsrecht zugeordnet werden.
- Aus der Sicht des IT-Beschaffers als Auftraggeber, erscheint die Anwendung des Kaufrechts aber nicht sachgerecht. Aus seiner Sicht wäre vielmehr das Werkvertragsrecht vorzuziehen.

Die herrschende Meinung in der Literatur scheint zur Zeit auch die Einordnung der Erstellung von Software und von Anpassungsleistungen unter das Werkvertragsrecht zu favorisieren. Schließlich könne der Individualsoftware dahingehend die Sachqualität abgesprochen werden, dass es sich bei dem Werk um eine rein schöpferische Leistung handele, letztlich also Werkvertragsrecht anwendbar sei. Aber es gibt auch sehr vernünftige Gründe, sich konservativ (und auftragnehmerfreundlich) nach Kaufrecht zu richten. Gegenwärtig ist das Problem nicht lösbar. Es ist Auftraggebern und Auftragnehmern sehr zu raten, die Frage des Vertragstyps zum Verhandlungsgegenstand zu machen und den Vertrag durch individuelle Absprachen dem Werkvertragsrecht oder dem Kaufvertragsrecht zu unterstellen.

Beispielsweise könnte eine Regelung in der Form vereinbart werden, dass eine Abnahmepflicht für die

erstellte Software vertraglich vorausgesetzt wird - mit allen damit verbundenen werkvertraglichen Konsequenzen. Damit würde das Abnahmeerfordernis der Software entfallen. Der Unternehmer würde folglich bereits seine vertragliche Hauptpflicht zur Erstellung der Software dadurch erfüllen, dass er die Software nur an den Besteller (auch mängelbehaftet) übergibt - das Recht des Bestellers bei der Abnahme, die Software nicht als die vertragsgemäße Leistung anzuerkennen, besteht somit nicht. Ein weiterer Vorteil des IT-Anbieters läge darin, dass die Vergütung der Software nicht erst bei Abnahme fällig wäre (vgl. § 641 BGB), sondern, nach dispositivem Recht, sofort, vgl. § 271 BGB. Nicht zuletzt würde auch die Gefahr des zufälligen Unterganges der Software bereits mit Übergabe auf den IT-Beschaffer übergehen, vgl. § 446 BGB.

2.3 Fazit

Die Herstellung beweglicher Sachen unterliegt kaufrechtlichen Regeln (§ 651 BGB). Der früher in diesen Fällen einschlägige Werklieferungsvertrag wurde im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung abgeschafft.

Unabhängig von den oben diskutierten Besonderheiten hinsichtlich der Softwareerstellung unterliegen im Großen und Ganzen noch folgende Verträge dem Werkvertragsrecht:

- Herstellung unbeweglicher Sachen (Bauwerke)
- Instandsetzungsverträge
- Herstellung nichtkörperlicher Werke (z. B. Software (? Siehe oben), Bauplan, Gutachten)

Autor:
RAin Elisabeth Keller-Stoltenhoff
Rechtsanwältin