

von Rechtsanwältin **Elisabeth Keller-Stoltenhoff**

Serie (Teil 5): Haftung für Pflichtverletzung des Freelancers

In diesem [Teil der Serie](#) der IT-Recht-Kanzlei werden die Rechte dargestellt, die Auftraggeber haben, wenn der Freelancer seine Pflichten aus dem Vertragsverhältnis verletzt. Diese Rechte sind abhängig vom Vertragstyp. Wie bereits dargestellt, können Leistungen eines Freelancers vertragstypologisch dem Werk-, (ja selbst) Kauf- und dem Dienstvertragsrecht unterliegen.

Inhaltsangabe:

1. Pflichtverletzung im Werkvertrag
 - 1.1 Voraussetzungen der Mängelhaftung beim Werkvertrag
 - 1.1.1 Kauf- und werkvertragsrechtlicher Mangelbegriff
 - 1.1.2 Auf den Zeitpunkt kommt es an
 - 1.2 Mängelhaftungsansprüche im Werkvertragsrecht
 - 1.2..1 Nacherfüllung
 - 1.2..2 Selbstvornahme
 - 1.2..3 Rücktritt
 - 1.2..4 Minderung
 - 1.2..5 Schadensersatz
 - 1.2..6 Aufwendungsersatz
 - 1.3 Verjährung der Mängelansprüche
2. Anspruch bei Verletzung einer Pflicht aus dem Dienstvertrag (Schlechtleistung)

1. Pflichtverletzung im Werkvertrag

1.1 Voraussetzungen der Mängelhaftung beim Werkvertrag

Es bedarf zweier Grundvoraussetzungen zur Geltendmachung von Mängelansprüchen im Werkvertragsrecht:

- Das Vorliegen eines Mangels.

Der Mangel muss bei Vertragserfüllung, also bei der Abnahme vorgelegen haben.

1.1.1 Kauf- und werkvertragsrechtlicher Mangelbegriff

Das BGB kennt unterschiedliche Mangelbegriffe, abhängig vom jeweiligen Vertragstyp. Der Kauf- und werkvertragliche Mangelbegriff haben sich seit der Schuldrechtsreform im Jahre 2002 angeglichen. Die wichtigste Änderung ist die Angleichung von Sach- und Rechtsmängeln und die Pflicht des Verkäufers und des Unternehmers, eine mangelfreie Sache zu liefern (§ 433 Abs. 1 Satz 2 BGB) oder zu erstellen (§ 633 Abs. 1 BGB).

Die Lieferung oder Erstellung einer mangelhaften Sache ist daher nach dem neuen Kauf- und Werkvertragsrecht eine Pflichtverletzung des Vertrages. Ein eigenes Gewährleistungsinstitut wie im alten Recht gibt es daher im Kauf- und Werkvertragsrecht nicht mehr. Der Begriff Gewährleistung für gesetzliche Haftung für Mängel hat sich aber so verselbstständigt, dass es noch einige Zeit dauern wird, bis er in allen Köpfen durch den Begriff Mängelhaftung ersetzt wird.

Der Mangelbegriff ist im Kaufrecht (i.S.d. §§ 433 ff. BGB) sowie im Werkvertragsrecht (§§ 633 ff. BGB) weitgehend gleich ausgestaltet worden. So ist gemäß § 434 Abs. 1 BGB und § 633 Abs. 2 BGB eine Sache (bzw. ein Werk) frei von Sachmängeln, wenn sie (es) „die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit“ hat. Im Umkehrschluss liegt demnach ein Sachmangel vor, wenn die Ist-Beschaffenheit von der Soll-Beschaffenheit abweicht.

Nun sind natürlich Fälle denkbar, bei denen die Vertragsparteien keine vertragliche Beschaffenheitsvereinbarung getroffen haben. Auch dafür hat das Gesetz Vorsorge getroffen und in § 434 Abs.1 2 Nr. 2 BGB (sowie § 633 Abs. 2 S.3 BGB) geregelt, dass es dann eben auf „die Eignung zur üblichen Verwendung der Kaufsache“ (bzw. das Werk) oder auf die „übliche bzw. vom Käufer (bzw. dem Besteller) zu erwartende Beschaffenheit“ ankommt.

Anders als im Werkvertragsrecht sind im Kaufrecht aber noch weitere Aspekte berücksichtigt, welche zur Mangelhaftigkeit der Kaufsache führen. Auffällig ist zunächst die Haftung für Werbeaussagen (z.B. Drei-Liter Auto). Während bisher eine Haftung für die Zusicherung von Eigenschaften nur bei einer ausdrücklichen Haftungsübernahme vorlag, muss der Verkäufer nun für jede Art der Leistungsbeschreibung in Form von Werbung, Prospekten usw. einstehen.

Damit nicht genug. Der Verkäufer haftet ebenfalls für Leistungsbeschreibungen von Herstellern und Lieferanten. Auch eine fehlerhafte Montageanleitung stellt nun ausdrücklich einen Sachmangel dar (sog. „IKEA-Klausel“). Erfolgt die Montage durch den Verkäufer, so liegt ein Sachmangel vor, wenn die Montage durch den Verkäufer durchgeführt wurde und mangelhaft ist (z.B. die Küche ist schief eingebaut, die Küche ist mangelhaft). Schließlich werden alle Fälle der Falsch- oder Zuweniglieferrung einem Sachmangel gleichgestellt. Auf das häufig streitige Kriterium der Genehmigungsfähigkeit der Lieferung kommt es nicht mehr an.

Hinweis: Auch ein unerheblicher Mangel stellt einen Sachmangel i.S.v. § § 633 Abs. 2 BGB dar.

1.1.2 Auf den Zeitpunkt kommt es an

Des Weiteren spielt sowohl beim Kaufrecht als auch beim Werkvertragsrecht der so genannte „Gefahrübergang“ eine ganz entscheidende Rolle. Der Gefahrübergang ist der Zeitpunkt, an dem die Gefahr des Verlustes oder der Beschädigung auf den Käufer übergeht. Nur wenn der Mangel zu diesem Zeitpunkt vorlag, hat der Käufer Mängelrechte (Gewährleistungsansprüche). Mängel, die nach dem Zeitpunkt des „Gefahrübergangs“ entstehen, lösen dagegen keine Mängelrechte mehr aus.

Darüber hinaus muss der Auftragnehmer bis zum Gefahrübergang beweisen, dass die Sache mangelfrei ist. Ab Gefahrübergang trägt der Auftraggeber die Beweislast. Die weit verbreitete Meinung, dass für die ersten sechs Monate nach Gefahrübergang eine Beweislastumkehr zu Lasten des Auftragnehmers gelte, gilt gemäß § 476 BGB nur für den hier nicht einschlägigen Sonderfall des Verbrauchsgüterkaufs.

Beim Kaufrecht stellt der Gefahrübergang normalerweise die Übergabe (vgl. § 446 BGB) dar, also die Aushändigung der Kaufsache. Beim Versandkauf ist der Gefahrübergang gemäß §§ 447 i. V. m. 269 BGB der Geschäftssitz des Verkäufers, es sei denn, die Parteien haben vereinbart, dass der Erfüllungsort beim Käufer, also Auftraggeber ist.

Im Werkvertragsrecht wird die Übergabe in der Regel durch die sog. Abnahme ersetzt, da bis zu diesem Zeitpunkt der Unternehmer die Gefahr trägt (§ 644 Abs. 1 BGB).

1.2 Mängelhaftungsansprüche im Werkvertragsrecht

Folgende gesetzliche Mängelansprüche hat der Käufer bzw. Besteller im Werkvertragsrecht:

- Nacherfüllungsanspruch
- Selbstvornahme (nur im Werkvertragsrecht)
- Rücktritt
- Minderung
- Schadensersatz statt der Leistung
- Aufwendungsersatz

1.2.1 Nacherfüllung

Zunächst einmal kann der Werkbesteller als Primäranspruch Nacherfüllung verlangen, vgl. § 634 S. 1 BGB. Nacherfüllung ist der Oberbegriff für Neulieferung oder Reparatur. Die Ausübung des Wahlrechtes erfolgt im Kaufvertragsrecht durch den Käufer, im Werkvertragsrecht dagegen durch den Unternehmer. Dies liegt daran, dass der Werkunternehmer, im Gegensatz zu dem Verkäufer, sehr viel enger mit dem Produktionsprozess seines Werkes befasst ist und ihm daher die Entscheidung auch obliegen soll, welche Art der Nacherfüllung sinnvoller bzw. kostengünstiger ist.

Die Kosten der Nacherfüllung, Transport, Wege, Arbeits- und Materialkosten trägt der Unternehmer (§ 635 Abs. 2 BGB).

1.2.2 Selbstvornahme

Nur im Werkvertragsrecht hat der Werkbesteller einen Anspruch auf die sog. Selbstvornahme, vgl. § 634 Nr. 2 BGB. Diese umfasst das Recht, den Mangel selbst zu beseitigen und anschließend den Ersatz der erforderlichen Aufwendungen zu verlangen. Voraussetzung ist aber der erfolglose Ablauf einer angemessenen Frist, vgl. § 637 Abs. 1 BGB zur Nacherfüllung.

1.2.3 Rücktritt

Ist die Nacherfüllung gescheitert, kann der Besteller vom Werkvertrag zurücktreten gem. § 634 Nr. 2 BGB. Als gescheitert gilt die Nacherfüllung gem. § 440 Satz 2 BGB (Kaufrecht) ab dem zweiten erfolglosen Nacherfüllungsversuch. Die herrschende Lehre nimmt diese Fiktion auch für das Werkvertragsrecht an, obwohl eine analoge Vorschrift zu § 440 Satz 2 BGB fehlt. Voraussetzung ist jedoch auch hier, dass zuvor dem Werkunternehmer erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt wurde, vgl. § 323 Abs. 1 BGB.

In bestimmten Fällen wird eine Frist entbehrlich. Diese sind in § 323 Abs. 2 BGB sowie in § 326 Abs. 5 BGB aufgeführt. Bei einem nur unerheblichen Mangel kommt ein Rücktritt allerdings nicht in Betracht (§ 323 Abs. 5 Satz 2 BGB).

Tipp: Der Rücktritt wandelt den Vertrag in ein Rückgewährschuldverhältnis um. Beide Parteien haben sich dasjenige zurückzugeben, was sie auf der Grundlage des Vertrages erhalten haben. Für den Rücktritt gelten die allgemeinen Rücktrittsvorschriften gem. §§ 346 ff. BGB. Der Auftraggeber muss also die Nutzungen, das heißt die Gebrauchsvorteile (§ 100 BGB) herausgeben (§ 346 Abs. 1 BGB). Wie sich das berechnet, hängt von der individuellen Intensität der Nutzung ab.

Der Auftraggeber muss auch Wertersatz für die Verschlechterung oder den Verlust der Sache bezahlen, wobei die Verschlechterung durch den normalen bestimmungsgemäßen Gebrauch nicht zu ersetzen ist. Ist die Sache ansonsten verschlechtert oder untergegangen, ist der gesetzlich zum Rücktritt Berechtigte (also z.B. der Käufer, der auf Grund eines Mangels zurücktritt) privilegiert gemäß § 346 Abs. 3 Nr. 3 BGB. Hat er die Sache so behandelt, wie er üblicherweise seine Sachen behandelt und ist sie dabei beschädigt worden oder verloren gegangen, muss er keinen Wertersatz zahlen („Schlamperprivileg“).

Beispiel: Ein Besteller tritt wegen einer mangelhaft erstellten Individualsoftware nach erfolgloser Nacherfüllung vom Werkvertrag zurück. Bis zur Rückgabe nutzt er die Software weiter. Dazu ist er auch berechtigt. Er sichert die Software nur alle paar Wochen ab. Versehentlich wird sie gelöscht. Der Besteller wird in diesem Fall nur den Gebrauchsvorteil zahlen müssen, den er wegen der Nutzung der Software hatte. Er muss aber keinen Wertersatz für die Beschädigung oder den Verlust des Software zahlen.

1.2.4 Minderung

Unter denselben Voraussetzungen wie beim Rücktritt (erfolglose Fristsetzung), kann der Werkbesteller die Werkvergütung statt des Rücktritts auch mindern (§ 634 Nr. 3 BGB).

Hinweis: Bei allen oben besprochenen Mängelhaftungsansprüchen handelt es sich um so genannte verschuldensunabhängige Ansprüche. Das heißt, es kommt bei der Geltendmachung dieser Rechte nicht darauf an, ob dem Werkhersteller der Mangel in irgendeiner Form vorzuwerfen ist. Die Minderung und der Rücktritt sind seit der Schuldrechtsreform Gestaltungsrechte. Das heißt, dass der Auftraggeber nicht wie früher auf Zustimmung zur Minderung oder zum Rücktritt klagen muss, sondern dass sich mit der Erklärung der Minderung oder des Rücktrittes der Vertrag entsprechend ändert.

Er kann also direkt auf Rückzahlung eines Teils der Vergütung klagen (Minderung) oder auf Rückzahlung der gesamten Vergütung, Zug um Zug gegen Rückgabe der Sache (Rücktritt). Ist die Vergütung noch nicht bezahlt, kann er den geminderten Betrag abziehen oder die Zahlung verweigern und die Kaufsache zurückgeben. Vor Gericht wären dann gegebenenfalls die Voraussetzungen für die Minderung und den Rücktritt zu prüfen.

1.2.5 Schadensersatz

Der Werkbesteller kann auch einen Schadensersatzanspruch geltend machen, § 634 Nr. 3 BGB. Es sei denn, der Schuldner kann beweisen, dass er den Mangel nicht zu vertreten hat. Will der Besteller Schadensersatz statt der Leistung gemäß § 281 BGB geltend machen, muss wiederum eine vorherige, erfolglose Nachfristsetzung zur Leistung oder Nacherfüllung erfolgt sein. Diese liegt aber nach erfolgloser Nacherfüllung vor. Nicht übersehen werden darf zudem, dass bei einem möglichen Schadensersatzanspruch bei einem nur unerheblichen Mangel Einschränkungen bestehen, (§ 281 Abs. 1 S. 3 BGB).

1.2.6 Aufwendungsersatz

Alternativ zum Schadensersatz und unter denselben Voraussetzungen kann auch Aufwendungsersatz gem. § 284 BGB verlangt werden.

1.3 Verjährung der Mängelansprüche

Alle oben aufgeführten Mängelansprüche verjähren bei Sachen innerhalb von zwei Jahren § 634a Abs. 1 Nr. 3. Die Verjährung beginnt mit der Abnahme des Werkes (§ 634a Abs. 2 BGB) oder der Lieferung (Gefahrübergang) der Kaufsache. Der Werkbesteller hat die Möglichkeit, die Verjährung durch Klageerhebung oder durch Einleitung eines selbstständigen Beweisverfahrens zu unterbrechen. Des Weiteren ist die Verjährung gemäß § 208 BGB gehemmt, wenn die Parteien über das Vorhandensein eines Mangels verhandeln. Erkennt der Auftragnehmer den Mangel an, liefert eine neue Sache oder repariert die Sache im Rahmen der Nacherfüllung, so beginnt die Verjährung gemäß § 212 Abs. 1 BGB neu. Viele Auftragnehmer werden daher die Nacherfüllung lediglich aus „Kulanzgründen“ durchführen, um eine Anerkennung des Anspruchs und damit den Neubeginn der Verjährung zu vermeiden.

2. Anspruch bei Verletzung einer Pflicht aus dem Dienstvertrag (Schlechtleistung)

Wird die Dienstleistung fehlerhaft oder schlecht erbracht, ist der Auftraggeber nicht schutzlos gestellt.

Zwar kennt der Dienstvertrag keine verschuldensunabhängigen Gewährleistungsansprüche (Nacherfüllung, Selbstvornahme, Rücktritt, Minderung) wie etwa der Werkvertrag oder der Kaufvertrag. Schlechtleistungen (z.B. Falschberatung etc.) führen jedoch zu Schadensersatzansprüchen gem. §§ 280 ff. BGB, wenn der Dienstleistende sich nicht exkulpieren kann. Das heißt der Auftraggeber hat z.B. im Falle eines Beratungsverschuldens Anspruch auf Ersatz des durch den falschen Rat entstandenen Schadens, es sei denn, der Berater kann beweisen, dass ihn kein Verschulden trifft. Im Fall der Schlechtleistung hat der Dienstberechtigte nach h. M. grundsätzlich kein Recht zur Minderung der Vergütung. Er kann aber mit dem ggf. bestehenden Gegenanspruch auf Schadensersatz aufrechnen.

Darüber hinaus kann der Dienstvertrag gemäß § 626 BGB aus wichtigem Grunde fristlos gekündigt werden. Da der Erfolg bei einem Dienstvertrag nicht geschuldet ist, behält der Dienstverpflichtete grundsätzlich den Anspruch auf das Entgelt - auch dann, wenn er Schlechtleistungen erbringt. Insofern ist der Auftraggeber grundsätzlich auf Kündigungsrechte angewiesen (vgl. §§ 620 ff. BGB). Die Ansprüche des Auftraggebers auf Schadensersatz verjähren gemäß § 195 BGB grundsätzlich in drei Jahren. Die Verjährungsfrist beginnt gemäß § 199 BGB mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Auftraggeber Kenntnis von den den Anspruch begründenden Umständen erlangt. „Auf jeden Fall“, ohne Rücksicht auf Entstehung und Kenntnis, verjähren nach § 199 Abs. 2 BGB in 30 Jahren Schadensersatzansprüche wegen Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit oder Freiheit ab Begehung der Handlung, Pflichtverletzung oder des sonstigen schadenstiftenden Ereignisses. Sonstige Schadensersatzansprüche verjähren ohne Rücksicht auf die Kenntnis usw. in zehn Jahren von ihrer Entstehung an und ohne Rücksicht auf Entstehung und Kenntnis in 30 Jahren von dem den Schaden auslösenden Ereignis an. Maßgeblich ist die früher endende Frist (§ 199 Abs. 3 BGB).

Beispiel: Aufgrund eines falschen Rates eines Beraters investiert der Auftraggeber in eine IT-Systemarchitektur, von der der Berater, wenn er den Stand der Technik gekannt hätte, hätte wissen müssen, dass sie mit der kommenden Entwicklung nicht kompatibel ist. Stellt sich dies nach zwei Jahren heraus, beginnt nun die drei jährige Verjährungsfrist. Der Schaden bestünde in der Einführung einer neuen Systemarchitektur. Der Berater müsste diesen Schaden ersetzen, wenn er sich nicht exkulpieren könnte, das heißt beweisen, dass er diese Entwicklung nicht hätte erkennen können. Auch ohne Kenntnis des Auftraggebers würden die Schadensersatzansprüche spätestens zehn Jahre nach der Beratung verjähren.

Das Dienstleistungsrecht ist also im Punkte Verjährung günstiger für den Auftraggeber als das Werkvertragsrecht mit seiner in der Regel zweijährigen Verjährungsfrist, die mit der Abnahme der Leistung beginnt. Bei Arbeitsverhältnissen besteht eine gewisse Haftungsprivilegierung. Den freien Mitarbeiter trifft insbesondere eine strikte Haftung für die Schlechterfüllung der Leistungspflicht sowie für Integritätsverletzungen. Während ein Arbeitnehmer im Grundsatz für Integritätsverletzungen nur eingeschränkt haftet (Haftungsbefreiung bei leichter Fahrlässigkeit, nur quotenmäßige Haftung bei

„normaler“ Fahrlässigkeit, volle Haftung nur bei grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz), unterliegt die Haftung des freien Mitarbeiters keinen derartigen Beschränkungen. Seitens des freien Mitarbeiters kann daher ein erhebliches Interesse bestehen, schon in Vertragsverhandlungen eine vertragliche Haftungsbeschränkung durchzusetzen.

Autor:

RAin Elisabeth Keller-Stoltenhoff

Rechtsanwältin