

von Rechtsanwältin **Elisabeth Keller-Stoltenhoff**

Serie (Teil 6): Vergütungsmodelle bei der Beschäftigung von Freelancern

In diesem Teil der Serie der IT-Recht-Kanzlei werden die verschiedenen Vergütungsmodelle bei der Beschäftigung von Freelancern und ihre Vor- und Nachteile erläutert.

1. Vergütungsart

Im Werkvertrags- und Dienstvertragsrecht gibt es drei grundsätzliche Formen der Vergütungsvereinbarung.

Dabei handelt es sich um die

- Vergütung nach Aufwand,
- die Pauschalvergütung
- sowie die Festpreisvereinbarung.

1.1 Vergütung nach Aufwand

Bei einer Vergütung nach Aufwand werden in aller Regel ähnlich der Bauwirtschaft nur so genannte Einheitspreise vereinbart, die für Material- und Zeitaufwand jeweils den Preis pro Einheit, also z.B. Preis pro Personen/Tag festlegen. Für den Auftragnehmer hat eine derartige Preisgestaltung den Vorteil, dass er praktisch kein Kalkulationsrisiko hinsichtlich des Arbeitsaufwandes hat, da dieser ihm in jedem Fall voll vergütet wird. Für den Auftraggeber dagegen bedeutet eine solche Vereinbarung ein erhebliches wirtschaftliches Risiko, da der Endpreis der Leistung für ihn im Vorfeld auch nicht annähernd eingeschätzt werden kann. Derartige Gestaltungen sind daher in Projektverträgen größtenteils unüblich.

Die Abrechnung der Vergütung nach Aufwand erfolgt anhand von Leistungsnachweisen, die den geleisteten Aufwand dokumentieren. Beide Parteien sollten Interesse daran haben, dass ein solcher Leistungsnachweis vom Auftraggeber genehmigt wird. Dies ermöglicht dem Auftraggeber eine gewisse Kontrolle und dem Auftragnehmer die Sicherheit, dass die Erbringung seiner Leistungen nicht vom Auftraggeber bestritten werden kann. Für den Auftragnehmer empfiehlt sich hier die Regelung einer

Genehmigungsfiktion z.B. dergestalt, dass der Auftraggeber innerhalb von 14 Kalendertagen schriftlich Einwände gegen die Richtigkeit des Leistungsnachweises geltend machen kann. Soweit er dies nicht tut, gilt der Leistungsnachweis als genehmigt, spätere Einwände sind dann ausgeschlossen. Für Auftraggeber ist eine solche Genehmigungsfiktion eine gefährliche Regelung, führt sie doch dazu, dass er einen Leistungsnachweis einfach dadurch genehmigt, dass er ihn auf seinem Schreibtisch "vergisst". Spätere Einwände sind dann ausgeschlossen. Er sollte eine solche Regelung wenn möglich nicht akzeptieren. Bei der Vergütung nach Aufwand kann eine Obergrenze vereinbart werden (so auch Ziffer 6 der Einkaufsbedingungen der öffentlichen Hand für IT-Dienstleistungen, EVB-IT Dienstleistung). Hier gibt es Regelungen, z.B. in Ziffer 6 der EVB-IT Dienstleistungen, die festlegen, dass der Auftragnehmer auch bei Erreichen dieser Grenze zur vollständigen Erbringung seiner Leistungen verpflichtet ist. Dies bedeutet, dass der Auftragnehmer auch nach Erreichen der Obergrenze weiter leisten muss. Eine solche Klausel ist für den Auftragnehmer äußerst unangenehm und könnte in AGB unwirksam sein gemäß § 307 BGB, da sie den Auftragnehmer unangemessen benachteiligen könnte. Durch die Klausel wird die Vereinbarung einer Vergütung mit Obergrenze zumindest einer Pauschalvereinbarung gleichgesetzt. Wird keine Obergrenze vereinbart, so gilt, dass die Vergütungspflicht und die Dienstleistungspflicht entfallen. Der Auftragnehmer könnte ein Weiterarbeiten von der Bewilligung weiterer Honorare abhängig machen. Aufgrund der Klausel müsste der Auftragnehmer jedoch weitere Leistungen und Personentage erbringen, ohne dass ihm diese vergütet werden. Die Klausel bedeutet für den Auftraggeber ohne Zweifel aber einen großen Vorteil, da er das Kalkulationsrisiko nun völlig auf den Auftragnehmer abwälzen kann. Arbeitet der Auftragnehmer weniger als kalkuliert, erhält er lediglich das Honorar für die erbrachten Leistungen. Arbeitet er mehr und erreicht die Obergrenze, dann hat er ohne Honorar weiterzuarbeiten.

Bei einem Werkvertrag steht fest, was die vollständige Erbringung der Leistung ist, nämlich das abnahmefähige Werk. Es stellt sich die Frage, was bei einem Dienstvertrag, bei dem kein Erfolg geschuldet wird, also kein Werk zu erstellen ist, die vollständige Erbringung der Leistung sein könnte. Denkbar ist eine solche Regelung aber in Fällen, in denen die Erbringung der Dienstleistung bis zu einem noch nicht terminlich feststehenden Ereignis vereinbart wird, wie zum Beispiel Unterstützung des Projektleiters bis zur Endabnahme eines Systems, oder Rechtsanwaltsberatung bis zur Vertragsunterzeichnung. Eine Vergütung mit Obergrenze würde dann den Anspruch begründen, die Beratung auch dann fortzusetzen, wenn sich der Beendigungstermin anders als geplant verzögert.

Ist eine Vergütung nach Aufwand vereinbart, sind stets auch Regelungen zu Reisekosten, Reisezeiten und Nebenkosten zu treffen. Für den Auftraggeber ist es oft sinnvoll diese Kosten entweder auszuschließen oder pro Personentag zu pauschalieren.

1.2 Pauschalpreisvereinbarung

Bei der Pauschalpreisvereinbarung handelt es sich um einen festgelegten Betrag, mit dem alle vertraglichen Leistungen abgegolten sind. Das Risiko einer Massenänderung trägt in diesem Fall grundsätzlich der Auftragnehmer, wobei die Rechtsprechung bei wesentlichen Änderungen eine Preisanpassung des Pauschalpreises vorsieht. Wesentlich ist eine Leistungsänderung dann, wenn sie mehr als 20% des veranschlagten Aufwandes beträgt. Gerade in großen Projektverträgen sind derartige Mehrungen vor allem im Bereich des Zeitaufwandes nicht vollkommen ungewöhnlich.

1.3 Festpreis

Für den Auftraggeber am sichersten ist eine Festpreisvereinbarung, die ausdrücklich keine Vergütungsänderung zulässt. Die Rechtsprechung geht hier teilweise so weit, derartige Festpreisvereinbarungen als selbstständige Garantieverprechen auszulegen. Im Falle einer Festpreisvereinbarung sind jedenfalls Nachforderungen des Auftragnehmers grundsätzlich ausgeschlossen. Die einzige Möglichkeit einer Preisanpassung stellt hier der unverschuldete Wegfall der Geschäftsgrundlage gem. § 313 BGB dar. Die Anforderungen an einen solchen Wegfall der Geschäftsgrundlage übersteigen in jedem Fall aber nicht nur die klassischen Ursachen der Fehlkalkulation bzw. normalen Kostensteigerung, sondern auch das Risiko einer Leistungsmehrung oder -minderung weit jenseits der genannten 20%-Grenze. Die Vereinbarung eines Festpreises kommt dann in Betracht, wenn der Aufwand für die Dienstleistungen von vornherein sicher kalkuliert werden kann. Es ist auch zu bedenken, dass sich notwendige Absicherungen des Auftragnehmers gegen ungenaue Aufwandsschätzungen erhöhend auf die Vergütung auswirken können. Im Streitfall wird letztlich ein Sachverständiger hinzugezogen werden müssen, der das konkrete Vorgehen des Auftragnehmers auf die Vereinbarkeit mit dem Stand der Technik in dem hier fraglichen Bereich überprüft.

2. Fälligkeit

Bei Dienstleistungen ist der Honoraranspruch sofort nach Erbringung der Leistungen fällig. Vertraglich kann aber geregelt werden, dass die Leistung monatlich nachträglich und nur durch Vorlage einer prüfbaren Rechnung, also eines genehmigten Leistungsnachweises, fällig wird. Beim Werkvertrag wird die Vergütung mit der Abnahme des Werkes fällig. Der Auftragnehmer kann aber gemäß § 632a BGB von dem Auftraggeber für in sich abgeschlossene Teile des Werkes Abschlagszahlungen für die erbrachten vertragsmäßigen Leistungen verlangen. Dies gilt auch für Materialien oder Teile des Werkes, die eigens angefertigt oder angeliefert sind. Der Anspruch besteht aber nur, wenn dem Auftraggeber Eigentum an den Teilen des Werkes oder an den übertragenen Materialien oder Sicherheit hierfür geleistet wird.

Autor:

RAin Elisabeth Keller-Stoltenhoff

Rechtsanwältin