

von Rechtsanwältin **Elisabeth Keller-Stoltenhoff**

# Der IT-Dienstvertrag, §§ 611 ff. BGB, als “Freund“ des Auftragnehmers

Der Dienstvertrag ist gerade bei IT-Anbietern, die sehr komplexe und womöglich auch störungsanfällige IT-Leistungen anbieten, ein sehr beliebter Vertrag. Der Grund ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 611 BGB. Danach wird derjenige, welcher Dienste zusagt, lediglich zur Leistung der versprochenen Dienste, der andere Teil zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.

## 1. Gegenstand des Dienstvertrages und dessen Abgrenzung zum Werkvertrag

Der Dienstvertrag ist gerade bei IT-Anbietern, die sehr komplexe und womöglich auch störungsanfällige IT-Leistungen anbieten, ein sehr beliebter Vertrag. Der Grund ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 611 BGB. Danach wird derjenige, welcher Dienste zusagt, lediglich zur Leistung der versprochenen Dienste, der andere Teil zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet. Wesentliches Merkmal des Dienstvertrages ist damit, dass die Erbringung der vereinbarten Dienstleistung im vereinbarten Zeitraum geschuldet wird und nicht ein konkreter Erfolg. Dies bedeutet, dass die Projekt- und Erfolgsverantwortung beim IT-Beschaffer (als Auftraggeber) bleibt. Eine Dienstleistung stellt daher eine bloße Unterstützung des Auftragnehmers bezüglich der Geschäfte des Auftraggebers dar. Ein bestimmter Arbeitserfolg, ein konkretes Ergebnis oder gar ein fassbares Produkt ist nicht geschuldet. Demzufolge behält der Dienstverpflichtete grundsätzlich den Anspruch auf das Entgelt - auch dann, wenn die Leistung nicht so ausfällt, wie der Auftraggeber erhoffte. In diesem Fall ist der Auftraggeber grundsätzlich lediglich auf Kündigungsrechte angewiesen (vgl. §§ 620 ff. BGB) und hat gegebenenfalls Schadensersatzansprüche (§§ 280 ff. BGB).

Dienstleistungen im IT-Bereich treten in vielfältigen Formen auf. Sie reichen von der Unterstützung bei der Planung von Vorhaben bis zur Betreuung eingesetzter Verfahren und der Benutzerunterstützung ("User Help Desk"). Dienstverträge können für Beratungs- und Unterstützungsleistungen jeglicher Art zur Anwendung kommen, beispielsweise dann, wenn bei Vertragsabschluss kein zu erstellendes Werk von vornherein klar definiert werden kann. Die Ergebnisverantwortung verbleibt in diesem Fall beim Auftraggeber. Solche Fälle können sein:

- Externe Unterstützung im Projektmanagement oder Qualitätsmanagement
- Beratung in Methoden der Softwareentwicklung
- Unterstützung bei Abnahmen
- Unterstützung bei der Verfahrensentwicklung oder Organisationsentwicklung und Schulung.

Keine Dienstverträge liegen vor, wenn ein Erfolg geschuldet wird - und nicht lediglich eine Tätigkeit gegen Entgelt. Bei einer auf Erfolg ausgerichteten Tätigkeit liegt regelmäßig ein Werkvertrag nach den

§§ 631 ff. BGB vor, bei dem ein bestimmtes Arbeitsergebnis geschuldet wird. Hierzu gehören sowohl körperliche als auch unkörperliche Arbeitsergebnisse, ferner die Veränderung einer Sache z.B. durch Anpassung (Anpassung von Standardsoftware), Gutachten, auch im Einzelfall Studien. Das Wesen des Werkvertrages liegt also in der Erfolgsbezogenheit der Unternehmerverpflichtung. Selbst wenn diese darin besteht, durch Arbeit oder Dienstleistung einen bestimmten Erfolg herbeizuführen, konzentriert sich das rechtliche Interesse des Bestellers nicht auf den Vorgang der Werkerrichtung an sich oder auf die dabei entfaltete Tätigkeit, sondern auf das Ergebnis dieses Handelns.

Die persönliche Leistung ist häufig das entscheidende Moment der Beauftragung. Dem entspricht es, wenn § 613 BGB vorsieht, dass die Leistung im Zweifel höchstpersönlich zu erbringen ist und nicht übertragen werden kann. Die Zulässigkeit der Ausführung durch Dritte muss sich aus entsprechenden Vereinbarungen ergeben oder den Umständen zu entnehmen sein.

Da ein Arbeitserfolg beim Dienstvertrag nicht geschuldet ist, kennt der Dienstvertrag auch keine Abnahme.

Typische Dienstverträge sind also - vom Arbeitsvertrag abgesehen - beispielsweise der Arztvertrag oder Krankenhausvertrag, der Architektenvertrag (aber auch als Werkvertrag denkbar), der Mandatsvertrag mit einem Rechtsanwalt, Unterrichtsverträge (insbesondere Fernunterricht). Auch das Anbieten einer Software auf Mietbasis (ASP-Lösung) kann über einen Dienstvertrag geregelt sein.

## 2. Regelung zur Qualität der Dienstleistung und Rechte des Auftraggebers bei Schlechtleistung

### 2.1 Festlegung des Qualitätsniveaus

Gerade weil bei einem Dienstvertrag kein fassbares Ergebnis geschuldet wird, sollte der Auftraggeber Wert darauf legen festzulegen, in welcher Qualität die Leistung zu erbringen ist. Das heißt, er muss vereinbaren, wie qualifiziert der Berater sein und die Beratung ausfallen sollte. Der IT-Dienstvertrag orientiert sich hinsichtlich der Qualität der Leistung oft am so genannten Stand der Technik. Die Begriffe "Stand der Technik" etc. enthalten Standards, die teils unterschiedlich betrachtet werden. So sollen die Festlegungen

- "allgemein anerkannte Regeln der Technik" die Mindestsorgfalt,
- der "Stand der Technik" ein unteres Sicherheitsniveau,
- der "aktuelle Stand der Technik" ein mittleres Sicherheitsniveau,
- der "Stand von Wissenschaft und Technik" die nach letzter wissenschaftlicher Erkenntnis gebotenen (höchsten) Anforderungen

beschreiben.

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.

## 2.2 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. 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 Auftraggeber bei Schlechtleistung den Dienstvertrag gem. § 626 BGB kündigen.

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 sonstigem Schaden auslösenden Ereignis.

Sonstige Schadensersatzansprüche verjähren ohne Rücksicht auf die Kenntnis usw. in zehn Jahren von ihrer Entstehung an, ohne Rücksicht auf Entstehung und Kenntnis usw. 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 dreijährige 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 Punkt Verjährung günstiger für den Auftraggeber als das Werkvertragsrecht mit seiner in der Regel zweijährigen Verjährungsfrist, die mit der Abnahme der Leistung beginnt.

## 2.3 Verzug der Leistung

Wie sich aus § 614 BGB ergibt, ist der Dienstverpflichtete vorleistungspflichtig.

Erbringt der Verpflichtete die Dienstleistung nicht rechtzeitig, entfällt sein Vergütungsanspruch gem. § 326 Abs. 1 S. 1 BGB, wenn es sich um eine absolute (d. h. nicht nachholbare) Fixschuld handelte.

Ansonsten kann der Auftraggeber dem Dienstleistenden eine Frist zur pünktlichen Leistungserbringung setzen und nach Ablauf der Frist den Vertrag kündigen. Der Auftraggeber ist darüber hinaus berechtigt, Schadensersatz statt der Leistung zu verlangen, wenn der Dienstleistende die Verspätung zu vertreten hat.

Hiervon bestehen zwei Ausnahmen: Nach § 615 BGB bleibt der Vergütungsanspruch erhalten, wenn der Dienstberechtigte sich in Annahmeverzug (§§ 293 ff. BGB) befand. Der Lohnanspruch bleibt außerdem erhalten, wenn der Dienstverpflichtete vorübergehend verhindert war (§ 616 BGB).

## 3. Zusammenarbeit der Vertragspartner, Abgrenzung Dienstvertrag, Scheinselbstständigkeit, Arbeitnehmerüberlassung

Das Dienstleistungsrecht hat aber neben vielen Vorteilen auch Nachteile, die gem. § 611 ff des BGB grundsätzlich auch für Arbeitnehmerbeschäftigungsverhältnisse gelten. Wird ein Dienstvertrag mit einer natürlichen Person abgeschlossen, dann stellt sich daher gleich die Frage, ob die Grenze zur Scheinselbstständigkeit überschritten wird. Wird der Dienstvertrag aber mit einer juristischen Person, also einem Unternehmen abgeschlossen, kann möglicher Weise eine unzulässige Arbeitnehmerüberlassung vorliegen. Der Auftraggeber gerät bei längerer Beschäftigung stets desselben Dienstleistenden also schnell in die Gefahr, entweder einen Scheinselbstständigen zu beschäftigen, oder an einer ungenehmigten Arbeitnehmerüberlassung beteiligt zu sein. Da diese Problematik gerade im IT-Bereich sehr häufig besteht, sollen im Folgenden die Kriterien für das Vorliegen von Scheinselbstständigkeit und Arbeitnehmerüberlassung und deren Abgrenzung dargestellt werden.

### 3.1 Scheinselbstständigkeit

Die Frage, ob es sich bei dem Auftragnehmer um einen selbständigen Unternehmer, nicht also um einen Scheinselbstständigen handelt, wird nicht durch Regelungen im Vertrag, sondern aufgrund objektiver Kriterien festgestellt. Die Beweislast trägt dabei die Deutsche Rentenversicherung, deren Prüfer die Scheinselbstständigkeit nachweisen müssen. Bei Personen, die einen Existenzgründungszuschuss nach § 421l SGB III beantragt haben, wird während ihrer (maximal dreijährigen) Förderung die Selbstständigkeit widerlegbar vermutet. Nach der alten Regelung (bis 1. Januar 2003) konnten die Prüfer (bei mangelnder Mitwirkung seitens des zu Beurteilenden) auch dann eine Scheinselbstständigkeit vermuten, wenn drei von fünf im Gesetz aufgeführten Kriterien erfüllt waren. Diese Vermutungsregelung besteht nicht mehr. Die Prüfer müssen nun auch bei mangelnder Mitwirkung nachweisen, dass es sich um eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung und nicht um eine selbstständige Tätigkeit

handelt.

Zur Klärung des Status können die Beteiligten (Unternehmer/Auftraggeber und zu beurteilender Auftragnehmer) ein Statusfeststellungsverfahren gemäß § 7a I SGB IV beantragen, sofern die Deutsche Rentenversicherung nicht schon von sich aus eine Prüfung eingeleitet hat.

### 3.1.1 Definitionen

Im Bereich der Scheinselbstständigkeit gibt es folgende Definitionen:

**Scheinselbstständige:** Scheinselbstständigkeit liegt dann vor, wenn ein Erwerbstätiger formal als Selbstständiger auftritt, tatsächlich aber eine abhängig beschäftigte Person ist. Die Grenze zwischen tatsächlich Selbstständigen und Scheinselbstständigen ist fließend, eine Abgrenzung ist deshalb im Einzelfall oft schwierig.

**Arbeitnehmerähnliche Selbstständige:** Ein Selbstständiger, der nicht scheinselbstständig ist, ist dann arbeitnehmerähnlich, wenn er keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer (mit Arbeitsentgelt über 400 Euro) beschäftigt und vorwiegend für einen Auftraggeber tätig ist (vgl. § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI ; Faustregel: über 5/6 des Umsatzes kommen von diesem Auftraggeber). Arbeitnehmerähnliche Selbstständige sind entgegen der früheren Regelung versicherungspflichtig! Unter Bestimmten Umständen können sich arbeitnehmerähnliche Selbstständige jedoch von der Versicherungspflicht befreien lassen (s.u.).

### 3.1.2 Beurteilung der Scheinselbstständigkeit

Die fünf von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien und die daran geknüpfte Vermutungswirkung sind zwar durch die Neuregelung entfallen, spielen jedoch zur Beurteilung der Scheinselbstständigkeit nach wie vor eine Rolle.

Als Scheinselbstständiger kann demnach gelten:

- Wer auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig ist. Die Spitzenverbände der Sozialversicherungsträger haben sich hierbei zur näheren Eingrenzung des Wesentlichkeitserfordernisses auf 16,6 % geeinigt. Das bedeutet, dass auf einen längeren, d.h. u. U. sich über mehrere Jahre erstreckenden Zeitraum neben einem Hauptauftraggeber mindestens 16,6 % an Umsatz mit anderen von ihm wirtschaftlich unabhängigen Auftraggebern erzielt werden müssen.
- Wer keine eigenen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigt. Geringfügig Beschäftigte zählen ausdrücklich nicht hierzu.
- Wer als Auftragnehmer Tätigkeiten ausführt, für die der Auftraggeber anderweitig Arbeitnehmer beschäftigt.
- Wer als Auftragnehmer eine Tätigkeit ausübt, die er vorher als Arbeitnehmer für den Auftraggeber erledigt hat.
- Wer mit seinem Angebot am Markt nicht unternehmerisch auftritt.

### 3.1.3 Der Arbeitnehmerähnliche Selbstständige

Der arbeitnehmerähnliche Selbstständige muss seine Tätigkeit selbst beim Rentenversicherungsträger anmelden. Er hat auch die Rentenversicherungsbeiträge in voller Höhe selbst zu tragen.

Arbeitnehmerähnliche Selbstständige können sich aber auch von der Versicherungspflicht in der Rentenversicherung befreien lassen. Das Gesetz bietet hierzu drei verschiedene Möglichkeiten:

- Befristete Befreiung für Existenzgründer
- Dauerhafte Befreiung für ruhestandsnahe Selbstständige

Dauerhafte Befreiung, wenn die selbstständige Tätigkeit vor dem 01.01.1999 aufgenommen wurde (Übergangsregelung)

### 3.1.4 Konsequenzen der Scheinselbstständigkeit

Wer scheinselbstständig ist, ist als Arbeitnehmer oder als arbeitnehmerähnliche Person anzusehen.

Stellt die Deutsche Rentenversicherung eine abhängige Beschäftigung fest, so gibt es drei Möglichkeiten:

- Auftraggeber und -nehmer können die Vertragsbedingungen ändern, so dass eine saubere selbstständige Tätigkeit entsteht. Das darf aber nie nur zum Schein geschehen - sonst kann eine Nachfrage der Deutschen Rentenversicherung äußerst unangenehm werden.
- Beide akzeptieren die Entscheidung. Dann ist der Auftragnehmer pflichtversichert in der gesetzlichen Kranken-, Renten-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung. Der Auftraggeber muss ihn dort anmelden, von seiner Vergütung die Hälfte der Versicherungsbeiträge einbehalten und die andere Hälfte als Arbeitgeberanteil drauflegen. Steuer- und arbeitsrechtlich kann der Free-Lancer jedoch selbstständig bleiben (solange das Finanzamt nichts dagegen hat).
- Oder beide einigen sich auf ein ganz normales Arbeitsverhältnis. Das ist die sauberste und unkomplizierteste Lösung. In vielen Fällen sind die Auftraggeber dazu durchaus bereit – wenn es um einen begrenzten Job geht, kann man ja eine Teilzeitarbeit vereinbaren oder den Arbeitsvertrag befristen.

Kommt kein normales Arbeitsverhältnis zu Stande, so kann der Free-Lancer eventuell beim Arbeitsgericht auf Festanstellung klagen. Dann wäre er – sofern er gewinnt – ganz normaler Arbeitnehmer mit allen Rechten einschließlich Kündigungsschutz und Tarifbezahlung. Das Arbeitsgericht entscheidet allerdings auf Grund anderer Kriterien als die Deutsche Rentenversicherung. Hat der Auftraggeber spätestens einen Monat nach Vertragsbeginn eine Statusanfrage bei der Deutschen Rentenversicherung gestellt, so gilt die Versicherungspflicht erst von dem Tag an, an dem die Deutsche Rentenversicherung die Versicherungspflicht festgestellt hat. Stellt er eine solche Frage allerdings nicht und stellt die Deutsche Rentenversicherung bei einer Betriebsprüfung nach Ablauf der Monatsfrist ein Beschäftigungsverhältnis feststellt, so gilt die Versicherungspflicht auch rückwirkend. Falls der Free-Lancer in dieser Zeit nicht anderweitig versichert war und auch nicht auf die Rückwirkung verzichtet, kann das für den Arbeitgeber und den Scheinselbstständigen fatale Konsequenzen haben. Es

sind sämtliche Sozialversicherungsbeiträge zu entrichten (§ 28e Abs. 1 SGB IV). Nach § 25 Abs. 1 Satz 1 SGB IV beträgt die Verjährungsfrist vier Jahre und bei vorsätzlicher Nichtabführung dreißig Jahre. Zudem ist die nicht abgeführte Lohnsteuer zu zahlen (§ 42d Abs. 3 S. 1 EStG). Hat der Arbeitnehmer seine Rechnungen mit Mehrwertsteuer gestellt, geschah dies zu Unrecht. Es ist daher auch im Falle des Mehrwertsteuerabzuges die abgezogene Mehrwertsteuer zurückzuerstatten.

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat jedoch entschieden, dass es rechtsmissbräuchlich sein kann, wenn sich der Arbeitnehmer auf ein Arbeitsverhältnis beruft.

Wer durch seine Erklärungen oder sein Verhalten bewusst oder unbewusst eine Sach- oder Rechtslage geschaffen hat, auf die sich der andere Teil verlassen durfte oder verlassen hat, darf dieses Vertrauen nicht enttäuschen. Das Verbot des Selbstwiderspruchs hindert auch Vertragsparteien daran, sich auf die Unwirksamkeit eines Vertrages zu berufen, den sie lange Zeit als rechtswirksam angesehen haben.

Insofern nennt das BAG folgende Kriterien:

- Der Mitarbeiter arbeitet als „freier Mitarbeiter“ auf seine Initiative.
- Die Parteien hielten den Vertrag über einen längeren Zeitraum für wirksam.
- Der Arbeitnehmer hatte hierdurch erhebliche Vorteile.
- Der Arbeitgeber vertraute darauf, dass der Arbeitnehmer sich nicht auf die Unwirksamkeit des Freien-Mitarbeiter-Vertrages und seinen Unternehmerstatus berufen werde.

### 3.1.5 Vermeidung der Scheinselbstständigkeit

Es ist unbedingt darauf zu achten, dass die Dienstleistung des Auftragnehmers selbstständig, trotz der nicht zu vermeidenden Einbindung z.B. als Berater in einem Projekt, erbracht wird.

Vor allem muss darauf geachtet werden, dass der Dienstverpflichtete in keiner Weise wie ein Arbeitnehmer behandelt wird, sondern getrennt von diesem als "Gast" einzustufen ist, keine unmittelbaren Weisungen, insbesondere außerhalb des Projekts und Auftrags erhält etc.. Vor allem sollte man darauf achten, dass keine soziale Abhängigkeit vom Auftraggeber gegeben ist, sondern der Auftragnehmer auch noch für andere Auftraggeber in nicht unerheblichem Umfang tätig wird. Um Scheinselbstständigkeit auszuschließen, sollten daher folgende Fragen in der Regel mit „Nein“ beantwortet werden können.

Ist der Betroffene

- weisungsgebunden?
- in den Betrieb des Arbeitgebers eingebunden? Hinweise für eine solche Einbindung sind z.B., wenn der Betroffene
  - an feste Arbeitszeiten gebunden ist
  - in Dienstpläne eingeteilt ist
  - zur Teilnahme an internen Besprechungen verpflichtet ist
  - im Firmentelefonverzeichnis mit einer eigenen Nummer aufgeführt ist
- Arbeitet der Betroffene in den Räumen des Auftraggebers?
- Hat er dort einen festen Arbeitsplatz ?
- Bekommt er das Arbeitsgerät vom Auftraggeber gestellt ?

- Kann er Aufträge nicht ohne weiteres ablehnen?

## 3.2 Arbeitnehmerüberlassung (Siehe Leitfaden)

Ein weiteres mögliches Problem bei der Zusammenarbeit der Vertragspartner in einem Dauerschuldverhältnis ist die Frage, ab wann in Fällen der langfristigen Abordnung eines Auftragnehmermitarbeiters zum Beispiel zur Unterstützung in einem Projekt oder in Fällen des so genannten Body-Leasings von Arbeitnehmerüberlassung auszugehen ist.

Eine Arbeitnehmerüberlassung liegt vor, wenn ein Arbeitnehmer von seinem Arbeitgeber an einen Dritten vorübergehend oder dauernd „ausgeliehen“ wird. Hierbei ist zwischen einem echten und einem unechten Leiharbeitsverhältnis (einem Dienst- oder Werkleistungsvertrag) zu unterscheiden. Hat der Arbeitgeber keine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung, liegt ein Verstoß gem. § 1 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) vor. Dieser Verstoß führt zu erheblichen Bußgeldern und ermöglicht der Verfolgungsbehörde (Arbeitsamt/Landesarbeitsamt) den mit dem Einsatz des freien Mitarbeiters erzielten Gewinn abzuschöpfen. Dabei ist die Gewinnabschöpfung nach oben nicht begrenzt.

Zudem gestattet die Rechtsprechung recht grobschlächtige Schätzmethoden für die Gewinnabschöpfung, z.B. 1 Euro pro Mann und Stunde ohne jeglichen Nachweis.

Der Unterschied zwischen Arbeitnehmerüberlassung und einer Dienst- oder Werkleistung, die von einem Auftragnehmer im Rahmen eines Werk- oder Dienstvertrages erbracht wird, ist oft nicht einfach zu finden.

Die Gerichte prüfen im Einzelfall, wie das Verhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer zu qualifizieren ist, wobei es nicht auf die Bezeichnung ankommt, sondern eine wertende Gesamtbetrachtung erforderlich ist, die auf den tatsächlichen Geschäftsinhalt abstellt. Soweit ein Werkvertrag vorliegt und dieser tatsächlich auch so gelebt wird, ist die Unterscheidung einfach. Anders verhält es sich bei einem Dienstvertrag. Der Geschäftsinhalt kann sich sowohl aus den ausdrücklichen Vereinbarungen der Vertragsparteien als auch aus der praktischen Durchführung des Vertrages ergeben.

Widersprechen sich Beide, so ist die tatsächliche Durchführung des Vertrages maßgeblich, sofern die auf Seiten der Vertragsparteien zum Vertragsabschluss berechtigten Personen die abweichende Vertragspraxis kannten und zumindest geduldet haben. Denn aus der praktischen Handhabung der Vertragsbeziehungen lassen sich am ehesten Rückschlüsse darauf ziehen, was die Vertragsparteien wirklich gewollt haben. Danach kommt es also entscheidend darauf an, ob entweder schon der schriftliche Vertrag oder der tatsächlich auch mit Wissen und Wollen der Abschlussbefugten gehandhabte Geschäftsinhalt eine geschäftsmäßige Arbeitnehmerüberlassung darstellt oder nicht. Ein ausdrücklich als solcher abgeschlossener Werk- oder Dienstvertrag genügt daher nicht, wenn der tatsächliche Geschäftsinhalt dann nachher anders gehandhabt wird und dies auch so gewollt war. Bei Werkverträgen gibt es hier keine großen Abgrenzungskriterien, da, wenn tatsächlich ein spezifizierbares Werk geschuldet wird, nicht von Arbeitnehmerüberlassung ausgegangen werden kann. Bei Dienstverträgen kommt es auf folgende Kriterien an:

- Wird der "geleaste" Arbeitnehmer in den Betrieb eingegliedert?
- Untersteht er dem Weisungsrecht des Auftraggebers? Hierbei muss abgegrenzt werden zwischen personen- und verhaltensbedingten oder fachlichen und technischen Weisungen (letztere sind unproblematischer).
- Wird der "geleaste" Arbeitnehmer ausschließlich im Rahmen seiner Leistungspflichten für seinen Arbeitgeber tätig, die dieser wiederum gegenüber dem fremden Auftraggeber eingegangen ist, ändert auch die Entgegennahme der fachlichen und technischen Weisung und sogar deren vertragliche Regelung nichts daran, dass es sich hier nicht um Arbeitnehmerüberlassung handelt.
- Setzt der Auftraggeber aber den "geleasten" Arbeitnehmer nach seinen eigenen betrieblichen Erfordernissen in seinem Betrieb nach seinen Weisungen ein, liegt auf jeden Fall Arbeitnehmerüberlassung vor.

## 4. Rechte an den Dienstleistungsergebnissen

Beim Dienstvertrag wird, wie oben aufgeführt, kein konkretes Arbeitsergebnis geschuldet. Dennoch, und das wird leider oft vergessen, ist es aber durchaus sinnvoll, Regelungen über Art und Umfang der Nutzungsrechte an den Dienstleistungsergebnissen in den Vertrag aufzunehmen. Urheberrechte an Dienstleistungen können z.B. an Schulungsunterlagen, Softwareprogrammteilen, Folien, Konzepten, Berichten, Präsentationen u.ä. für den Auftraggeber entstehen.

### 4.1 Umfang der Verwertungsrechte

Der Dienstleistende als Urheber hat folgende Verwertungsrechte an diesen Werken:

- Das Recht, zur dauerhaften und vorübergehenden Nutzung;
- Das Recht zur Änderung, Bearbeitung und Vervielfältigung;
- Das Recht zu jeder Form der Verbreitung des Originals oder von Vervielfältigungsstücken, einschließlich der Vermietung.

### 4.2 Arten der Nutzungsrechte

Der Auftragnehmer kann diese Verwertungsrechte ganz oder teilweise auf den Auftraggeber übertragen. Die eingeräumten Nutzungsrechte werden in einfache, ausschließliche und alleinige Nutzungsrechte aufgeteilt. Ebenfalls können Sie zeitlich und räumlich befristet werden.

### 4.2.1 Einfaches Nutzungsrecht

Die Einräumung des einfachen Nutzungsrechtes bedeutet lediglich, dass der Nutzungsnahmer berechtigt ist, das entsprechende Werk zu vervielfältigen, zu verbreiten usw., ohne jedoch den Urheber oder andere Nutzungsberechtigte ausschließen zu können.

### 4.2.2 Ausschließliches Nutzungsrecht

Das ausschließliche oder auch exklusive Nutzungsrecht bedeutet, dass der Lizenznehmer oder Nutzungsberechtigte das Recht zur Nutzung ausschließlich erhält, d.h., dass neben ihm keine dritte Person berechtigt ist, das Werk zu nutzen. Auch der Urheber wird ausgeschlossen.

### 4.2.3 Zeitliche Begrenzung

Nutzungsrechte können zeitlich auf einen bestimmten Zeitraum, konkret z.B. auf fünf Jahre, oder abstrakt auf die Dauer des Schutzrechts begrenzt werden. Sie sind dann nur außerordentlich kündbar.

Zeitlich unbefristete Nutzungsverträge können jederzeit mit einem ein- bis sechsmonatigen Kündigungsrecht ohne Angabe von Gründen gekündigt werden. Ob eine ein- oder sechsmonatige Kündigungsfrist einzuräumen ist, hängt von dem Inhalt des Vertrages ab. Muss man davon ausgehen, dass der Nutzungsberechtigte sich wirtschaftlich auf die Nutzung einstellt, wird man eine längere Kündigungsfrist einräumen müssen als wenn dies nicht der Fall ist.

### 4.2.4 Räumliche Begrenzung

Nutzungsrechte können räumlich territorial begrenzt werden, etwa Bundesland XY oder national oder aber deutschsprachiger Raum usw. Darüber hinaus ist auch die weltweite Einräumung, d.h. räumlich unbegrenzte Einräumung von Nutzungsrechten möglich.

## 4.3 Vertragliche Einräumung von Nutzungsrechten

Falls keine vertraglichen Vereinbarungen getroffen werden, richtet sich der Umfang der Rechtseinräumungen nach dem mit dem Dienstvertrag verfolgten Zweck (so genannte Zweckübertragungstheorie). Demgemäß ist im Zweifel anzunehmen, dass der Urheber ein Nutzungsrecht nur in demjenigen Umfang einräumen will, den der Vertragszweck unbedingt erfordert. Jede Einräumung ist so eng wie möglich auszulegen; dies bedeutet, dass als Vertragszweck nur solche Nutzungen gelten, von denen die Parteien bei Abschluss des Vertrages mit Sicherheit ausgegangen sind. Anzuknüpfen ist daher an die naheliegendste Verwertungsform, und zwar auch dann, wenn sich der Geschäftsbetrieb des Verwerters offensichtlich auch auf andere Verwertungsbereiche erstreckt.

Ist nichts anderes vereinbart, wird der Auftraggeber also in der Regel ein einfaches, nicht übertragbares, unkündbares Nutzungsrecht erhalten. Dies wird dem Auftraggeber aber nicht immer genügen, wenn z.B. besondere Beratungsleistungen oder Programmierleistungen erbracht werden, die in ein Projekt einfließen. In einem solchen Fall will sich der Auftraggeber häufig nicht mit dem nicht

ausschließlichen, nicht dauerhaften, also befristeten, unwiderruflichen und nicht übertragbaren Recht zufrieden geben, sondern sich ein ausschließliches, übertragbares, unbefristetes und unwiderrufliches Nutzungsrecht sichern. Er muss daher daran denken, auch in einem Dienstvertrag Regelungen über Art und Umfang der Nutzungsrechte an den Dienstleistungsergebnissen zu treffen.

Bei Schulungsunterlagen und Hilfsmitteln hingegen wird der Auftragnehmer größten Wert darauf legen, dass er das Nutzungsrecht an seinen Schulungsunterlagen behält und berechtigt bleibt, sie für weitere Seminare zu verwenden. Das gilt vor allem dann, wenn diese Unterlagen in besonderer Weise und mit viel Aufwand erstellt worden sind und auch bei anderen Auftraggebern eingesetzt werden können.

## 5. Mitwirkungsleistungen des Auftraggebers

Ein Dienstvertrag kann häufig nur vertragsgemäß erbracht werden, wenn der Auftraggeber seinen Teil dazu beiträgt. Diese Leistungen des Auftraggebers werden Mitwirkungsleistungen genannt.

Verletzung von Mitwirkungspflichten gehören zu den wesentlichen Störungen bei Dauerschuldverhältnissen. Die Verletzung der Mitwirkungspflichten ist eine Verletzung einer Nebenleistungspflicht. Sie kann bei schuldhafter Verletzung zur Kündigung durch den Auftragnehmer führen und im Übrigen Schadensersatzansprüche des Auftragnehmers gemäß §§ 280 ff. BGB zur Folge haben. Auch kann der Auftraggeber im Falle der Verletzung von Mitwirkungspflichten seinen Anspruch auf Kündigung und Schadensersatz bei Leistungsstörungen verlieren. Der Auftraggeber sollte also darauf achten, dass er seinen Beitrag nicht als vertragliche Hauptpflicht sondern lediglich als Obliegenheit vereinbart. Es sollte dennoch das zentrale und eigene Interesse des Auftraggebers sein, seine Beteiligung klar und vollständig zu bezeichnen. Er sollte sicher sein, sie auch erbringen zu können. Die geforderten Leistungen des Auftraggebers sind vergütungsbestimmend; das heißt, sie sind auch bei der Bewertung des Angebotes zu berücksichtigen.

## 6. Vergütung der Dienstleistungen

In der Regel wird im Dienstvertrag eine konkrete Vergütung vereinbart (§ 611 Abs. 1 BGB). Fehlt eine solche Abrede füllt § 612 BGB die Lücke: Nach Abs. 1 wird eine Vergütung geschuldet, wenn dies nach den Umständen zu erwarten war, nach Abs. 2 gilt bei Fehlen einer Vereinbarung über die Vergütungshöhe die taxmäßige oder übliche Vergütung als vereinbart.

Fällig wird die Vergütung nach Leistung der Dienste oder nach Ablauf der vereinbarten Zeitabschnitte (§ 614 BGB).

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.

Bei einer **Vergütung nach Aufwand** werden in aller Regel - ähnlich wie in der Bauwirtschaft - nur so genannte Einheitspreise vereinbart, die für Material- und Zeitaufwand jeweils den Preis pro Einheit, also z.B. Preis pro Mann/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 sollte anhand von Leistungsnachweisen erfolgen, die den geleisteten Aufwand dokumentieren.

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.

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 vorneherein sicher kalkuliert werden kann. Ist eine derartige Kalkulation nicht möglich, bietet sich eine Vergütung nach Aufwand an, wenn dem Auftragnehmer kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet werden soll. Es ist auch zu bedenken, dass sich notwendige Absicherungen des Auftragnehmers gegen ungenaue Aufwandsschätzungen erhöhend auf die Vergütung auswirken können.

## 7. Laufzeit des Dienstvertrages

Mit dem Ende des Dienstverhältnisses erlöschen für die Zukunft die Ansprüche auf Vertragserfüllung. Das Vertragsende begründet eine anspruchsvernichtende Einwendung, die derjenige beweisen muss, der sich vom Vertrag lösen will.

Das Dienstverhältnis kann auf die folgenden Weisen beendet werden:

- Das befristete Dienstverhältnis endet mit Ablauf des vereinbarten Zeitraums (§ 620 Abs. 1 BGB). Das unbefristete oder nicht bis zu einer bestimmten Zweckerreichung geschlossene Dienstverhältnis kann von beiden Seiten ordentlich gekündigt werden (§§ 620 Abs. 2, 621 BGB). Die Kündigungsfristen ergeben sich aus § 621 BGB und § 624 BGB.

- Bei Vorliegen eines wichtigen Grundes kann fristlos gekündigt werden (§ 626 BGB). Im Fall der Leistung von Diensten "höherer Art" aufgrund einer besonderen Vertrauensstellung kann fristlos gekündigt werden, ohne dass ein wichtiger Grund vorliegt (§ 627 BGB). Folge der Kündigung ist ein Anspruch auf Teilvergütung (§ 628 Abs. 1 BGB) oder, wenn ein Teil durch vertragswidriges Verhalten des anderen zur Kündigung veranlasst worden ist, auf Schadensersatz (§ 628 Abs. 2 BGB). Zu beachten ist auch, dass eine unberechtigte und unwirksame Kündigung als Vertragsverletzung zum Schadensersatz gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB verpflichtet.
- Beide Seiten können einen einvernehmlichen Aufhebungsvertrag schließen.

(Auszüge des Textes wurden auch veröffentlicht im IT-Rechts-Lexikon 2010)

Autor:

**RAin Elisabeth Keller-Stoltenhoff**

Rechtsanwältin