

von Rechtsanwältin **Elisabeth Keller-Stoltenhoff**

Vertragsgestaltung mit einem freien Mitarbeiter

Verträge mit „freien Mitarbeitern“ werden oft sehr stiefmütterlich behandelt. Der IT-Recht-Kanzlei sind Fälle bekannt, in denen freie Mitarbeiter tatsächlich jahrelang eine Software für ihren Auftraggeber erstellen, ohne dass ihr Verhältnis auf solide vertragliche Grundlage gestellt wurde. Trennen sich die Parteien, dann stellt sich plötzlich die Frage hinsichtlich Kündigungsfristen, Urlaubsansprüchen, Nutzungsrechten an den Arbeitsergebnissen und Scheinselbständigkeit. Die Antworten auf diese Fragen bergen für beide Parteien oft unangenehme Überraschungen.

Der folgende Beitrag will die wichtigsten Regelungen in einem Vertrag mit einem freien Mitarbeiter skizzieren.

1. Abgrenzung des freien Mitarbeiters zum Scheinselbständigen und arbeitnehmerähnlichen Selbständigen

Bevor ein Vertrag über freie Mitarbeit geschlossen wird, muss feststehen, dass dieser tatsächlich ein „freier“ Mitarbeiter, also Selbständiger und kein Arbeitnehmer ist. Wesentlich ist daher zunächst die Abgrenzung zwischen einem Arbeitsverhältnis und einem freien Mitarbeiterverhältnis bevor auf die inhaltliche Gestaltung des Vertrages einzugehen ist. Aufgrund der meist gegebenen inhaltlichen Nähe zu einem Arbeitsverhältnis, sind Verträge mit freien Mitarbeitern immer problematisch. Es lässt sich nämlich nur selten bestimmen, ob tatsächlich ein freier Mitarbeitervertrag vorliegt. Dies ist aber notwendig, um Rechte und Pflichten der Parteien rechtswirksam festzulegen.

1.1 Scheinselbständigkeit

Die Frage, ob es sich bei dem Auftragnehmer um einen selbständigen Unternehmer, nicht also um einen Scheinselbständigen handelt, wird nicht durch Regelungen im Vertrag, sondern aufgrund objektiver Kriterien festgestellt. Die Beweislast trägt dabei die Deutsche Rentenversicherung, deren Prüfer die Scheinselbständigkeit nachweisen müssen. Bei Personen, die einen Existenzgründungszuschuss nach § 421l SGB III beantragt haben, wird während ihrer (maximal dreijährigen) Förderung die Selbständigkeit widerlegbar vermutet. Nach der alten Regelung (bis 1. Januar 2003) konnten die Prüfer (bei mangelnder Mitwirkung seitens des zu Beurteilenden) auch dann eine Scheinselbständigkeit vermuten, wenn drei von fünf im Gesetz aufgeführte 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 selbständige 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.

1.1.1 Definitionen

Im Bereich der Scheinselbständigkeit gibt es folgende Definitionen:

Scheinselbständige: Scheinselbständigkeit liegt dann vor, wenn ein Erwerbstätiger formal als Selbständiger auftritt, tatsächlich aber eine persönlich und wirtschaftlich abhängig beschäftigte Person ist. Die Grenze zwischen tatsächlich Selbständigen und Scheinselbständigen ist fließend, eine Abgrenzung ist deshalb im Einzelfall oft schwierig.

Arbeitnehmerähnliche Selbständige: Ein Selbständiger, der nicht scheinselbständig ist, ist dann arbeitnehmerähnlich, wenn er zwar nicht persönlich aber wirtschaftlich von seinem Arbeitgeber anhängig ist. Letzteres ist dann der Fall, wenn der Mitarbeiter

- keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer (mit Arbeitsentgelt über 400 Euro) beschäftigt.
- vorwiegend für einen Auftraggeber tätig ist (vgl. § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI ; Faustregel: über 5/6 des Umsatzes kommen von diesem Auftraggeber).
- mehr als 400 Euro im Monat verdient.
- Arbeitnehmerähnliche Selbständige sind entgegen der früheren Regelung rentenversicherungspflichtig! Unter bestimmten Umständen können sich arbeitnehmerähnliche Selbständige jedoch von der Versicherungspflicht befreien lassen.

1.1.2 Beurteilung der Scheinselbständigkeit

Die der ursprünglichen Fassung des § 7 IV 1 Nr. 4 SGB IV bis 31.12.2002 entsprechenden fünf Kriterien und die daran geknüpfte Vermutungswirkung sind zwar durch die Neuregelung entfallen, spielen jedoch zur Beurteilung der Scheinselbständigkeit nach wie vor eine Rolle

Als Scheinselbständiger 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 muss.
- 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.

1.1.3 Der arbeitnehmerähnliche Selbständige

Der arbeitnehmerähnliche Selbständige ist verpflichtet, seine Tätigkeit selbst beim Rentenversicherungsträger anzumelden und die Rentenversicherungsbeiträge in voller Höhe alleine zu tragen (s. Beiträge für eine Pflichtversicherung). Arbeitnehmerähnliche Selbständige haben auch die Möglichkeit, sich von der Versicherungspflicht in der Rentenversicherung befreien zu lassen. Das Gesetz bietet hierzu drei verschiedene Möglichkeiten:

- Befristete Befreiung für Existenzgründer
- Dauerhafte Befreiung für ruhestandsnahe Selbständige
- Dauerhafte Befreiung, wenn die selbständige Tätigkeit vor dem 01.01.1999 aufgenommen wurde (Übergangsregelung)

2. Gestaltung eines freien Mitarbeitervertrages

2.1 Vertragstypologische Einordnung des Vertrages mit einem freien Mitarbeiter

Steht nun fest, dass tatsächlich ein Vertrag mit einem freien Mitarbeiter geschlossen werden kann und soll, müssen sich die Parteien zunächst Gedanken um die vertragstypologische Einordnung des Vertrages machen. Verträge mit "Freelancern" sind in der Regel entweder Dienst- oder Werkverträge. Diese Vertragstypen regeln insbesondere die Leistungsstörungen unterschiedlich. Es ist für die Vertragsparteien daher nicht uninteressant, wie die vertraglich vereinbarten Leistungen vertragstypologisch einzuordnen sind.

Im Folgenden wird daher ein kurzer Überblick über die einzelnen Vertragstypen, die wesentlichen Abgrenzungskriterien und ihre gesetzlichen Besonderheiten gegeben.

2.2 Abgrenzung Werkvertrag/Dienstvertrag

In der Praxis erweist es sich häufig als schwierig, Dienstverträge von Werkverträgen, abzugrenzen. Die Bezeichnung eines Vertrages als Werk- oder Dienstvertrag ist lediglich ein Anhaltspunkt, 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, sondern sein Regelungsinhalt. Geprüft wird also stets die Idee bzw. der Wille der Parteien hinter dem Vertrag. In einem Streitfall prüft das Gericht daher 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?

2.2.1 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.

2.2.2 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.

2.3 Sonstige rechtlichen Unterschiede zwischen Werk- und Dienstvertrag

Auch in anderer Hinsicht gibt es wesentliche rechtliche Unterschiede zwischen Werk- und Dienstvertrag, insbesondere hinsichtlich der Abnahme, Fälligkeit, Vergütung, Kündigung und Mängelhaftung.

2.3.1 Fälligkeit/Abnahme

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. Die Abnahmeerklärung des Auftraggebers ist eine Pflicht (siehe § 640 Abs. 1 S. 1 BGB). Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abnahme nicht verweigert werden (siehe § 640 Abs. 1 S. 2 BGB). Der Auftragnehmer kann 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 erlangt hat oder Sicherheit hierfür geleistet wird. Bis zur Abnahme trägt der Auftragnehmer die Beweislast dafür, dass das Werk im Wesentlichen mangelfrei ist. Nach der Abnahme hat der Auftraggeber, wenn er Mängelansprüche geltend machen will, zu beweisen, dass das Werk bei der Abnahme einen Mangel aufwies.

Achtung: Nimmt der Auftraggeber ein mangelhaftes Werk ab, obschon er den Mangel kennt, verliert er seine Mängelansprüche, wenn er sie sich nicht ausdrücklich vorbehält.

2.3.1.1 Mängelhaftung beim Werkvertrag

Hat der freie Mitarbeiter ein mangelhaftes Werk erstellt, hat der Auftraggeber nach der Abnahme die gesetzlichen Ansprüche aus § 634 BGB. Er kann

- nach § 635 BGB Nacherfüllung verlangen,
- nach § 637 BGB den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen,
- nach den §§ 636, 323 und 326 Abs. 5 BGB bei wesentlichen Mängeln von dem Vertrag zurücktreten oder nach § 638 BGB die Vergütung mindern,
- und bei Verschulden des Auftraggebers Schadensersatz oder nach § 284 BGB Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen.

(ausführlich hierzu in unserem Beitrag: [Serie \(Teil 5\): Haftung für Pflichtverletzung des Freelancers](#))

Alle oben aufgeführten Mängelansprüche verjähren in der Regel innerhalb von zwei Jahren § 634a Abs. 1 Nr. 3 BGB. Die Verjährung beginnt mit der Abnahme des Werkes (§ 634a Abs. 2 BGB). Der Werkbesteller hat die Möglichkeit, die Verjährung durch Klageerhebung oder durch Einleitung eines selbständigen 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.

2.3.1.2 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 Verschuldens seines freien Mitarbeiters Anspruch auf Ersatz des entstandenen Schadens, es sei denn, der Mitarbeiter 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.

Hinweis: Gemäß § 619a BGB hat in einem Arbeitsverhältnis der Arbeitgeber die Beweislast dafür, dass den Arbeitnehmer ein Verschulden trifft.

Die Ansprüche des Auftraggebers auf Schadensersatz im Dienstvertrag 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).

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. (vgl. im Einzelnen unseren Beitrag: Serie (Teil 5): Haftung für

Pflichtverletzung des Freelancers, <https://www.it-recht-kanzlei.de/haftung-fuer-pflichtverletzung-des-freelancers.html?search=Dienstvertrag>)

2.3.2 Kündigung

2.3.2.1 Kündigung des Werkvertrages

2.3.2.1.1 Kündigung durch den Auftragnehmer

Auch im Werkvertragsrecht kann ein Kündigungsrecht des Auftragnehmers vertraglich vereinbart werden. Gesetzlich ist es lediglich an wenigen Stellen geregelt. So besteht die Möglichkeit zur Kündigung, wenn bei der Herstellung des Werkes eine Handlung des Auftraggebers erforderlich ist und der Auftraggeber diese Handlung unterlässt und damit in Verzug der Annahme kommt (§§ 642, 643 BGB). In diesem Fall kann der Auftragnehmer dem Auftraggeber eine angemessene Frist zur Vornahme dieser Handlung mit der gleichzeitigen ausdrücklichen Erklärung setzen, dass er andernfalls den Vertrag kündigen werde. Wenn die vom Auftragnehmer gesetzte Frist dann ergebnislos verstrichen ist, gilt die Kündigung als erfolgt; eine ausdrückliche Erklärung der Kündigung ist hier nicht mehr erforderlich.

Nach Wirksamwerden der Kündigung hat der Auftragnehmer Anspruch auf Vergütung der von ihm geleisteten Arbeiten sowie der in dieser Vergütung nicht inbegriffenen tatsächlichen Auslagen. Soweit der Auftraggeber die vollständige Leistungserbringung durch den Auftragnehmer darüber hinaus schuldhaft, also zumindest leicht fahrlässig, verhindert hat, steht dem Auftragnehmer weiter ein Schadensersatzanspruch zu. Weiter hat der Auftragnehmer die Möglichkeit, einen Entschädigungsanspruch sowie einen Anspruch auf Ersatz der Mehraufwendungen geltend zu machen, die er für das erfolglose Angebot sowie für die Aufbewahrung und die Erhaltung des Bauwerkes machen musste. Die vorstehenden Ansprüche können grundsätzlich nebeneinander geltend gemacht werden, überschneiden sich jedoch zum Teil in ihrem Abgeltungsumfang.

Daneben gibt es noch die Möglichkeit der Kündigung, wonach der Auftraggeber grundsätzlich zur Leistung einer Sicherheit zur Abdeckung sämtlicher vom Auftragnehmer zu erbringenden und noch nicht bezahlten Vorleistungen verpflichtet ist, sowie das Recht zur außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund (ausführlich in unserem Beitrag: Serie (Teil 7): Laufzeit des Werk- oder Dienstvertrages von Freelancern, <https://www.it-recht-kanzlei.de/laufzeit-werkvertrag-dienstleistungsvertrag-freelancer.html?search=Dienstvertrag>)

2.3.2.1.2 Kündigung des Werkvertrages durch den Auftraggeber

Auch der Auftraggeber hat das oben beschriebene außerordentliche Kündigungsrecht. Dies ist gegeben, wenn der Auftragnehmer den Werkvertrag dauerhaft schlecht erfüllt, so dass ein Festhalten am Vertrag dem Auftraggeber nicht zuzumuten ist. Auch der Insolvenzantrag des Auftragnehmers ist ein Grund zur außerordentlichen Kündigung.

Daneben kann der Auftraggeber den Werkvertrag bis zur Abnahme jederzeit ohne Angabe von Gründen gemäß § 649 BGB kündigen. Dem Auftragnehmer steht in diesem Fall die vereinbarte Vergütung zu. Falls der Auftragnehmer durch die Kündigung Aufwendungen ersparen konnte, muss er sich diese

Ersparnisse auf die Vergütung anrechnen lassen.

Diese ersparten Aufwendungen können sein:

- Personalkosten und Subunternehmerkosten, wenn sie nun entfallen.
- Materialkosten, wenn das Material kurzfristig anderweitig verwendet werden kann.
- Die eigene Arbeitskraft, wenn infolge der Kündigung andere Aufträge erledigt werden können.

Die Beweislast für die Behauptung, dass Aufwendungen erspart wurden, trägt der Auftraggeber.

Tipp: Da dieser Beweis für den Auftraggeber kaum zu führen ist, empfiehlt sich, die Ansprüche des Auftragnehmers für den Fall der Kündigung nach § 649 BGB zu pauschalieren. Es kann zum Beispiel geregelt werden, dass der Auftragnehmer lediglich Anspruch hat auf die bis zum Zeitpunkt der Kündigung erbrachten Leistungen oder nur Anspruch darauf hat, die bis zur Kündigung geleisteten Zahlungen zu behalten.

2.3.2.2 Kündigung des Dienstvertrages

Das Dienstverhältnis kann von beiden Parteien wie folgt 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 den §§ 621 und 624 BGB. Dies sind sehr kurze Kündigungsfristen. Hiernach gelten folgende Fristen:

- wenn die Vergütung nach Tagen bemessen ist, an jedem Tag für den Ablauf des folgenden Tages;
- wenn die Vergütung nach Wochen bemessen ist, spätestens am ersten Werktag einer Woche für den Ablauf des folgenden Sonnabends;
- wenn die Vergütung nach Monaten bemessen ist, spätestens am 15. eines Monats für den Schluss des Kalendermonats;
- wenn die Vergütung nach Vierteljahren oder längeren Zeitabschnitten bemessen ist, unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Wochen für den Schluss eines Kalendervierteljahres
- wenn die Vergütung nicht nach Zeitabschnitten bemessen ist, jederzeit; bei einem die Erwerbstätigkeit des Verpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nehmenden Dienstverhältnis (arbeitnehmerähnlicher Selbständiger) ist jedoch eine Kündigungsfrist von zwei Wochen einzuhalten.
- wenn das Dienstverhältnis für die Lebenszeit einer Person oder für längere Zeit als fünf Jahre eingegangen ist, so kann es von dem Verpflichteten nach dem Ablauf von fünf Jahren gekündigt werden. Die Kündigungsfrist beträgt sechs Monate.
- 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).

Die Folge der Kündigung ist ein Anspruch auf Teilvergütung (§ 628 Abs. 1 BGB) also der Vergütung für die Dienstleistungen, die bis zur Wirksamkeit der Kündigung erbracht wurden. Stützt sich die Kündigung auf eine Pflichtverletzung des Vertragspartners kann der andere Vertragspartner auch Schadensersatz (§ 628 Abs. 2 BGB) verlangen. 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. Die Kündigung bedarf im Gegensatz zum Arbeitsvertrag nicht der Schriftform. Aus Nachweisbarkeitsgründen sollte sie aber in Schrift- oder wenigstens in Textform erfolgen.

2.3.3 Fazit

Die Abnahmeregelung und die verschuldensunabhängigen Mangelansprüche stellen den Auftraggeber in einem Werkvertrag besser als in einem Dienstvertrag. In der Regel wird daher der Auftraggeber auf einen Werkvertrag bestehen, während der Freiberufler den Dienstvertrag bevorzugen wird. 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-Selbständigen tatsächlich Dienstverträge, da ihnen eine ausreichend konkrete Beschreibung der zu erbringenden Leistung fehlt.

2.3.4 Wichtige Regelungen im Vertrag mit einem freien Mitarbeiter

2.3.4.1 Vergütung und Fälligkeit

2.3.4.1.1 Vergütungsart

Im Werkvertrags- und Dienstvertragsrecht gibt es drei grundsätzliche Formen der Vergütungsvereinbarung. (siehe hierzu ausführlich unseren Beitrag: [Serie \(Teil 6\): Vergütungsmodelle bei der Beschäftigung von Freelancern](#).)

Dabei handelt es sich um die

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

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. Ist eine Vergütung nach Aufwand vereinbart, sind stets auch Regelungen zu Reisekosten, Reisezeiten und Nebenkosten zu treffen. Dabei kann sich der Auftraggeber auch auf eine bei ihm bestehende Reisekostenordnung berufen (soweit vorhanden) oder auch darauf verweisen, dass ihm die Aufwendungen im Rahmen der steuerlich anerkannten Pauschalsätze erstattet werden sollen oder die Reisekosten pro Tag mit einem festen Betrag pauschalieren.

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 selbständige Garantieversprechen auszulegen. Im Falle einer Festpreisvereinbarung sind jedenfalls Nachforderungen des Auftragnehmers grundsätzlich ausgeschlossen.

Der freie Mitarbeiter erhält sein Honorar ohne Abzug von Steuern, er muss auch keine Lohnsteuerkarte vorlegen. Aber er muss sein Einkommen selbst dem Finanzamt mitteilen und selbst Einkommensteuer zahlen.

2.3.4.1.2 Fälligkeit

Die Vergütung wird beim Dienstvertrag mit der Leistungserbringung fällig. In der Regel werden die Parteien vereinbaren, wann Rechnungen gestellt werden dürfen und welche Nachweise bei vereinbarter Aufwandsvergütung der Rechnung beigelegt werden sollen. Hier werden in der Regel Leistungsnachweise gefordert.

Die Vergütung aus dem Werkvertrag wird durch die Abnahme fällig, wenn die Parteien keine Abschlagszahlungen vereinbart haben.

2.3.5 Rechte an den Leistungsergebnissen des Freelancers

Unabhängig davon, ob der Vertrag mit dem freien Mitarbeiter nun als Werk- oder als Dienstvertrag zu qualifizieren ist, führen die Leistungen des Freelancers oft zu Ergebnissen, die unter den Schutzbereich des Urheberrechts fallen. Diese können Gutachten sein, Softwareprogramme, schriftliche Beiträge, Fotos, etc. Hier sollte es für beide Parteien entscheidend sein festzulegen, wer die Nutzungsrechte an dem Leistungsergebnis hat, und in welcher Art und in welchem Umfang – der Auftraggeber oder der Freelancer?

Es ist daher sehr sinnvoll, bereits zu Beginn der Zusammenarbeit eine dahingehende vertragliche Regelung zu treffen, um Streit zu verhindern (ausführlich in: [Der IT-Dienstvertrag, §§ 611 ff. BGB, als "Freund" des Auftragnehmers](#)).

Falls keine vertraglichen Vereinbarungen getroffen werden, richtet sich der Umfang der Rechtseinräumungen nach dem mit dem Dienst- oder Werkvertrag 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.

Sind also keine Regelungen über Nutzungsrechte zu Gunsten des Auftraggebers getroffen, führt dies bei Beendigung des Vertrages mit dem freien Mitarbeiter oft zu bösen Überraschungen, da der freie Mitarbeiter sich weigern kann, dem Auftraggeber Bearbeitungsrechte und andere für die Weiterarbeit an den Arbeitsergebnissen erforderlichen Rechte einzuräumen.

2.3.6 Freiberufliche Tätigkeit

Der Vertrag mit einem freien Mitarbeiter sollte stets eine Passage über die Tatsache enthalten, dass ein Vertragspartner ein Selbständiger ist. Entscheidend dabei ist, dass die Vertragspraxis der Papierform entspricht, da eine abweichende Vertragspraxis bei der Abgrenzung zwischen freiberuflicher Tätigkeit und Arbeitsverhältnis Vorrang hat. Der Freelancer sollte auch daran erinnert werden, worauf er sich als freier Mitarbeiter einlässt, und die Abführung der Steuern nicht zu vergessen.

Bei arbeitnehmerähnlichen Mitarbeitern sollte der Vertrag eine Klausel enthalten, die den Mitarbeiter auf seine Rentenversicherungspflicht hinweist. Diese Klausel könnte wie folgt lauten: Der Auftragnehmer wird darauf hingewiesen, dass er nach § 2 Nr. 9 SGB VI der Rentenversicherungspflicht unterliegen kann, wenn er dauerhaft und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig ist und im übrigen keine versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigt, deren Arbeitsentgelt aus diesem Beschäftigungsverhältnis regelmäßig 400 EUR im Monat übersteigt.

2.3.7 Kündigung

Der Vertrag sollte darüber hinaus eine Kündigungs- und Beendigungsklausel haben. (siehe oben unter Ziffer 2.3.2)

2.3.8 Zusammenarbeit

Der Vertrag sollte einen Passus über die Zusammenarbeit der Parteien enthalten. Gemeint ist hier, den freien Mitarbeiter über Zielvorstellung und Zielvorgaben der einzelnen Projekte durch die Firma zu informieren. Darüber hinaus kann auch die Aufforderung zur Erstellung von Statusberichten über den Stand des jeweiligen Projekts sinnvoll sein. Wichtig im Rahmen dieser Berichtspflicht ist, dass die selbständige Tätigkeit gewährleistet ist, da sie eher in Richtung Arbeitsverhältnis geht.

2.3.9 Zeitrahmen

Geregelt werden kann darüber hinaus eine Mindeststundenzahl pro Monat, die der Auftraggeber auch dann zu vergüten hat, wenn er den vollen Zeitrahmen nicht abrufen. Aber auch alternative Vereinbarungen sind möglich, wie

- feste Stundenzahl,
- variable Stundenzahl mit oder ohne Mindestgarantie,
- Gesamtstundenzahl für ein Projekt ohne monatliche Festlegung.

TIPP: Um den Eindruck der Beschäftigung eines Arbeitnehmers zu vermeiden, sollten nur so viele

Arbeitsstunden vereinbart werden, dass der freie Mitarbeiter die Möglichkeit hat, auch für andere Auftraggeber zu arbeiten und sich dementsprechend auf dem Markt anzubieten.

2.3.10 Pflichten des Auftragnehmers

Wichtig ist eine solche Regelung deshalb, da sie dem freien Mitarbeiter verdeutlichen soll, dass er in ständigem Kontakt mit dem Projektverantwortlichen zu bleiben hat, um zu verhindern, dass das Projekt abweichend von der vertraglichen Vereinbarung in eine andere Richtung läuft.

Darüber hinaus sollte an dieser Stelle auch sichergestellt werden, dass der Auftraggeber nach Abschluss des Projekts alle Unterlagen, einschließlich des Quellcodes erhält. Auch eine Verpflichtung des freien Mitarbeiters dahingehend, dass er die Firma informiert, sobald er nur noch bzw. überwiegend für die Firma tätig wird, sollte aufgenommen werden, um zu verhindern, dass der Eindruck entsteht, man beschäftige einen Arbeitnehmer.

2.3.11 Abnahme/Gewährleistung/Rechte Dritter

Handelt es sich bei dem Vertrag um einen Werkvertrag sind Regelungen über die Abnahme und die Mängelansprüche des Auftraggebers unverzichtbar (siehe oben unter Ziffer 2.3.1.1).

2.3.12 Geheimhaltung/Herausgabe von Unterlagen

Eine Geheimhaltungsvereinbarung dient dem Schutz des Auftraggebers. So soll vermieden werden, dass der freie Mitarbeiter geheime Informationen eines Kunden des Auftraggebers, die der Auftraggeber nach besonderer Geheimhaltungsvereinbarung mit dem Kunden erhalten hat, verwendet. Es ist auch davon auszugehen, dass sich ein solches Verhalten des freien Mitarbeiters als wettbewerbswidrig darstellen dürfte.

2.3.13 Wettbewerbsverbot

Es ist möglich, ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot zu vereinbaren, welches wiederum mit einem Freelancer nicht den §§ 74 ff. HGB unterliegt, soweit nicht der freie Mitarbeiter vom Auftraggeber wirtschaftlich abhängig ist (arbeitnehmerähnlicher Selbständiger). Jedoch sollte man sich bei der Verwendung dieser Klausel im Klaren sein, dass diese einer gerichtlichen Überprüfung nicht standhalten könnte, sofern man keine Karenzentschädigung (Orientierung am Mindestsatz des § 74 HGB, also 50% der zuletzt bezogenen vertragsgemäßen Leistung) vorsieht. Sollte das Honorar des Freelancers variieren, kann der Durchschnitt des abgerechneten Honorars der vergangenen drei Monate angesetzt werden. Eine Garantie kann es jedoch nicht geben, dass trotz Karenzentschädigung ein Wettbewerbsverbot der gerichtlichen Überprüfung standhält, denn es darf dabei nicht übersehen werden, dass ein solches Verbot auch einen Eingriff in die grundgesetzlich garantierte Berufsfreiheit (Art. 12 GG) darstellt. Dasselbe gilt entsprechend für eine Vereinbarung, die ein Abwerbverbot für den freien Mitarbeiter vorsieht.

TIPP: Am sinnvollsten ist es, das Wettbewerbsverbot auf das örtliche und zeitliche Mindestmaß zu beschränken.

2.3.14 Haftung

Das Gesetz sieht die unbegrenzte Haftung des freien Mitarbeiters vor. Diese ist der freie Mitarbeiter aber selten gewillt einzugehen, insbesondere, wenn er z.B. an einer Software arbeitet, die in haftungsintensiven Bereichen (industrielle Fertigung, Bankenbereich, Krankenhausbereich) eingesetzt wird. Auch für den Auftraggeber stellt die Regressmöglichkeit auf seinen Mitarbeiter eine Scheinsicherheit dar. In den seltensten Fällen wird er hohe Schadensersatzansprüche gegen diesen faktisch durchsetzen können. Es ist daher sinnvoll, die Haftung gegen den Auftragnehmer zu begrenzen und dafür zu sorgen, dass der freie Mitarbeiter eine angemessene Vermögenshaftpflichtversicherung abschließt. Die Aufrechterhaltung dieser Versicherung sollte überwacht werden.

2.3.15 Zurückbehaltungsrecht

Zuletzt kann noch der Ausschluss eines Zurückbehaltungsrechts vereinbart werden. Dabei sollte man auf eine individuelle Vereinbarung achten, da ein formularmäßiger Ausschluss (AGB) nach § 309 Nr. 2 BGB unwirksam ist.

Mit diesem Ausschluss kann man dem freien Mitarbeiter die Möglichkeit nehmen, durch die Zurückhaltung der Software und anderer Unterlagen, Druck auf den Auftraggeber auszuüben.

2.3.16 Schriftform

Um rechtssicher Änderungen oder Ergänzungen der Vereinbarungen vorzunehmen, empfiehlt sich durch individuelle Vereinbarung im Vertrag eine Schriftformklausel aufzunehmen. Dabei können Abweichungen von der Schriftformklausel auch mündlich vereinbart werden, da sowieso eine längere Vertragspraxis, die von der schriftlichen Vereinbarung abweicht, wirksam ist. Die Beweislast für die Abweichungen trägt derjenige, der sich auf diese beruft. Daneben bleiben die grundsätzlichen Schriftformerfordernisse, wie die Einräumung von urheberrechtlichen Nutzungsrechten und die Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots, unberührt.

Achtung: Eine Schriftformklausel in vorformulierten Vertragsbedingungen, die nicht verhandelt werden (AGB) ist unwirksam, da sie gegen das Gebot des Vorrangs der Individualabrede in § 305b BGB verstößt.

2.3.17 Gerichtsstand

Eine Gerichtsstandsklausel, dergestalt, dass der Geschäftssitz des Auftraggebers als Gerichtsstand festgelegt wird ist in einem Vertrag mit einem freien Mitarbeiter unwirksam, da eine solche Vereinbarung gemäß § 38 Abs. 1 ZPO nur möglich ist, wenn die Vertragsparteien:

- Kaufleute,
- juristische Personen des öffentlichen Rechts oder
- öffentlich-rechtliche Sondervermögen sind.

Anmerkung: Der vorliegende Beitrag wurde unter Mitwirkung unserer wissenschaftlichen Mitarbeiterin, Frau Sandra Huber, erstellt.

Autor:

RAin Elisabeth Keller-Stoltenhoff

Rechtsanwältin