

von Rechtsanwältin **Elisabeth Keller-Stoltenhoff**

## Serie (Teil 3): Vertragspflichten beim Einsatz freier Mitarbeiter

In diesem Teil **Serie der IT-Recht-Kanzlei** ("Risiken und Chancen beim Einsatz freier Mitarbeiter") werden die unterschiedlichen Vertragspflichten dargestellt, die sich je nach vertragstypologischer Einordnung für die Parteien ergeben.

### 1. Pflichten aus dem Werkvertrag (§ 631 BGB)

Die Herstellung des Werkes ist die Hauptpflicht des Unternehmers. Er hat dieses vertragsgemäß, d.h. rechtzeitig und vor allem mangelfrei, d.h. ohne Sach- und Rechtsmängel herzustellen, §§ 631, 633 BGB. Der Besteller ist demnach bei einem mangelhaften Werk nicht zur Abnahme des Werkes verpflichtet. Eine persönliche Herstellung des Werkes kann von Gesetzes wegen vom Werkunternehmer nicht erwartet werden. Er kann sich daher -soweit nichts anderes vertraglich bestimmt wurde - Dritter bedienen, die das Werk herstellen. Bei diesem Unternehmer, dem Auftragnehmer im Werkvertragsrecht, handelt es sich nicht um den in § 14 BGB definierten Unternehmer (die hier gegebene Definition dient insbesondere für die Regelungen des E-Commerce, zum Fernabsatz sowie zu weiteren Verbraucherschutzrechten). Dagegen ist der Unternehmer im Sinne der §§ 631ff. BGB "Werkunternehmer" und derjenige, der das versprochene Werk herstellt. Ein solcher Unternehmer ist der IT-Selbstständige.

Gegenstand eines Werkvertrages kann nach § 631 Absatz 2 BGB die Herstellung oder Veränderung einer Sache oder ein durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein. Insbesondere das Merkmal des "Erfolges" ist das wichtige Abgrenzungskriterium zum Dienstvertrag nach BGB. Der Werkvertrag hat folgende rechtliche Besonderheiten:

- Erfüllung des Vertrages durch Abnahme
- Fehlerbegriff § 633 BGB
- Beweislast für Mängel trägt Auftragnehmer bis zur Abnahme
- Verschuldensunabhängige Sachmängelhaftung für Mängel, die bei der Abnahme nicht erkannt wurden
- Haftung auch für unwesentliche Mängel
- Nacherfüllungskosten trägt Auftragnehmer
- Selbstvornahme
- Rücktritt (nur bei wesentlichem Mangel)
- Minderung
- Schadensersatz bei Verschulden
- Verjährung: 2 Jahre ab Abnahme , 3 Jahre bei Planungsleistungen!

## 2. Pflichten aus dem Dienstvertrag (§ 611 BGB)

### 2.1 Umfang der Pflichten

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 es der Auftraggeber erhofft hat. 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, und 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 (ist 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.

## 2.2 Regelung zur Qualität der Dienstleistung / 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.

## 2.3 Fazit:

Der Dienstvertrag hat folgende rechtliche Besonderheiten:

- Erfüllung des Vertrages durch Leistung der geschuldeten Dienste (keine Erfolgsschuld)
- Haftung bei schuldhafter Pflichtverletzung
- Schadensersatz bei Verschulden des Dienstleistenden gem. § 280 BGB
- Beweislast für Vorliegen der Pflichtverletzung trägt Auftraggeber
- Beweislast für die Frage des Verschuldens trägt Auftragnehmer
- Verjährung der Haftung in der regelmäßigen Dreijahresfrist
- Kündigung nach Abmahnung

Autor:

**RAin Elisabeth Keller-Stoltenhoff**

Rechtsanwältin