

Teil 2 Die einzelnen Vertragstypen

5 Dienst- und Werkvertragsrecht, Beratungsverträge

5.1 Einleitung

Zuerst eine Klarstellung: Der Begriff Dienstleistung ist primär ein Begriff aus dem Wirtschaftsleben. Er bezieht sich keinesfalls nur auf Dienstverträge, sondern umfasst auch Werkverträge, die nicht die Erstellung einer Sache zum Gegenstand haben.¹ Der Begriff wird sogar bei der Definition des Werkvertrags in § 631 Abs. 2 BGB verwendet: Geschuldet wird ein „durch eine Dienstleistung herbeizuführender Erfolg“.

Vertragsgegenstand: Gegenstand von Dienstleistungsverträgen kann beispielsweise sein:

- Beratung im engeren Sinne, z.B. bei der Auswahl von Produkten oder Organisationsberatung,
- Tätigkeiten bei der Entwicklung von Vorstufen zu Programmen, z.B. der Spezifikation, oder von Programmen [*Kapitel 9, S.241*],
- Durchführung eines Einführungsprojekts, bei dem sich der Kunde die Standardsoftware selbst beschafft.

Rechtliche Einordnung unter die gesetzlichen Vertragstypen: Verträge, die isoliert auf die genannten Leistungen gerichtet sind, können Dienstverträge oder Werkverträge sein. Werden Dienstleistungen innerhalb eines Vertrags über die Lieferung/Beschaffung von IT-Systemen erbracht, bestimmt dieser Vertrag weitgehend auch die vertragstypologische Einordnung der Dienstleistungen. Beispielsweise richtet sich die Installation von Hardware, die isoliert vereinbart ein Werkvertrag ist, innerhalb eines solchen Vertrags nach Kaufrecht.

Die vertragstypologische Einordnung ist nicht so wichtig, wie Juristen oft behaupten und Nicht-Juristen oft annehmen. Diese Überschätzung ist im Wesentlichen auf zwei Faktoren zurückzuführen.

¹ Der Begriff Dienstleistung wird im Vergaberecht im Gegensatz zu Lieferungen verwendet und umfasst dementsprechend viele Leistungen, die dem Recht des Werkvertrags unterliegen (Abschnitt 2 Anhänge IA und IB zur VOL/A). – § 1151 (österreichisches) ABGB verwendet die Bezeichnung „Verträge über Dienstleistungen“ als Oberbegriff für Dienstverträge und für Werkverträge.

Der erste Faktor liegt darin, dass in der Praxis vielfach *fälschlich* Werkvertrag mit Festpreis und Dienstvertrag mit Vergütung nach Aufwand gleichgesetzt wird. Daran ist nur so viel richtig, dass bei einem Werkvertrag der Arbeitsumfang meist besser als bei einem Dienstvertrag abgeschätzt werden kann und deshalb ein Festpreis eher in Betracht kommt. Es gibt aber auch viele Dienstverträge gegen eine pauschale Vergütung, also gegen einen Festpreis.

Beispiel

Ein Rechtsanwalt erhält für die Führung eines Rechtsstreits eine pauschale „Gebühr“, gleich ob er einen oder viele Schriftsätze erstellen und ob er einmal oder mehrmals zu Gericht gehen muss.

Ein Arzt erhält für sehr viele dienstvertragliche Tätigkeiten jeweils eine bestimmte Gebühr. Es handelt es sich um typische Tätigkeiten, für die der Aufwand gut geschätzt werden kann.

Zweitens enthält die Definition des Werkvertrags das Reizwort „Erfolg“.² Bei Liefer/Beschaffungsverträgen behauptet mancher Kunde, dass seine schriftlichen Anforderungen so auszulegen seien, wie er das für seinen Betrieb bräuchte. Denn nur dann sei das Projekt erfolgreich, und Erfolg werde geschuldet. „Herbeiführen eines Erfolgs“ klingt für den Kunden besser als „Tätigkeit“ (beim Dienstvertrag).

Beispiele

(1) Der Kunde möchte Schulung als Werkvertrag einordnen: Seine Mitarbeiter sollen nach der Schulung die Programme einsetzen können. Dafür will der Auftragnehmer aber nicht einstehen. Er tut es auch dann nicht, selbst wenn man – wie ein Teil der früheren Rechtsprechung – Schulung als Werkvertrag einordnet: Nach dieser früheren Rechtsprechung wird als Ergebnis eine solche „Vorführung“ des Stoffs geschuldet, dass geeignete Mitarbeiter den Stoff lernen können (übernommen aus der Rechtsprechung zur Einordnung von Theateraufführungen).

Damit die Idee des Erfolgs etwas hergibt, empfehlen manche Rechtsberater, die Schulung so zu definieren, dass die Mitarbeiter des Kunden nach der Schulung die Software „ordnungsgemäß“ oder sogar „fehlerfrei“ einsetzen können. Eine solche Vereinbarung kann dank der Vertragsfreiheit geschlossen werden; sie ergibt sich aber *nicht* aus dem Werkvertragsrecht.

(2) Die Vergütung kann von dem Erfolg abhängig gemacht werden, den der Kunde durch den Einsatz des IT-Systems erzielt. Das beinhaltet aber nicht den vom Auftragnehmer geschuldete Erfolg, sondern eine selbstständige Garantieerklärung, und das hat auch nichts mit dem Werkvertrag zu tun.

Die Abgrenzung zwischen werkvertraglichen und dienstvertraglichen Dienstleistungen ist oft schwierig.

Beispiele

(1) Ein Auftragnehmer soll einen Fehler in einem alten, schlecht dokumentierten IT-System finden. Wohl Dienstvertrag; also soll er seine Vergütung bekommen, auch wenn er den Fehler (mangels Reproduzierbarkeit) nicht findet, und wird das

² Im österreichischen ABGB steht statt „Erfolg“ das passendere Wort „Ergebnis“ und niemand macht viel Aufhebens von der Abgrenzung. Art. 363 des schweizerischen Obligationenrechts ist ebenso neutral und unverfänglich: „Durch den Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung eines Werkes ...“

deswegen als Dienstvertrag eingeordnet. Anders liegt es bei einem modernen und gut dokumentierten IT-System.

(2) Ärzte schließen meist Dienstverträge ab, wenn sie ihre Patienten behandeln: Sie streben den Erfolg zwar an, schulden ihn aber nicht. Sie werden sich desto stärker einsetzen, den gewünschten Erfolg zu erreichen, je (lebens-)wichtiger dieser für den Patienten ist. Aber desto weniger sollen sie diesen schulden. Bei einer medizinisch nicht erforderlichen Operation, etwa einer Schönheitsoperation, wird hingegen der Erfolg geschuldet, liegt also ein Werkvertrag vor.

(3) Forschungsaufträge sind meist Dienstverträge, weil ein Erfolg meist nicht zugesagt werden kann. Das gilt auch für reine Testaufträge.

In allgemeiner Rechtsprechung werden Verträge über die Erstellung von Gutachten und ähnliche Leistungen, deren Ergebnis in einem Dokument festgehalten wird, als Werkvertrag eingeordnet, z.B. Gutachten über Kanalisationsschäden, über die Ermittlung des Grundstückswerts oder über die steuerrechtlich geeignetste Gesellschaftsform. Beratungsverträge dürften ebenso einzuordnen sein, wenn sie eine Auswahl *einschließlich* eines Entscheidungsvorschlags zum Gegenstand haben.

Vertragstypen bei Beratung und Programmierung			
Drei (bzw. vier) Vertragstypen für verschiedene Wege zum Ziel			
Weg	Kaufvertrag/Werkvertrag	Dienstvertrag	Arbeitnehmerüberlassung
	„AN erstellt Programm für / Konzept für ...“ (§ 433 bzw. § 631 BGB)	„AN unterstützt bei folgenden Arbeiten:“ (§ 611 BGB)	„AN stellt Mitarbeiter für zur Verfügung“ (AÜG)
Geld gibt es für	das Ergebnis	das (zielgerichtete) Arbeiten	das Überlassen von Mitarbeitern
geschuldet:	Eignung des Ergebnisses (bezogen auf Vorgabe) = Mangelfreiheit	ordentliche Arbeit (geeignete Mitarbeiter)	ordentliche Auswahl (also Bereitstellung geeigneter Mitarbeiter)
Haftung für Qualität	Mängelbeseitigung, bei Vertretenmüssen auch Schadensersatz	bei Vertretenmüssen Schadensersatz, z.B. Aufwand für Mängelbeseitigung	bei Vertretenmüssen Schadensersatz
geschuldet:	termingerechte Übergabe	termingerechtes Arbeiten	rechtzeitige Bereitstellung
Haftung für Termine	ohne Vertretenmüssen Rücktritt, bei ~ auch Schadensersatz	ohne Vertretenmüssen a.o. Kündigung, bei ~ auch Schadensersatz	bei Vertretenmüssen Schadensersatz
Vergütungsform	entsprechend konkreter Vereinbarung (eher Festpreis)	entsprechend konkreter Vereinbarung (meist nach Aufwand)	nach Aufwand

Insbesondere Tätigkeiten bei der Entwicklung von Programmen: Wird nach der Erstellung der Spezifikation weiterhin in einem gemeinsamen Team gearbeitet

tet, liegt kein Werkvertrag vor, sondern normalerweise ein Dienstvertrag.³ Ein Dienstvertrag liegt bestimmt vor, wenn der Auftragnehmer an der Projektleitung beteiligt ist (also bei gemeinsamer Verantwortung) [siehe auch IT-PM, Kapitel 2.3.4 unter „Den richtigen Vertragstyp wählen“].

Die wesentlichen Unterschiede zwischen den relevanten Vertragstypen hinsichtlich

- der finanziellen Seite,
- der terminlichen Seite und
- des Risikos hinsichtlich der Qualität der Ergebnisse

sind in der folgenden Abbildung dargestellt. Dabei ist die Erstellung von Programmen (unter „Kaufvertrag“) bzw. die Änderung eines Programms (unter „Werkvertrag“) einbezogen. Die Einordnung eines Erstellungsvertrags ist strittig [Kapitel 9 am Anfang, S. 241]. Ordnet man ihn als Werkvertrag ein, ändert sich nichts.

5.2 Überblick über das Werkvertragsrecht

(1) Grundzüge des Werkvertragsrechts

Gegenstand des Werkvertrags ist die entgeltliche *Wertschöpfung*. Da Verträge über die Erstellung beweglicher Sachen dem Recht des Kaufvertrags in der Variante des Werklieferungsvertrags unterstellt werden [Kapitel 6.1 (1), S. 148], bleibt für den Werkvertrag nicht mehr viel Raum. Gegenstand kann z.B. sein,

- eine Sache des Kunden zu verändern;

Beispiel

Reparatur von Hardware, Änderung eines Programms

- ein Ergebnis/einen Erfolg durch Arbeit herbeizuführen, d.h. ein geistiges Werk zu schaffen.

Beispiel

Erstellung eines Gutachtens

Hauptpflichten des Auftragnehmers: Dieser ist verpflichtet, das Werk (Produkte und Dienstleistungen) rechtzeitig und vertragsmäßig (im Wesentlichen mängelfrei) zu erstellen. Ist es nicht von dieser Beschaffenheit, braucht der Kunde es nicht abzunehmen. Weiterhin ist der Auftragnehmer verpflichtet, soweit es wegen der Beschaffenheit des Werks möglich und nötig ist, dem Kunden auch den Besitz (= die tatsächliche Verfügungsmöglichkeit) und das Herrschaftsrecht an dem Werk zu verschaffen (=Eigentum oder urheberrechtliches Nutzungsrecht).

Für die Herstellung des Werks dürfen im Zweifel Unterauftragnehmer eingeschaltet werden.

³ Bei Einsatz von Mitarbeitern eines Auftragnehmers kann allerdings Arbeitnehmerüberlassung vorliegen [Kapitel 5.5, S. 146]. Ein freier Mitarbeiter kann auf Dauer seine Unabhängigkeit verlieren [Kapitel 5.6 S. 146]. Ein Dienstvertrag liegt vor, wenn die Mitarbeiter des Auftragnehmers bzw. freie Mitarbeiter nur einen Teil ihrer Arbeitszeit für die Durchführung des Auftrags einsetzen.

Hauptpflicht des Kunden: Diese besteht in der Zahlung der vereinbarten Vergütung. Die Vergütung kann als Festpreis, ebenso aber auch nach Aufwand vereinbart werden. Wird über die Vergütung nichts ausdrücklich vereinbart, vermutet das Gesetz, dass die Zahlung einer Vergütung immer dann „stillschweigend“ vereinbart ist, wenn die Herstellung des Werks den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist (§ 632 BGB).⁴ Ist über deren Höhe nichts vereinbart, so gilt die übliche Höhe als vereinbart. Sie ist notfalls durch einen Sachverständigen zu ermitteln.

Liefertermine können beispielsweise als feste Termine oder als Plantermine vereinbart werden. Ist zum Liefertermin nichts vereinbart, ist der Auftragnehmer zur „zügigen“ Erstellung verpflichtet [Kapitel 9.2.4 (1), S. 266].

Zur Mitwirkung des Kunden siehe Kapitel 3.12, S. 105.

Fälligkeit: Die Vergütung wird erst mit der Abnahmeerklärung fällig, soweit die Vertragspartner nichts anderes vereinbaren [siehe (2)]. Der Auftragnehmer kann allerdings gemäß § 632a BGB Abschlagszahlungen „in der Höhe verlangen, in der der [Kunde] durch die Leistung einen Wertzuwachs erhalten hat.“ Es kommt nicht auf einen Zuwachs an aktueller Nutzbarkeit an. Voraussetzung ist, dass der Auftragnehmer dem Kunden das Eigentum an der Hardware bzw. die urheberrechtlichen Nutzungsrechte an der Software eingeräumt hat.

Zahlungsfrist: Die Vertragspartner können sie vereinbaren. Das geht zu Lasten des Auftragnehmers. Denn § 641 Abs. 4 BGB sieht vor, dass die Vergütung ab der Abnahme mit dem gesetzlichen Zinssatz zu verzinsen ist (4% nach § 246 BGB allgemein bzw. 5% nach § 352 HGB bei Handelsgeschäften). Für die Dauer der Zahlungsfrist gelten die Schranken nach § 271a BGB [Kapitel 6.2.3 (1), S. 182].

Leistungsverweigerungsrecht: Siehe allgemein Kapitel 3.13, S. 310. Der Kunde kann die bei Abnahme fällige Zahlung so lange verweigern, wie er die Abnahme wegen Mängeln verweigern kann. Erklärt er die Abnahme unter Vorbehalt der Beseitigung der erkannten Mängel, kann er die Zahlung eines angemessenen Teils der Vergütung (vorläufig) verweigern. Nach § 641 Abs. 3 BGB ist das in der Regel das Doppelte der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten.

Bezüglich *Voraus- oder Abschlagszahlungen* besteht kein Leistungsverweigerungsrecht des Kunden, wenn die Leistung des Auftragnehmers nur unwesentliche Mängel hat (§ 632a Abs. 1 BGB). Bei erheblichen Mängeln hat der Kunde ein eingeschränktes Leistungsverweigerungsrecht wie im vorstehenden Absatz beschrieben.

Der Kunde kann auch noch später die Zahlung eines solchen Anteils verweigern, wenn er erst später einen Mangel meldet.

Leistungsverweigerungsrecht des Auftragnehmers: Dieser ist zwar vorleistungspflichtig. Wenn Abschlagszahlungen vereinbart sind, wird die Vorleistungspflicht des Auftragnehmers aber im Normalfall in deren Höhe (ggf. mit Abzügen wegen Mängeln) aufgehoben, sodass der Auftragnehmer bei Zahlungsverzug des Kunden im Normalfall ein Leistungsverweigerungsrecht hat.

⁴ Siehe Kapitel 9.2.2, S. 261, zu Änderungs- und Zusatzwünschen bzw. Kapitel 2.1.8 (3), S., 69 und Kapitel 9.7, S. 277, zu Tätigkeiten vor Vertragsabschluss.