

Vertrag mit Freelancer für SW-Entwicklung: Wesentliche Vertragsinhalte

Dr. Anselm Brandi-Dohrn

Rechtsanwalt, FA für Gew RS, CLP

Von BOETTICHER Rechtsanwälte PartG mbB

Sie haben mit einem Kunden einen Vertrag zur SW-Entwicklung abgeschlossen und benötigen nun die Zuarbeit durch einen (freien) Software-Entwickler

Der Freelancer-Vertrag

1. Wesentliche Regelungsinhalte eines Vertrags mit Freelancern
2. Besondere Probleme des Freelancer-Vertrages
 - Rechteeinräumung
 - Scheinselbständigkeit / USt-Pflicht
 - Arbeitnehmerüberlassung
 - Geheimhaltung / Wettbewerbsverbot

Freelancer-Vertrag: Wesentliche Vertragsinhalte

Vorbemerkung - Vertragstyp:

1. Zu den Grundregeln der Vertragsgestaltung siehe „Standard-SW-Kauf“)
2. Die Zusammenarbeit mit einem Freelancer kann sowohl als Werk- wie als Dienstvertrag gestaltet werden.
 - Werkvertrag: Erfolg steht im Vordergrund (zB Auftrag, ein bestimmtes abgrenzbares SW-Modul zu programmieren und zu liefern)
 - Dienstvertrag: die Tätigkeit des Programmierens steht im Vordergrund (häufig bei Vergütung nach Stunden- oder Tagessätzen)
3. Liegt ein Dienstvertrag vor, kann es sich handeln um
 - Freie Mitarbeit
 - Arbeitsvertrag

Wesentliche Regelungsinhalte eines Dienstvertrages über freie Mitarbeit:

- Gegenstand der Beauftragung (Projektbeschreibung)
- Zusammenarbeit im Projekt, Weisungsfreiheit des Freelancers
- Dauer und Fertigstellungsfristen, evtl. „Zeitbudget“/Mt.
- Vergütung, Erfassung des Zeitaufwandes
- Rechteeinräumung, Dokumentation der Leistungen
- Modalitäten der Abnahme
- Dauer / Kündigung

Freelancer-Vertrag: Problem Rechteeinräumung

Sie sind gegenüber dem Kunden verpflichtet, diesem Rechte an der entwickelten SW einzuräumen, aber

- 1. nur bei Arbeitnehmern gehen SW-Erfindungen auf den Arbeitgeber über (§ 6 Abs. 2 ArbEG)**
- 2. Weder § 69b UrhG noch § 43 UrhG sind auf Freelancer anwendbar**
 - § 69b UrhG: Programmiert ein ArbN nach Weisung oder im Rahmen seiner Aufgaben, stehen die Nutzungsrechte an der SW dem ArbG zu
 - § 43 UrhG: Nach Inhalt und Wesen des Arbeitsvertrags kann das Nutzungsrecht (auch stillschweigend) dem ArbG zustehen
 - § 43, 69b gelten zwar auch für „Dienstverhältnisse“ – damit sind aber nicht Dienstverträge wie der hiesige für Freelancer gemeint!

Der Vertrag mit dem Freelancer muss daher zwingend eine ausdrückliche Regelung enthalten, wonach

- der Freelancer alle bei ihm im Zusammenhang mit dem Projekt entstehenden Rechte an Software und Dokumentation auf den Auftraggeber überträgt (bzw. soweit Übertragung nicht zulässig, das exklusive Nutzungsrecht einräumt),
- Der Freelancer sicherstellt, dass etwa von ihm eingesetzte Unter-Freelancer eine gleichartige Klausel zur Rechteübertragung unterzeichnen
- Schriftform nötig, da bei umfassender Übertragung auch Nutzungsrechte an unbekannten Nutzungsarten eingeräumt werden (§ 31a Abs. 1 UrhG)

Der freie Mitarbeitervertrag ist vom Arbeitsvertrag abzugrenzen, denn

- es gibt spezifische Rechtsvorschriften für Arbeitsverträge
- Arbeitnehmer genießen einen besonderen Kündigungsschutz
- (nur) der freie Mitarbeiter unterliegt nicht der Beitragspflicht zur gesetzl. Sozialversicherung

Behandeln Sie einen ArbN irrtümlich als freien Mitarbeiter, kann dieser sich auf die zu seinem Schutz bestehenden Regeln berufen und sind Sie verpflichtet, die (gesamten) Beiträge zur Sozialversicherung für die letzten 5 Jahre nachzuentrichten (§ 28e Absatz 4 SGB IV). Ein Regress gegen den ArbN ist nur für 3 Monate möglich (§ 28g SGB IV). Die vom ArbN ausgewiesene USt kann von Ihnen nicht als Vorsteuer geltend gemacht werden.

Zur Abgrenzung kommt es wesentlich auf die persönliche Abhängigkeit des Beschäftigten an; wesentliche Kriterien sind die Weisungsgebundenheit und die Eingliederung in den Betrieb des AG.

- Der Freelancer muss seine Arbeit selbstständig durchführen können. Weisungen des AG dürfen sich nur auf das Arbeitsergebnis beziehen
- Der Freelancer ist in der Wahl des Arbeitsortes frei. Unschädlich ist die Zuweisung eines Ortes aus der Natur der Sache (zB Arbeit beim Kunden, wenn dies vom Kunden verlangt wird)
- Der Freelancer ist in der Einteilung seiner Arbeitszeit frei
- Der Freelancer arbeitet nicht ausschließlich für den AG
- Der Freelancer ist nicht in den Betrieb des AG eingegliedert, Urlaub muss nicht genehmigt werden und Krankheit nicht zu entschuldigen

Freelancer-Vertrag: Problem Arbeitnehmerüberlassung

War ein Scheinselbständiger bei einem Kunden des AG tätig, liegt zudem ein Verstoß gegen § 1 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) vor, soweit (i) der AG keine AÜG-Erlaubnis hatte und (ii) der Scheinselbständige in den Betrieb des Kunden eingegliedert ist / dieser ein Weisungsrecht ausübt:

- Folge: nach § 10 Abs. 1 AÜG wird zwischen Kunden und Freelancer ein Arbeitsverhältnis fingiert. Für die hieraus für den Kunden resultierende Haftung wird dieser den AG in Regress nehmen
- Folge: Bussgeld des AG für fehlende AÜG-Erlaubnis
- Folge: Abschöpfung des Gewinns, den der AG durch den Einsatz des ArbN beim Kunden erzielt hat.

Nicht AÜG-schädlich ist, wenn der Freelancer nur zum Kunden kommt, um die SW zu entwickeln oder auf dessen HW einzurichten

Freelancer-Vertrag:

Problem Geheimhaltung / Wettbewerbsverbot

Geheimhaltung der SW-Entwicklung und das Verbot für den Freelancer, zur entwickelten SW konkurrierende SW anschließend Dritten anzubieten (Wettbewerbsverbot) sind für den AG häufig essentiell.

- Nach der Rechtsprechung darf ein ArbN nach seinem Ausscheiden redlich erlangte Erfahrungen und Betriebs-/Geschäftsgeheimnisse frei verwerten – er darf sein Wissen nur nicht vor Ausscheiden „auffrischen“ oder gar Kopien fertigen. Das dürfte ebenso für Freelancer gelten.
- Nachvertragliche Wettbewerbsverbote fallen nicht unter §§ 74 ff HGB, aber sie werden von der Rechtsprechung an § 138 BGB gemessen. Vorsorglich sollte daher der AG im Vertrag
 - eine Karenzentschädigung von 50% der Vergütung für den Zeitraum des Wettbewerbsverbotes vorsehen,
 - das Verbot auf das örtliche und zeitlich Notwendige beschränken

Danke für Ihre
Aufmerksamkeit!

Dr. Anselm Brandi-Dohrn

Rechtsanwalt, FA für Gew RS, CLP

abrandi-dohrn@boetticher.com

Von BOETTICHER Rechtsanwälte PartG mbB