

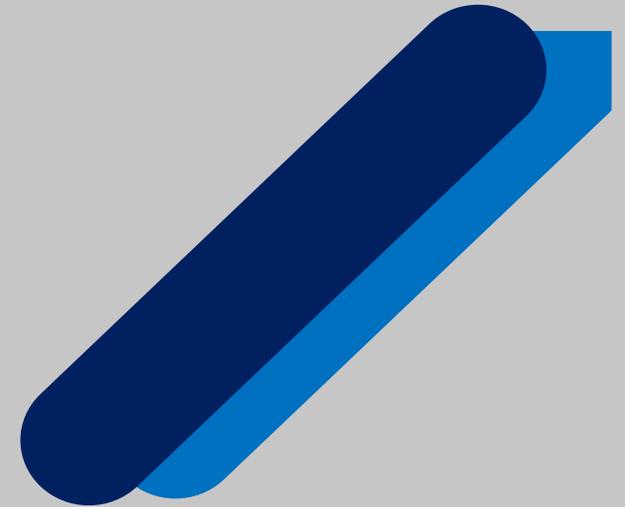
Dienstleistungsverträge mit Freelancern

So schließen Sie Schritt für Schritt
ordentliche Verträge mit Freiberuflern



Inhaltsverzeichnis

01	Was ist bei Verträgen mit Freelancern zu beachten?	3
02	Was sollte im Vertrag enthalten sein?	5
03	Unterschiede Werk- und Dienstvertrag	10
04	Pauschalvergütung, Festpreis, Aufwandsvergütung & Co.	13
05	Haben Freiberufler einen Urlaubsanspruch?	16
06	Ist die Vorgabe von festen Arbeitszeiten möglich?	18
07	Ist der Verstoß gegen die Datenschutzbestimmungen als Mangel auszulegen?	20
08	Wie können das Sourcing von Freelancern und Compliance ausbalanciert werden?	22
09	Die BIG FIVE für Gelassenheit bei Verträgen mit Freelancern	24
	Impressum	27



01

Was ist bei Verträgen mit
Freelancern zu beachten?

01 Was ist bei Verträgen mit Freelancern zu beachten?

Nach der Studie „So arbeiten Freelancer in Deutschland“ geht es dem Freelancer Markt im Jahr 2023 trotz Inflation und Co. gut.

70 Prozent der Freelancer geben an, mit ihrer finanziellen Situation zufrieden zu sein. Nichtsdestotrotz glaubt mehr als die Hälfte der Freelancer, dass kundenseitig zu viel Skepsis herrscht.

Grund hierfür sehen die Freelancer in der derzeitigen Rechtslage. Die Regelungen zur Scheinselbständigkeit zählen weiterhin zu dem Ursprung vieler Hürden für die Freelancer.

Die Änderungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes im Jahr 2017 und das Update des Statusfeststellungsverfahrens zum 01.04.2022 haben wenig zur Klarheit und Rechtssicherheit beigetragen.

Auch den einkaufenden Unternehmen stellt sich die Frage, was sie beachten und welche Maßnahmen sie ergreifen müssen, um Dienstleistungsverträge gelassen mit Freelancern abschließen zu können. Wie bei jedem Vertrag sollen auch Freelancer möglichst unproblematisch, aber dennoch rechtlich sicher Leistung für das eigene Unternehmen erbringen.

Was sollte also im Vertrag unbedingt enthalten sein?

Wann macht ein Dienstvertrag in dieser Form Sinn?

Wie gehen Auftraggeber mit dem Urlaub von Freiberuflern und festen Arbeitszeiten um?

Diese und ähnliche Fragen sollen in diesem Whitepaper pragmatisch beantwortet werden.

Zusätzlich finden Sie im Anhang ein Grundgerüst für einen Dienstleistungsvertrag mit einem Freelancer, welches Sie in Ihr Vertragsportfolio überführen können.



— 02

Was sollte im
Vertrag enthalten sein?

02 Was sollte im Vertrag enthalten sein?

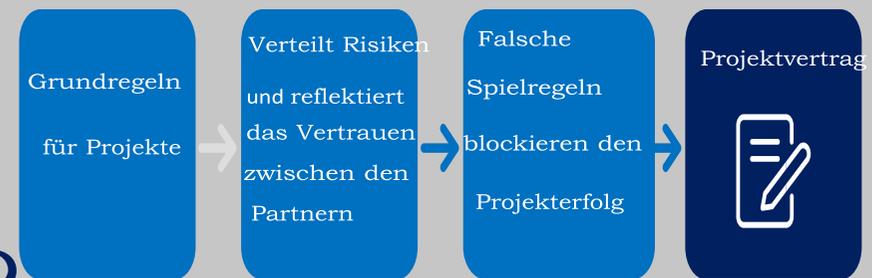


Abbildung 1: Bedeutung des Vertrags für ein Projekt

Auf die Frage „Was sollte in einem Vertrag enthalten sein?“ erhalten Sie in der Regel entweder eine abstrakte juristische Definition oder eine pragmatische Checkliste. Je nachdem, was die Motivation Ihrer Frage war, sind Sie auch mit der jeweiligen Antwort glücklich.

Zunächst ist es aber wichtig, darüber nachzudenken, was der Vertrag mit einem Freelancer für Ihr Projekt bedeutet. Denn aus den daraus gewonnenen Erkenntnissen, können Sie nicht nur beurteilen, welche Inhalte Sie unbedingt in dem Vertrag regeln möchten. Sie werden auch mittelbar bewerten können, ob Sie den Vertrag mit dem richtigen Freelancer für Ihr Unternehmen schließen werden. Der Vertrag mit dem Freelancer steckt die Geschäftsbeziehung grundsätzlich ab.

Sie stellen mit dem Freelancer notwendige Grundregeln für das Projekt auf, indem Sie sich über die Vereinbarungen zur Leistung, die notwendige Synchronisation bei der Leistungserbringung und die Verantwortlichkeit für die Leistung sowie die Ergebnisse verständigen. Sie verteilen die Risiken Ihres gemeinsamen Vorhabens untereinander. Dabei ist natürlich die Leistung des Freelancers immer noch maßgeblich für den Erfolg des Projektes. Allerdings wird es mit einem Vertrag, der schlecht gemacht ist oder nicht die richtigen Inhalte enthält, schwer werden, ein erfolgreiches Projekt mit dem Freelancer durchzuführen. Denn die falschen Spielregeln blockieren

Sie mehr, als den Erfolg zu unterstützen.

Unter dem Aspekten Scheinselbständigkeit und rechtswidriger Arbeitnehmerüberlassung spielt der Vertrag ebenso eine wichtige Rolle. Zwar kommt es für die Entscheidung, ob tatsächlich ein Werk- oder Dienstvertrag vorliegt, am Ende darauf an, wie ein Vertrag tatsächlich umgesetzt wird². Dennoch ist der schriftliche Vertrag ein wichtiges Indiz dafür, welche Art von Zusammenarbeit die Parteien vereinbart haben. Je konkreter und umfangreicher die Leistungen und Mitwirkungen im Vertrag beschrieben sind, desto geringer ist das Risiko, dass tatsächlich ein nicht gewünschtes Arbeitsverhältnis vorliegt.

Ein Vertrag ist das Ausgleichen von natürlichen Spannungsfeldern zwischen Kunde und Lieferant!

Was also sollte in einem Vertrag zwischen Ihnen und dem Freelancer enthalten sein?

Neben der detaillierten Vereinbarung, welche Leistung der Freelancer erbringen wird, gibt es weitere Themen, die typischerweise das Spannungsverhältnis zwischen Ihrem externen Leistungsträger und Ihnen bestimmen und dementsprechend geregelt werden sollten.

Ist z.B. die Vergütung nach Stunden- und Tagessätzen für den Freelancer und Sie ziel führend, da es nur um die kurzfristige Abdeckung von Kapazitätsengpässen geht? Oder ist ein pauschaler Preis für Sie wirtschaftlich sinnvoller (Vergütungsart)?

Wie balancieren Sie und Ihre Vertragspartner die vertraglichen Risiken aus? Wenn der Freelancer z.B. Ihren Webshop optimiert, welche Schäden erwarten Sie im schlimmsten Fall? Und wer kann deren Eintritt tatsächlich wesentlich beeinflussen (Risikoverteilung)?

Wie soll die Zusammenarbeit gestaltet werden? Soll der Freelancer täglich angewiesen werden, was er zu tun hat? Oder geht es eher darum, dass der Freelancer einen klar beschriebenen Auftrag ausführen soll, der fachlich noch näher konturiert wird (Weisungsgebundenheit)? Soll der Freelancer die Verantwortung für den Projekterfolg übernehmen, da Sie aufgrund eines Know-how-Defizits nicht in der Lage sind, den Leistungsprozess zu steuern?

Dürfen Sie vernünftigerweise davon ausgehen, dass er dazu auch bereit ist (Herstellerrisiko)? Erbringt der Freelancer die Leistung in eigener Verantwortung? Und welche Leistungsqualität erwarten Sie?

Setzt der Freelancer eigene Arbeitsmittel ein oder müssen ihm z.B. aufgrund von IT-Sicherheitsvorschriften Laptop & Co. gestellt werden (Arbeitsmittel)? Gibt es fixe Zeiten oder Zeiträume, in denen die Leistung erbracht werden muss, z.B. Wartungsfenster der IT oder Veranstaltungen wie Messen, Seminare & Co.?

In der Praxis ist es nicht ungewöhnlich, dass viele dieser Punkte stillschweigend vorausgesetzt werden. Aber häufig gibt es keine festgelegten beruflichen Mindeststandards am Markt, nach denen die Leistung zu erbringen ist.

Wenn das Projekt erfolgreich ist, werden Unstimmigkeiten nicht entdeckt. Schwierig wird es erst im gegenteiligen Fall. Wenn das Projekt nicht wie geplant läuft oder die Leistung nicht Ihren Vorstellungen entspricht. Zum Beispiel, wenn spätere Software Updates Ihres Webshops zu erheblichen Mehraufwendungen und zur Instabilität führen, weil der Freelancer bei seinem Programm-Modul Programmier-Standards und APIs nicht beachtet hat. Dann stellt sich – auf gut Deutsch – die Frage:

Abbildung 2: Themenbezogenes Spannungsverhältnis bei Dienstleistungen mit Freelancern



„Wie bekommen Sie die Kuh wieder vom Eis?“

Schon allein vor dem Hintergrund lohnt es sich, wenn Sie die Themen explizit mit dem Freelancer abstimmen. Denn durch diese Transparenz nehmen Sie Risiken aus Ihrem Projekt heraus. Sie unterstützen seine erfolgreiche Umsetzung maßgeblich. Auch hinsichtlich der Entscheidung zwischen Werk- und Dienstvertrag sind die Antworten auf diese Fragen hilfreich. Zudem können Sie dadurch aktiv das Thema Scheinselbstständigkeit ausschließen. Über diese Themenfelder hinaus können zusätzliche vertragliche Vereinbarungen sinnvoll sein. Das hängt von der Art Ihres Projektes und Ihrer Lieferantenbeziehung ab. Bei IT-Projekten mit Freelancern sollten Sie beispielsweise Regelungen zum Thema Urheber- und Nutzungsrechte hinsichtlich der zu Programmierenden Software treffen. Im Forschungs- und Entwicklungsbereich haben Sie häufig gesteigerte Anforderungen an Vertraulichkeit sowie in Bezug auf die Exklusivität der Leistungen. Weiter kann es sein, dass Ihr Freelancer sich bei der Auftragsbestätigung auf seine AGB, also seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen bezieht. Dann ist die Frage, was denn eigentlich vereinbart ist bzw. was Sie unternehmen können, um Ihre Interessen zu schützen.



Umgang mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen

(AGB)

Bei AGB denken die meisten Menschen an das „Kleingedruckte“. Das ist nur zum Teil richtig. Denn in welcher Schriftgröße AGB verwendet werden, ist nicht relevant.

Sicherlich haben Sie beispielsweise schon einmal im Parkhaus eines Einkaufszentrums ein Schild mit Parktarifen und Nutzungsregelungen gesehen.

Auch dies ist eine AGB. Denn AGB sind nichts Anderes als

1. Vertragsbedingungen,
2. die für eine Vielzahl von Anwendungen (also Vertragsabschlüssen) vorformuliert wurden
3. und beim Abschluss des Vertrages von der Person gestellt werden, die sie verwenden möchte.

Wenn also ein Vertrag über die Benutzung der Hüpfburg zu Stande kommt, z.B. durch die tatsächliche Benutzung der Hüpfburg, dann sollen die Eltern für die Handlungen ihrer Kinder gegenüber dem Betreiber der Hüpfburg z.B. bei Beschädigungen haften.

Diese Art von AGB fallen aber häufig durch das Raster der geläufigen Bezeichnung als „Kleingedrucktes“. Auch Vertragsformulare teilen dieses Schicksal. Denn sobald ein Vertrag auf einer Vorlage basiert und geplant ist, sie in drei oder mehr Fällen zu verwenden, finden die gesetzlichen Bestimmungen zum AGB-Recht in §§ 305 -310 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) Anwendung. Das bedeutet, die AGB-Klauseln müssen wirksam in den Vertrag einbezogen werden, sie dürfen keine überraschende Klausel enthalten und müssen der gesetzlichen Wertung (sog. Inhaltskontrolle) standhalten. Beispielsweise hat der BGH die AGB zur Abrechnung eines Stundensatzes im 15 Minuten Takt gegenüber Verbrauchern als rechtswidrig erkannt und nicht gelten lassen.

Sofern eine Klausel dies nicht erfüllt und unwirksam ist, entfällt sie. Es gilt dann das Gesetz. Eine ergänzende Auslegung erfolgt nicht. Daher sollte jeder Verwender von AGB genau prüfen, ob sie wirksam sind. Denn er trägt letztlich das Risiko, dass z.B. eine vorteilhafte Haftungsbeschränkung nicht greift.

Ziel und großer Nutzen bei der Verwendung von AGB ist die Standardisierung. Unternehmer möchten möglichst schnell, effizient und sicher Verträge abschließen, um dann mit der Leistungserbringung, Produktion, etc. zu beginnen. Im Verhältnis zu Verbrauchern klappt die Standardisierung ziemlich gut. Ein kleines Häkchen auf der Webseite im Webshop genügt und schon können die AGB wirksam einbezogen werden.



Geltungsklausel

← „Meine AGB sollen ausdrücklich gelten“

Ausschließlichkeitsklausel

← „Nur meine AGB sollen ausdrücklich gelten“

Abwehrklausel

← „Entgegenstehende AGB des Vertragspartners gelten ausdrücklich nicht“

Abbildung 1: Die AGB der anderen

Schwieriger gestaltet sich das Thema AGB gegenüber anderen Unternehmern. Denn diese haben häufig Einkaufs-AGB, die den eigenen Verkaufs-AGB widersprechen, bzw. Verkaufs-AGB, die von den eigenen Einkaufs-AGB abweichen. Dem wird versucht mit sogenannten Geltungs-, Ausschließlichkeits- oder Abwehrklauseln beizukommen. Aber auch diese Klauseln sind AGB. Sofern also beide Vertragspartner z.B. die Abwehrklausel „Entgegenstehende AGB des Vertragspartners gelten ausdrücklich nicht“ verwenden, ist nicht viel gewonnen.

Früher gab es dann ein unendliches AGB-Ping-Pong. Denn entsprechend der sog. Theorie des letzten Wortes galten nach der alten Rechtsprechung die AGB, welche zuletzt einbezogen wurden. Von dem Angebot über die Auftragsbestätigung bis zur Bestätigung der Lieferung und zur Rechnung wurden munter jeweils die eigenen AGB einbezogen, um bloß das letzte Wort zu haben.

Nach der neuen Rechtsprechung findet nun das sog. Konsens-Dissens-Prinzip Anwendung. Das bedeutet: Sofern sich die Vertragspartner über die wesentlichen Vertragsteile einig sind (Konsens), z.B. der Freelancer bindet für eine Vergütung von 10.000 EUR Ihren Web-Shop an PayPal an, kommt der Vertrag wirksam zu- Stande. Die AGB, bei denen sich die Vertragspartner widersprechen (Dissens), gelten nicht. An dieser Stelle gilt das Gesetz.

Strategisch folgt aus dem Konsens-Dissens-Prinzip beim Einkauf von Freelancern als Dienstleister, dass Sie für die wesentlichen Themen sinnvolle eigene Einkaufsbedingungen (Einkaufs-AGB) für Dienstleistungen aufsetzen sollten. Weiter müssen Sie Ihre Formulare für Dienstleistungsverträge mit Freelancern prüfen, ob sie wirksam sind. In Ihrem Vertrags Formular ist eine klarstellende Bestimmung zum Umgang mit den jeweiligen AGB zu empfehlen.

Merke

Ihr Vertragsformular sollte in jedem Fall klarstellen, wie das Verhältnis zu den jeweiligen AGB des Vertragspartners ist, z.B. „Die Geschäftsbeziehung der Parteien ist hinsichtlich der beauftragten Leistung alleine in diesem Vertrag geregelt. Im Übrigen gelten die gesetzlichen Regelungen. Die Parteien stimmen darin überein, dass Ihre jeweiligen AGB ausdrücklich nicht gelten.“

— 03

Unterschiede
Werk- und
Dienstvertrag

03 Unterschiede Werk- und Dienstvertrag

Bei einem Werkvertrag steht der Auftragnehmer dafür ein, dass der vertraglich vereinbarte Erfolg eintritt, etwa, dass die Bremsen des Autos nach der Reparatur auch funktionieren oder dass der gebaute Tisch nicht zusammenbricht, wenn man ein Glas Wasser darauf abstellt. Dabei bleibt es dem Werkunternehmer überlassen, wie er den Erfolg herbeiführt.

Er kann selbst tätig werden oder die Aufgabe an seine Arbeitnehmer delegieren. Die Arbeitnehmer des Autohauses bzw. der Tischlerei helfen dem Betriebsinhaber, den Auftrag zu erfüllen. Sie sind lediglich ihm gegenüber weisungsgebunden. Alternativ kann er auch Teile des Gewerks bei Subunternehmern bearbeiten lassen.

Sofern bei dem Webshop- Beispiel die Entwicklung der Software für die Anbindung des Webshops an PayPal als Gewerk geschuldet ist, haftet der Freelancer dafür, dass sie läuft. Funktioniert sie nicht, wird die Software nicht abgenommen und er erhält keine Vergütung. Treten die Fehler nach der Abnahme auf, ist er verpflichtet, sie im Rahmen der Gewährleistung zu beseitigen.

Auch hier bleibt es dem Freelancer als Unternehmer überlassen, wie er den Erfolg herbeiführt. Der Werkunternehmer steuert die Durchführung sowie die Zeit und den Ort seiner Arbeit und seiner Arbeitnehmer selbst nach eigenem Gutdünken. Er trägt das erhebliche Risiko, dass die bestellte Leistung erfolgreich erbracht wird.

Bei einem Dienstvertrag bestimmt der Dienstleister ebenfalls freie Durchführung, Zeit und Ort seiner Dienstleistung. Ebenso wie beim Werkunternehmer sind die Angestellten nur dem Dienstleister gegenüber weisungsgebunden.

Der Dienstleister haftet allerdings nicht dafür, dass der Erfolg der Leistung eintritt. Vielmehr ist nur eine Tätigkeit an sich geschuldet (z.B. eine Beratungsleistung).

	Dienstvertrag (§611 BGB)	Werkvertrag (§ 631 BGB)
Gegenstand	Leistungen von Diensten	Erstellung eines Werkes
Kennzeichen	Nur die Tätigkeit ist geschuldet, kein Erfolg oder Ergebnis	Ein konkreter Erfolg ist geschuldet – die Erstellung des Werkes
Mitwirkung des Auftraggebers	Nein	Ja aber vertraglich zu regeln
Abnahme	Keine	Ja
Vergütung	Ist nach Leistung der Dienste zu entrichten, Beispiel Abrechnung nach „Time & Material“	Meist Festpreis, fällig mit Abnahme (§ 641 BGB)
Projektleitung	Beim Kunden, kein Weisungsrecht	Beim Lieferanten, kein Weisungsrecht

Ihr Arzt wird nicht dafür einstehen wollen, dass Sie wieder gesundwerden. Ebenso wenig möchte ein Strategieberater dafür haften, dass der Gewinn tatsächlich um 10 Prozent steigt. Als IT-Berater möchten Sie auch nicht dafür haften, wenn die Softwareapplikation ausfällt, für die Sie lediglich das Hochverfügbarkeitskonzept erstellt haben, aber keine Kontrolle über den laufenden Betrieb ausüben.

In der Praxis ist es manchmal etwas knifflig, die richtige Vertragsform zu wählen. Dann hilft eine strukturierte Entscheidungsfindung. Anhand einer Checkliste – wie in dem nachstehenden Beispiel – können Sie die Vertragssituation Schritt für Schritt untersuchen und Ihre Entscheidung auf ein stabiles Fundament stellen.

Sofern Sie die Fragen der Beispiel-Checkliste für Ihren Fall überwiegend mit Ja beantwortet haben, sollten Sie nochmals prüfen, ob ein Dienstvertrag die richtige Vertragsvariante für Sie und Ihr Vorhaben mit dem Freelancer ist. Das gilt insbesondere, wenn die Kriterien, die Sie bejaht haben, besonders wichtig für Sie sind.

Im umgekehrten Fall, also bei einer überwiegenden Anzahl von Verneinungen, ist ein Dienstleistungsvertrag mit dem Freelancer der Vertrag der Wahl für Ihr Vorhaben.



Mögliche Fragestellung zur Entscheidungsfindung	Ja	Nein
Projektziele auf Ebene der Ergebnistypen festgelegt? (Pflichtenheft, Abnahmeverfahren etc.)		
Umsetzungsrisiken bekannt/vorhanden?		
Fixtermine als kritischer Erfolgsfaktor? Kein eigenes Know-how?		
Kein eigener Projektleiter?		

— 04

Pauschalvergütung,

Festpreis, Aufwandsvergütung & Co.

04 Pauschalvergütung, Festpreis, Aufwandsvergütung & Co

Oscar Wilde hat mal gesagt:

„Als ich klein war, glaubte ich, Geld sei das wichtigste im Leben.
Heute, da ich alt bin, weiß ich: Es stimmt.“



Vielleicht ist das der Grund, warum Vergütungssysteme so vielseitig sind wie das Wirtschaftsleben selbst. Die Kreativität scheint bei der Honorargestaltung keine Grenzen zu kennen.

Neben Festpreisen werden oft Pauschalpreise pro Kopf, pro Einheit, pro Tag und pro Fall bezahlt. Die Vergütung erfolgt nach Aufwand oder entsprechend dem Erfolg.

Bei Verträgen mit Freelancern stehen meistens die Begriffe Pauschalvergütung, Festpreis und Time & Material (Aufwandsvergütung) im Raum.

Ob die Art der Vergütung für einen Dienstleistungsvertrag tatsächlich sinnvoll ist, hängt von den Umständen ab. Es ist jedoch eher eine wirtschaftliche Frage als eine rechtliche.

Grundsätzlich unterscheiden sich Vertragstypus und Vergütungsvereinbarung.

Einen Festpreisvertrag oder einen „Time and Material“-Vertrag suchen Sie im

Gesetz vergebens. Umso erstaunlicher ist es, dass Google in 0,20 Sekunden 9.680 Ergebnisse zum Stichwort „Festpreisvertrag“ und in 0,46 Sekunden

81.400 Ergebnisse zum Stichwort „Time and Material“-Vertrag findet.

Wird die Vergütung als Festpreis vereinbart, soll der Freelancer eine pauschale

Vergütung für seine Leistung erhalten. Dementsprechend wird er als ordentlicher Kaufmann einen Risikozuschlag auf seinen geschätzten Aufwand bei der Leistungserbringung kalkuliert haben. Schließlich kann immer etwas passieren.

Ein Festpreis kann daher für die ganze Leistung oder einen Teil nur kalkuliert (eher geschätzt) werden, wenn die Leistung gut bekannt oder die Umstände der Leistungserbringung gut greifbar sind.

Ein Festpreis ist also eine pauschale Vergütung. Diese kann grundsätzlich auch bei Dienstleistungen vereinbart werden. Beispiele dafür sind z.B. die mobile Flatrate oder die monatliche Vergütung für das Hosting des Webshops.

Eine Alternative zum Festpreis ist die Vergütung nach „Time and Material“, also nach Aufwand. Dafür werden Stunden- oder Tagessätze mit dem Freelancer vereinbart und

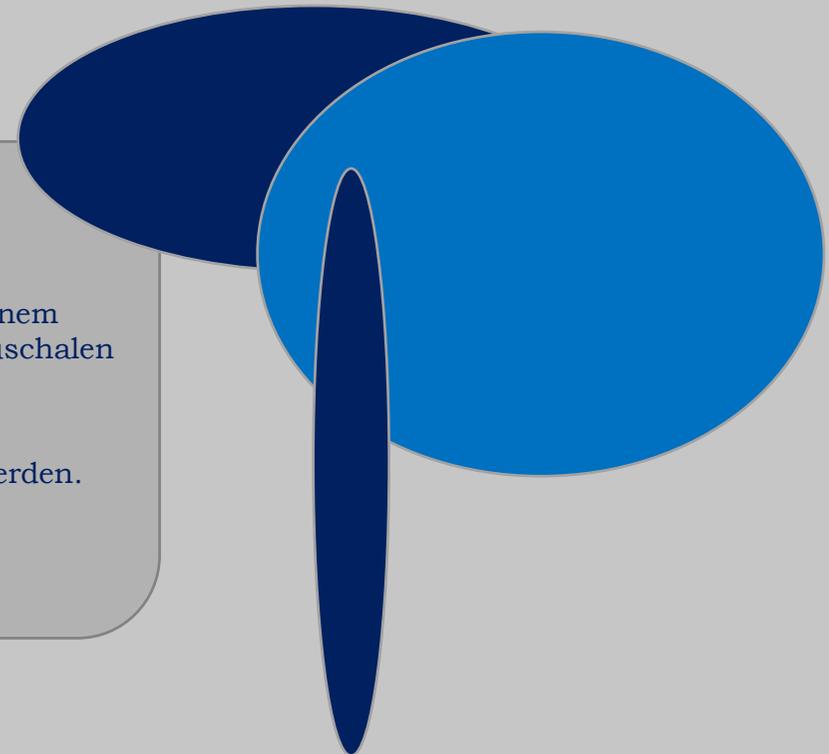
entsprechend der tatsächlich angefallenen Menge berechnet. Und natürlich finden sich auch Mischformen, z.B. der echte Tagessatz auf Basis von 8 Stunden, der sich bei einer Mehrleistung nicht erhöht aber unter 8 Stunden anteilig abgerechnet wird, oder die Vergütung auf Basis von Tickets bei Verträgen für First-Level-Support.

Welche Vergütungsart also für die Leistung Ihres Freelancers die richtige ist, hängt maßgeblich von den Umständen ab. Letztlich liegt es an Ihnen und dem Freelancer, welche Anreize Sie schaffen und wie Sie die Leistung steuern wollen. Viele Unternehmen folgen dabei dem Grundsatz „Erst Leistung, dann Geld“, der sich oft in der Praxis bewährt hat.]

Merke

Ein Festpreis ist eine Preisvereinbarung und keine Vertragsart. Unter einem sog. „Festpreis“ wird in der Praxis häufig ein Werkvertrag mit einem pauschalen Preis zur Erstellung eines bestimmten Werkes verstanden, z.B. schlüsselfertiges Bauen des Traumhauses.

Auch Dienstleistungen können zu einem pauschalen Preis angeboten werden. Beispiel: die monatliche Flatrate beim Mobil3funkvertrag.



— 05

Haben Freiberufler
einen Urlaubsanspruch?

05 Haben Freiberufler einen Urlaubsanspruch?

Selbstverständlich dürfen Freiberufler Urlaub machen. Und irgendwie bezahlen Sie als Kunde auch dafür. Denn schließlich ist der Umsatz mit Ihnen grundsätzlich so kalkuliert, dass der Freiberufler sowohl die Kosten für den Urlaub als auch seinen Verdienstausschlag während des Urlaubs damit kompensieren kann. Das gebietet schon die kaufmännische Sorgfalt. Schließlich ist der Freiberufler selbst seine wichtigste Ressource, mit der er sorgsam umgehen sollte. Er benötigt Zeit, um zu regenerieren. Die Planung, wann er Urlaub nimmt, obliegt ihm jedoch selbst. Eine Genehmigung durch den Auftraggeber darf daher nicht erfolgen.



— 06

Ist die Vorgabe
von festen Arbeitszeiten
möglich?

06 Ist die Vorgabe von festen Arbeitszeiten möglich?

Immer wieder führt die Frage, ob einem Freelancer Arbeitszeiten fest vorgegeben werden können, zu kontroversen Diskussionen. Denn die Vorgabe der Arbeitszeit rückt den Freelancer sehr in die Nähe eines Angestellten. Im nächsten Schritt fällt es dann leicht, Indizien für eine disziplinarische Weisung zu finden und die Gefahr einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung steht im Raum.

Daher ist ein sensibler Umgang mit dem Thema wichtig. Natürlich ist es grundsätzlich möglich, bestimmte Arbeitszeiten oder Arbeitsorte mit dem Freelancer zu vereinbaren. Diese Vereinbarung muss aber immer im direkten Zusammenhang mit der Leistung stehen.

Bei einem Artisten kann man verlangen, dass er zu den Vorstellungenzeiten im Zirkuszelt anwesend ist⁸. Der IT-Berater muss zur Teilnahme an Projektbesprechungen und zum Aufbau der Beziehungen beim Projektteam oder beim Auftraggeber anwesend sein, sofern die Leistungserbringung dies erfordert. Dagegen dürfte es rechtlich nur schwer darstellbar sein, dass ohne weiteren sachlichen Grund, der in der Leistung verankert ist, die Anwesenheit vor Ort verlangt wird.

Nach alledem ist die Beschreibung der Leistung und der daraus abgeleiteten besonderen Leistungspflichten ein wichtiger Bestandteil im Vertrag mit dem Freelancer.



— 07

Ist der Verstoß gegen die
Datenschutzbestimmungen als Mangel
anzulegen?

06 Ist der Verstoß gegen die Datenschutzbestimmung als Mangel auszulegen?

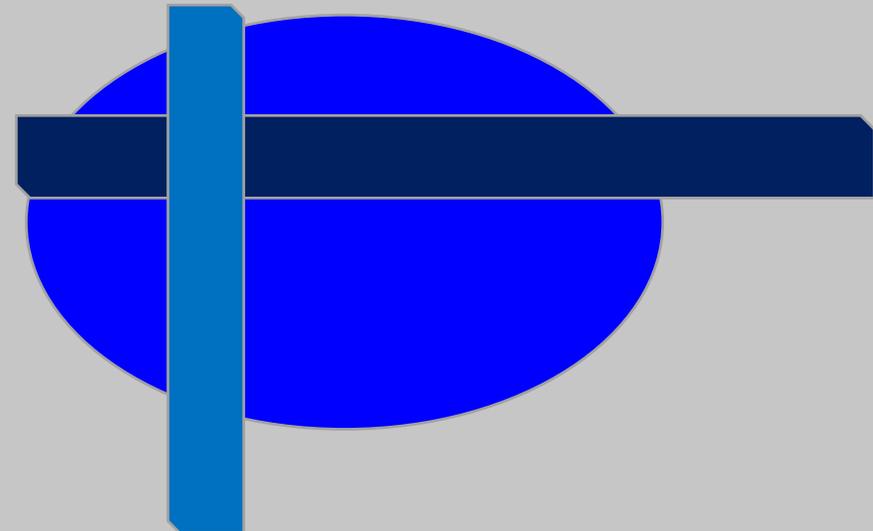
Der Schutz personenbezogener Daten ist für Unternehmen schon lange ein wichtiges Thema.

Seit dem Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) im Mai 2018 sind Unternehmen verpflichtet, die Daten ihrer Nutzer zu schützen. Neben den rechtlichen Anforderungen müssen Unternehmen auch technische Maßnahmen ergreifen, um den Datenschutz zu gewährleisten. Dabei spielen die Prinzipien „Privacy by Design“ und „Privacy by Default“ eine wichtige Rolle.

Das Prinzip „Privacy by Design“ umfasst den Datenschutz durch Technikgestaltung. Danach müssen Softwarelösungen, wie z.B. eine Webseite, mit dem Vorsatz entwickelt werden, die für ihren Betrieb notwendigen Daten so gut es geht zu schützen.

Das Prinzip „Privacy by Default“ umfasst hingegen den Datenschutz durch datenschutzfreundliche Voreinstellungen. Das bedeutet für Unternehmen, dass diese datenschutzfreundlichen Einstellungen den Vorrang geben müssen und nicht mehr so leicht durch entsprechende Voreinstellungen an personenbezogenen Daten gelangen können.

Auch bei der Beauftragung eines Freelancers zur Erstellung einer Individualsoftware im Rahmen eines Werkvertrags müssen die datenschutzrechtlichen Bestimmungen beachtet werden. Wenn der Freelancer die Software nicht unter den o.g. Grundsätzen erstellt und das Ergebnis nicht den Datenschutzgrundsätzen entspricht, kann dies als Mangel gemäß § 633 BGB angesehen werden, insbesondere wenn die Datenschutzkonformität eine vereinbarte Eigenschaft darstellt. Bei einem Werkvertrag muss der Freelancer den Mangel dann kostenfrei beseitigen.



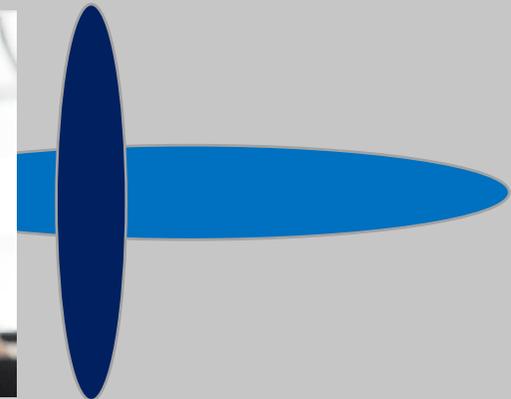
— 08

Wie können das Sourcing von
Freelancern und Compliance
ausbalanciert werden?

08 Wie können das Sourcing von Freelancern und Compliance ausbalanciert werden?

In den letzten Jahren hat sich die Beschaffung von Freelancern zusehends professionalisiert – wohl auch wegen der Unsicherheiten hinsichtlich Scheinselbständigkeit und rechtswidriger Arbeitnehmerüberlassung.

In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass die Einrichtung eines Compliance- Management- Systems der Sorgfaltspflicht von Vorständen und Geschäftsführern, insbesondere der Legalitätspflicht, entspringt.⁹ Ein professionell eingerichtetes und betriebenes Compliance Framework begrenzt die zivil- und strafrechtliche Haftung. Daher sollte ein solches Compliance Framework auch die Zusammenarbeit mit externen ganzheitlich abdecken.



Im Rahmen einer Fit-Gap-Analyse würde dabei zunächst das Compliance Framework für das Sourcing von Freelancern etabliert werden. Später wird es stetig mit neuen Erkenntnissen optimiert. Alle Beteiligten sollten regelmäßig auf die Problemfelder und Maßnahmen sensibilisiert werden. Im Rahmen des Beschaffungsprozesses werden dann Experten gesucht und ausgewählt. Sofern im laufenden Monitoring Ungewöhnliches auffällt, werden die definierten Maßnahmen zur Steuerung der Risiken umgesetzt. Zusätzlich kann die Hinweisgeber-Stelle als Informationsquelle eingebunden werden. So setzt das Compliance Framework eine effektive Risikosteuerung in einem weiterhin unsicheren Bereich um und bringt dadurch Rechtssicherheit.

— 09

Die BIG FIVE für Gelassenheit bei
Verträgen mit Freelancer

09 Die BIG FIVE für Gelassenheit Bei Verträgen mit Freelancern

Wenn Sie Dienstleistungsverträge mit Freelancern schließen möchten, sollten Sie als „good practice“ fünf wesentliche Punkte bedenken:

1

Beschreiben Sie die vertragliche Leistung möglichst konkret, sodass kein Raum für eine weitere Konkretisierung durch Weisung verbleibt

2

Verdeutlichen Sie sich die Risikostrukturen für Ihr Unternehmen und wählen Sie dementsprechend die richtige Vertragsart.

3

Treffen Sie klare Vereinbarungen zu Zusammenarbeit, Mitwirkungen, Beistellungen, Risikoverteilung, Weisung und Leistungsqualität.

4

Schulen Sie die Führungskräfte/ Projektleiter hinsichtlich der Abgrenzung zur Arbeitnehmerüberlassung und prüfen Sie die tatsächliche Umsetzung des Vertrages als Dienstleistungsverträge beziehungsweise

5

Achten Sie auf Grenzbereiche und Scheinselbständigkeit.

Zögern Sie nicht, sich grundsätzlich bei Fragen oder offenen Punkten bei dem vermittelnden Personaldienstleister zu erkundigen, falls beteiligt, oder sich im Einzelfall durch einen Anwalt juristisch beraten zu lassen. Sofern Sie mit Ihrem Freelancer alle Aspekte im Detail besprochen und sich zufriedenstellend darüber verständigt haben. Sind zwei Punkte sicher: Sie haben den richtigen Freelancer für Ihr Projekt gefunden und können gelassen in die Zukunft blicken. Jetzt gilt es, das Projekt entsprechend dem Vertrag erfolgreich umzusetzen.

Impressum

Herausgeber
N.O.C Engineering GmbH
Max-Planck-Straße 11
78052 Villingen-Schwenningen, DE

Fon: +49 7721 40 60 9-0
Fax: +49 7721 40 60 9-29

E-Mail: info@noc-engineering.de
www.noc-engineering.de

