



IT-Consulting und Management

5 Rechtliche und vertragliche Rahmenbedingungen

Prof. Dr. Holger Märtens

Urheberrechtlicher Hinweis

- Die vorlesungsbegleitenden Unterlagen sind ausschließlich zur persönlichen Nutzung durch die an der Lehrveranstaltung teilnehmenden Studierenden bestimmt. Eine darüber hinausgehende Nutzung, z.B. die Veröffentlichung, Vervielfältigung oder Verbreitung, ist nicht gestattet.
- Strikt verboten ist insbesondere die Einstellung von vorlesungsbegleitenden Unterlagen in einschlägige Internetportale wie *Studocu* sowie die Verbreitung über soziale Netzwerke oder Instant-Messenger-Dienste. Es wird darauf hingewiesen, dass die Betreiber von Portalen und/oder Instant-Messenger-Diensten in derartigen Fällen gegenüber der Urheberin oder dem Urheber zur Preisgabe der Identität der Nutzerin oder des Nutzers verpflichtet sind.
- Jede Zuwiderhandlung stellt einen erheblichen Verstoß gegen urheberrechtliche Vorschriften dar. Ferner werden Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche der Urheberin oder des Urhebers ausgelöst.
- Sollten sich in den Vorlesungsunterlagen wiederum Inhalte anderer Urheber finden, die der oder die Lehrende zur Veranschaulichung der Lehrinhalte gem. § 60a des Urheberrechtsgesetzes hineinnehmen darf, löst die Veröffentlichung im Internet zusätzliche Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche der weiteren Urheber aus, da eine Zugänglichmachung derartiger Inhalte an einen unbestimmten Personenkreis nicht durch § 60a UrhG abgedeckt ist.

Struktur der Veranstaltung



5 Rechtliche und vertragliche Rahmenbedingungen



5.1 Grundlegende Vertragsmodelle

5.2 Vergütung von IT-Beratungsleistungen

5.3 Hinweise zur Vertragsgestaltung

5.4 Rechtliche Risiken

Literatur

5.1 Grundlegende Vertragsmodelle

Dienstvertrag vs. Werkvertrag

	Dienstvertrag § 611 ff. BGB	Werkvertrag § 631 ff. BGB
Gegenstand	Leistung von Diensten (Arbeit)	Herstellung eines körperlichen oder unkörperlichen Werks
Kennzeichen	tätigkeitsbezogen	erfolgsbezogen (§ 631 Abs. 2)
Beispiele	<ul style="list-style-type: none">• Beratung und Unterstützung, z.B. bei Erstellung eines Pflichtenhefts• Supportleistungen (Hotline)• Schulung	<ul style="list-style-type: none">• Erstellung eines Pflichtenhefts• Software-Erstellung oder Anpassung• Implementierung• Erstellung eines Pflichtenhefts
Vergütung	i.d.R. nach Aufwand, laufend zu entrichten	<ul style="list-style-type: none">• i.d.R. Festvergütung, fällig mit Abnahme (§ 641)• Anspruch auf Abschlagszahlungen (§ 632a)
Abnahme	nicht erforderlich	(Haupt-)Pflicht des Auftraggebers (§ 640)

Dienstvertrag vs. Werkvertrag

	Dienstvertrag § 611 ff. BGB	Werkvertrag § 631 ff. BGB
Mitwirkung des Auftraggebers	grundsätzlich nicht geschuldet	Obliegenheit, § 642 BGB
Rechtsfolgen bei Mängeln	<ul style="list-style-type: none">• keine Sachmängelgewährleistung• Schadensersatz nach allgemeinen Regeln (§ 280)• ordentliche Kündigung (§ 621)• außerordentliche Kündigung (§ 626)	<ul style="list-style-type: none">• Sachmängelgewährleistung inkl. Schadensersatz (§ 634)• freie Kündigung (§ 649)• ggf. außerordentliche Kündigung (§ 314)
Vertragsdauer und Beendigung	Dauerschuldverhältnis: <ul style="list-style-type: none">• auf bestimmte Zeit (§ 620 Abs. 1)• auf unbestimmte Zeit (§ 620 Abs. 2)• außerordentliche Kündigung möglich (§ 626)	bis zur Vollendung des Werks: <ul style="list-style-type: none">• Kündigungsrecht des Auftraggebers (§ 649)• Kündigungsrecht des Beraters (§ 642)• außerordentliche Kündigung möglich (§ 314)

[Quelle: Schneider-Brodthmann 2007, S. 25 ff.]

Dienstvertrag vs. Werkvertrag

Dienstvertrag	Werkvertrag
geschuldet wird Tätigkeit selbst	geschuldet wird Ergebnis der Tätigkeit
v.a. für Aufgaben von unklarer Komplexität und Aufwand	v.a. für klar abgegrenzte Aufgaben mit gut abschätzbarem Aufwand
Erfolgsrisiko v.a. beim Auftraggeber	Erfolgsrisiko v.a. beim Auftragnehmer
Auftraggeber kann steuernd eingreifen	Auftragnehmer arbeitet weitgehend autark
Zielstellungen/Aufgaben können im Verlauf einfach geändert werden (z.B. bei neuem Wissensstand/Erkenntnisgewinn)	Zieländerungen nur durch CR-Prozess (Change Request); i.d.R. Auswirkungen auf Kosten, Termine, Leistungsbeschreibung, ...
häufig gemischte Beauftragung für unterschiedliche Gewerke eines Gesamtprojekts	
vor Gericht: Feststellung der Vertragsform nach tatsächlicher inhaltlicher Gestaltung, nicht nach Bezeichnung	

Aufwandsbezogene vs. Festpreisvergütung

Preis nach Aufwand (Time & Material, T&M)	Festpreis
bevorzugt (nicht immer!) bei Dienstvertrag	bevorzugt (nicht immer!) bei Werkvertrag
Kostenrisiko v.a. beim Auftraggeber	Kostenrisiko v.a. beim Auftragnehmer
kein Risikopuffer im Preis	Risiko in Preis einkalkuliert
bei günstigem Verlauf: Kostenersparnis	bei günstigem Verlauf: Zusatzprofit
häufig gemischte Beauftragung für unterschiedliche Gewerke eines Gesamtprojekts	

- Für Auftragnehmer nivellieren sich die Festpreisrisiken bei einer größeren Anzahl von Projekten (solide Kalkulation vorausgesetzt).
- Hat der Träger von Erfolgs- und Kostenrisiken auch vorrangigen Einfluss auf die Risiken?
- Viele Kunden schätzen die Planbarkeit von Festpreis-Werkverträgen (auch für interne Budget- und Terminplanung) und nehmen dafür Risikoaufschläge in Kauf. Sie möchten aber auch gerne Einfluss auf dem Projektverlauf nehmen können. → Konfliktpotential

Aufwandsbezogene vs. Festpreisvergütung

Leistungen/Preiselemente	Preisgestaltungsmodelle			
Realisierung z. B. <ul style="list-style-type: none"> • Entwicklung • Customizing • Modifikationen • Installation 	Festpreis	Festpreis	Festpreis	Nach Aufwand
Dienstleistungen z. B. <ul style="list-style-type: none"> • Einführungsberatung • Schulungen • SW-/Hardware-Auswahl • Projektcontrolling 		Nach Aufwand mit Obergrenzen	Nach Aufwand ohne Obergrenzen	
Ausgaben (Expenses) z. B. <ul style="list-style-type: none"> • Reisekosten • Spesen • Kommunikationskosten • Externe Dienstleistungen 				

[Quelle: in Anlehnung an Niedereichholz 2010, S. 277]

Varianten der Preismodelle

Diverse alternative Modelle, hier nur Beispiele:

- Vergütung nach Aufwand mit Obergrenze
 - Ansatz zur Risikoteilung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer
 - kein oder nur geringer Risikoaufschlag
 - jedoch wenig Motivation für Dienstleister, Obergrenze zu unterschreiten (wie bei T&M)
- Zielpreismodell
 - vereinbart wird ein Zielpreis auf Basis einer qualifizierten Aufwands- und Risikoabschätzung
 - offengelegt durch Auftragnehmer und gemeinsam verabschiedet
 - vergütet wird nach tatsächlichem Aufwand, aber
 - Aufwände oberhalb des Zieles mit geringerem Stunden-/Tagessatz (z.B. 75 % des Normalsatzes)
 - bei Unterschreitung des Ziels Bonuszahlungen (z.B. 50 % der Ersparnis)
 - Teilung von Risiken und Chancen
 - Motivation für Auftragnehmer, Aufwände gering zu halten
 - basiert auf gegenseitigem Vertrauen und fördert dieses zugleich

Verbreitung der Vertragsmodelle

DIE MEHRHEIT DER PROJEKTE WIRD ÜBER DIENSTVERTRÄGE ABGEWICKELT

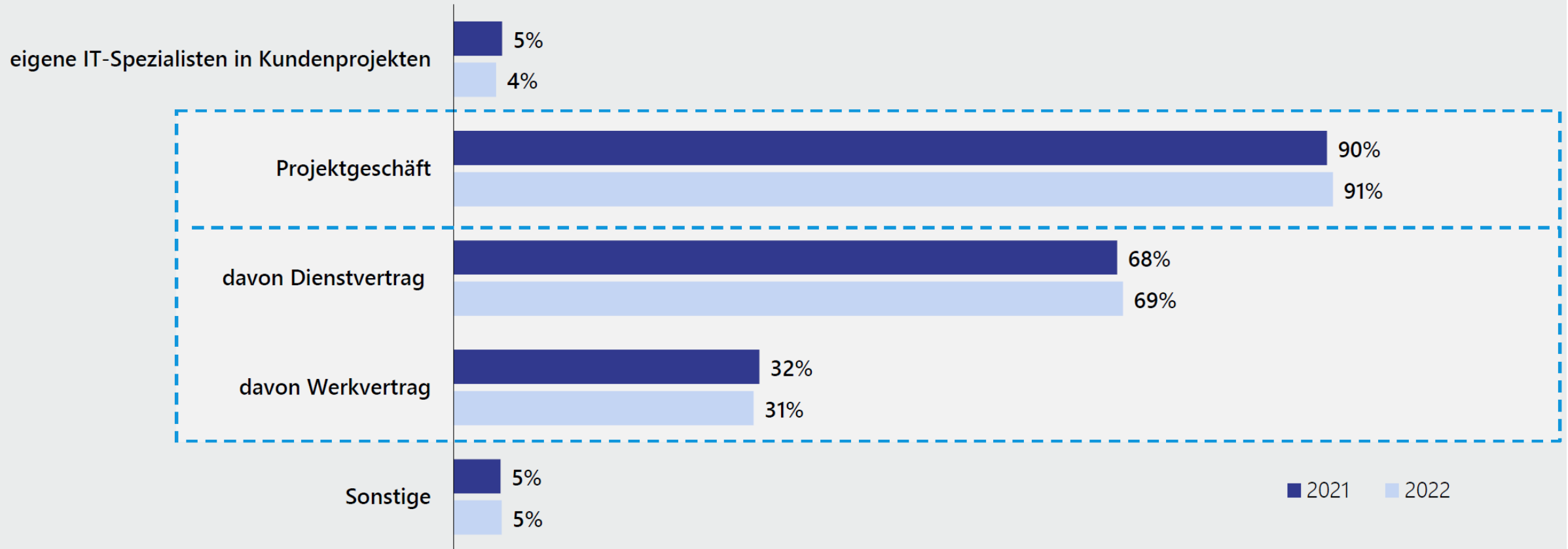


Abb. 19: Frage: Wie viel Prozent der Umsätze erzielte Ihr Unternehmen in 2021 mit folgenden Vertragsarten?; Alle Teilnehmer; Mittelwerte; n = 51

Verbreitung der Preismodelle

TIME AND MATERIAL BLEIBT WICHTIGSTES ZUSAMMENARBEITSMODELL,
UNTERNEHMEN WOLLEN ABER MEHR AGILE VERGÜTUNGSMETHODEN NUTZEN

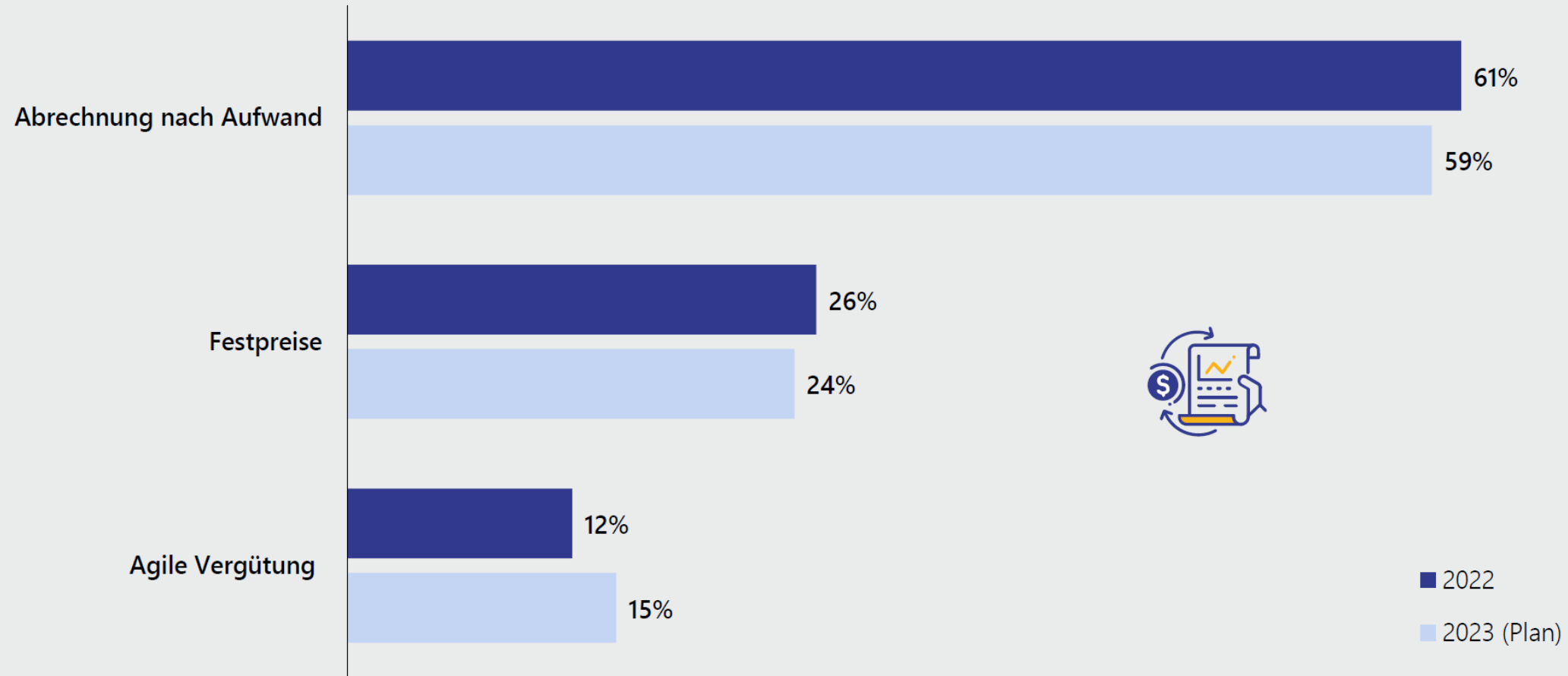


Abb. 24: Frage: Welche Vergütungsmodelle kommen bei Kundenprojekten in Ihrem Unternehmen zum Einsatz? Anteile in Prozent vom Umsatz; Alle Teilnehmer; Mittelwerte; n = 67

Agile Festpreisverträge

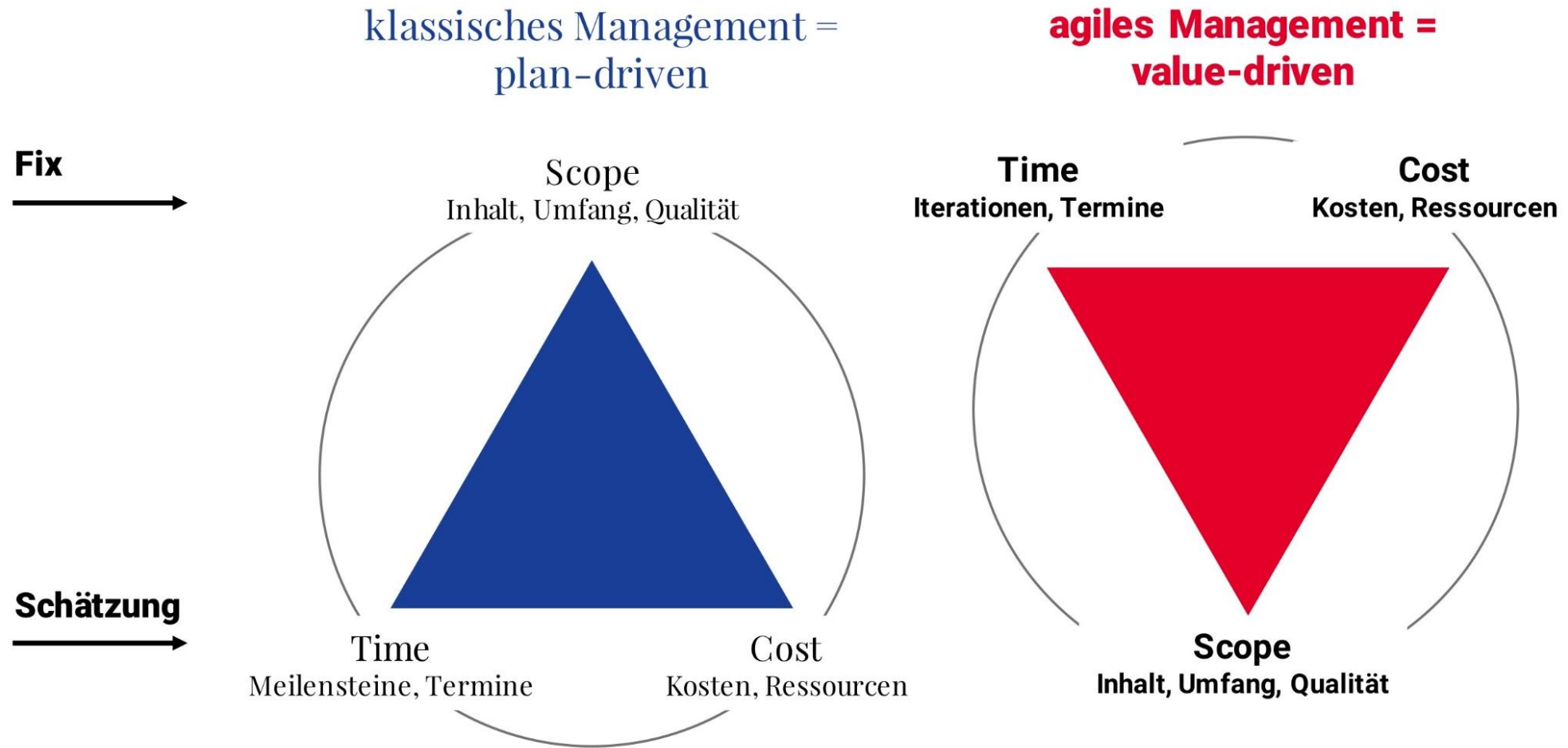
Mismatch zwischen Festpreis-Werkverträgen und agiler Softwareentwicklung:

Festpreis-Werkvertrag	Agiles Projektmanagement
versucht Planungssicherheit zu schaffen bzgl. Zeit, Kosten und Ergebnis des Projekts	akzeptiert Unsicherheit und macht sie zu einem Element des Planungsvorgehens
erfordert detaillierte Vorausplanung über gesamten Projektumfang/-laufzeit	verzichtet auf Detailplanung für zeitlich entfernt liegende Aufgaben
führt zu Schwierigkeiten, wenn Annahmen oder Erwartungen nicht zutreffen oder das Umfeld sich im Projektverlauf ändert	kann sich leicht an geänderte Voraussetzungen anpassen (Teil des normalen Prozesses)

- Problem: viele (v.a. größere) Unternehmen tun sich schwer mit konsequenter Agilität und verlangen immer noch die Planungssicherheit von Festpreis-Werkverträgen auch in Software- oder sonstigen IT-Projekten, z.B. zum Zwecke der Budgetplanung
- in agilen Projekten können zwar Zeit und Kosten fixiert werden, aber nicht zugleich der Umfang

Agile Festpreisverträge

In agilen Projekten kehrt sich das „magische Dreieck“ um:



Agile Festpreisverträge

Time-&-Material-Verträge als bessere Wahl für (agile) Softwareprojekte?

- keine Ergebnisorientierung des Vertragskonstrukts (Business Value)
 - konkrete Leistungszusagen schwierig einzuarbeiten
 - bezahlt wird Zeit statt Leistung
- geringe Motivation des Anbieters zu Effizienz und Transparenz
 - langjährige vertrauensvolle Zusammenarbeit wird seltener
 - starker Anreiz, sich unentbehrlich zu machen und Aufträge in die Länge zu ziehen
- Kontrolle durch Auftraggeber schwierig und aufwendig
 - durch Kompetenzvorsprung des Dienstleisters und „Knowledge Hiding“
 - hohe Verantwortung für kundenseitigen Projektleiter
 - übermäßige Dokumentationspflichten fressen Arbeitszeit

Agile Festpreisverträge nach Opelt et al.

Ziele:

- Initialaufwände für Detailspezifikation werden zeitlich verteilt
 - ermöglicht schnellen Projektstart
 - unterstützt kurzfristige Verfeinerung der Anforderungen
 - vereinfacht Umgang mit Scope-Änderungen
 - ermöglicht Berücksichtigung bisheriger Erfahrungen bei Ausarbeitung und Umsetzung jeweils weiterer Detailanforderungen
 - reduziert Wissensverfall
- Änderungen im Projektscope zulässig ohne Mehrkosten („Exchange for free“), aber neue Anforderungen nur im Austausch gegen andere
- vertraglich vereinbartes Vorgehen zur gemeinsamen Aufwandschätzung und zielgerichteten Steuerung
- Förderung der Projektmotivation aller Beteiligten

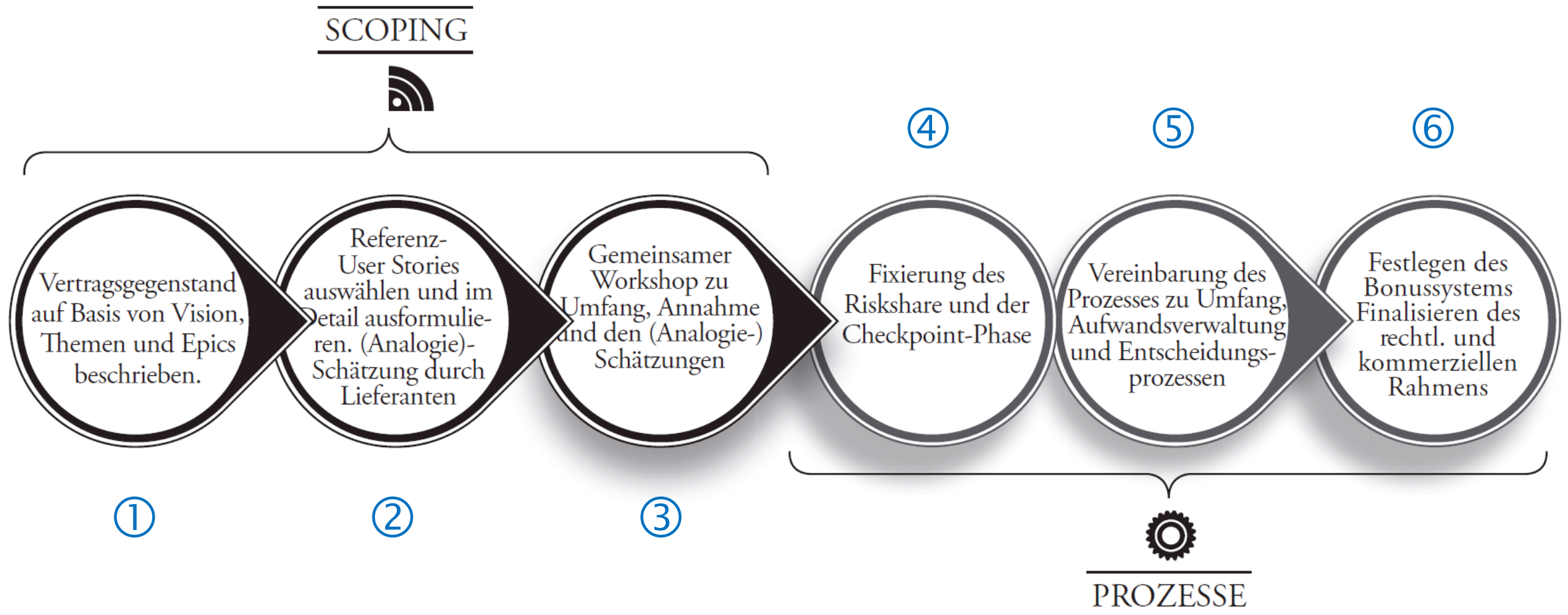
Agile Festpreisverträge nach Opelt et al.

Kernelemente:

- Definition des Vertragsgegenstands in Form einer etwas detaillierteren Vision (Epics)
- Festlegung der Aufwände auf Basis von Referenz-User-Stories
- Checkpoint-Phase, um die Hypothese zu verifizieren, auf der die Kooperation und das Projekt aufsetzen
- Kooperationsmodell, in dem Leistung und Zusammenarbeit zählen, ein Ausstieg aus dem Projekt einfach möglich ist und keinerlei fixe Bindung der Vertragsparteien besteht
- Scope-Governance-Prozess
- Scope-Eskalationsprozess
- Faktoren, um die Motivation weiter zu erhöhen

Agile Festpreisverträge nach Opelt et al.

Scoping und Prozessdefinition für den Agilen Festpreisvertrag:



Agile Festpreisverträge nach Opelt et al.

Schritte zur Entwicklung des Agilen Festpreisvertrags:

0. Vorbereitung für gemeinsames Verständnis

- Einführung des Kunden in agile Methoden und Konzepte, u.a. User Stories und Increments
- erste Umschreibung von Produktvision, wesentlichen Eigenschaften, wichtigsten Epics
- Durchführung eines Design-Sprints (Mockup, „Klickdummy“ für zentrale Funktionen)

1. Definition des Vertragsgegenstands

- Definition von zu lösendem Problem, Produktvision und Business Value
- Konkretisierung der Vision in Themes und Epics (nicht: einzelne User Stories)
- geringer Detailgrad, aber vollständiger Inhalt (Breite statt Tiefe)

2. Detailspezifikation exemplarischer Referenz-User-Stories

- Auswahl eines repräsentativen Epics und Auflistung aller enthaltenen User Stories
- Schätzung von Aufwand und Komplexität in Story Points (z.B. Planning Poker)

Agile Festpreisverträge nach Opelt et al.

3. Workshop zum Gesamtscope

- Erläuterung und Diskussion der Referenzschätzung aus Schritt 2
- Analogieschätzung der übrigen Epics in Relation zur Referenz (+ Plausibilisierung)
- empfohlen: ergänzende Schätzung von Business Value und Risiko pro Epic
- Aufwandsschätzung der Stories auf Referenz-Epic → Umrechnungsfaktor SP – PT (€)
 - Initialwert, wird später anhand gemessener Velocity korrigiert
- Bestimmung eines Sicherheitsaufschlags (nach Komplexität, Wissensstand, Expertise ...)
- Festlegung eines Maximalpreises („echter Festpreis“) für Gesamtprojekt

4. Riskshare, Checkpoint-Phase und Ausstiegspunkte

- Riskshare: Einigung auf Risikoteilung für Mehraufwände (0 – 100 % zwischen AG und AN)
- Checkpoint-Phase: Vereinbarung eines Zeitraums (ca. 2 – 5 Sprints), in denen der Projektverlauf beobachtet und anschließend bewertet wird
 - am Checkpoint ggf. Anpassung von Vertragsgegenstand und/oder Maximalpreis
- Ausstiegspunkte: erstmals nach Checkpoint, dann z.B. regelmäßig nach fester Anzahl Sprints

Agile Festpreisverträge nach Opelt et al.

5. Vereinbarung zur Scope-Governance

- Festlegungen zur Steuerung des Projektinhalts
- Rollen/Gremien:
 - Projektmanager (Kunde) + Product Owner (Lieferant) als verantwortliche Ansprechpartner
 - Scope Steering Group aus Projektmanager, Product Owner + Entscheidungsträger beider Parteien
 - Executive Steering Group: ähnliche Zusammensetzung auf Managementebene (Aufsichtsgremium)
 - unabhängige Gutachterinstanz für mögliche Streitigkeiten
- Scope-Governance-Prozess und Scope-Eskalationsprozess

6. Übergang vom Kooperationsmodell zum Motivationsmodell

- Vereinbarung von Effizienzanreizen
 - z.B. Aufteilung von Einsparungen, Messung und Honorierung von Effizienzsteigerungen
- regelmäßige Prüfung/Anpassung von Umfang bzw. Preis pro Story Point

5.2 Vergütung von IT-Beratungsleistungen

Vergütungssätze bei IT-Dienstleistern

SOWOHL STEIGENDE HONORARSÄTZE ALS AUCH PREISERHÖHUNGEN

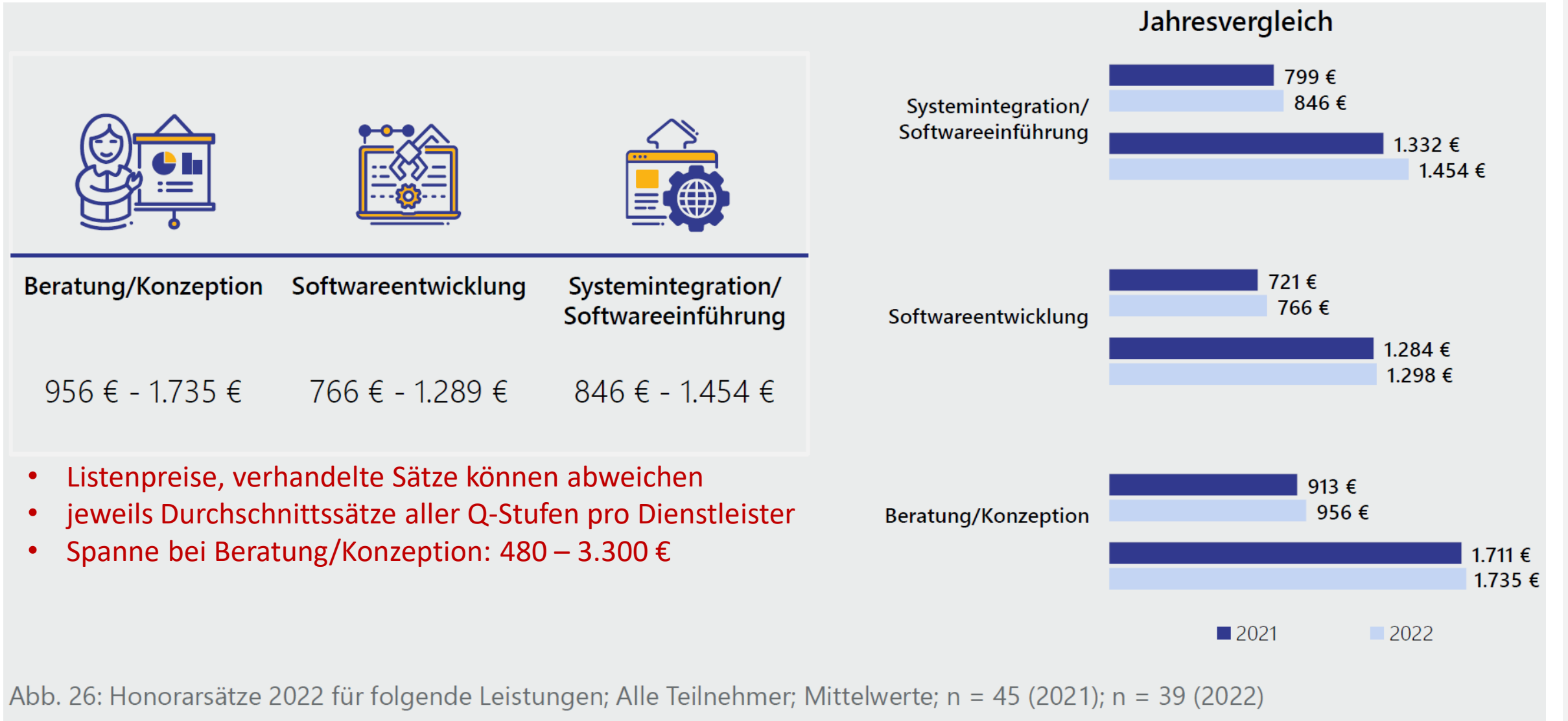
2022:	82 %	aller Unternehmen haben eine Preiserhöhung vorgenommen. Die Preiserhöhung lag durchschnittlich bei	4,7 %
2023:	87 %	aller Unternehmen haben eine Preiserhöhung geplant. Die Preiserhöhung liegt durchschnittlich bei	5,8 %

Von den Preiserhöhungen betroffene Themen & Bereiche:



Abb. 25: Frage 1: Hat Ihr Unternehmen Preiserhöhungen vorgenommen bzw. sind welche geplant? Alle Teilnehmer; Mittelwerte; n = 51;
Frage 2: Wenn ja, bei welchen Themen und Leistungen? Alle Teilnehmer; n = 44

Vergütungssätze bei IT-Beratungen/Systemintegratoren



Vergütungssätze bei Unternehmensberatungen

Zum Vergleich: Tagessätze im Bereich Unternehmensberatung (2022)



Hinter den durchschnittlich vereinbarten Honorarhöhen der Consultingfirmen verbirgt sich allerdings naturgemäß eine **große Spanne** an Tagessätzen. Dabei fließt eine Vielzahl von Einflussfaktoren wie die **Komplexität** des Beratungsprojektes, Größe der Unternehmensberatung oder der **Beratungsschwerpunkt** ein.

Die hieraus resultierende Bandbreite der Honorare, die für die Hierarchieebene **Junior-Consultant** in der Regel berechnet werden, reicht beispielsweise von **750 Euro** bis **2.200 Euro**. Für einen **Projektleiter** variiert der Tagessatz zwischen **900 Euro** und **2.700 Euro**. Für alle Kategorien gilt: **In Ausnahmefällen kann der mit den Kunden vereinbarte Tagessatz außerhalb dieser Bandbreite liegen.**

 **+ 2,7 %** Durchschnittliche Entwicklung der Tagessätze im Jahr 2022

 **+ 4,1 %** Prognostizierte Entwicklung der Tagessätze für 2023

Vergütungssätze bei Unternehmensberatungen

Weitere Vergütungskonditionen

Reise- und Nebenkosten



21 %

der Unternehmen haben
ihre Reisekosten bereits
im Tagessatz enthalten



48 %

der Unternehmen
haben Reisezeiten bereits
im Tagessatz enthalten

13 % beträgt der durchschnittliche Abschlag
für Remote-Tagessätze

5.3 Hinweise zur Vertragsgestaltung

Gestaltung von Dienstleistungsverträgen

Neben eigentlichen Vertragsinhalten ist eine Vielzahl von Fragen zu regeln, z.B.:

- Rechte und Pflichten beider Parteien
- Aufgabenverteilungen, Mitwirkungs-/Beistellungspflichten
- personelle Fragen
- Umgang mit Änderungswünschen
- Datenschutz und Vertraulichkeit
- Schutz- und Nutzungsrechte
- Vergütung und Zahlungsmodalitäten
- Umgang mit Versäumnissen
- Haftung und Gewährleistung

Ziele bei der Vertragsgestaltung sind u.a.:

- Herstellung einer soliden Arbeitsgrundlage
- einvernehmliche Berücksichtigung gegensätzlicher Interessen
- Vermeidung von (juristischen) Streitigkeiten
- Vermeidung unnötiger Aufwände
- Sicherung des Projekterfolgs
- Begünstigung nachhaltiger Geschäftsbeziehungen

Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)

ABG regeln allgemeine Vertragsinhalte, die nicht individuell vereinbart werden sollen/müssen

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)

§ 305 Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Vertrag

(1) Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrags bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat. Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind.

(2) Allgemeine Geschäftsbedingungen werden nur dann Bestandteil eines Vertrags, wenn der Verwender bei Vertragsschluss

1. die andere Vertragspartei ausdrücklich oder, wenn ein ausdrücklicher Hinweis wegen der Art des Vertragsschlusses nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich ist, durch deutlich sichtbaren Aushang am Ort des Vertragsschlusses auf sie hinweist und
2. der anderen Vertragspartei die Möglichkeit verschafft, in zumutbarer Weise, die auch eine für den Verwender erkennbare körperliche Behinderung der anderen Vertragspartei angemessen berücksichtigt, von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen,

und wenn die andere Vertragspartei mit ihrer Geltung einverstanden ist.

(3) Die Vertragsparteien können für eine bestimmte Art von Rechtsgeschäften die Geltung bestimmter Allgemeiner Geschäftsbedingungen unter Beachtung der in Absatz 2 bezeichneten Erfordernisse im Voraus vereinbaren.

§ 305b Vorrang der Individualabrede

Individuelle Vertragsabreden haben Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

Bonusaufgabe 3: Gestaltung von IT-Projektverträgen

Erarbeiten Sie sich die Ihnen zugewiesenen Abschnitte der Bitkom-Quelle „*Praxishilfe Ausgewogene Vertragskonzepte*“ (siehe Literaturliste; auch bereitgestellt in Moodle).

- Arbeit im Rahmen der eingeteilten Gruppen
- Stellen Sie die wesentlichen Inhalte den übrigen Teilnehmer:innen vor:
 - Erörtern Sie jeweils die Problemstellung und Rahmenbedingungen, die Interessen von Kunden und Anbietern sowie die resultierenden Empfehlungen für Vertragsformeln. Dabei sind die inhaltlichen Gedanken wichtiger als der exakte Wortlaut.
 - Wesentliches Ziel ist die verständliche Aufbereitung der zentralen Aspekte für Nichtjuristen. Soweit notwendig, schlagen Sie hierfür juristische Fachbegriffe im Internet nach, um sie ihren Kommiliton:innen erläutern zu können.
- erwartete Ergebnisse:
 - folienunterstützte Präsentation vor der Gruppe (ca. 10 Minuten)
 - kein Copy & Paste (außer ggf. für Vertragsformeln)
 - Upload der Folien bis spätestens morgen (19.12.2023)
- Klausurbonus: bis zu 4 Prozentpunkte
 - Feedback/Bewertung erfolgt schriftlich

Selbststudium: Gestaltung von IT-Projektverträgen

Selbststudium:

- Erarbeiten Sie sich selbstständig die übrigen Abschnitte der Bitkom-Quelle „*Praxishilfe Ausgewogene Vertragskonzepte*“ (siehe Literaturliste; auch bereitgestellt in Moodle).
- **Diese Inhalte sind Bestandteil des Vorlesungsstoffs und prüfungsrelevant.**
- Analog zur Übungsaufgabe sollen insbesondere die zu lösenden Fragestellungen, ihr Hintergrund, die Interessen von Kunden und Anbietern sowie die empfohlenen Lösungsansätze verstanden worden sein. Es ist nicht erforderlich, die genauen juristischen Formulierungen zu kennen.
- Verlassen Sie sich nicht auf die Präsentationen der jeweils anderen Gruppen, sondern arbeiten Sie bevorzugt mit der Originalquelle.
- Rückfragen stellen Sie bitte im Moodle-Forum oder innerhalb der Veranstaltung, so dass die Antworten alle Kommiliton:innen erreichen.

5.4 Rechtliche Risiken

Risiken aus der IT-Beratungs-/Dienstleistungspraxis

Ausgewählte Problemfelder aus eigener Projekterfahrung:

- Scheinselbständigkeit von selbständigen/freiberuflichen Berater:innen
- verdeckte Arbeitnehmerüberlassung durch IT-Dienstleister
- Einklagen einer Festanstellung beim Auftraggeber

Alle drei Risiken entstehen durch langdauernde Tätigkeit und/oder enge organisatorische Einbindung von Dienstleistern im Kundenunternehmen.

Sie treten daher auch in Kombination auf.

Scheinselbstständigkeit

- auch: „Missbrauch von Werkverträgen“
- Selbständige, Freiberufler, freie Mitarbeiter (hier nicht näher unterschieden, oft zusammengefasst als „Freelancer“) übernehmen häufig Aufgaben in Unternehmen auf Basis von Dienst- oder Werkverträgen.
- Fraglich ist dabei in vielen Fällen die Eigenverantwortlichkeit in der Ausübung der Tätigkeit, die eine echte Selbstständigkeit kennzeichnet.
- Bei zu enger Einbindung in die Strukturen und Prozesse des Auftraggebers ist ggf. rechtlich von einer abhängigen Beschäftigung auszugehen, d.h. der Auftragnehmer ist tatsächlich ein Arbeitnehmer des Auftraggebers → Scheinselbstständigkeit.
- Dies hat umfangreiche arbeits-, steuer- und sozialversicherungsrechtliche Folgen.
- Ausschlaggebend ist immer die tatsächliche Form der Zusammenarbeit, nicht die Vertragsgestaltung.

Echte Selbständigkeit ...

„Typische Merkmale unternehmerischen Handelns sind die Erbringung von Leistungen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung sowie die eigenständige Entscheidung über

- Einkaufs- und Verkaufspreise, Warenbezug
- Personelle Fragen (Einstellung, Entlassung)
- Einkaufs- und Verkaufskonditionen
- Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte
- Freie Gestaltung von Tätigkeit und Arbeitszeit
- Einsatz von Kapital und eigener Arbeitsgeräte
- eigene Kundenakquisition
- Werbemaßnahmen und Auftreten als Selbstständiger in der Geschäftswelt (Eigene Briefköpfe, Zeitungsannoncen)“

[IHK Frankfurt (o.J.)]

... vs. Scheinselbstständigkeit (1)

„Entscheidend für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist, ob sich eine persönliche Abhängigkeit von einem Arbeitgeber feststellen lässt.

Merkmale der persönlichen Abhängigkeit sind insbesondere die Eingliederung in die Arbeitsorganisation eines Arbeitgebers sowie die Bindung an dessen Weisungen.

Anhaltspunkte für eine Scheinselbstständigkeit sind folgende Merkmale:

- Ein fester Tätigkeitsort und feste Arbeitszeiten in den Räumen des Auftraggebers.
- Feste vom Auftraggeber vorgegebene Urlaubsregelungen.
- Genehmigungspflichten für Nebentätigkeiten für andere Auftraggeber.
- Das Unternehmen besitzt kein Firmenschild oder keine eigenen Geschäftsräume.
- Es hat kein eigenes Briefpapier oder eigene Visitenkarten.
- Oder der Unternehmer tritt beispielsweise in der Arbeitskleidung des Auftraggebers auf“

[IHK Frankfurt (o.J.)]

... vs. Scheinselbstständigkeit (2)

Von 1999 bis 2003 wurde nach § 7 Abs. 4 SGB IV regelmäßig eine abhängige Beschäftigung angenommen, wenn mindestens drei der folgenden Merkmale vorlagen (Fassung von 1999):

1. „Die Person beschäftigt im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer, dessen Arbeitsentgelt aus diesem Beschäftigungsverhältnis regelmäßig im Monat 630 Deutsche Mark übersteigt;
2. sie ist auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig;
3. ihr Auftraggeber oder ein vergleichbarer Auftraggeber lässt entsprechende Tätigkeiten regelmäßig durch von ihm beschäftigte Arbeitnehmer verrichten;
4. ihre Tätigkeit lässt typische Merkmale unternehmerischen Handelns nicht erkennen;
5. ihre Tätigkeit entspricht dem äußeren Erscheinungsbild nach der Tätigkeit, die sie für denselben Auftraggeber zuvor auf Grund eines Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt hatte.“

[\[https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav#_bgbl_%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl100s0002.pdf%27%5D_1702755839236\]](https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav#_bgbl_%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl100s0002.pdf%27%5D_1702755839236)

Diese Kriterien sind als feste gesetzliche Regelung 2003 entfallen, spielen aber im Rahmen einer Gesamtbetrachtung gemeinsam mit den zuvor genannten eine Rolle.

Verdeckte Arbeitnehmerüberlassung

- Ähnliche Fragen bzw. Probleme wie bei (Schein-) Selbständigkeit stellen sich beim Einsatz von Mitarbeitern eines Dienstleistungsunternehmens in Kundenprojekten.
- Zu enge Einbindung in Strukturen und Prozesse des Auftraggebers führt hier zum Verdacht, dass tatsächlich eine Arbeitnehmerüberlassung (Leiharbeit, Zeitarbeit) vorliegt, auch wenn die Beauftragung per Dienst- oder Werkvertrag erfolgt ist.
- Arbeitnehmerüberlassung ist streng reguliert und z.B. nur mit entsprechender Erlaubnis der Bundesagentur für Arbeit zulässig.
- Auch hier drohen umfangreiche Rechtsfolgen.
- Auch hier ist die tatsächliche Zusammenarbeit maßgeblich, nicht der Vertragstext.
- „Fallschirmlösung“: Dienstleister besitzt „auf Vorrat“ eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung → seit 2017 nicht mehr möglich!

Verdeckte Arbeitnehmerüberlassung

„Indizien für einen Werkvertrag:

- Unternehmerische Eigenverantwortlichkeit und Dispositionsmöglichkeit des Werkunternehmers gegenüber dem Besteller,
- Vereinbarung und Erstellung eines qualitativ individualisierbaren und dem Werkunternehmer zurechenbaren Werksergebnisses,
- ausschließliches Weisungsrecht des Werkunternehmers gegenüber den Arbeitnehmern im Betrieb des Bestellers und Erfüllung seiner Aufgaben aus dem Werkvertrag,
- Tragen des Unternehmerrisikos, insbesondere der Gewährleistung,
- herstellungsbezogene Vergütungsregelung.“

„Folgende Indizien sprechen für eine Arbeitnehmerüberlassung:

- Planung und Organisation der Arbeit durch den Besteller,
- Aufnahme der Arbeitnehmer in die Betriebsräume des Bestellers,
- fehlendes Weisungsrecht und Personalhoheit des Werkunternehmers, Pflicht zur Vorlage von Personaleinsatz und Anwesenheitslisten,
- Ausstattung mit Werkzeugen des Bestellers,
- Benutzung der Sozialräume des Bestellers.“

[Hoeren/Pinelli (2023)]

Mögliche Rechtsfolgen

- Selbständige können ggf. ihren Arbeitnehmerstatus beim Auftraggeber einklagen.
- Bei verdeckter Arbeitnehmerüberlassung ist der Vertrag zwischen Auftragnehmer und Arbeitnehmer unwirksam, stattdessen gilt die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses beim Auftraggeber. (Dies kann u.U. durch eine „Festhaltungserklärung“ des Arbeitnehmers abgewendet werden.)
- In beiden Fällen kann die Sachlage auch amtlich festgestellt werden, z.B. bei einer Betriebsprüfung oder durch „Statusfeststellungsverfahren“ der Deutschen Rentenversicherung Bund.
- Auftraggeber müssen Beiträge zur Sozialversicherung (Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteile) und zur Gesetzlichen Unfallversicherung für bis zu vier Jahre nachzahlen, bei vorsätzlicher Hinterziehung bis zu 30 Jahre. Der Arbeitnehmer haftet nur bis zu 3 Monate.
- Vorsteuerabzüge werden unwirksam, Lohnsteuer gilt ggf. als hinterzogen. Hier haften Auftraggeber und Scheinselbständiger gemeinsam.
- Bei vorsätzlichem Betrug sind auch strafrechtliche Konsequenzen möglich.

Literatur Kapitel 5

Wichtige Quellen für dieses Kapitel

(an einzelnen Stellen aufgeführte Internetquellen hier nicht nochmals genannt)

- BDU: *Honorare im Consulting*. BDU, 2022.
Auszüge der Studie: <https://www.bdu.de/studien/honorar-consulting/>
- Bitkom: *Praxishilfe Ausgewogene Vertragskonzepte – Empfehlungen für die Formulierung von IT-Projektverträgen*. Bitkom e.V., 2021.
<https://www.bitkom.org/Bitkom/Publikationen/Bitkom-Empfehlungen-zu-ausgewogenen-Vertragskonzepten.html>
- Hoeren, T., Pinelli, S.: *IT-Vertragsrecht*. Vorlesungsskript Universität Münster, 2023.
<https://www.itm.nrw/lehre/materialien/>
- IHK Frankfurt: *Scheinselbstständigkeit*. Industrie- und Handelskammer Frankfurt am Main, o.J.
<https://www.frankfurt-main.ihk.de/recht/uebersicht-alle-rechtsthemen/arbeitsrecht/scheinselbststaendigkeit>
- Lippold, D.: *Die Unternehmensberatung – Von der strategischen Konzeption zur praktischen Umsetzung*, 4. Auflage. De Gruyter, 2022.

Wichtige Quellen für dieses Kapitel

(an einzelnen Stellen aufgeführte Internetquellen hier nicht nochmals genannt)

- Opelt, A., Gloger, B., Pfarl, W., Mittermayr, R.: *Der agile Festpreis – Leitfaden für wirklich erfolgreiche IT-Projekt-Verträge*, 4. Auflage. Hanser, 2023.
- Stoffels, M.: *Rechtsgutachten zur Statuseinordnung projektbezogen eingesetzter, hochqualifizierter externer Spezialisten – dargestellt am Beispiel sog. IT-Freelancer*. Im Auftrag des Bitkom e.V., 2020.
<https://www.bitkom.org/Bitkom/Publikationen/Rechtsgutachten-zur-Statuseinordnung-projektbezogen-eingesetzter-hochqualifizierter-externer>
- Zillmann, M.: *Lünendonk®-Studie 2022 – Der Markt für IT-Dienstleistungen in Deutschland – Marktstruktur, Trends & Entwicklungen aus Sicht von IT-Dienstleistern und Anwenderunternehmen*. Lünendonk & Hossenfelder GmbH, 2022.
<https://www.luenendonk.de/produkte/studien-publikationen/luenendonk-studie-2022-der-markt-fuer-it-dienstleistungen-in-deutschland-it/>
- Zillmann, M.: *Lünendonk®-Studie 2023 – Der Markt für IT-Dienstleistungen in Deutschland – Marktstruktur, Trends & Entwicklungen aus Sicht von IT-Dienstleistern und Anwenderunternehmen*. Lünendonk & Hossenfelder GmbH, 2023.
<https://www.luenendonk.de/produkte/studien-publikationen/luenendonk-studie-2023-der-markt-fuer-it-dienstleistungen-in-deutschland/>