

- Beglaubigte Abschrift -



Amtsgericht Emden

Verkündet am: 27.08.2020

5 C 18/20

Justizangestellte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes

Urteil

In dem Rechtsstreit

des

- Klägers -

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Tim Oliver Becker, Rahlstedter Str. 73, 22149 Hamburg,
Geschäftszeichen: Z-111/19-Be,

gegen

Herrn

- Beklagten -

Prozessbevollmächtigte:

hat das Amtsgericht Emden auf die mündliche Verhandlung vom 02.07.2020 durch den Richter am Amtsgericht Garlipp am 27.08.2020
für Recht erkannt:

Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger € 2.989,08 nebst Zinsen in Höhe von neun Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz nach § 247 BGB seit dem 10.12.2019 zu zahlen.

Der Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 Prozent des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand

Die Parteien streiten um die Vergütung von Softwareentwicklungsleistungen.

Die Beklagte befasst sich mit der Weiterentwicklung und den Vertrieb einer von der Firma Ti Inc. entwickelten IOS-App. Am 31.08.2019 / 02.09.2019 schlossen die Parteien einen als „Vertrag über die Entwicklung von Software-Systemen“ überzeichneten Vertrag, mit welchen der Beklagte den Kläger mit der Erweiterung einer bereits bestehenden, vermarkteten und funktionierenden Software zu einem Stundenlohn i.H.v. € 70,00 zzgl. Mehrwertsteuer und zwar für den Zeitraum von „vorerst“ einer Woche vom 02.09.2019 bis zum 06.09.2019 beauftragte. Wegen der weiteren Einzelheiten des Vertragsinhalts wird auf den Softwareentwicklungsvertrag vom 31.08.2019 / 02.09.2019 Bezug genommen.

Der Kläger wurde daraufhin tätig und stellte dem Beklagten für seine Leistungen am 15.09.2019 für den Zeitraum vom 02.09.2019 bis zum 06.09.2019 Vergütungsforderungen i.H.v. € 1.660,00, am 01.11.2019 für Oktober 2019 i.H.v. € 6.636,24 und am 24.11.2019 für den Zeitraum vom 15.11.2019 bis zum 19.11.2019 i.H.v. (35,53 h zu je € 70,00 zzgl. € 447,25 an Mehrwertsteuer =) € 2.989,08 in Rechnung. Der Beklagte glich die Rechnungen vom 15.09.2019 und 01.11.2019 aus; diejenige vom 25.11.2019 jedoch nicht.

Der Kläger, welcher mit Ausnahme seiner Tätigkeiten am 05.11.2019 im Beisein des Beklagten im B & B Hotel Hamburg-Altona tätig war, meint, für den Beklagten im Rahmen eines Dienstleistungsvertrages tätig geworden zu sein und behauptet, hierbei lediglich Änderungs-wünsche des Beklagten an der Software vorgenommen und Fehler anderer Entwickler behoben zu haben. Außerdem habe der Beklagte in dem Falle, dass das Vertragsverhältnis der Parteien als Werkvertrag eingestuft werde, seine Leistungen jedenfalls stillschweigend abgenommen, weil seine sämtlichen Arbeiten in die veröffentlichte App eingeflossen seien und der Beklagte zu keinem Zeitpunkt Mängel gerügt habe.

Der Kläger beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger € 2.989,08 nebst 9-Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 10.12.2019 zu zahlen.

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Der Beklagte erachtet die Klage für un schlüssig und jedenfalls unsubstantiiert. Er meint unter Berufung auf die Präambel und § 5 Abs. 1 des Vertrages, dass er mit dem Kläger sowieso einen Werkvertrag abgeschlossen habe, und behauptet, dass die Leistungen des Klägers weder abnahmereif waren, noch dass dieser die Fertigstellung des versprochenen Werkes angezeigt habe. Außerdem verweist der Beklagte auf die schriftlich vereinbarte Vertragslaufzeit und die weiter im Vertrag enthaltene Schriftformklausel. Zudem habe er über den schriftlich fixierten Softwareentwicklungsvertrag hinaus dem Kläger weder stillschweigend noch ausdrücklich weitere Aufträge erteilt. Vielmehr habe es sich bei den vom Kläger am 25.11.2019 abgerechneten Leistungen ausschließlich um solche gehandelt, welche von diesem bereits bis zum 06.09.2019 hätten erbracht werden müssen; dieser sei insoweit lediglich aufgrund seiner Mängelrügen zum Zwecke der Nacherfüllung tätig geworden und

auch nur zur Koordinierung der Nacherfüllungsleistungen in Hamburg gewesen. Die kostenlose Erbringung dieser Leistungen sei mit dem Kläger bei einer Besprechung auf der Grundklage einer Mängelliste des Beklagten am Abend des 24.10.2019 zudem ausdrücklich vereinbart worden. Abgesehen davon habe der Kläger die fakturierten Leistungen weder in seinem Auftrage vorgenommen noch tatsächlich ausgeführt noch hätten diese den geltend gemachten Stundenaufwand, welcher aus gutem Gründen sachlich und rechnerisch bestritten werde, erfordert.

Wegen des übrigen Vorbringens der Parteien wird ergänzend auf die zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Klage hatte auch in der Sache Erfolg.

I.

Der Beklagte ist gemäß § 611 BGB verpflichtet, dem Kläger für den Zeitraum vom 05.11.2019 bis zum 19.11.2019 eine (weitere) Dienstleistungsvergütung i.H.v. € 2.989,08 zu zahlen.

1. Die Parteien sind sich darüber einig, dass sie am 31.08.2019 / 02.09.2019 einen als „Vertrag über die Entwicklung von Software-Systemen“ überzeichneten Vertrag schriftlich fixierten, mit welchem der Beklagte den Kläger mit der Erweiterung einer bereits bestehenden, vermarkteten und funktionierenden Software, nämlich einer von der Firma Ti ³ Inc. entwickelten IOS-App., zu einem Stundenlohn i.H.v. € 70,00 zzgl. Mehrwertsteuer „vorerst“ für den Zeitraum vom 02.09.2019 bis zum 06.09.2019 beauftragte.

2. Dieses Vertragsverhältnis ist als Dienstvertrag i.S.v. § 611 BGB einzustufen.

a). Ausgangspunkt für die Einordnung eines Vertrags als Dienst- oder Werkvertrag ist die Auslegung des Vertrags mitsamt der Begleitumstände nach dem objektiven Empfängerhorizont gemäß den §§ 133, 157 BGB (vgl. BGH, NJW 2002, 3323, S. 3324 ff.). Während die von den Parteien gewählte Vertragsbezeichnung nur - aber immerhin - im Zweifel den Ausschlag gibt, ist primäres Abgrenzungskriterium von Dienst- und Werkvertrag die von den Parteien erkennbar gewollte Tätigkeits- oder Erfolgsbezogenheit der Hauptleistungspflicht: Durch den Dienstvertrag wird „derjenige, welcher Dienste zusagt, zur Leistung der versprochenen Dienste“ (§ 611 Abs. 1 BGB), durch den Werkvertrag dagegen „der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes“ (§ 631 Abs. 1 BGB) verpflichtet, wobei Gegenstand des Dienstvertrags „Dienste jeder Art“ sein können (§ 611 Abs. 2 BGB) und Gegenstand des Werkvertrags jeder „durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg“ sein kann (§ 631 Abs. 2 BGB). Dienstverträge sind auf ein Tätigwerden (Wirken) bezogen, wobei das Resultat der Tätigkeit grundsätzlich unberücksichtigt bleibt; Werkverträge sind auf einen bestimmten Erfolg (Bewirken) gerichtet, wobei die Art und Weise, wie der Erfolg herbeigeführt wird, regelmäßig unerheblich ist (vgl. hierzu nur: BGH, NJW 1982, S. 438 ff.; BGH, NJW 1984, S. 2406; BGH, NJW 2002, S. 3323 ff.).

Charakteristisch für einen Werkvertrag ist daher nicht, dass ein Werk zugesagt wird, das nach seiner Beschaffenheit abgenommen werden kann, sondern dass ein Arbeitserfolg geschuldet wird, der nicht nur in der Herstellung oder Veränderung einer Sache bestehen muss. Beim Dienstvertrag tritt der Leistungserfolg durch Erbringung der Dienste ein, sodass notwendigerweise Leistungshandlung und Leistungserfolg zusammenfallen. Das kann allerdings auch beim Werkvertrag der Fall sein, wenn nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist; denn es tritt dann an die Stelle der Abnahme die

Vollendung des Werkes (vgl. § 646 BGB). Demgemäß ist beim tätigkeitsbezogenen Werkvertrag nicht der Erfolg der Arbeitsleistung geschuldet, sondern gilt schon die Absolvierung der geschuldeten Tätigkeit als Erfolg. Nur geht es beim Werkvertrag um das „Einstehenwollen“ für den Erfolg und beim Dienstvertrag um eine bloße Tätigkeit „auf den Erfolg hin“.

b). Die konkrete Abgrenzung von Dienst- und Werkvertrag erfolgt im Ausgangspunkt typologisch, weil es kein bestimmtes Tatbestandselement gibt, das für sich genommen eine eindeutige Qualifizierung eines Vertrags als Dienst- oder Werkvertrag ermöglicht. Letztlich gibt der vertragliche Schuldinhalt den Ausschlag. Bei dieser Abgrenzung können (nicht müssen) relevante Kriterien insbesondere der Zeitbezug der vereinbarten Leistungen, die Erfolgsschuld und insbesondere die Erfolgsbeeinflussbarkeit sein, während das Verwendungsrisiko, eine Weisungsgebundenheit, die Abnahmefähigkeit der Leistung und die Vereinbarungen über die Vergütungsfälligkeit keine Abgrenzungskriterien darstellen.

aa). Dienstverträge sind dadurch gekennzeichnet, dass es grundsätzlich einen irgendwie bestimmten oder vom Dienstberechtigten, Dienstverpflichteten oder Dritten zu bestimmenden Zeitraum gibt, währenddessen die Dienste erbracht werden müssen. Den Dienstvertrag kennzeichnet, dass der Dienstverpflichtete seine Dienste dem Dienstberechtigten für eine bestimmte Zeit zur Disposition stellt.

bb). Die Schwelle zum Werkvertrag wird jedoch (auch bei zeitbezogenen Tätigkeiten) dann überschritten, wenn für die Leistung des Auftragnehmers (insbesondere dessen Vergütung) nicht mehr allein wesentlich ist, dass er mit der Erbringung der Dienstleistung dem Auftraggeber zur Verfügung steht, sondern den Eintritt des angestrebten Erfolgs (einklagbar) schuldet („Erfolgsgarantie“). Der Dienstvertrag kann auf die Herbeiführung eines Erfolgs gerichtet sein, ohne dass dieser geschuldet ist; ist die Herbeiführung eines Erfolgs geschuldet, handelt es sich um einen Werkvertrag.

Allerdings muss der für den Werkvertrag charakteristische Erfolg nicht außerhalb der Tätigkeit selbst liegen, sondern kann schon in der Absolvierung der Tätigkeit selbst liegen, wodurch sich letztlich jede Tätigkeit in ein Werk und jedes tätigkeitsbezogene Werk in einen Dienst umformulieren lässt. Wer das „Fegen des Hofes bis zum Abend“ schuldet und auch bis zum Abend den Hof fegt, hat dann dieses Werk am Abend vollbracht. Somit wird bei tätigkeitsbezogenen Dienstleistungen ohne unmittelbaren Sachbezug das zentrale Abgrenzungskriterium von Dienst- und Werkvertrag beliebig, weil viele Tätigkeiten als Dienst oder als Werk formuliert werden können, je nachdem, wie man den geschuldeten Erfolg definiert.

cc). Erheblicher als Abgrenzungskriterium ist daher die Beeinflussbarkeit des Erfolges durch den Leistungspflichtigen. Wenn es der Auftragnehmer nicht in der Hand hat, ob der Erfolg eintritt, schuldet er - vorbehaltlich anderer Vereinbarungen - primär ein Bemühen und liegt ein Dienstvertrag näher als ein Werkvertrag. Je größer die mit der Tätigkeit erkennbar verbundenen Unwägbarkeiten sind, umso ferner kann es aus Sicht eines verständigen Bestellers liegen, dass der Unternehmer das Erfolgsrisiko dennoch übernehmen will (vgl. BGH, NJW 2002, S. 3323 ff.). An der für einen Werkvertrag typischen Erfolgsbeeinflussbarkeit durch den Auftragnehmer fehlt es auch, wenn Umstände aus den Sphären des Auftraggebers oder Dritter die Chance des Erfolgseintritts so erheblich beeinflussen, dass der Auftragnehmer im Grunde nur seine Mitwirkung verspricht.

Indes schließen eine geringe Erfolgchance sowie ein hohes Fehlschlagrisiko einen Werkvertrag nicht grundsätzlich aus. Denn selbst abseitige Erfolge können vertraglich versprochen werden.

dd). Dem gegenüber kann für die Abgrenzung nicht erheblich sein, wie sehr der Auftraggeber am Resultat der Tätigkeit interessiert ist. Ein großes Ergebnisinteresse des Auftraggebers indiziert keinen Werkvertrag, da auch der Dienstberechtigte an den verlangten Diensten regelmäßig ein elementares Interesse insbesondere am damit verbundenen wirtschaftlichen Erfolg hat; ansonsten hätte er die Dienste nicht verlangt.

ee). Auch eine Weisungsgebundenheit kann kein valides Abgrenzungskriterium sein. Zum einen ist auch der Werkbesteller dem Werkunternehmer gegenüber fachlich weisungsbefugt (vgl. BGH, NJW 1982, S. 438 ff.) Zum anderen indiziert ein unbestimmter Auftrag, den der Auftraggeber - wie vorliegend - noch durch Weisungen konkretisieren muss, nicht automatisch einen Dienstvertrag. Zudem können Dienstverpflichtete - wie hier der Kläger - auch selbstständig, also frei von statusbezogenen Weisungen tätig sein, ja müssen sie sogar, wenn sie nicht in den Arbeitnehmerstatus rutschen sollen.

Selbstständigkeit und Weisungsabhängigkeit sind daher keine geeigneten Kriterien zur Abgrenzung von Werk- und Dienstvertrag; vielmehr dienen diese Umstände der Abgrenzung freier Dienstleistungsverträge von Arbeitsverträgen. Aber auch ein Werkunternehmer, dem seine Handlungen im Detail vorgeschrieben werden, wird dadurch nicht zum Dienstverpflichteten oder Arbeitnehmer, jedenfalls solange die Weisungen keine Statusvorgaben enthalten. Selbst wenn die Weisungen den Einsatz und die Organisation der Arbeit unmittelbar vorgeben und dem Auftragnehmer kaum noch Freiraum belassen, spricht dies weniger für ein Dienst-, sondern vielmehr für ein Arbeitsverhältnis. Wird die Tätigkeit durch den Auftraggeber geplant und organisiert und verbleibt dem Auftragnehmer faktisch keine eigenverantwortliche Organisation der Werkherstellung, handelt es sich um einen Arbeitsvertrag. Denn den unselbstständigen Werkunternehmer gibt es nicht. Er ist - wie der unselbstständige Dienstverpflichtete - Arbeitnehmer i.S.d. § 611a BGB. Seine vereinbarte Werkschuld ist vielmehr als Tätigkeitsbeschreibung mit erfolgsabhängiger Vergütung anzusehen.

ff). Ebenso wenig kann die Abnahmefähigkeit der Leistung ein ausschlaggebendes Kriterium sein. Zum einen können auch die meisten Dienste abgenommen werden und zum anderen gibt es nichtabnahmefähige Werke, für die nach § 646 BGB die Vollendung an die Stelle der Abnahme tritt.

gg). Schließlich ist auch derjenige, welcher erst vergütet wird, wenn das Ziel des Tätigwerdens erreicht ist, nicht automatisch Werkunternehmer. Auch Dienstverpflichtete können erfolgs-abhängig, beispielsweise auf Provisionsbasis, vergütet werden. Demgegenüber können Werkunternehmer zeitabhängig und dies sogar ohne Rücksicht auf den tatsächlichen Werkfortschritt vergütet werden (vgl. BGH, NJW 2002, S. 3323 f.). Wer solange arbeiten soll, bis er fertig ist, und erst anschließend seine Vergütung erhält, kann also sowohl Dienstverpflichteter als auch Werkunternehmer sein - unabhängig davon, ob sich die Vergütung am tatsächlichen Zeitaufwand orientiert oder nicht. Gleiches gilt für denjenigen, der nach kalendarisch bestimmten Zeitabschnitten oder nach Arbeitszeitaufwand für seine Tätigkeiten vergütet wird, ohne dass es auf den Tätigkeitserfolg ankommt.

c). Anhand der aufgezeigten Unterscheidungsmerkmale sind Verträge über digitale Dienste, welche nicht nur die reine einmalige (dauerhafte) oder zeitweise Bereitstellung nichtindividualisierter digitaler Inhalte beinhalten, als dienstvertragsähnlich einzustufen, wenn sie ein über die bloße Bereitstellung von digitalen Inhalten hinausgehendes Tätigwerden des Anbieters umfassen. Das ist der Regelfall, denn dazu zählen jegliche Formen von Datenverarbeitungs- oder Übermittlungsleistungen. Demgegenüber sind Verträge, bei denen ein konkretes Resultat in Gestalt bestimmter digitaler Inhalte nach Kundenwünschen im Vordergrund steht, wie es etwa bei der Erstellung einer Software, einer Homepage oder einer App der Fall ist, werkvertragsähnlich.

d). Nach diesen Grundsätzen und - letztlich wenig hilfreichen - Kriterien ist das vorliegend zu entscheidende Vertragsverhältnis nach Berücksichtigung aller von den Parteien aufgezeigter Umstände, ihrer Interessen und ihres Verhaltens im Rahmen der Vertragsdurchführung als Dienstleistungsvertrag i.S.v. § 611 BGB einzustufen.

aa). Zwar spricht für ein werkvertraglich ähnliches Rechtsverhältnis der Parteien, dass sie ihrem am 31.08.2019 / 02.09.2019 abgeschlossenen Vertrag als „Vertrag über die Entwicklung von Software- Systemen“ überschrieben haben, der Kläger nach der Präambel Abs. (1) danach beauftragt sein sollte, die Software des Beklagten zu erweitern, und nach § 1 Abs. (2) das Tätigkeitsfeld des Klägers die Entwicklung von Software umfasste.

Indes wird weder im Vertrag vom 31.08.2019 / 02.09.2019 definiert noch aus dem Vortrag der Parteien ersichtlich, welche konkreten Leistungsziele im Sinne eines Arbeitserfolges vom Kläger geschuldet gewesen sein sollen; also welche Software-Systeme im Ergebnis seiner Tätigkeit entwickelt sein sollten bzw. welche Softwareerweiterungen. Auch hat der Kläger keine Software des Beklagten bearbeitet, sondern unstrittig eine von der Firma Ti... Inc. entwickelte IOS-App mit deren weiteren Entwicklung und Vertrieb sich der Beklagte - neben anderen Personen - befassen will.

Soweit der Beklagte nunmehr mit Schriftsatz vom 30.07.2020 behauptet, bereits bei Vertragsabschluss die dort auf den Seiten 4 ff. benannten konkreten Korrekturen, Anpassungen, Instandsetzungen, Fehlerbehebungen und Layoutarbeiten verbindlich vereinbart zu haben, welche zufällig mit den von dem Kläger für den Zeitraum vom 05.11.2019 bzw. zum 19.11.2019 erbrachten Tätigkeiten übereinstimmen und sich auf der als Anlage B5 mit dem Schriftsatz vom 30.07.2019 eingereichten Mängelliste wiederfinden, ist dies offenkundig von der Wirklichkeit entfernt. Die vorgebliche Mängelliste ist erkennbar eine Kopie der in der Klageschrift vom 27.01.2020 vom Kläger eingereichten Auflistung seiner (streitbefangenen) Tätigkeiten; diese Liste kann daher schwerlich bereits Grundlage der Vertragsverhandlungen (und einer Besprechung am 24.10.2019) gewesen sein, ganz abgesehen davon, dass der Beklagte in der mündlichen Verhandlung vom 02.07.2020 bekundet hat, dass im November 2019 (!) eine Mängelliste erstellt worden sei, welche „leider nicht schriftlich vorliege“ (und welche auch dem Gericht nicht übereicht worden ist).

bb). Auch wenn es demnach keine konkrete vertragliche Leistungsbeschreibung gab, schließt dies den Abschluss eines werkvertragsähnlichen Vertragsverhältnisses nicht aus. Denn auch ein unbestimmter Auftrag, den der Auftraggeber noch durch Weisungen konkretisieren muss, kann ein Werkvertrag sein, hier etwa in der Form, dass sich der Kläger zu den vereinbarten Zeiten bei dem Beklagten (bzw. in dem von diesem benannten Hotel) einfand und dort jeweils die vom Kläger mit Erfolg auszuführenden einzelnen Softwareänderungswünsche des Beklagten konkret benannt wurden.

cc). Ebenso wenig lässt sich aus der unter § 5 „Abnahme“ in Abs. (1) geregelten Anzeigepflicht des Klägers über die Fertigstellung von Leistungen zwingend ein werkvertraglicher Charakter des streitbefangenen Vertragsverhältnisses herleiten.

In der mündlichen Verhandlung vom 02.07.2020 waren sich die Parteien nämlich darüber einig, dass der Kläger seine Tätigkeit jedenfalls zunächst lediglich auf der ihm von dem Beklagten zur Verfügung gestellten Hardware der Firma T... Inc. erbringen sollte, der Beklagte (mit Ausnahme der vom Kläger am 05.11.2019 vorgenommenen Fehlerbehebung und von Raucherpausen) bei den Arbeitsleistungen des Klägers körperlich im selben Hotelzimmer anwesend war und dessen Programmierarbeiten unmittelbar im Versionskontrollsystem des Beklagten (bzw. der Firma Ti... : Inc.) abgespeichert wurden. Auch haben die Parteien keine bestimmte Form für die Fertigstellungsanzeige des Klägers vereinbart, zumal sich dem Gericht entzieht, aus welcher vertraglichen Bestimmung der Beklagte die Schlussfolgerung ziehen will, die Parteien hätten eine Fertigstellungsanzeige,

Abnahme und Mitwirkungspflichten der Parteien entsprechend der dort an keiner Stelle erwähnten VOB vereinbart. Vielmehr erfolgte die vereinbarte Fertigstellungsanzeige des Klägers offenkundig bereits formlos durch die Abspeicherung seiner Softwareänderungen im Versionskontrollsystem (und soll eine solche Anzeige zudem nach dem Schriftsatz des Beklagten vom 30.07.2020 jedenfalls am 24.10.2019 "unmittelbar gegenüber dem Beklagten" erfolgt sein). Überdies ist die Annahme, dass solche Anzeigen zeitgleich mit der Abspeicherung mündlich gegenüber dem anwesenden Beklagten erfolgten, lebensnah, da diesem hierdurch ermöglicht wurde, seinen nächsten Änderungs-wunsch konkret gegenüber dem Kläger zu artikulieren, sodass dieser sich so der nächsten Aufgabe zuwenden konnte.

dd). Zugleich macht es keinen Unterschied, ob die unter § 4 Abs. (3) und den §§ 6 und 7 des Vertrages vom 31.08.2019 / 02.09.2019 getroffenen Regelungen über die Herausgabe- und Geheimhaltungspflichten des Klägers und den Rechteübergang auf den Beklagten auf ein Dienst- oder auf einen Werkvertrag bezogen sind. Diese betreffen einen dienstvertraglich verpflichteten Dienstpflichtigen gleichermaßen wie einen werkvertraglich verpflichteten Unternehmer.

ee). Demgegenüber spricht die unter § 3 Abs. (3) bis (5) des Vertrages erfolgte Vereinbarung einer Leistungszeit („von vorerst 1 Woche“), einer Arbeitszeit (4 Stunden pro Tag bzw. 20 Stunden die Woche“ und eines Stundenlohns (€ 70,00 zzgl. MwSt.) dafür, dass das Vertragsverhältnis der Parteien einen dienstvertraglichen Charakter trug, auch wenn dieses Kriterium für sich nicht ausschlaggebend ist.

ee). Entscheidend für das Gericht ist vielmehr, ob der Kläger eine (vom Beklagten einklagbare) Erfolgsgarantie übernommen oder (nur) seine bloße Mitwirkung bei der Verbesserung der unstrittig bereits vorhandenen Software versprochen hat, sowie welche Partei das Risiko eines Ausbleibens des angestrebten Erfolges (bzw. der hier hinsichtlich jedes Änderungswunsches des Beklagten angestrebten Erfolge) tragen sollte. Gegen eine Erfolgsgarantie spricht, dass der Kläger offenkundig die konkreten Auftragsinhalte kurzfristig vom Beklagten vor Ort in Hamburg erfuhr (und erfahren sollte), was nicht ausschloss, dass der Beklagte auch Änderungswünsche äußerte, welche die Fähigkeiten des Klägers überstiegen (deren Umsetzung er allerdings sicher dann auch ablehnen konnte). Hinzukommt, dass auch nach dem Vortrag des Beklagten nicht nur der Kläger, sondern auch andere Personen Änderungen an der Software vornahmten, was einen (dauerhaften) Erfolgseintritt erheblich beeinflussen konnte. Ausschlaggebend ist jedoch letztlich der Umstand, dass der Beklagte das Vergütungsrisiko übernommen hatte. Er hat dem Kläger eine Vergütung nach Zeitaufwand versprochen und sich zugleich unter § 3 Abs. (6) des Vertrages ein (auch dem Kläger zustehendes) sofortiges Kündigungsrecht einräumen lassen. Dies besagt nichts anderes, als dass der Kläger für seinen Zeitaufwand, also sein Bemühen, auch dann zu vergüten war, wenn der vom Beklagten gewünschte Erfolg ausblieb, sei es wegen der sich in der Zusammenarbeit herausstellenden Unfähigkeit des Klägers, sei es wegen der Unzufriedenheit des Beklagten mit dem Ergebnis der Tätigkeiten des Klägers, sei an der fehlenden zwischenmenschlichen Chemie in der Zusammenarbeit der Parteien, sei es aus anderen Gründen wie etwa eine Kündigung durch den Kläger. Zwar gilt nach § 648 S. 1 BGB bei einem Werkvertrag und nach § 627 bei einem Dienstleistungsvertrag über gehobene Dienste nichts Anderes; die Aufnahme dieses Kündigungsrechts wäre aber überflüssig gewesen, wenn die Parteien von vornherein eine erfolgsabhängige Vergütung des Klägers hätten vereinbaren wollen.

3. Der Beklagte hat den Kläger (auch) im streitbefangenen Zeitraum vom 05.11.2019 bis zum 19.11.2019 mit Dienstleistungen auf der Grundlage des Vertrages vom 31.08.2019 / 02.09.2019 beauftragt.

a). Dies folgt schon aus dem vom Kläger eingereichten WhatsApp-Nachrichtenverkehr der Parteien. So fragte der Beklagte am 09.09.2019 den Kläger, ob dieser „heute“ (also nach Ablauf des „vorerst“ vereinbarten Vertragslaufzeitzeitraumes) komme, am 11.09.2019, ob er in der nächsten Woche könne, da er diese Woche an der IOS Seite nicht weiterarbeiten könne und diesen (also den Beklagten) „dafür gut gebrauchen“ könne, am 16.09.2020, ob der Kläger einen anderen freiberuflichen Entwickler kenne, am 20.09.2019, ob der Kläger ab der übernächsten Woche wieder verfügbar wäre, bevor er ankündigte, dass „wir (...) wieder die gleiche Zeit wie das letzte Mal“ bräuchten, er am 28.09.2019 nachfragte, ob der Kläger Donnerstag und Freitag könne, da es sehr wichtig sei, „dass wir die ganze Woche entwickeln“, und sich am 12.10.2019 beim Kläger erkundigte, ob dieser nächste Woche auch ein wenig mehr Zeit habe, gleiches am 20.10.2019 nachfragte und auch am 27.10.2019 den Kläger nach dessen freien Zeiten in der nächsten Woche befragte. Sodann erkundigte sich der Beklagte beim Kläger am 05.11.2019, ob dieser „heute eben eine halbe Stunde remote Zeit“ habe, da er „nur eine Sache“ fix gemacht haben müsse, und fragte dieser diesen am 06.11.2019, ob dieser nächste Woche verfügbar sei, und am 09.11.2019, ob er von Montag bis Freitag Zeit habe.

b). Unabhängig davon, dass bei einem Dienstvertrag schon von Gesetzes wegen keine Nacherfüllungsansprüche des Beklagten gegeben sind, kann aus diesem Chatverlauf nicht entnommen werden, dass der Kläger (jedenfalls im streitbefangene Zeitraum) nur zur (auf seine Kosten zu erbringenden) Nachbesserungen seiner früheren - schon im September 2019 erbrachten - Programmierleistungen tätig werden sollte.

Darüber findet sich im Nachrichtenverkehr kein einziges Wort. Im Gegenteil: aus den Nachrichten des Beklagten vom 25.10.2019, 27.10.2019, 28.10.2019, 03.11.2019, seinem Hinweis vom 06.11.2019: „remote möchten Sie nicht machen“ und vom 09.11.2019 kann nach dem maßgeblichen Empfängerhorizont nur entnommen werden, dass der Beklagte den Kläger (dringend) auch im November 2019 um weitere Programmierleistungen bat.

Überdies spricht gegen eine Nacherfüllungstätigkeit des Klägers, dass dieser entsprechend der ursprünglichen Vertragsabreden der Parteien im September 2019 lediglich im Umfange von 20 Stunden für den Beklagten tätig war, während er nach dem Vortrag des Beklagten jedenfalls in der Klageerwiderung vom 04.05.2020 unter Ziffern 5.) bis 7). im Oktober und November 2019 - im Umfange von 115,33 Stunden (!) - ausschließlich solche Leistungen ausgeführt haben soll, die der Erfüllung- bzw. Nacherfüllung der nach dem Software-Entwicklungsvertrag schon bis zum 06.09.2020 geschuldeten Leistungen dienen. Die bloße Nacherfüllung soll also fast sechs Mal mehr Zeit beansprucht haben, als der ursprüngliche Leistungszeitraum.

Schließlich bezeugt auch der mit WhatsApp vom 16.11.2019 (wenn auch nicht vom Beklagten, sondern von dem von ihm zum Inhalt der vorgeblichen Nacherfüllungsbesprechung vom 24.10.2019 benannten Zeugen) angekündigte und sodann auch erfolgte Ausgleich der Rechnung des Klägers vom 01.11.2019 für eine weitere Beauftragung des Klägers auch nach dem 06.09.2019 und auch noch im November 2019.

c). Daher ist auch der weitere Vortrag des Beklagten, die Parteien hätten am Abend des 24.10.2019 vereinbart, der Kläger werde im November 2020 kostenlos tätig, so abwegig, dass er auch keiner Beweisaufnahme zugänglich ist. Denn der hierzu vom Beklagten benannte Zeuge kann schon aus tatsächlichen Gründen gerade nicht bestätigen, dass die Parteien auf der Grundlage einer erst später erstellten Mängelliste eine derartige Vereinbarung getroffen haben. Abgesehen davon hat der Beklagte einen Tag später (also am 25.10.2019) per WhatsApp beim Kläger nachgefragt, ob er morgen irgendwie ein paar Stunden Zeit habe, „um die letzten Sachen noch fertig zu machen“, was dem widerspricht, das

am Abend zuvor bereits vereinbart worden sein soll, dass der Kläger im November 2019 eine umfangreiche Mängelliste des Beklagten kostenfrei abarbeite.

d). Gleiches gilt im Übrigen soweit sich der Beklagte auf die rechtlich belanglose Schriftformklausel des Vertrages vom 31.08.2019 / 02.09.2019 beruft. Denn bei Beachtlichkeit dieser Schriftformklausel hätten die Parteien die Ergebnisse der von den Beklagten mit Schriftsatz vom 30.06.2020 vorgetragene regelmäßigen Zusammenkünfte der Parteien im September und Oktober 2019 zur gemeinsamen Definierung und verbindlichen Festlegung der zu erreichenden Ziele (nach der Klageerwidern vom 04.05.2020 sollen allerdings im Widerspruch hierzu nach dem 06.09.2019 nur gelegentliche Treffen der Parteien zur Koordinierung der vom Kläger noch auszuführenden Nacherfüllungs- bzw. Mängelbeseitigungsarbeiten stattgefunden haben) zur Erlangung der vorgeblich angestrebten Verbindlichkeit gleichfalls schriftlich fixieren müssen (vgl. dazu auch § 8 Abs. (2) HS 2 des Vertrages vom 31.08.2019 / 02.09.2019).

e). Abgesehen davon fragt sich, weshalb denn noch im Oktober 2019 die Ziele der Tätigkeit des Klägers in regelmäßigen Treffen verbindlich festgelegt worden sein sollen, wenn dieser nach der Klageerwidern vom 04.05.2020 (und inhaltsgleich nach dem Schriftsatz des Beklagten vom 30.07.2020 unter Ziffer 4.) zugleich sowohl im Oktober als auch im November 2019 einzig bereits "ausnahmslos und vornherein während der von Anfang an vorgesehenen Vertragslaufzeit vom 2. September 2019 bis zum 6. September 2019 vereinbarungsgemäß sowie sach- und fachgerecht bzw. funktionsfähig fertiggestellt werden sollten".

4. Der Kläger war auch in dem geltend gemachten Umfang von 35,53 Stunden für den Beklagten tätig.

Grundsätzlich trägt der Kläger die Darlegungs- und Beweislast für den Zeitpunkt und dem Umfang seiner Programmierarbeiten. Der Kläger ist seiner Darlegungslast aber nachgekommen, indem er mit der Klageschrift nicht nur eine detaillierte - und anders als der Beklagte meint, auch verständliche und nachvollziehbare substantiierte - Auflistung der von ihm behaupteten Tätigkeiten für den Beklagten vorgelegt hat, sondern als Anlage K5 auch die hierzu aufgewendeten Arbeitszeiten nach Datum, Beginn und Ende konkret auflistete. Deren sachliche und rechnerische Richtigkeit hat der Beklagte zwar pauschal bestritten. Da der Kläger seine Leistungen aber unstrittig (abgesehen von den durch den WhatsApp-Nachrichtenverkehr vom 05.11.2019 bestätigten und somit bewiesenen Tätigkeiten vom 05.11.2019) in fast permanenter Anwesenheit des Beklagten erbracht hat, wäre es aber nunmehr Aufgabe des Beklagten gewesen, konkret darzutun, an welchem Tag der Kläger nicht für ihn gearbeitet, wann dieser später begann oder wann dieser früher aufgehört haben soll. Dies hat er indes nicht getan, so dass er seiner sekundären Darlegungslast nicht genüge getan hat. und somit der dies-bezügliche Vortrag des Klägers als zugestanden zu behandeln ist. Überdies dürfte der Beklagte jedenfalls unter Nutzung eines Rechenprogrammes unschwer in der Lage sein, die rechnerische Richtigkeit der vom Kläger vorgelegten Stundenaufstellung nachzuvollziehen.

5. Der vom Kläger berechnete Stundensatz i.H.v. € 70,00 zzgl. Mehrwertsteuer entspricht den vertraglichen Vereinbarungen.

6. Dem entsprechend hat der Beklagte dem Kläger die geltend gemachte Dienstleistungsvergütung i.H.v. insgesamt € 2.989,08 nebst den sich dem Grunde nach aus § 286 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. der in der Rechnung vom 25.11.2019 gesetzten Zahlungsfrist und in der Höhe aus § 288 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB berechtigenden Zinsen zu leisten.

II.

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 91 Abs. 1, 708 Ziffer 11, 709 ZPO.

Rechtsbehelfsbelehrung:

Gegen diese Entscheidung ist die Berufung statthaft. Diese ist einzulegen innerhalb einer Notfrist von einem Monat bei dem Landgericht Aurich, Schloßplatz 3, 26603 Aurich.

Die Frist beginnt mit der Zustellung der in vollständiger Form abgefassten Entscheidung. Die Berufung ist aber nur zulässig, wenn der Beschwerdegegenstand **€ 600,00** übersteigt oder das Gericht die Berufung in diesem Urteil zugelassen hat. Zur Einlegung der Berufung ist berechtigt, wer durch diese Entscheidung in seinen Rechten beeinträchtigt ist. Die Berufung wird durch Einreichung einer Berufungsschrift eingelegt. Die Berufung kann nur durch einen Rechtsanwalt eingelegt werden.

Garlipp
Richter am Amtsgericht

Beglaubigt
Emden, 01.09.2020

, Justizangestellte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle des Amtsgerichts