

## Leitfaden Dienst-/Werkvertrag

### **1 Abgrenzung Dienst- und Werkvertrag**

Grundlage für den Abschluss eines Dienst- oder Arbeitsvertrages sind die §§ 611 ff. BGB. Hiervon abzugrenzen ist der Werkvertrag, der in § 631 ff. BGB geregelt ist.

Ein Dienstvertrag ist ein auf Austausch von Dienstleistungen gegen Entgelt gerichteter Vertrag. Innerhalb des Dienstvertragsrechts muss zwischen dem so genannten freien Dienstvertrag (eigenverantwortliche Tätigkeit z. B. freiberufliche Rechtsanwälte) und dem Arbeitsvertrag unterschieden werden. Hat die oder der Dienstverpflichtete eine weisungsgebundene Tätigkeit auszuführen, steht sie oder er in einem persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnis zur Hochschule, handelt es sich um einen Arbeitsvertrag. Typisch für einen derartigen Vertrag ist, dass die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer organisationsmäßig in das Unternehmen Hochschule eingegliedert wird und ihr oder ihm Ort und Zeit seiner Arbeitsleistung zugewiesen werden.

Der Werkvertrag ist ein entgeltlicher, gegenseitiger Vertrag, durch den die Auftragnehmerin oder der Auftragnehmer zur Herstellung eines individuellen Werkes, die Hochschule zur Zahlung der vereinbarten Vergütung (Werklohn) verpflichtet ist. Damit schuldet die Werkvertragsnehmerin oder der Werkvertragsunternehmer also keine Tätigkeit, sondern ein bestimmtes Arbeitsergebnis. Entscheidendes Merkmal für einen Werkvertrag ist die Herbeiführung des versprochenen Werkes. Erst wenn das Werk erfolgreich erstellt und als solches von der Hochschule abgenommen wird, ist der Werklohn fällig. Der Werkunternehmerin oder dem Werkunternehmer können außer dem geplanten Abnahmetermin keine zeitlichen oder örtlichen Vorgaben gemacht werden. Ein weiteres Kriterium ist, dass die Werkunternehmerin oder der Werkunternehmer das Werk in der Regel mit ihren oder seinen eigenen Mitteln und Ressourcen herzustellen hat und weder Arbeitsplatz bei der Hochschule noch das Recht zur Nutzung der Labore, Maschinen und des Personal enthält.

Der Honorarvertrag ist kein eigener Vertragstyp, sondern er kann als freier Dienstvertrag oder als Werkvertrag formuliert werden. Typische Beispiele für einen Honorarvertrag sind: Abhalten von zeitlich begrenzten Lehrveranstaltungen, Vorträge, Workshops, Durchführung mündlicher und schriftlicher Prüfungen, Erstellung von Gutachten, Beurteilung von Abschlussarbeiten.

### **2 Kennzeichnende Merkmale**

#### **2.1 Kennzeichnend für das Vorliegen eines Dienstvertrages ist:**

- Weisungsrecht des Auftrag-/Arbeitgebers und
- Eingliederung in die betriebliche Organisation

Jemand unterliegt dem Weisungsrecht, wenn sie oder er keine Wahlmöglichkeit bzgl.:

- Ort der Erledigung,
- Zeitraum der Erledigung,
- Inhalt der Durchführung oder sonstige Modalitäten hat.

## 2.2 Kennzeichnend für das Vorliegen eines Werkvertrages ist:

- Es handelt sich um eine einmalige Leistung, keine Daueraufgabe, Umfang des Werkes und Ablieferungszeitpunkt sind bestimmt.
- Es erfolgt eine Abnahme des vereinbarten Werkes.
- Die Auftragnehmerin oder der Auftragnehmer trägt das Risiko und haftet bei Nichterfüllung.
- Die Auftragnehmerin oder der Auftragnehmer erbringt keine typischen Arbeitsleistungen der Hochschule.
- Die Aufgaben wurden in der Vergangenheit nicht im Rahmen eines Dienstvertrages erfüllt.
- Die Vergütung richtet sich ausschließlich nach dem Ergebnis des erbrachten Werkes und nicht nach Stundensätzen. Gleichwohl ist eine interne Kalkulation erforderlich, aus der sich die Angemessenheit der Vergütung ergibt und die eine Prüfung von maximal zulässigen Stundensätzen etwaiger Zuwendungsgeber ermöglicht.

**Wichtig:** Liegen die Voraussetzungen für einen Dienstvertrag vor, ist der Abschluss eines Werkvertrages unzulässig. Damit dürfen Werkverträge nicht geschlossen werden, um tarifliche oder gesetzliche Regelungen, die sich aus einem Dienstverhältnis ergeben, zu umgehen oder um personelle Engpässe zu überbrücken. Maßgeblich für die Einordnung eines Vertrages als Dienst- oder Werkvertrag ist der tatsächliche Wille der Parteien (§ vgl. § 133 BGB) und nicht die für den Vertrag gewählte Bezeichnung.

## 3 Übersicht

Dienstvertrag	Werkvertrag
Hat eine Tätigkeit zum Inhalt → zeitbestimmt	Hat ein versprochenes Werk zum Inhalt → erfolgsbestimmt
Merkmale - Weisungsgebundenheit von Auftragnehmerin oder des Auftragnehmers - Eingliederung in die betriebliche Organisation der Hochschule	Merkmale - keine Weisungsgebundenheit des Werkherstellers - keine betriebliche Eingliederung
Hauptpflichten der Auftragnehmerin / des Auftragnehmers - Leistung der versprochenen Dienste während der vereinbarten Zeit - Im Zweifel immer persönlich, d. h. nicht durch Dritte	Hauptpflichten der Auftragnehmerin / des Auftragnehmers - Herstellung des versprochenen Werkes (§ 631 BGB) - Mangelfreiheit des Werkes, d. h. die Auftragnehmerin oder der Auftragnehmer muss der Hochschule das Werk frei von Sach- und Rechtsmängeln verschaffen (§ 633 BGB) - Ausstellung einer Rechnung
Hauptpflichten der Hochschule - Zahlung der vereinbarten oder üblichen Vergütung - Fürsorgepflichten/Schutzmaßnahmen am Arbeitsplatz	Hauptpflichten der Hochschule - Bezahlung der vereinbarten oder üblichen Vergütung bei Fälligkeit - Abnahme des vertragsmäßig hergestellten Werkes (§ 640 I BGB), d. h. die Hochschule muss das Werk entgegennehmen und es als vertragsmäßig billigen

## 4 Scheinselbstständigkeit

Definition: Scheinselbstständigkeit liegt dann vor, wenn eine Erwerbstätige oder ein Erwerbstätiger formal als Selbstständige oder als Selbständiger auftritt, tatsächlich aber eine abhängig beschäftigte Person ist.

Kriterien: Bei Scheinselbstständigen wird beim Vorliegen von zwei der vier Kriterien ein Beschäftigungsverhältnis vermutet:

1. Die oder der „Selbständige“ beschäftigt im Zusammenhang mit ihrer oder seiner Tätigkeit keine versicherungspflichtigen Arbeitnehmer.
2. Sie oder er ist in der Regel nur für eine Auftraggeberin oder einen Auftraggeber tätig.
3. Sie oder er erbringt für Arbeitnehmer typische Arbeitsleistungen, unterliegt Weisungen der Auftraggeberin oder des Auftraggebers und ist in die Arbeitsorganisation der Auftraggeberin oder des Auftraggebers eingegliedert.
4. Sie oder er tritt nicht unternehmerisch am Markt auf.

Sind zwei der Merkmale erfüllt, wird vermutet, dass ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis vorliegt, mit der Folge, dass Sozialversicherungsbeiträge abzuführen sind.<sup>1</sup> Stellt sich erst später heraus, dass eine freie Mitarbeiterin oder ein freier Mitarbeiter oder eine Werkunternehmerin oder ein Werkunternehmer eine scheinselfständig Beschäftigte oder ein scheinselfständig Beschäftigter ist, muss die Hochschule die Renten-, Arbeitslosen- und Pflegeversicherungsbeiträge einschließlich der Arbeitnehmerbeiträge nachzahlen.

Die Entscheidung über die Versicherungspflicht obliegt der zuständigen Krankenkasse. Zur Klärung kann ein Statusfeststellungsverfahren gemäß § 7 a SGB IV beantragt werden.

Folgen der Scheinselbständigkeit:

Wer scheinselfständig ist, ist als Arbeitnehmerin oder als Arbeitnehmer oder als arbeitnehmerähnliche Person anzusehen. Damit muss die Hochschule Beiträge zur Sozialversicherung (Kranken-, Renten-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung) entrichten.

- Um dies prüfen zu können, ist der „Antrag auf Erteilung eines Werk-/Honorar- oder Beratervertrages“ und der „Personalbogen nebst Angaben zur Beurteilung der Sozialversicherungspflicht“ auszufüllen

## 5 Arbeitnehmerähnliche Personen

Definition: Als Arbeitnehmerähnliche Personen werden Selbständige angesehen, die

- die im Zusammenhang mit ihrer selbständigen Tätigkeit keine versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen und
- vorwiegend für eine Auftraggeberin oder einen Auftraggeber tätig sind (Faustregel: 5/6 des Umsatzes kommen von dieser Auftraggeberin oder diesem Auftraggeber)

<sup>1</sup> In Sonderfällen wird der nebenberuflichen selbständigen Tätigkeit kann dies anders zu beurteilen sein.

Folgen: Arbeitnehmerähnliche Personen sind versicherungspflichtig, können sich aber unter bestimmten Voraussetzungen von der Versicherungspflicht befreien lassen (z. B. befristete Befreiung von der Rentenversicherung für Existenzgründer).

- Um dies prüfen zu können, ist der „Antrag auf Erteilung eines Werk-/Honorar- oder Beratervertrages“ und der „Personalbogen nebst Angaben zur Beurteilung der Sozialversicherungspflicht“ auszufüllen

## **6 Rechtsformen, die für eine selbstständige Tätigkeit sprechen**

Unter anderem die folgenden Rechtsformen einer Gesellschaft in Form der

- GmbH
- KG
- Praxisgemeinschaft
- Partnerschaftsgesellschaft
- GbR

sprechen für eine selbstständige unternehmerische Tätigkeit. Solche Unternehmen beschäftigen selbst Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Mit diesen Unternehmen können Werk, Honorar- oder Beraterverträge abgeschlossen werden, ohne dass Sozialversicherungsbeiträge anfallen. Die Leistungen der Unternehmen sind allerdings umsatzsteuerpflichtig, sofern kein Umsatzsteuerbefreiungstatbestand vorliegt.

- Der „Personalbogen nebst Angaben zur Beurteilung der Sozialversicherungspflicht“ muss nicht ausgefüllt werden.

## **7 Abgrenzungsfragen**

Um eine Scheinselbständigkeit auszuschließen, sollten in der Regel die folgenden Fragen mit „Ja“ beantwortet werden können.

Die Auftragnehmerin oder der Auftragnehmer:

- ist nicht in die betriebliche Organisation der Hochschule eingebunden: nicht in Dienstplänen eingeteilt, nicht verpflichtet an Dienstbesprechungen teilzunehmen.
- ist nicht weisungsgebunden.
- ist nicht an Arbeitsort und Arbeitszeit gebunden.
- nutzt eigene Arbeitsmittel (z. B. Büromaterial).
- hat die Freiheit Aufträge abzulehnen.
- trägt das Unternehmens- und Haftungsrisiko.
- wird leistungsbezogen vergütet.