

Rechtsanwalt Martin Liebert

Eisenacher Straße 2, 10777 Berlin

Dozent der Fachhochschule für Verwaltung und Recht Berlin, BBA

Berlin, MCI Innsbruck, IAPH Berlin

Dienstvertrag vs. Werkvertrag

19. Potsdamer Tage zur WEG-Verwaltung

18. - 19.5. 2017

Überblick



Was ist ein Werkvertrag?

Problem Arbeitnehmerüberlassung

Was ist ein Dienstvertrag?

Dienstvertrag vs. Arbeitsvertrag

Aktuelle Gesetzesänderungen

Besonderheiten der Vertragsformen

Schlussfolgerungen

Was ist ein Werkvertrag?

- Beim Werkvertrag schuldet der **Unternehmer** dem **Besteller** das Herstellen eines definierten Leistungserfolges
- Verpflichtet sich ein **Unternehmer** zur Herstellung eines bestimmten Werks, wofür er vom **Besteller** einen Werklohn erhält, handelt es sich um einen Werkvertrag
- Nicht zwingend muss das Werk neu hergestellt werden, auch die **Veränderung einer Sache** kann Gegenstand von Werkverträgen sein
- Das bedeutet, sowohl bei der **Produktion einer Software**, als auch bei **Reparatur einer Sache** kann ein Werkvertrag zur Anwendung kommen

Was ist ein Werkvertrag?

- **§ 631 Vertragstypische Pflichten beim Werkvertrag**

(1) Durch den Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.

(2) Gegenstand des Werkvertrags kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als auch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein.

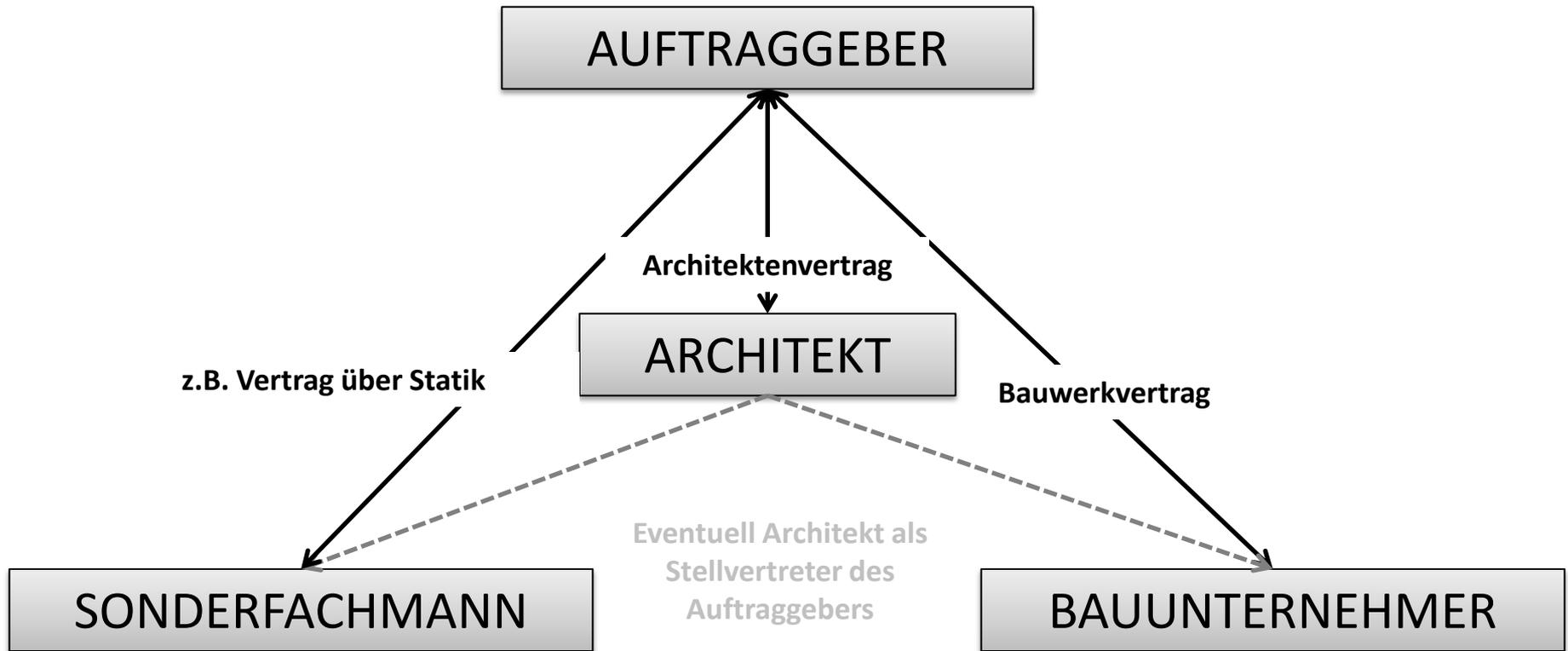
Was ist ein Werkvertrag?

- Bei folgenden Vertragsarten handelt es sich meist um einen Werkvertrag:
 - **Reparatur-** und Instandsetzungsverträge
 - Herstellung **unbeweglicher Sachen**
 - Produktion **nichtkörperlicher Werke** (zum Beispiel **Gutachten, Computerprogramme** etc.)
- Auch **Frachtverträge**, die sich mit dem Transport von Sachen und Personen von A nach B auseinandersetzen, und die meisten im **Baugewerbe** abgeschlossene Verträge sind Werkverträge

Was ist ein Werkvertrag?

- Ein Werkvertrag ist demnach an folgenden Merkmalen zu erkennen:
 - die Leistung wird **einmalig erbracht**
 - über **Umfang und Zeitpunkt** der Arbeit haben sich die Vertragspartner vorher geeinigt
 - der Auftraggeber muss das Werk abnehmen, wenn es keine wesentlichen Mängel vorweist
 - das **Risiko liegt beim Werkhersteller**; er haftet bei Nichterfüllung
 - die Vergütung bemisst sich **am hergestellten Werk (Zeitaufwand, Pauschalpreis oder Einheitspreis)**

Was ist ein Werkvertrag?



Wann liegt Arbeitnehmerüberlassung, wann ein Werkvertrag vor?

- Wird ein Mitarbeiter seitens des Arbeitgebers **für eine definierte Zeitspanne an eine dritte Partei „ausgeliehen“**, die hierfür ein Entgelt zahlen muss, handelt es sich um eine sogenannte **Arbeitnehmerüberlassung**, die auch unter den Begriffen **Zeitarbeit, Leiharbeit oder Personalleasing** bekannt ist
- Welche Vorgaben in einer solchen Konstellation einzuhalten sind, definiert das **Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG)**
- Will ein Arbeitgeber seine Angestellten verleihen, braucht er grundsätzlich die **Genehmigung der Bundesagentur für Arbeit**

Wann liegt Arbeitnehmerüberlassung, wann ein Werkvertrag vor?

- Grundsätzlich ist **auch beim Werkvertrag der Einsatz von Fremdarbeitern möglich**
- In diesem Fall **leistet der Werkunternehmer seine vertraglich zugesicherten Dienste gemeinsam mit den eigenen Mitarbeitern im Unternehmen des Bestellers**
- Der wesentliche Unterschied hierbei besteht jedoch darin, dass der **Werkunternehmer die Aufgaben und den Ablauf der einzelnen Schritte allein bestimmt**

Was ist ein Dienstvertrag?

- Unterzeichnet ein **Arbeitnehmer** einen **Dienstvertrag**, verpflichtet er sich, seine Arbeitsleistung zur Verfügung zu stellen. Im Gegenzug erhält er dafür vom Dienstberechtigten eine Vergütung
- **§ 611 BGB Vertragstypische Pflichten beim Dienstvertrag**
 - (1) *Durch den Dienstvertrag wird derjenige, welcher Dienste zusagt, zur Leistung der versprochenen Dienste, der andere Teil zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.*
 - (2) *Gegenstand des Dienstvertrags können Dienste jeder Art sein.*

Was ist ein Dienstvertrag?

- Um beide Vertragspartner zu schützen, definiert das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) in den §§ **611 - 630 BGB**, welche Mindeststandards einzuhalten sind
- Geregelt werden unter anderem:
 - vertragstypische Pflichten beim Dienstvertrag (§ 611)
 - Rechte und Pflichten beim Betriebsübergang (§ 613a)
 - Pflicht zur Krankenfürsorge (§ 617)
 - Beendigung des Dienstverhältnisses (§ 620)
 - Kündigungsfristen bei Dienstverhältnissen (§ 621)
 - Stillschweigende Verlängerung (§ 625)
 - Pflicht zur Zeugniserteilung (§ 630)

Was ist ein Dienstvertrag?

- Ein **Dienstvertrag** kann als **freier Dienstvertrag mit Selbstständigen** abgeschlossen werden
- Bei folgenden **Vertragsarten** handelt es sich um Dienstverträge:
 - **Unterrichtsverträge**
 - **Arzt- und Behandlungsverträge**
 - Telekommunikationsverträge (Mobilfunkvertrag)
 - **Rechtsanwaltliche Mandatsverträge** (§ 675 BGB Entgeltliche Geschäftsbesorgung)

Was ist ein Dienstvertrag?

- Der **Dienstvertrag** ist dann ein **Arbeitsvertrag**, wenn der Arbeitnehmer **nicht selbstständig tätig wird**, sondern **in einem Unternehmen angestellt ist** und **sich damit in einem Beschäftigungsverhältnis** befindet.
- Er ist damit **weisungsgebunden** und wird in die **Organisation** bzw. **Struktur des Betriebs** integriert

Wann liegt ein Arbeitsvertrag vor ?

- Ein Arbeitsvertrag liegt in der Regel vor, wenn der Arbeitnehmer:
 - **ausschließlich für diesen einen Arbeitgeber** tätig ist
 - in einer **sozialen Abhängigkeitsbeziehung** zum Arbeitgeber steht
 - **Arbeitszeit** und **Arbeitsumfang** von diesem **vorgegeben** werden
 - seinen **Weisungen** Folge leisten muss
 - zur Erfüllung seiner Arbeit von den vom Arbeitgeber **bereitgestellten Arbeitsmittel** Gebrauch macht
 - über **keine eigenen Angestellten** verfügt
 - **kein wirtschaftliches Risiko** trägt
 - in die **Betriebsstruktur des Unternehmens** integriert wird

Wann liegt ein Arbeitsvertrag vor ?

- Auch wenn **nicht alle** dieser **Aspekte** auf das jeweilige Beschäftigungsverhältnis zutreffen, kann der Dienstvertrag als Arbeitsvertrag gelten
- Auch wenn der unterschriebene **Vertrag eine andere Bezeichnung** aufweist
- Der **Unterschied zwischen Arbeitsvertrag und Dienstvertrag** besteht lediglich im größeren Umfang und den **genauer ausgeführten Rechten und Pflichten**
- Maßgeblich ist hierbei die **Weisungsgebundenheit des Arbeitnehmers**, die gegenüber dem Arbeitgeber zu erfüllen hat

Aktuelle Gesetzesänderungen

- Gesetz zur **Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes** und anderer Gesetze vom 21.02.2017 (In Kraft getreten am 01.04.2017)
- Der Bundestag hat am 10.03.2017 das **Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung verabschiedet** (Das Gesetz tritt am 01.01.2018 in Kraft)

Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes

- **§ 611a Arbeitsvertrag**

(1) Durch den Arbeitsvertrag wird der Arbeitnehmer im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen. Weisungsgebunden ist, wer nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Für die Feststellung, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen. Zeigt die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an.

Reform des Bauvertragsrechts (ab 1.1.2018)

- **Erstmalige Regelung der folgenden Vertragstypen:**
 - Der **Bauvertrag** § 650a - § 650h BGB
 - Der **Verbraucherbauvertrag** § 650i - § 650n BGB
 - Der **Architekten- und Ingenieurvertrag** § 650p - § 650t BGB
 - Der **Bauträgenervertrag** § 650u - § 650v BGB
- **Änderung der bisherigen Regelung zum Werkvertrag**
 - Änderungen bei **Abschlagszahlungen** § 632a BGB
 - Änderungen bei **Abnahme** § 640 BGB
 - **Kündigung** aus **wichtigem Grund** § 648 a BGB

Der Bauvertrag

- Zum 1.1.2018 neu in das Gesetz kommt eine Definition des Bauvertrages in § 650a BGB:
 - (1) Ein Bauvertrag ist ein **Vertrag über die Herstellung, die Wiederherstellung, die Beseitigung oder den Umbau eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon...**
 - (2) Ein Vertrag über die **Instandhaltung eines Bauwerks** ist ein **Bauvertrag**, wenn das Werk für die **Konstruktion, den Bestand, oder den bestimmungsgemäßen Gebrauch von wesentlicher Bedeutung** ist

Der Bauvertrag

- **Das Anordnungsrecht des Bestellers:**
- Der Besteller ist künftig berechtigt,
 - a) eine Änderung des vertraglich vereinbarten Werkerfolges oder
 - b) eine Änderung, die notwendig ist, um den vereinbarten Werkerfolg zu erreichen,
 - zu verlangen und eine solche Änderung notfalls auch **gegen den Willen des Bauunternehmers** durchzusetzen

Der Bauvertrag

- **Einstweilige Verfügung ohne Verfügungsgrund**
 - Im Zusammenhang mit dem **Anordnungsrecht des Bestellers** können sich Streitigkeiten der Vertragsparteien ergeben, so etwa wenn der Unternehmer die Anordnungen für **unzumutbar** hält oder **keine Einigkeit über die Kosten** der Änderung erzielt werden kann
 - Damit solche Streitigkeiten schnell geklärt werden können, muss für den Erlass einer einstweiligen Verfügung **kein Verfügungsgrund** glaubhaft gemacht werden.
 - Die **Eilbedürftigkeit** wird in solchen Fällen **widerleglich vermutet**

Der Bauvertrag

- **Zustandsfeststellung bei verweigerter Abnahme:**
- Weigert sich der Besteller unter Hinweis auf Mängel, das Werk abzunehmen, besteht ein Bedürfnis, den Zustand zu diesem Zeitpunkt zu dokumentieren, um in einem späteren Prozess die Sachaufklärung zu erleichtern
- Daher kann der Bauunternehmer zukünftig verlangen, dass der Besteller an einer gemeinsamen Feststellung des Zustandes des Werkes mitwirkt
- Erscheint der Besteller zum vereinbarten oder vom Unternehmer bestimmten Termin nicht, kann der Unternehmer die Zustandsfeststellung einseitig vornehmen

Der Bauvertrag

- **Vergütung: Schlussrechnung als weitere Fälligkeitsvoraussetzung**
- Neben der Abnahme ist beim Bauvertrag künftig die **Erteilung einer prüffähigen Schlussrechnung** Voraussetzung für die Fälligkeit des Werklohns
- Bei **Einheitspreisverträgen** setzt die Prüffähigkeit in der Regel voraus, dass die Anzahl der jeweiligen Einzelleistungen angegeben ist
- Um **Streit über die Prüffähigkeit** zu vermeiden, muss der Besteller Einwendungen innerhalb von **30 Tagen** nach Erhalt der Schlussrechnung erheben

Der Bauvertrag

- **Kündigung des Bauvertrages erfordert Schriftform:**
- Hierdurch sollen die Vertragsparteien vor **übereilten** und **spontanen** Handlungen geschützt werden
- Außerdem dient dies der **Rechtssicherheit** und der **Beweissicherung**
- Das **Schriftformerfordernis** gilt sowohl für die freie Kündigung als auch für die Kündigung aus wichtigem Grund

Besonderheiten Werkvertrag

- Ein **konkreter Erfolg** steht im Vordergrund
- Ein Bemühen reicht nicht, der Unternehmer muss den Erfolg auch **tatsächlich herbeiführen**
- Wenig Einfluss auf das „**Wie**“ das „**Durch Wen**“ und das „**Wann**“
- **Erfolg** steht im Vordergrund, nicht **ein persönliches Erbringen** der Leistung
- Aus **Nachunternehmerverhältnissen** können sich Probleme ergeben
- Bezahlung **nicht an zeitlichen Aspekten**, sondern am Erfolg orientiert

Besonderheiten Dienstvertrag

- Dienstleister bietet seine **Zeit** und **seine berufliche Erfahrung** (Expertise, Qualifikation) an
- Erbringung einer Leistung vereinbart, ein **bestimmtes Ergebnis** aber **nicht garantiert**
- Dienstleister steht für eine **Vielzahl von Tätigkeiten** zur Verfügung
- Es gibt keine „**verschuldensunabhängige Gewährleistung**“
- Auftraggeber hat aber bei **Schlechtleistung Anspruch** auf **Schadenersatz**

Schlussfolgerung

- Die Überschrift über einem Vertrag sagt nichts aus, sondern gibt nur einen Hinweis
- Hier gilt "*falsa demonstratio non nocet*", der Vertrag ist rechtlich so zu beurteilen, wie er auch inhaltlich von den Vertragspartnern gedacht und abgeschlossen werden sollte
- Die Frage, ob Dienst- oder Werkvertrag am sinnvollsten ist, lässt sich nicht eindeutig beantworten
- Sie lässt sich nur über die Feststellung der unterschiedlichen Interessenlagen klären

Schlussfolgerung

- Bei jedem Vertragsverhältnis überlegen und herausarbeiten, auf was es besonders ankommt:
 - Konkreter Erfolg <> Konkrete Verfügbarkeit
 - Einmalige Tätigkeit <> ständige Beziehung
 - Person wichtig < > Person unwichtig

Dienstvertrag vs. Werkvertrag



Vielen Dank fürs zuhören!
Noch Fragen?