

Werkvertrag - freier Dienstvertrag - echtes Dienstverhältnis: Aktuelle Entscheidungen der Höchstgerichte

Immer wieder werden die Gerichte damit beschäftigt, über atypische Beschäftigungsverhältnisse zu entscheiden. Es gilt zu klären, ob echte oder freie Dienstverhältnisse vorliegen oder ob es sich um selbstständige Tätigkeiten im Rahmen eines Werkvertrags handelt. Dieser Artikel soll einen kleinen Überblick über die verschiedenen Beschäftigungsformen und einige aktuelle Entscheidungen der Höchstgerichte zu diesem Thema geben.

Kurzer Überblick über die Beschäftigungsformen

Die Einordnung eines Arbeitnehmers in die richtige Beschäftigungsform stellt viele Unternehmer oft vor große Probleme. Denn eventuell die Wahl der falschen Beschäftigungsform bringt oftmals hohe Strafen mit sich. Dementsprechend müssen sich die Höchstgerichte immer wieder mit diversen Fallkonstellationen und der Einordnung in die richtige Beschäftigungsform auseinandersetzen.

Das Gesetz selbst enthält allerdings keine abschließende Aufzählung von Merkmalen, wann bei dem jeweiligen Sachverhalt richtigerweise ein freies Dienstverhältnis, ein echtes Dienstverhältnis oder ein Werkvertrag vorliegt.

Gerade neuartige Tätigkeiten und neue Beschäftigungsmodelle erfordern oftmals die Zuordnung dieser Merkmale zu einer bestimmten Beschäftigungsform durch die Höchstgerichte.

Natürlich muss man bei der Beurteilung vorrangig von der vertraglichen Gestaltung ausgehen, denn für sie spricht grundsätzlich die Vermutung der Richtigkeit. Weicht allerdings die tatsächliche Ausübung der Beschäftigung vom Vertrag ab, ist nicht primär der Vertrag maßgebend, sondern die wahren Verhältnisse entscheidend. Das heißt, ob bei der tatsächlichen und nicht bloß vereinbarten Art der Beschäftigung die Kriterien der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit überwiegen oder eben nicht.

Sollte die vertragliche Grundlage von der tatsächlich ausgeübten Beschäftigung abweichen, muss, anhand der für die einzelnen Beschäftigungsformen geltenden Kriterien, geprüft werden welches Beschäftigungsverhältnis tatsächlich gegeben ist.

Nach der Rechtsprechung liegt ein Werkvertrag vor, wenn sich eine Person gegen Entgelt verpflichtet, für eine andere Person ein bestimmtes Werk herzustellen. Der Auftragnehmer schuldet hierbei ein im Werkvertrag konkret definiertes und auch "greifbares" Arbeitsergebnis, das er selbstständig und eigenverantwortlich produzieren muss.

Die persönliche Unabhängigkeit, also die Weisungsungebundenheit hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsort und Verhalten bei der Arbeit, sowie das Benutzen eigener Betriebsmittel sind charakteristisch für den Werkvertrag. Daneben trägt der Werkunternehmer auch das wirtschaftliche Risiko.

Beim echten Dienstverhältnis kommt es hingegen auf die rechtlich begründete Verfügungsmacht des Arbeitgebers über die Arbeitskraft des Arbeitnehmers an. Das heißt, über die Bereitschaft zur Erbringung von Dienstleistungen für eine bestimmte Zeit in Eingliederung in den Betrieb des Arbeitgebers sowie die Erbringung der Dienstleistung in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit. Außerdem ist der Dienstnehmer verpflichtet, seine Arbeitsleistung höchstpersönlich zu erbringen und ist den Kontrollen und Weisungen des Arbeitgebers unterworfen.

Der freie Dienstvertrag hingegen liegt nach ständiger Rechtsprechung vor, wenn sich jemand gegen Entgelt verpflichtet, einem Auftraggeber für bestimmte oder unbestimmte Zeit seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen, gerade ohne sich in persönliche Abhängigkeit zu begeben bzw. diese nur sehr schwach ausgeprägt ist.

Ein wesentliches Unterscheidungsmerkmal zwischen echten und freien Dienstverhältnis ist die Weisungsungebundenheit hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsort und Verhalten bei der Arbeit. Diese fehlt beim freien Dienstvertrag, wodurch sich die persönliche Unabhängigkeit erst auszeichnet. Daneben ist das Recht auf jederzeitig Vertretung durch eine beliebige, fachlich geeignete Person ebenfalls ein wichtiges Indiz für die persönliche Unabhängigkeit.

Wichtig ist, dass diese Vertretungsbefugnis auch tatsächlich gelebt wird.

Aktuelle Rechtsprechung zur Abgrenzung der Beschäftigungsformen

Zur Beurteilung welche Beschäftigungsform einem Vertragsverhältnis tatsächlich zugrunde liegt, ist in einer „Gesamtbetrachtung“ zu prüfen welche der einzelnen Merkmale der Beschäftigungsformen überwiegen.

Vorsicht!

Auf die Bezeichnung des Vertragsverhältnisses etwa als „Auftrag“, „Werkvertrag“ oder „freier Dienstvertrag“ kommt es nicht an.

Der Verwaltungsgerichtshof hat schon mehrfach festgehalten, dass das Vorliegen einer Gewerbeberechtigung eine unselbständige Beschäftigung nicht ausschließt, sondern es auf die konkreten Umstände der Leistungserbringung ankommt.

Masseur im Verein

Ein Masseur der in einem Verein beschäftigt ist, unterliegt nach aktueller Rechtsprechung einem Dauerschuldverhältnis und nicht einem Werkvertragsverhältnis, da hier eine Dienstleistung zur Verfügung gestellt wird. Selbst wenn dieser Masseur nicht in die Betriebsorganisation eingebunden ist, keinen Richtlinien und Kontrollmaßnahmen seitens des Arbeitgebers unterliegt und mit ihm die Entlohnung auf Honorarbasis vereinbart wurde, ist er als Dienstnehmer zu qualifizieren.

Entscheidungswesentlich in einem solchen Fall ist, dass nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofs, das Know-how und die Arbeitskraft eines Masseurs nicht als eigene wesentliche Betriebsmittel anzusehen sind und somit eher von einem freien Dienstverhältnis auszugehen ist.

Wissenschaftlicher Projektbetreuer

Ist mit einer Person die Begutachtung der von einer Gesellschaft durchgeführten Forschungsaufträge nach wissenschaftlichen Gesichtspunkten vereinbart, die Vereinbarung nicht auf einen bestimmten abgrenzbaren und gewährleistungstauglichen Erfolg gerichtet und kein Maßstab vorgegeben ist, wie die wissenschaftliche Betreuung bzw. Begutachtung der Projekte vorgenommen wird, liegt statt eines Werkvertragsverhältnisses ein freies Dienstverhältnis vor.

Abhalten von Kindertanzkursen

Die Abhaltung wöchentlicher Kindertanzkurse durch eine Tanzlehrerin stellt nach der aktuellen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kein Werkvertragsverhältnis dar, weil keine Herstellung eines eigenständigen Werks vorliegt.

Werden diese Kurse eigenständig von der Tanzlehrerin geplant und organisiert, keine Eingliederung in den Betrieb vorliegt und keine Berichtspflicht gegenüber dem Organisator gegeben ist, liegt hingegen ein freies Dienstverhältnisses vor. Dabei ist unerheblich, dass die Tanzlehrerin an die zu Beginn des Semesters festgelegten Kurszeiten und die organisierten Veranstaltungsorte gebunden ist und unter einer gewissen Kontrolle des Organisators steht.

Zeitungsauslieferer und Aufstellen von Zeitungsständern

Zeitungsauslieferer, die am Wochenende zuerst die Zeitungstasche montieren, mit Zeitungen befüllen und am Sonntagabend wieder einsammeln unterliegen keinem Werkvertragsverhältnis. Auch wenn diese über wesentliche eigene Betriebsmittel (PKW) und einem generellem Vertretungsrecht verfügen, ist hier von einem echten Dienstverhältnis auszugehen. Zumal in solchen Fällen die Arbeitnehmer in der Regel solche Tätigkeiten innerhalb eines genau festgelegten Rahmens zu erbringen haben und sich die Arbeitsleistung nach den Bedürfnissen des Arbeitgebers zu orientieren hat.

Hinzu kommt, dass Zeitungsauslieferer in aller Regel nicht über eine eigene unternehmerische Organisation verfügen, sondern in die vom Dienstgeber bestimmte Ablauforganisation eingebunden sind. Somit liegt bei solchen Tätigkeiten ein echtes Dienstverhältnis vor.

Taxitänzer

Taxitänzer, deren Aufgabe es ist, die Gäste in Tanzlokalen zum Tanzen aufzufordern und dieser dabei an (relativ starr) vorgegebene Arbeitszeiten, ein Konkurrenzverbot gebunden sind sowie der Kontrolle hinsichtlich der Einhaltung der örtlichen, zeitlichen und tänzerischen Vorgaben unterliegen, sind echte Dienstnehmer.

Besteht überdies noch eine persönliche Arbeitspflicht und keine generelle Vertretungsbefugnis, so ist auf jeden Fall vom Vorliegen eines echten Dienstverhältnisses auszugehen.

Seminarvortragender

Ein Seminarvortragender der sich gegenüber eines „Auftraggebers“ im Rahmen dessen Geschäftsbereichs zur Abhaltung von Kursen gegen Entgelt verpflichtet, ist nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs Dienstnehmer. Zumal ein solcher Vortragender in aller Regel über keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel verfügt und seine Dienstleistung im Wesentlichen persönlich zu erbringen hat.

Bei der Tätigkeit eines Seminarvortragenden ist dementsprechend kein Werkvertragsverhältnis gegeben. Es ist außerdem bei dieser Tätigkeit kein Maßstab ersichtlich, nach welchem für den Werkvertrag typische Gewährleistungsansprüche bei Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung des Werks beurteilt werden sollten. Somit ist ein Erfolg der Tätigkeit nicht messbar, weshalb von einem „individualisierbaren“ Werk nicht gesprochen werden kann.

Dementsprechend liegt bei einer solchen Tätigkeit vielmehr eine Vereinbarung über eine Dienstleistung vor, die zum Vorliegen eines echten oder zumindest eines freien Dienstverhältnisses führt.

Arbeitsmedizinerin

Ist das Arbeitsverhältnis eines Arbeitsmediziner derart ausgestaltet, dass dieser dauerhaft und unbefristet zur Übernahme der Aufgaben der arbeitsmedizinischen Betreuung verpflichtet ist, daneben an einen fixen Arbeitsort und bestimmte Arbeitszeiten gebunden ist, liegt ein echtes Dienstverhältnis vor.

Bekräftigt wird die Annahme des Vorliegens eines echten Dienstverhältnisses dadurch, auch wenn ein fixes Jahreshonorar vereinbart und in gleich großen Teilen monatlich ausbezahlt wird, kein eigenes wirtschaftliches Risiko besteht. Auch durch die Verpflichtung zur Wahrung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen wird eine umfassende Vertretung ausgeschlossen.

Hinweis!

Es ist allerdings von einer „einzelfallbezogenen Gesamtschau“ auszugehen, was bedeutet, dass nicht automatisch jeder im Betrieb tätige Arbeitsmediziner als echter Dienstnehmer zu qualifizieren ist. Liegen jedoch die genannten Kriterien vor ist von einer unselbständigen Beschäftigung auszugehen.

Trainer für AMS-Kurs

Trainer die über eine Firma für Kurse dem AMS zur Verfügung gestellt werden sind keine freien Dienstnehmer, da die Kurse meist in den Räumlichkeiten des Dienstgebers stattfinden und zu festgelegten Stundenplänen erfolgen, wodurch eine Eingliederung in die Betriebsorganisation des Dienstgebers gegeben ist. Auch sind die auszuführenden Tätigkeiten, wie Führen von Anwesenheitslisten, eine Aufzeichnungspflicht der Seminarinhalte oder das Ausfüllen eines Evaluierungsbogens der Teilnehmer, Tätigkeiten in persönlicher Abhängigkeit des Dienstnehmers. All dies führt zum Vorliegen eines echten Dienstverhältnisses.

Tätigkeit als Pferdetrainer

Pferdetrainer, die im Rahmen einer einmaligen befristeten Trainings- und Betreuungstätigkeit Pferde trainieren sollen, dabei allerdings selbst entscheiden können wie der Trainingsablauf und der Arbeitsalltag gestaltet wird sowie darüber entscheiden kann welche Maßnahmen und Mittel für das Training eingesetzt werden, sind als Werkvertragsnehmer zu qualifizieren.

Denn in einem solchen Fall überwiegen, nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofs, ausgehend von einer Gesamtbetrachtung, die Merkmale der persönlichen Unabhängigkeit. Dementsprechend ist vom Vorliegen eines Werkvertrags auszugehen.

Telefoninterviewer für Meinungsforschungsinstitut

Sind Telefoninterviewer hinsichtlich ihrer Arbeit fremdbestimmt und haben sie bei jedem tatsächlichen Arbeitseinsatz zeitliche Vorgaben, die auch eingehalten werden müssen, sie unter der Kontrolle des Arbeitgebers stehen und auch kein generelles Vertretungsrecht haben, sind diese echte Dienstnehmer.

Es liegt selbst dann ein echtes Dienstverhältnis vor, auch wenn die Telefoninterviewer einzelne Arbeitseinsätze sanktionlos ablehnen können und ihnen dafür der Arbeitgeber das Entgelt reduzieren kann.

Betreuung eines Eislaufplatzes

Eine Person, die die Betreuung eines Eislaufplatzes übernimmt und bei dieser Tätigkeit an fixe Arbeitszeiten gebunden, die Betriebsmittel des Arbeitgebers verwendet und auch keinerlei Einfluss auf die Gestaltung der Preise für die Schlittschuh- bzw. Platzbenützung hat, ist ein echter Dienstnehmer.

Die Annahme eines Werkvertrags ist in einem solchen Fall schon deshalb verfehlt, weil nicht ersichtlich ist, worin bei einer Betreuung eines Eislaufplatzes überhaupt die eigentliche Herstellung eines Werks liegt. Es liegt somit ein echtes Dienstverhältnis vor.

Fluglehrer

Wenn die Tätigkeit eines Fluglehrers in den Betriebsräumlichkeiten der Flugschule, mit den Betriebsmitteln der Flugschule und im Wesentlichen zu den üblichen Betriebszeiten der Flugschule ausgeübt wird, stellt dies ein Vorliegen eines echten Dienstverhältnisses dar.

Zumal sich die Arbeitserbringung an den betrieblichen Bedürfnissen der Flugschule zu orientieren hat, sodass die für eine Einbindung in die betriebliche Organisation des Arbeitgebers charakteristischen Umstände vorliegen.

Pizzazusteller

Zusteller die mit dem Zustellen von Speisen beauftragt sind, sich an vorgegebenen Arbeitszeiten zuhalten haben und an einen vorgegebenen Arbeitsort gebunden sind, sind in Bezug auf die Art der Arbeitsausführung als echte Dienstnehmer zu betrachten. Da diese in aller Regel den Weisungen und Kontrollen des Arbeitgebers unterliegen und somit die Gestaltungsmöglichkeit des Arbeitsverhältnisses erheblich einschränkt.

Überdies stellt die Zustellung von Speisen kein Werk im Sinne eines Werkvertrags dar, sondern ein Bemühen im Sinne einer Dienstleistung.

Stand: 01.01.2016