

Kein Dienst- oder Werkvertrag ohne konkrete Leistungsbeschreibung

Mit dem neuen § 611a BGB wollte der Gesetzgeber den Arbeitsvertrag trennscharf vom Werkvertrag abgrenzen. Dazu war § 611a BGB nicht nötig, denn der Arbeitsvertrag ist ein Unterfall des Dienstvertrags und die Abgrenzung des Dienst- vom Werkvertrag enthält bereits das BGB (§§ 611, 631 BGB). Zu Recht steht die neue Bestimmung in dem Titel „Dienstvertrag“. Dienst- und Werkvertrag haben aber eine Gemeinsamkeit: Beide sind Verträge mit Selbstständigen. Sie stehen damit dem Arbeitsvertrag als Vertrag mit einem (persönlich) Abhängigen gegenüber. Infolgedessen kann man die Abgrenzung ohne den Umweg über die Entscheidung, ob Dienst- oder Werkvertrag, über die Merkmale des Arbeitsvertrags – Weisungsgebundenheit, Fremdbestimmung, persönliche Abhängigkeit (§ 611a Abs. 1 Satz 2 BGB) – vornehmen.

Weisungen auch bei Dienst- und Werkvertrag

Allerdings wäre der Schluss von Weisungserteilung auf Arbeitsvertrag voreilig. Denn auch beim Dienst- und beim Werkvertrag sind Weisungen nicht ausgeschlossen. Aus § 645 BGB ergibt sich, dass der Besteller dem Unternehmer Anweisungen zur Ausführung der Arbeit erteilen kann. Nach der Rechtsprechung gilt das auch für den Dienstvertrag. Allerdings dürfen die Weisungen sich nur auf die Ausführung der Arbeit beziehen; es darf sich nur um tätigkeits- oder ablaufbezogene Weisungen handeln. Irrig wäre jedoch die Annahme, die Beschränkung auf tätigkeits- und ablaufbezogene Weisungen schließe einen Arbeitsvertrag aus. Dem Arbeitgeber ist es unbenommen, von seinem Weisungsrecht nur teilweise Gebrauch zu machen. Es muss also etwas hinzukommen, was einen Vertrag zu einem Dienst- oder Werkvertrag macht. Bei Letzterem liegt dieses Etwas auf der Hand. Es muss die Erstellung eines „Werks“ vereinbart sein, wobei darunter nicht nur die Herstellung oder Veränderung einer Sache, sondern auch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg verstanden wird (§ 631 Abs. 2 BGB). Nur im Rahmen dieser Vereinbarung kann der Besteller Weisungen erteilen. Dasselbe gilt mutatis mutandis für den Dienstvertrag. Es müssen klar umschriebene Dienstleistungen vereinbart sein. Nur im Rahmen der „Leistungsbeschreibung“ darf der Dienstgeber Weisungen erteilen. Wird das Werk oder werden die Dienste erst durch Weisungen

konkretisiert oder persönlich bindende Weisungen – etwa zum zeitlichen Ablauf – in nicht nur ganz geringfügigem Umfang erteilt, ist von einem Arbeitsvertrag und nicht von einem Dienst- oder Werkvertrag auszugehen.

BAG: Dienst-/Arbeitsvertrag?

Einen lehrreichen Fall hatte das BAG im Beschluss vom 13.12.2016 (1 ABR 59/14) zu entscheiden: Die Arbeitgeberin, die ein Krankenhaus für forensische Psychiatrie mit einer Außenstelle betrieb, in der gemeingefährliche Straftäter untergebracht waren, hatte die VSU mit Bewachungsleistungen für die Außenstelle beauftragt. Vertragsinhalt war u. a. die Überwachung der Aktivitäten von Maßregelvollzugspatienten „außerhalb des Gebäudes“ sowie die Unterstützung des Personals des Maßregelvollzugs „in besonderen Situationen“. Anweisungen waren dem schichtführenden Wachmann der VSU zu erteilen. Eine Verfahrensweisung regelte die Begleitung von Patienten zur Behandlung in einem externen Krankenhaus. In etwa 50–60 % der Fälle, in denen von einem Arzt eine „Zwei-eins-Bewachung“ angeordnet war, erfolgte die Begleitung durch je einen Arbeitnehmer der Arbeitgeberin und der VSU. Dabei konnte Ersterer dem Beschäftigten der VSU Weisungen erteilen. Das BAG befand, diese Weisungen seien zwar tätigkeits- und ablaufbezogen gewesen; bei ihnen habe es sich aber nicht um dienstvertragsbezogene Anweisungen, die auch im Rahmen eines Dienstverhältnisses entsprechend § 645 BGB dem Dienstnehmer oder dessen Erfüllungsgehilfen erteilt werden könnten (vgl. BAG, Urt. v. 18.1.2012 – 7 AZR 723/10, AuA 9/13, S. 553), gehandelt, sondern um arbeitsvertragliche. Für die Erteilung dienstvertragsbezogener Weisungen habe der Vertrag mit der VSU ausdrücklich eine bestimmte Verfahrensweise festgelegt, nämlich die Erteilung an den schichtführenden Wachmann. Dieses Verfahren sei nicht eingehalten worden; vielmehr seien Mitarbeiter der Beklagten gegenüber den begleitenden Arbeitnehmern der VSU unmittelbar weisungsbefugt gewesen. Eine ebenso lehrreiche Entscheidung enthält der Beschluss des BAG vom 8.11.2016 (1 ABR 57/14, AuA 4/17, S. 247), bei dem im Sachverhalt ein instruktives Beispiel für eine ein Arbeitsverhältnis ausschließende Leistungsbeschreibung dargestellt ist. Im Übrigen gilt: Allein der Einsatz von Beschäftigten, die aufgrund eines Dienst-

oder Werkvertrags ihres Vertragsarbeitgebers auf dem Betriebsgelände eines anderen Unternehmens tätig sind, führt noch nicht zu deren Eingliederung. Dies ist auch dann nicht der Fall, wenn die von ihnen zu erbringenden Dienst- oder Werkleistungen hinsichtlich Art, Umfang, Güte, Zeit und Ort in den betrieblichen Arbeitsprozess eingeplant sind. Selbst die Erteilung von Anweisungen führt nicht zwingend zur Annahme einer Eingliederung. Auch ein Werkbesteller kann dem Werkunternehmer selbst oder dessen Erfüllungsgehilfen Anweisungen für die Ausführungen des Werks erteilen (§ 645 Abs. 1 Satz 1 BGB). Entsprechendes gilt für Dienstverträge.

Fazit

Dienst- und Werkvertrag erfordern eine genaue Beschreibung der Leistung bzw. des Werks. Der Dienstgeber bzw. der Besteller darf (An)Weisungen zur Ausführung des Werks oder der Dienstleistung (tätigkeits- und ablaufbezogen) an den Dienstnehmer oder den Unternehmer oder an einen ihrer Mitarbeiter erteilen. Dienen die Weisungen aber erst der Festlegung von Art und/oder Umfang der Dienstleistung oder des Werks, so nimmt die Rechtsprechung an, dass es sich um einen Arbeitsvertrag handelt (vgl. § 611a Abs. 1 Satz 5 BGB).

Es kommt also letztlich auf die Leistungsbeschreibung an (vgl. hierzu ausführlich Schmitt-Rolfes in Maschmann/Sieg/Göpfert, Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, 2. Aufl., S. 694, Rdnr. 13 ff. und S. 701, Rdnr. 63 ff.).

UNSER AUTOR



Dr. jur. Günter Schmitt-Rolfes
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht,
Partner in der Anwaltssozietät Schmitt-Rolfes,
Faltermeier, München