

# DER RECHT§LADEN

**Rechtsanwältin Andrea Lesser**

Ferdinand-Rhode-Str. 5  
04107 Leipzig

Vortrag Gründerinnenkreis Leipzig

## **Die Qual der Wahl – Werk- oder Dienstvertrag?**

oder

„Eine Rose ist eine Rose ist eine Rose“

(Gertrude Stein)

## Die Qual der Wahl – Werk- oder Dienstvertrag?

### § 631 BGB – Werkvertrag

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

Gegenstand des Werkvertrages kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als auch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender **Erfolg** sein.

### § 611 BGB – Dienstvertrag

Durch den Dienstvertrag wird derjenige, welcher Dienste zusagt, zur Leistung der versprochenen **Dienste**, der andere Teil zur Gewährung der vereinbarten **Vergütung** verpflichtet.

Gegenstand des Dienstvertrages können Dienste jeder Art sein.

### § 675 BGB – (entgeltlicher) Geschäftsbesorgungsvertrag

Auf einen Dienst- oder Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, finden, soweit in diesem Unterabschnitt nichts Abweichendes bestimmt ist, die Vorschriften der §§ 663, 665 bis 670, 672 bis 674 und wenn dem Verpflichteten das Recht zusteht, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen, auch die Vorschriften des § 671 Abs. 2 entsprechende Anwendung.

## I. Werkvertrag

### 1. Definition Werkvertrag

Der Werkvertrag ist ein entgeltlicher, gegenseitiger Vertrag.

Der Unternehmer verpflichtet sich, die vertragstypische Leistung des Werkvertrages

= die Herstellung und Verschaffung des versprochenen individuellen Werkes, d.h. die Herbeiführung eines bestimmten Arbeitsergebnisses = des **Erfolges**

für den Besteller zu erbringen. Dafür erhält der Verpflichtete die versprochene Gegenleistung, die vereinbarte Vergütung.

**Gegenstand** der Leistungspflicht des Unternehmers:

= (entgeltliche) Wertschöpfung;

= Schaffen des vereinbarten Werkes oder eines erfolgsbezogenen Beitrages für die Verwirklichung des Werkes;

- kann körperliches Arbeitsprodukt, z.B. Herstellung einer Sache, Veränderung einer Sache sein,

- kann unkörperliches Arbeitsergebnis, z.B. Erstattung eines Gutachtens, Durchführung einer Untersuchung, Erstellen eines Datenverarbeitungsprogramms sein.

= Herbeiführen des **bestimmten Erfolges**

= das **unmittelbare**, durch die Tätigkeit des Unternehmers **Ergebnis**; nicht der nach dem wirtschaftlichen Zweck erhoffte endgültige Erfolg, z.B. ordnungsgemäße Erstellung eines Bauwerkes, nicht Vermietbarkeit; fachgerechte Operation, nicht Heilung; Lieferung des Drehbuchstoffes, nicht Eignung zur Verfilmung oder Erfolg des Filmes

- wirtschaftliche Selbständigkeit des Unternehmers (Unternehmerrisiko)

### 2. Vertragstypische Pflichten

Unternehmer

- rechtzeitige, mangelfreie Herstellung des Werkes (= Erfolg)
- Verschaffung (Übergabe) des Werkes

Besteller

- Zahlung der vereinbarten Vergütung
- Abnahme des Werkes

**a. Vergütung, §§ 631, 641 BGB**

Eine Vergütung gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Herstellung des Werkes den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.

Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist bei Bestehen einer Taxe die taxmäßige Vergütung, in Ermangelung einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen.

Die Vergütung ist bei der Abnahme des Werkes zu entrichten.

**Anspruch**

- Entstehung mit Abschluss des Werkvertrages
- Fälligkeit mit vereinbarten o. gesetzl Abschlagszahlungen, § 632 a BGB oder bei Abnahme des Werkes
- Teilvergütung nach Kündigung, § 649 BGB (= vereinbarte Vergütung abzüglich der ersparten Aufwendungen oder anderweitiger Verwendungen)
- vereinbarte Vergütung
- fehlende Vergütungsvereinbarung
  - Vertrag
  - Vergütung zu erwarten
  - Taxe: Gebührenordnungen für Ärzte, RAe etc.; HOAI; Vergütungstarifvertrag Design SDSt/AGD
  - fehlt Taxe, gilt die **übliche** Vergütung
    - = die Vergütung, die zur Zeit des Vertragsschlusses nach Art, Güte und Umfang gleichartiger Leistungen und nach der allg. Auffassung der beteiligten Kreise am Ort der Werkleistung gewährt zu werden pflegt
  - ist übliche Vergütung nicht ermittelbar, gilt die **angemessene** Vergütung

**Fälligkeit**

- grds. erst mit **Abnahme**
  - Nach dem Gesetz ist der Unternehmer mit der Herstellung des Werkes vorleistungspflichtig.
  - Bei anderweitiger Vereinbarung oder abnahmefähigen Teilen kann Vorschuss verlangt werden.
  - Abnahme
    - = rechtsgeschäftliche Abnahme
    - = körperliche Hinnahme verbunden mit der Anerkennung (Billigung) des Werkes als in der Hauptsache vertragsgerechte Leistung
    - auch bei geistigen Leistungen ist Abnahme durch Hinnahme möglich;
  - Anerkennung**
  - Abnahmepflicht bei

- Abnahmefähigkeit (Theateraufführung, Konzert) und
- Abnahmereife (= vollständiges, und von unwesentlichen Mängeln abgesehen mangelfreies Werk im Zeitpunkt des Abnahmetermine)

**b. Mängel, §§ 633, 641 Abs. 3ff. BGB**

Der Unternehmer hat dem Besteller das Werk frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen.

Das Werk ist frei von Sachmängeln, wenn es die vereinbarte Beschaffenheit hat. Soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, ist das Werk frei von Sachmängeln,

1. wenn es sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte, sonst
2. für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Besteller nach der Art des Werkes erwarten kann.

Ist das Werk mangelhaft, kann der Besteller, wenn die Voraussetzungen der folgenden Vorschriften vorliegen und soweit nicht ein anderes bestimmt ist,

1. nach § 635 Nacherfüllung verlangen,
2. nach § 637 den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der dafür erforderlichen Aufwendungen verlangen,
3. nach den §§ 636, 323 und 326 Abs. 5 von dem Vertrag zurücktreten oder nach § 638 die Vergütung mindern und
4. nach den §§ 636, 280, 281, 283 und 311 a Schadensersatz oder nach § 284 Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen.

Kann der Besteller die Beseitigung eines Mangels verlangen, so kann er nach der Abnahme die Zahlung eines angemessenen Teils der Vergütung verweigern, mindestens in Höhe des Dreifachen der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten.

**- Sachmangel**

= jede Abweichung der Ist- von der Soll-Beschaffenheit

**- Beschaffenheit**

= die dem Werk anhaftenden Eigenschaften einschließlich der äußeren Umstände, denen das Werk zwangsläufig unterliegt; alle Faktoren die sich auf die Verwendung des Werkes einschließlich dessen Wert auswirken, einschl. der zugesicherten Eigenschaften

Ist-Beschaffenheit = tats. Zustand

Sollbeschaffenheit = was die Parteien vereinbart oder bei Abschluss des Vertrages (stillschweigend) vorausgesetzt haben

- Verwendungsfähigkeit, Gebrauchsfähigkeit
- Funktionstüchtigkeit
- Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik

**- Mängelrechte, § 634**

Mängelrechte im Stufenverhältnis (Fristsetzung, Nachbesserung, Fehlschlagen, danach alles andere):

- Fristsetzung
- Nacherfüllung
- Selbstbeseitigung und Aufwendungsersatz
- Rücktritt oder Minderung
- Schadensersatz oder Ersatz vergeblicher Aufwendungen

**- Kündigungsrecht des Bestellers, § 649 BGB**

Der Besteller kann bis zur Vollendung des Werkes jederzeit den Vertrag kündigen. Kündigt der Besteller, so ist der Unternehmer berechtigt, die vereinbarte Vergütung zu verlangen; er muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrages an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendungen seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt.

- anders bei Kündigung aus wichtigem Grund
- erbrachte und nicht erbrachte Leistungen sind abzugrenzen und getrennt abzurechnen
- ersparte Aufwendungen
  - = solche, die der Unternehmer bei der Ausführung des Vertrages hätte machen müssen, wg. der Kündigung aber nicht mehr machen muss (z.B. projektbezogene Herstellungskosten)

**3. Beispiele für Werkvertrag**

Architektenvertrag - Entwurf, sonstige Architektenleistungen, auch bei Bauüberwachung

soweit Verhandlungen mit Dritten zu führen sind = Geschäftsbesorgungsvertrag

Anzeigenvertrag - Veröffentlichung der bestellten Anzeige nach Wirtlaut, Schriftbild, Gestaltung,

Auflagenhöhe, Veröffentlichungsort ...

Arztvertrag – i.d.R. Dienstvertrag

Beratervertrag – oft Dienstvertrag; bei Unternehmensberatung mit geschuldetem Erfolg Werkvertrag

EDV, Software, Wartung, Programmierleistungen

Gutachten

Kunstwerke, Konzerte, Theater, Aufführungen

- Vertrag zw. Inh. des urheberrechtl. Aufführungsrecht und dem Best. = urheberrechtl. Nutzungsvertrag
- Vertrag zw. Unternehmer der Aufführung (Konzertagentur, Theater) und Künstler = Werkv.
- Vertrag mit Künstlern die auf Mitwirkung an der Aufführung oder Werkerstellung gerichtet ist = Dienst- oder Arbeitsvertrag
- Vertrag zw. Unternehmen und Besucher = Werkvertrag mit mietrechtl. Elementen

## Reparaturvertrag

- Werbung – Abgrenzungskriterium zw. Werk – und Dienstv., ob ein bestimmter Arbeitserfolg, ein individualisierbares Werk (meist Werbemittel, Entwurf eines Designs für Firmenlogo etc.) geschuldet ist
- z.B. aber Dauervertrag mit Werbeagentur, für Planung, Durchführung von Werbeaktivitäten mit monatl. Pauschlhonorar = Dienstvertrag (mit Geschäftsbesorgungscharakter)
  - Bindung der Vergütung an bestimmtes Arbeitsergebnis – i.d.R Werkvertrag (ggf. mit Geschäftsbesorgung)

## II. Dienstvertrag

### 1. Definition Dienstvertrag

Dienstvertrag ist ein gegenseitiger, schuldrechtlicher Vertrag, durch den sich der eine Teil zur Leistung der versprochenen Dienste (Dienstverpflichteter) und der andere Teil zur Gewährung der vereinbarten Vergütung (Dienstberechtigter) verpflichtet.

Das Dienstverhältnis ist ein Dauerschuldverhältnis. Hierbei ist das **Arbeitsrecht** das Sonderrecht für Arbeitnehmer.

Der Vertrag über eine freie Mitarbeit ist grundsätzlich ein Dienstvertrag; ggf. bei Umgehung des Arbeitsrechtes (Scheinselbständigkeit) auch Arbeitsvertrag.

Typische Dienstverträge liegen in der Regel vor, wenn die Dienste in persönlicher, wirtschaftlicher und sozialer Selbständigkeit geleistet werden. Das trifft insbesondere zu, wenn der Dienstverpflichtete selbst Unternehmer ist oder einen freien Beruf ausübt. Oft kann in Einzelfällen ein Werkvertrag oder ein Geschäftsbesorgungsvertrag vorliegen.

### 2. Vertragstypische Pflichten

Der Dauerschuldcharakter ist i.d.R wichtiges Abgrenzungskriterium sowie die Erbringung einer Dauerleistung ohne den bestimmten Erfolg.

Dienstleistungs- und Arbeitspflicht des DVerpfl. ist im Zweifel in Persona und im Regelfall als Fixschuld zu leisten (insbes. bei Arbverh) und dann nicht nachholbar.

Zahlung der Vergütung durch den DBer (Anspruch entsteht aufgrund des Vertrages und setzt nicht voraus, daß die Dienste geleistet wurden; werden sie nicht geleistet, sind die §§ 320 ff., 615, 616 anwendbar)

### Vertragsverletzungen

- = jede Verletzung irgendeiner Vertragspflicht;
- es besteht Erfüllungsanspruch und
- Schadensersatzanspruch, §§ 280, 281 628 II

- ggf. Abmahnung beachten

**Allg. Rechtsfolgen:**

- außerordentl. Kündigung; § 626 - 628
- ordentliche Kündigung, 620, 621
- Minderung ausgeschlossen
- Vertragsstrafe bei Vereinbarung zulässig
- Leistungsverweigerungsrecht – nur bei Nichterfüllung, § 320
- Schadensersatz, §§ 280 ff., auch bei Schlechtleistung

**3. Beispiele**

Typische Dienstverträge sind:

gesetzl. Vertreter von juristischen Personen; Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Unterrichtsvertrag, Partnerschaftsvermittlung, Personalberater, selbständiger privater Lehrer.

Typ. praxisrelevante Dienstverträge:

Arztvertrag = Dienstvertrag im Verhältnis Arzt – Patient; zwischen angestelltem Arzt und Klinik = Arbeitsvertrag; und zwischen Krankenhaus und Patient = Krankenhausvertrag

Künstler – Dienst-, Werk- oder Arbeitsvertrag, je nach Einzelfall

**Rechtsanwalt** – Dienstvertrag bei Dauerberatung; Geschäftsbesorgung bei Mandat (= Führen eines Prozesses oder Besorgung einer sonstigen Rechtsangelegenheit); Werkvertrag bei Gutachten

**hier:** Geschäftsbesorgung mit Grundlage Dienstvertrag

= besondere Art des Dienstvertrages, bei dem über § 675 weitgehend Auftragsrecht, § 662 ff. anwendbar ist; wesentl. Unterschied zum reinen Dienstvertrag ist, daß Gegenstand des Dienstvertrages eine ursprünglich dem Dienstberechtigten obliegende selbständige wirtschaftliche Tätigkeit ist, die dann der Dienstverpflichtete für ihn übernimmt (Prozeßvertretung, Vermögensverwaltung, Baubetreuung)

**4. Abgrenzung Dienstvertrag – Werkvertrag**

Maßgebliche immer der Wille der Parteien, nicht die Bezeichnung des Vertrages.

Dienstvertrag – mit Dauerschuldcharakter und ohne den zu erbringenden bestimmten Erfolg oder Arbeitsergebnis. Bei Werkvertrag immer der vereinbarte Erfolg, das individuelle Werk entscheidend.

Bei Dienstvertrag auch entgeltliche Arbeitsleistung, deshalb bei freiberuflicher Tätigkeit Abgrenzung im Einzelfall sehr schwierig. Nach der Dogmatik des Gesetzes liegt das entscheidende Merkmal zur Unterscheidung darin, daß beim Dienstvertrag das bloße Wirken, die Arbeitsleistung als solche (z.B. Beratung durch RA), beim Werkvertrag die Herbeiführung des vereinbarten, gegenständlichen Arbeitsergebnisses=Erfolg maßgeblich ist.



### III. Entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag

#### 1. Definition

= jede selbstständige Tätigkeit wirtschaftlicher Art in fremdem Interesse; der Beauftragte muss fremdnützig handeln

##### - *in fremdem Interesse*

= auf solche Geschäfte gerichtet sein, die an sich der Geschäftsherr selbst in Wahrnehmung seiner Vermögensinteressen zu sorgen hat, die ihm aber ein anderer abnimmt

#### 2. Vertragstypische Pflichten

AG: Zahlung der Vergütung (hier wichtig: über § 612 oder § 631 BGB)

AN: - Geschäftsbesorgung

- spezielle Treuepflicht des Geschäftsbesorgers zu den Interessen des Geschäftsherrn

- Auskunfts- und Rechenschaftspflicht, Herausgabepflicht

#### Haftung bei Vertragsverletzung

- Schadensersatz gem. § 280 BGB bei Vertragspflichtverletzung (falscher Rat, falsche Auskunft)

- Zurückweisungsrecht durch AG bei nicht ordnungsgemäßer Erfüllung

ggf. jederzeitiges **Kündigungsrecht**

#### 3. Beispiele

- Geschäftsbesorgung NEIN:

- Vorleser

- Arzt

- Hausmädchen

- Erzieher

- Geschäftsbesorgung JA:

- Treuhandvertrag

- **Rechtsanwalt** (Dienstvertrag, wenn Dauerberatungsvertrag oder Mandat vereinbart; Werkvertrag bei Gutachten oder Einzelauskunft; Geschäftsbesorgungsvertrag in sonstigen Fällen)

Geschäftsbesorgung JEIN:

- Steuerberater (i.d.R. Geschäftsbesorgung mit Dienstvertragscharakter, bei Dauerberatung, Wahrnehmung aller steuerlichen Belange),

## A. Werkvertrag

### I. Leistungspflichten

1. des Unternehmers
  - a. Herstellung des Werkes
  - b. Sach- und Rechtsmangelfreiheit
2. des Bestellers
  - a. Vergütung
  - b. Abnahme des Werkes

### II. Leistungsstörungen

1. Mängelbegriff (Sachmangel, Rechtsmangel)
2. Abnahme
  - a. körperliche Entgegennahme und/oder Anerkennung des Werkes als vertragsgemäß
  - b. Abnahmepflicht des Bestellers
  - c. Fälligkeit der Vergütung
  - d. Verjährungsbeginn
3. Mängelrechte
  - a. Fristsetzung
  - b. Nacherfüllung
  - c. Selbstbeseitigung, Aufwendungsersatz
  - d. Rücktritt oder Minderung
  - e. Schadensersatz
4. Besonderheiten des Werkvertrages
  - a. Kündigungsrechte
  - b. Kostenanschlag

## B. Dienstvertrag

### I. Leitungspflichten

1. des Dienstverpflichteten
  - a. Leistung von Diensten (Dienstleistungs- und Arbeitspflicht)
2. des Dienstherrn
  - a. Vergütung

### II. Leistungsstörungen

1. Dienstleistung
  - a. Fixschuldcharakter der Arbeit (i.d.R. nicht nachholbar)
  - b. Dauerschuldverhältnis
2. Vergütung
  - a. Kein Erlöschen des Vergütungsanspruches bei vorübergehender unverschuldeter Verhinderung
  - b. Kein Erlöschen des Vergütungsanspruches bei Annahmeverzug
3. Vertragsverletzung
  - a. jede Verletzung irgendeiner Vertragspflicht
    - aa. Erfüllungsanspruch
    - bb. Schadensersatzanspruch
    - cc. Abmahnung
  - b. Rechtsfolgen
    - aa. außerordentliche Kündigung
    - bb. ordentliche Kündigung
    - cc. Minderung ausgeschlossen
    - dd. Vertragsstrafe bei Vereinbarung
    - ee. Schadensersatz