

# Richtlinien zum Abschluss von Werkverträgen

April 2005

## **I. Vorbemerkung**

Alle Arbeitsleistungen, die im Rahmen der Erledigung von Aufgaben der Universität - einschließlich Drittmittel geförderter Forschungsvorhaben - anfallen, sind grundsätzlich durch angestellte Mitarbeiter/in der Universität zu erbringen.

Durch Werkverträge dürfen

- keine Personalbedarfe ausgeglichen werden und
- keine Arbeitsverhältnisse umgangen werden.

Sollte dennoch der Abschluss eines Werkvertrages notwendig sein, so ist unbedingt zu vermeiden, dass hierdurch ungewollte arbeitsrechtliche, sozialversicherungsrechtliche und steuerrechtliche Konsequenzen ausgelöst werden. Insofern ist der Abschluss von Werkverträgen nicht ohne Risiko. Aufgrund von Prüfungen der Sozialversicherungsträger, Finanzämter oder aber auch aufgrund von gerichtlichen Klagen der betroffenen „Arbeitnehmer“ kann nachträglich festgestellt werden, dass ein verdecktes Beschäftigungsverhältnis vorgelegen hat. Entscheidend für die Abgrenzung sind dabei nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts die tatsächlichen Verhältnisse, nicht dagegen die äußere Form des Vertrages. Der Abschluss von Werkverträgen ist deshalb nur unter sehr engen Voraussetzungen möglich, die sich aus einer Vielzahl von Rechtsvorschriften ergeben.

Werkverträge werden auf der Grundlage eines Antrages von der jeweiligen Mittel bewirtschaftenden Stelle abgeschlossen. Der Abschluss von Werkverträgen unterliegt dabei den Bestimmungen der VOL/A und der VOF. Je nach Höhe des kalkulierten Werklohnes sind hier die gestaffelten Ausschreibungsverfahren zu beachten und die Vergabeentscheidung entsprechend zu dokumentieren.

Mit dem Werk darf erst begonnen werden, wenn der Vertrag von beiden Parteien unterschrieben ist.

## **II. Vertragsgegenstand**

Ein Werkvertrag ist ein Vertrag, in dem sich der/die Auftragnehmer/in zur selbständigen Erstellung eines in sich geschlossenen Werkes und der/die Auftraggeber/in zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.

Ein Werkvertrag kann nur geschlossen werden, wenn es um die Herstellung eines Werkes geht. Gegenstand des Werkvertrages kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache, als auch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein. Bei der zweiten Alternative ist der Erfolg die geschuldete Leistung. Keinesfalls darf nur eine Dienstleistung zum Gegenstand des Vertrages gemacht werden. Dies muss sich aus den Angaben im Antrag auf Abschluss eines Werkvertrages und entsprechend aus dem Vertrag selbst eindeutig ergeben.

### III. Berechtigter Personenkreis

Der/die Auftragnehmer/in muss bei der Erfüllung der vertraglichen Verpflichtung **selbständig** tätig sein und darf deshalb nicht in den Betrieb der Universität integriert sein/werden.

Die sog. **Scheinselbständigkeit** führt dazu, dass auf den Werklohn Sozialversicherungsbeiträge in allen Zweigen und Lohnsteuer zu entrichten sind. Sollte sich erst nach Abwicklung des Vertragsverhältnisses herausstellen, dass Sozialversicherungs- und Lohnsteuerpflicht bestanden hat, muss die FHH als „Arbeitgeberin“ die gesamten Versicherungsbeiträge (bei geringfügiger Tätigkeit die Pauschale) und die Lohnsteuer entrichten; eine nachträgliche Heranziehung des Auftragnehmers/der Auftragnehmerin kommt dann grundsätzlich nicht mehr in Betracht. Deshalb ist unbedingt **vor** Abschluss des Vertrages zu prüfen, ob die beantragte Tätigkeit selbständig ist. Aus diesem Grunde müssen in Bezug auf den/die konkreten Auftragnehmer/in die folgenden Voraussetzungen erfüllt sein:

- Der/die Auftragnehmer/in darf bei der Herstellung des Werkes nicht an Weisungen der Auftraggeberin gebunden sein. Das bedeutet allerdings nicht, dass nicht im Vertrag sehr konkrete Vereinbarungen in Bezug auf die Eigenschaften des Werkes getroffen werden dürfen. Da es auch gegen eine selbständige Tätigkeit spricht, wenn der/die Auftragnehmer/in in den Arbeitsbetrieb der Auftraggeberin eingebunden ist, darf er/sie grundsätzlich nicht in den Räumen der Universität arbeiten. Mit einer selbständigen Tätigkeit ist es auch nicht zu vereinbaren, wenn der/die Auftragnehmer/in Arbeitszeiten einzuhalten hat und wenn er/sie persönlich zur Herstellung des Werks verpflichtet ist, also nicht Dritte dazu einsetzen darf.
- Indiz für eine abhängige Beschäftigung und damit für eine Sozialversicherungspflicht kann auch sein, dass Tätigkeiten wie die durch den Werkvertrag geschuldete Tätigkeit, regelmäßig von Angestellten der Universität durchgeführt werden. So wird sozialversicherungsrechtlich auch davon ausgegangen, dass es sich bei der Tätigkeit auf der Grundlage des Werkvertrages ebenfalls um eine versicherungspflichtige abhängige Beschäftigung handelt, wenn der/die Auftragnehmer/in als Angestellte/r auf demselben Arbeitsgebiet tätig ist oder zuvor tätig war. Aus diesem Grunde dürfen an Mitarbeiter/in bzw. ehemalige Mitarbeiter/in keine Werkverträge vergeben werden, die inhaltlich in Zusammenhang mit ihrer dienstlichen Tätigkeit stehen/standen.
- Auch der Umstand, dass der/die Auftragnehmer/in keine oder nur geringfügig beschäftigte Mitarbeiter beschäftigt und dass er/sie auf Dauer und im Wesentlichen nur einen Auftraggeber/in hat, kann zu einer Sozialversicherungs- bzw. Rentenversicherungspflicht führen. Wenn seine/ihre Tätigkeit im Übrigen aber eindeutig selbständig ist, so ist er/sie als **arbeitnehmerähnliche/r Selbständige/r** gem. § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI rentenversicherungspflichtig und muss die Versicherungsbeiträge selbst zahlen.
- Unproblematisch ist der Abschluss von Werkverträgen mit **Personen, die einen Zuschuss nach § 421 I SGB III als Existenzgründer** erhalten. Diese gelten gemäß § 7 Abs.4 Satz 4 SGB IV als selbständig Tätige und müssen die Sozialversicherungsbeiträge selbst abführen, wenn sie nicht sogar auf ihren Antrag von der Versicherungspflicht befreit sind oder Versicherungsfreiheit wegen geringfügiger selbständiger Tätigkeit besteht.

### **Besondere Personengruppen**

- **Aus Drittmitteln** dürfen gemäß Nr. 9.5.5 der Durchführungshinweise zur Verwaltung und Verwendung von Drittmitteln vom 15.03.1995 an **Bedienstete der FHH** keine zusätzlichen Leistungen gezahlt werden. Davon ausgenommen sind u. a. Überstundenvergütungen und tarifliche Zulagen. Damit ist der Abschluss von Drittmittel finanzierten Werkverträgen ist für diesen Personenkreis generell ausgeschlossen.
- Mit **hauptberuflichen Hochschulbediensteten** und **anderen Angehörigen des öffentlichen Dienstes** dürfen Werkverträge aufgrund von § 57 LHO nicht ohne Zustimmung ihrer Behördenleitung geschlossen werden. Bei Mitarbeitern der Universität ist die Zustimmung vor Abschluss des Werkvertrages über das Referat Personal & Organisation einzuholen. Ferner brauchen alle Angehörigen des öffentlichen Dienstes eine Nebentätigkeitsgenehmigung, die vor Abschluss des Werkvertrages vorgelegt werden muss. Eine Kopie der Nebentätigkeitsgenehmigung ist zu den rechnungsbegründenden Unterlagen zu nehmen.
- Wenn die im Rahmen des Werkvertrages zu erbringenden Leistungen zu den hauptberuflichen Dienstaufgaben der Universitätsbediensteten gehören bzw. ihnen als Dienstaufgaben übertragen werden können, darf mit diesen Personen nach nebensätigkeitsrechtlichen Vorschriften (§ 5 HmbNVO bzw. § 2 Abs. 1 HmbHNVO) kein Werkvertrag abgeschlossen werden.
- Mit **Ausländern, die nicht aus EU-Staaten kommen**, dürfen Werkverträge nur geschlossen werden, wenn sie eine schriftliche Bestätigung der Ausländerbehörde vorlegen, nach der ihnen die selbständige Tätigkeit ausdrücklich erlaubt wird. Zu beachten ist, dass die FHH bei Werkverträgen mit Auftragnehmern, die im Ausland ansässig sind, aber die Leistung im Inland erbracht haben, als Auftraggeberin grundsätzlich verpflichtet ist, die Umsatzsteuer zu übernehmen.
- An **Studierende** dürfen nur Werkverträge vergeben werden, wenn sie nicht bereits als studentische Hilfskräfte, Tutoren oder studentische Angestellte an der Universität tätig sind. Der Abschluss von Werkverträgen ist auch nur dann zulässig, wenn der ordnungsgemäße Ablauf des Studiums nicht gefährdet ist. Darüber hinaus sollen die Studierenden im Rahmen des Werkvertrages nur Arbeiten durchführen, für deren Wahrnehmung eine abgeschlossene Hochschulausbildung nicht erforderlich ist.

### **IV. Werklohn**

Der Werklohn muss sich auf das vereinbarte Arbeitsergebnis beziehen. Er darf nicht an der Vertragslaufzeit bemessen werden und sich nicht an Tarifverträgen orientieren.

Die Bemessung des Werklohnes muss auch im Hinblick auf eine Rechnungsprüfung nachvollziehbar und begründet sein.

## V. Verfahren

### 1. Zuständigkeit

Zuständig für den **Abschluss eines Werkvertrages** und für die Abwicklung der Zahlungen, sowie aller in diesem Zusammenhang anzustellenden Prüfungen ist die Stelle, die die Mittel bewirtschaftet, aus der der Werklohn gezahlt werden soll.

### 2. Antrag

Der zuständigen Stelle sind ein vollständig ausgefüllter und unterschriebener Antrag (siehe Anlage 1), die „Erklärung zur Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status“ (siehe Anlage 2) und die Vergleichsangebote nebst Vergabevermerk zuzuleiten. Der Antrag soll spätestens vier Wochen vor der geplanten Aufnahme der Arbeiten vorliegen.

Die Tätigkeiten, für die der Abschluss des Vertrages beantragt wird, dürfen auf keinen Fall begonnen werden, bevor der Vertrag nicht von beiden Parteien unterschrieben ist. Der/die Antragsteller/in hat hierfür persönlich Sorge zu tragen. Tut er/sie dies nicht, und führt dies zu rechtlichen Konsequenzen für die FHH, so muss er/sie mit dienstrechtlichen Maßnahmen und Regressforderungen rechnen.

### 3. Prüfung

Die Mittel bewirtschaftende Stelle prüft, ob die unter Ziff. 2 dargelegten Voraussetzungen für den Abschluss eines Werkvertrages erfüllt sind.

Hierzu gehört auch die Feststellung, ob der Abschluss haushaltsrechtlich zulässig ist. Bei einer Finanzierung aus Drittmitteln muss sichergestellt sein, dass die Zuwendungsbestimmungen den Abschluss eines Werkvertrages des beantragten Inhalts zulassen.

Die Einschätzung zum sozialversicherungsrechtlichen Status (siehe Anlage 2) soll anhand des entsprechenden Erklärungsbogens vorgenommen werden. Sollten hier mehr als zwei der ersten acht Ziffern mit „Ja“ beantwortet werden, dann könnte das schon dafür sprechen, dass es sich nicht mehr um einen Werkvertrag handelt, sondern um ein abhängiges und somit sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis. Zur Klärung sollte in diesen Fällen ein Statusfeststellungsverfahren gem. § 7 a SGB IV bei der BfA (siehe Anlage 3) beantragt werden.

Der/die Antragsteller/in für den Werkvertrag ist hierüber zu informieren und darauf hinzuweisen, dass in keinem Fall vor Abschluss des Verfahrens bzw. Abschluss des Vertrages mit den Arbeiten angefangen werden darf.

### 4. Vertragsabschluss

Der Vertrag ist ausnahmslos **schriftlich** zu schließen. Hierfür ist das Formular der Anlage 4 zu verwenden. § 4a des Mustervertrages kann in begründeten Ausnahmefällen gestrichen werden. Andere Änderungen des Mustervertrages sind nicht zulässig.

Bei Verträgen, die einen Wert von **10.000 €** überschreiten, bedarf der zugrunde liegende Vertrag nach der Anordnung über die Befugnis zur Vertretung der FHH vom 19.4.2001 für seine Rechtsverbindlichkeit der Unterschrift von zwei

zur Vertretung berechtigten und im Amtlichen Anzeiger aufgeführten Universitätsangehörigen, davon in jedem Fall eine Unterschrift eines uneingeschränkt Berechtigten aus dem Referat Finanz- und Rechnungswesen.

In allen anderen Fällen ist der Vertrag von **zwei unterschreibungsberechtigten** Mitarbeitern der Mittel bewirtschaftenden Stelle zu unterschreiben.

## 5. Zahlung des Werklohnes

Die Auszahlung des vereinbarten Werklohnes kann nur auf der Grundlage einer spezifizierten Rechnung erfolgen, aus der der Umfang der erbrachten Leistungen ersichtlich ist, auf der der Antragsteller die Erbringung der Leistung bestätigt haben muss und dass das Werk vereinbarungsgemäß abgeliefert worden ist. Die Rechnung muss eine Rechnungsnummer enthalten, und die Steuernummer des Auftragnehmers muss angegeben sein (siehe auch Nr. 4 der Einleitung zum Umsatzsteuergesetz). Ggf. muss auch die Umsatzsteuer ausgewiesen sein. Im SAP R/3 muss für jede/n Werkvertragnehmer/in ein Kreditorenstammsatz angelegt werden. Eine Buchung auf CpD-Konto ist nicht gestattet.

Teilzahlungen sind nur zulässig, wenn Teilleistungen des Auftragnehmers/der Auftragnehmerin und auch entsprechende Anteile am Gesamtwerklohn vertraglich vereinbart, auch zu 100 % erbracht wurden und frei von Mängeln sind.

## VI. Kontrollmitteilungen

Sobald die Zahlungen aus Werkverträgen der FHH mit einem/einer Auftragnehmer/in 1.500 € im Jahr erreichen, ist auf dem Vordruck K 34.00 die nach § 2 Mitteilungsverordnung i. V. m. § 93a Abgabenordnung vorgeschriebene **Kontrollmitteilung** (siehe Anlage 5) zu fertigen und an das jeweils zuständige Finanzamt zu geben. Dabei sind alle Zahlungen aufgrund von selbständigen Leistungen zu berücksichtigen (auch Lehrauftragsvergütungen und Honorare aller Art). Die Meldungen sind fristgerecht und einmal jährlich durch die Fakultäten abzugeben. Die Meldungen für senatsunmittelbare und andere zentrale Einrichtungen übernimmt das Referat Finanz- und Rechnungswesen.

## VII. Leistungsstörungen und Gewährleistung

Mängelansprüche aus Werkverträgen verjähren gem. § 634a Abs.1 BGB bei einem Werk, dessen Erfolg in der Herstellung, Wartung oder Veränderung einer Sache oder in der Erbringung von Planungs- oder Überwachungsleistungen besteht in **zwei Jahren** (bei Bauwerken in fünf Jahren). Zur Vermeidung von finanziellen Nachteilen der FHH und daraus möglicherweise resultierenden Regressansprüchen ist der/die Antragsteller/in gehalten, das Werk bei der Abnahme auf Mängel zu überprüfen und rechtzeitig Gewährleistungsansprüche geltend zu machen, wenn die vereinbarten Leistungen nicht oder schlecht erbracht worden sind. In diesen Fällen sollte die Rechtsabteilung eingeschaltet werden.