

# **Merkblatt zum Abschluss von Verträgen über freie Mitarbeit**

## **I. Vorbemerkung**

Alle Arbeitsleistungen, die im Rahmen der Erledigung von Aufgaben der Universität – einschließlich drittmittelgeförderter Forschungsvorhaben – anfallen, sind grundsätzlich durch angestellte Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Universität zu erbringen.

Die Beauftragung von Privatpersonen, die als Selbständige gelten, kann durch Verträge über freie Mitarbeit erfolgen. Diese beinhalten Werkverträge oder Dienstleistungen.

Durch einen Vertrag über freie Mitarbeit mit einer Privatperson darf

- kein Personalbedarf ausgeglichen werden und
- kein Arbeitsverhältnis umgangen werden.

Denn der Abschluss eines Vertrags über die freie Mitarbeit einer Privatperson ist nicht ohne Risiko und kann ungewollt arbeitsrechtliche, sozialversicherungsrechtliche und steuerrechtliche Konsequenzen auslösen. So kann mittels gerichtlicher Klage eines „Arbeitnehmers“ oder durch Prüfungen von Finanzämtern und Sozialversicherungsträgern festgestellt werden, dass ein verdecktes Beschäftigungsverhältnis vorgelegen hat. Für die Abgrenzung sind laut Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes die tatsächlichen Verhältnisse entscheidend und nicht unbedingt der Vertrag selber. Daher ist der Vertrag nur unter sehr engen Voraussetzungen abschließbar, die sich aus verschiedenen Rechtsvorschriften ergeben.

Hierzu ist notwendig, dass Auftragsvergaben vor Aufnahme der Arbeiten schriftlich abgeschlossen werden.

## **II. Abgrenzung Werkvertrag/Arbeitsvertrag**

Der Abschluss von Verträgen über freie Mitarbeit kommt nur für Sachverhalte in Betracht, bei denen es darum geht, gegen eine vereinbarte Vergütung eine Sache herzustellen oder zu verändern oder durch Arbeit oder Dienstleistung einen bestimmten, konkret zu beschreibenden Erfolg herbeizuführen (§ 631 BGB).

Bei Dienstleistungen ist der Erfolg die geschuldete Leistung. Keinesfalls darf nur eine Dienstleistung (ohne festgelegten Erfolg) zum Gegenstand des Vertrages gemacht werden, da dies im Zweifel bedeuten kann, dass hier ein Arbeitsverhältnis anzunehmen ist. Daher muss sich der Erfolg der Dienstleistung aus dem Vertrag selbst eindeutig ergeben.

Der zur Herstellung eines Werkes oder einer Dienstleistung Verpflichtete ist selbstständiger Unternehmer; er kann die Art und Weise, wie der Arbeitserfolg zustande kommt, selbst bestimmen und trägt grundsätzlich das Risiko für das Gelingen des geschuldeten Arbeitsergebnisses.

Wer ohne Rücksicht auf den mit der Tätigkeit bezweckten Erfolg die Tätigkeit als solche schulden soll, ist auf Grund eines Arbeitsvertrages zu beschäftigen. Der Arbeitsvertrag unterscheidet sich von dem Werkvertrag im Übrigen dadurch, dass der Arbeitnehmer gegenüber dem zur Herstellung eines Werkes Verpflichteten bei seiner Tätigkeit den Weisungen des Arbeitgebers unterliegt, an feste Arbeitszeiten und einen bestimmten Arbeitsort gebunden ist, eine nach Zeiträumen bemessene Vergütung erhält, sowie im Zweifel persönlich zur Arbeitsleistung verpflichtet ist.

Bitte lassen Sie deshalb die Erklärung über den sozialversicherungsrechtlichen Staus ausfüllen.

### **III. Hinweise, die beim Abschluss eines Vertrages über freie Mitarbeit unbedingt zu beachten sind**

Es ist zunächst sorgfältig zu prüfen, ob die Voraussetzungen des § 631 BGB tatsächlich vorliegen oder ob es sich in Wahrheit um Dienstleistungen handelt, die nur in einem Arbeitsverhältnis erbracht werden können. Bei der Prüfung, ob ein Werkvertrag oder ein Arbeitsvertrag abzuschließen ist, legen Sie bitte die o.g. Abgrenzungskriterien zugrunde.

Beim Abschluss von Verträgen über freie Mitarbeit ist zu beachten, dass gem. § 55 der Landeshaushaltsordnung (LHO) eine **öffentliche Ausschreibung** vorausgehen muss, sofern nicht die Natur des Geschäftes oder besondere Umstände des Einzelfalles eine Ausnahme rechtfertigen. Hierzu sind die Vergabearten entsprechend der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL/A) sowie die VOF zu beachten. Die **freihändige Vergabe** einer Leistung kann gemäß der Schleswig-Holsteinischen Vergabeverordnung bis zu einem Netto-Auftragswert von 25.000€ durchgeführt werden. Grundsätzlich sind mindestens drei Angebote einzuholen und das Ergebnis der formlosen Preisanfrage ist durch einen Vergabevermerk ( Preisvergleich, Anbieterauswahl etc.) aktenkundig zu machen. Bei Kleinstaufträgen bis zu einem Netto-Auftragswert von 500€ kann auf Vergleichsangebote und den Vergabevermerk verzichtet werden.

Folgende Personengruppen sind gesondert zu behandeln:

- Der Abschluss von Werkverträgen mit **Landesbediensteten** ist lediglich in Ausnahmefällen zulässig. Landesbediensteten dürfen gemäß § 70 Absatz 2 LBG Nebentätigkeiten nur dann wahrnehmen, wenn sie nicht zu zum Aufgabenkreis des Hauptamtes gehören. Um Verstöße zu vermeiden, dürfen Werkverträge mit Universitätsbediensteten, sonstigen Landesbediensteten und **Drittmittelbediensteten** nur mit **vorheriger Zustimmung durch das Personaldezernat** abgeschlossen werden.

Für Leistungen, die von Bediensteten auch im Rahmen ihrer arbeitsvertraglichen Pflichten erbracht werden können, ist der Abschluss von Werkverträgen nicht zulässig. Maßgeblich für die Beantwortung dieser Frage ist nicht die bestehende Arbeitsplatzbeschreibung, sondern ob die Tätigkeiten der/dem Bediensteten im Rahmen des Direktionsrechts oder Weisungsrechts als Dienstaufgabe

übertragen werden können. Soweit die Leistungen grundsätzlich auch im Rahmen der bestehenden arbeitsvertraglichen oder dienstrechtlichen Pflichten erbracht werden können und der Abschluss eines Werkvertrages daher unzulässig ist, könnten ersatzweise folgende Möglichkeiten in Betracht kommen:

ggf. die befristete Erhöhung der Arbeitszeit eines/r Teilzeitbeschäftigten; ggf. die Anordnung von Überstunden; ggf. die Beschäftigung studentischer bzw. wiss. Hilfskräfte zur Entlastung der/des Bediensteten; ggf. der Abschluss eines Werkvertrages mit Außenstehenden, soweit die Voraussetzungen des § 631 BGB wirklich vorliegen.

- Mit **Ausländern, die nicht aus den EU-Staaten kommen**, dürfen Werkverträge nur geschlossen werden, wenn sie eine schriftliche Bestätigung der Ausländerbehörde vorlegen, nach der ihnen die selbständige Tätigkeit ausdrücklich erlaubt ist. Zu beachten ist, dass die UzL bei Verträgen über freie Mitarbeit 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.

Ein **Lehrauftrag** kann nicht durch einen Werkvertrag ergänzt oder erweitert werden.

Mit **Stipendiaten** kann ein Werkvertrag nur geschlossen werden, sofern die Richtlinien des Stipendiengabers eine Tätigkeit neben dem Studium erlauben. Diese Vorgaben sind zwingend zu beachten.

**Klausurkorrekturen** können im Rahmen eines Werkvertrages nur an Externe vergeben werden. Beschäftigten der UzL wird die Klausurkorrektur als Überstunden oder Mehrarbeit abgegolten.

#### **IV. Prüfung der Scheinselbständigkeit**

Insbesondere bei Werkvertragsverhältnissen bestehen häufig Zweifel, ob die Merkmale einer abhängigen Beschäftigung oder die einer selbstständigen Tätigkeit erfüllt sind. Dies ist auch entscheidend für die Beitragspflicht zur Sozialversicherung. Scheinselbständige sind wirtschaftlich von einem Auftraggeber so abhängig, dass sie als vergleichbar schutzbedürftig wie Arbeitnehmer anzusehen sind. Aus diesem Grund ist der sozialversicherungsrechtliche Status des Werkvertragsnehmers zu überprüfen. Im Zweifelsfall erfolgt die Prüfung durch die Clearingstelle der Deutschen Rentenversicherung Bund, Berlin. Hierzu hat der Werkvertragsnehmer den Vordruck V 027 (Erläuterungen in V 028) auszufüllen, beide Vordrucke sind unter [www.driv-bund.de](http://www.driv-bund.de) herunter zu laden. Solange der sozialversicherungsrechtliche Status des Werkvertragsnehmers noch nicht geklärt ist, werden sämtliche Sozialversicherungsbeiträge von der vereinbarten Werkvertragsvergütung einbehalten. Sobald die Clearingstelle den sozialversicherungsrechtlichen Status abschließend geklärt hat, werden die einbehaltenen Beiträge bei der Feststellung von Selbständigkeit Auftragnehmer zurückerstattet.

## **V. Anzeige an das Finanzamt**

Die Universität hat dem zuständigen Finanzamt alle Zahlungen mitzuteilen, die aufgrund von Werkverträgen geleistet wurden.

## **VI. Verfahren**

Vorrangig ist zunächst durch Sie zu klären, ob tatsächlich ein Werkvertrag abzuschließen ist oder ob andere, speziell interne Möglichkeiten bestehen, s. III. 3. a). Hierzu ist auch die vom potentiellen Auftragnehmer auszufüllende Erklärung über den sozialversicherungsrechtlichen Status.

Die Ausschreibung bzw. das Einholen von Angeboten hat stattzufinden. Dies ist im Vergabevermerk zu dokumentieren (Preisvergleich, Anbieterauswahl)

Die Finanzierung muss sichergestellt sein.

Bei Drittmittelfinanzierung muss die eventuell erforderliche Zustimmung des Mittelgebers vorliegen bzw. die Zuwendungsbestimmungen müssen erfüllt sein.

Antrag

In einem formlosen Schreiben ist zu erläutern, warum ein Vertrag über freie Mitarbeit mit einem Universitätsexternen notwendig erscheint. Das Aufgabengebiet muss erfolgsorientiert beschrieben sein. Es muss erklärt werden, nach welchen Kriterien die Vergütung berechnet wurde und welche Angebote Sie eingeholt haben um die Bestimmungen der Verdingungsordnung für Leistungen einzuhalten, s. III.2..

**Antrag** mindestens vier Wochen vor Arbeitsbeginn einreichen beim Personaldezernat zusammen mit:

**Vergabevermerk**

**Vertragsentwurf**

**Erklärung zum sozialversicherungsrechtlichen Status**

**Formular V 027**

Anhand der Unterlagen entscheidet die Universitätsverwaltung, ob ein Werkvertrag abgeschlossen werden kann, bzw. ob noch ein Statusfeststellungsverfahren bei der Rentenversicherung Bund erforderlich ist.

## **VII. Nach Vertragserfüllung**

Nach Vertragserfüllung ist auf der eingegangenen Rechnung (s. Anlage 1 zum Vertrag) per Unterschrift die sachliche und rechnerische Richtigkeit durch die Verantwortliche bzw. den Verantwortli-

chen zu bestätigen. (Es ist nicht möglich ohne entsprechenden Nachweis der Selbständigkeit und mit Hinweis auf die Kleinunternehmerregelung im Umsatzsteuerrecht Rechnungen von Privatpersonen einzureichen)

**Wichtiger Hinweis:**

Für die Wirksamkeit des Vertrages bedarf es der Einwilligung (= vorherige Zustimmung) des Dezentrales Personal. Liegt die Einwilligung im Zeitpunkt der Tätigkeitsaufnahme nicht vor, kann eine Vergütung aus universitären Mitteln nicht erfolgen. Es können Regressansprüche gegenüber der bzw. dem Verantwortlichen der beauftragenden Stelle durchgesetzt werden