

MISSVERSTÄNDNISSE BEI DIENSTLEISTUNGSVERTRÄGEN

Dienstleistungsverträge spielen eine wichtige Rolle im Rechtsalltag, u.a. als Arbeits-, Werk- und Hinterlegungsverträge oder Aufträge in ihren verschiedensten Formen. In diesem Beitrag wird das Wesen der Dienstleistungsverträge mit Fokus auf deren Einordnung im Rechtssystem und Abgrenzung untereinander beleuchtet, als Orientierungshilfe für praktische Fragen.

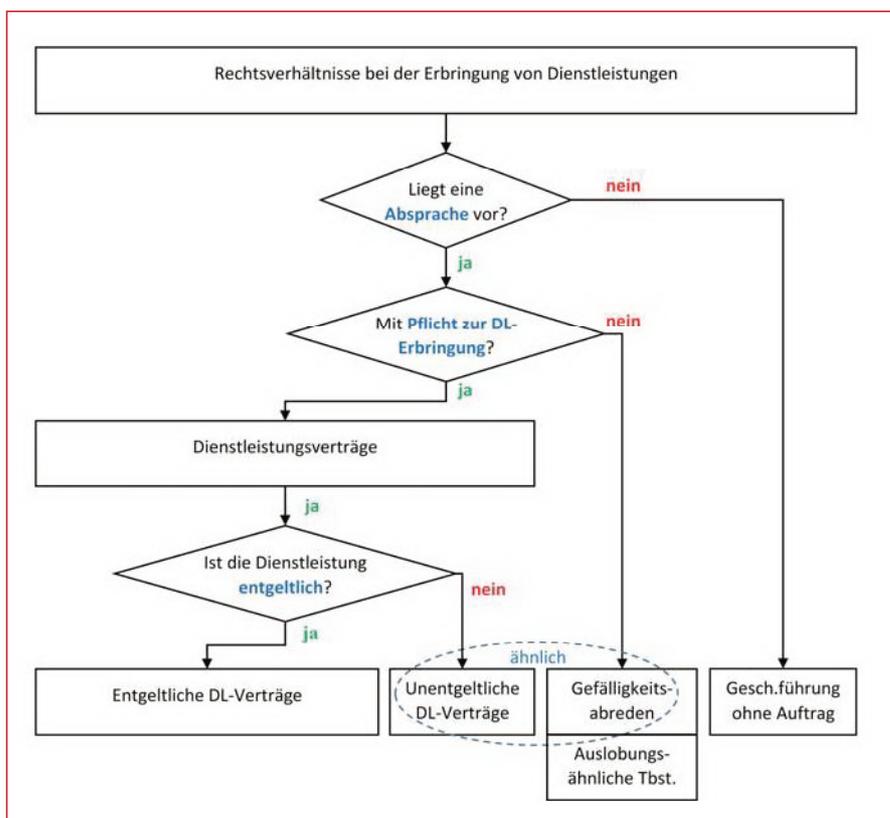
■ Von MLaw Marco Mathis, Rechtskraft Advokatur & Business Coaching, Zürich

Die vielfältigen Erscheinungsformen von Dienstleistungsverträgen im Rechtsalltag sind nur zum Teil gesetzlich geregelt, mehrheitlich im Obligationenrecht, aber auch in Spezialgesetzen (z.B. Arbeitsvermittlungsvertrag, Pauschalreisenvertrag). Für andere Dienstleistungsverträge («Innominatkontrakte») haben sich aussergesetzliche Regeln entwickelt, wie etwa für den Franchising- oder den Alleinvertriebsvertrag, oder sie tauchen als Mischformen verschiedener Verträge auf (z.B. die Kommissionsagentur als Mischung aus Kommission und Agenturvertrag).

Wichtige Einordnung

Die Qualifikation eines bestimmten Vertrags, d.h. dessen Zuordnung zu gesetzlichen oder ungeschriebenen Rechtsregeln, bereitet im Geschäftsalltag gelegentlich Schwierigkeiten und ist auch für den Fachmann oftmals anspruchsvoll, zumal in einigen Abgrenzungsfragen unterschiedliche Lehrmeinungen vorliegen und auch nicht überall eine einheitliche Rechtsprechung besteht.¹

Vorliegend wird das Wesen der Dienstleistungsverträge mit Fokus auf deren Einordnung im Rechtssystem und deren Abgrenzung untereinander beleuchtet, als Orientierungshilfe für praktische Fragen wie: Wann ist ein vermeintlich freier Mitarbeiter im Auftragsverhältnis tatsächlich ein Arbeitnehmer, der die Schutzbestimmungen des Arbeitsrechts in Anspruch nehmen kann? Oder: Wann ist ein vermeintlicher Agenturvertrag tatsächlich ein Alleinvertriebsvertrag?



Tendenz zunehmend

Kern der Dienstleistungsverträge ist die Erbringung einer Dienstleistung (Service) durch eine Partei (Dienstleister) zugunsten einer anderen (Dienstleistungsempfänger). Die Dienstleistung ist (materielle oder ideelle) Vorteilserbringung in anderer Form als durch Sachleistung,² also etwa die Heilbehandlung des Arztes, Prozessvertretung des Anwalts, Maschinenentwicklung des Ingenieurs, Konzertdarbietung des Solisten u.v.m. Die Arten von Dienstleistungen sind äusserst zahlreich, mit zunehmender Tendenz, entsprechend der Entwicklung hin zur Dienstleistungsgesellschaft mit zu-

nehmender Bedeutung des tertiären Wirtschaftssektors. Laufend neue Dienstleistungsbereiche entstehen im Zuge der Entwicklung von Internet- und Kommunikationstechnik, die ihrer rechtlichen Erfassung regelmässig vorauslaufen.

Die Rechtsverhältnisse bei Dienstleistungen basieren i.d.R. auf vertraglicher Absprache der Parteien, aber nicht immer (nicht bei der Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 419 ff. OR). Sie enthalten zudem meistens eine Pflicht des Dienstleisters zur Erbringung der Dienstleistung, aber auch nicht immer (z.B. nicht bei Gefälligkeitsabreden³

und auslobungsähnlichen Tatbeständen⁴). Unter den verbleibenden eigentlichen Dienstleistungsverträgen lässt sich sodann eine Grobeinteilung nach dem Kriterium der *Entgeltlichkeit* vornehmen: Dienstleistungen sind im kommerziellen Bereich i.d.R. entgeltlich, unentgeltliche Dienstleistungen stehen eher den Gefälligkeitsabreden nahe.

RECHTSTIPP



Weichenstellung

Eine hilfreiche Einteilung zur gegenseitigen Abgrenzung der *eigentlichen* Dienstleistungsverträge kann nach folgenden Kriterien bzw. Fragestellungen vorgenommen werden:

- Steht der Dienstleister in einem *Unterordnungsverhältnis* zum Dienstleistungsempfänger?
- Handelt es sich um einen (auf bestimmte oder unbestimmte Zeit abgeschlossenen) *Dauervertrag* oder um einen «*einfachen Vertrag*» (dessen Erfüllung zwar auch eine gewisse Zeit in Anspruch nehmen kann, sich aber grundsätzlich in der Erbringung der vereinbarten Dienstleistung erschöpft)?
- Schuldet der Dienstleister dem Dienstleistungsempfänger ein bestimmtes Resultat, ein Ergebnis, oder lediglich ein *Tätigwerden* nach anwendbaren Sorgfaltspflichten und bestem Wissen und Gewissen?
- Schliesslich das bereits erwähnte Unterscheidungskriterium, ob die Dienstleistung entgeltlich ist oder nicht. Dabei ist gemeint, ob die Entgeltlichkeit ein gesetzliches Vertragsmerkmal ist oder nicht, was nicht ausschliesst, dass z.B. für einen einfachen Auftrag, der in diesem Sinne eigentlich «unentgeltlich» ist, trotzdem eine Entschädigung vereinbart werden kann (oder umgekehrt, dass z.B. ein eigentlich «entgeltlicher» Lagervertrag durch den Lagerhalter bzw. Dienstleister auch unentgeltlich erbracht werden darf durch entsprechende Vereinbarung).

Ein **Unterordnungsverhältnis** ist Vertragsmerkmal bei allen Arten des Ar-

beitsvertrage, bei allen anderen OR-Dienstleistungsverträgen nicht.

Die Arbeitsverträge sind zudem **Dauerschuldverhältnisse**, ebenso der Agenturvertrag und die Hinterlegungsverträge. Alle anderen OR-Dienstleistungsverträge sind «einfache Verträge».

«**Ergebnispflicht**» liegt vor beim Werk-, Verlags- und Frachtvertrag, bei den übrigen OR-Dienstleistungsverträgen nicht.

«**Unentgeltlich**» im beschriebenen Sinne sind neben dem schon erwähnten einfachen Auftrag der Ehe-/Partnerschaftsvermittlungsauftrag, Kreditbrief und Kreditauftrag sowie die allgemeine und die Hinterlegung vertretbarer Sachen. Die übrigen OR-Dienstleistungsverträge sind «**entgeltlich**».

Nach diesen Zuordnungskriterien lässt sich z.B. entscheiden, ob es sich bei einem bestimmten Dienstleistungsvertrag um einen (einfachen) Auftrag oder um einen Werkvertrag handelt: Schuldet der Dienstleister ein Ergebnis, ein «Werk», so liegt ein Werkvertrag vor (z.B. Reparatur eines abgebrochenen Zahns durch den Zahnarzt). Ist er lediglich zur sorgfältigen/nach bestem Wissen und Gewissen zu erbringenden Tätigkeit verpflichtet, so ist Auftragsrecht gegeben (z.B. Diagnose/Behandlung durch den Hausarzt, der als Ergebnis nicht die Heilung des Patienten schulden kann). **Diese Unterscheidung ist enorm wichtig z.B. in Bezug auf die Möglichkeit, den Vertrag mit sofortiger Wirkung zu beenden, was beim (einfachen) Auftrag gegeben ist – nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung sogar zwingend – (Art. 404 OR), beim Werkvertrag hingegen im Prinzip nicht.**

Oder der vermeintlich im Auftragsverhältnis tätige (und jederzeit kündbare) freie Mitarbeiter ist tatsächlich ein Arbeitnehmer nach Einzelarbeitsvertragsrecht, wenn er zum Dienstleistungsempfänger (dem vermeintlichen Auftraggeber) in einem Unterordnungs-

verhältnis steht. Ein solches liegt vor, «wenn der Dienstpflichtige nach dem Inhalt des Vertrags einer umfassenden Weisungsbefugnis des Vertragspartners untersteht, vorab hinsichtlich der zu verrichtenden Arbeit, dann auch in zeitlicher, örtlicher und organisatorischer Hinsicht (...)».⁵ Dieser Dienstleistungsvertrag ist nur noch nach den arbeitsvertraglichen Regeln kündbar, und das Dienstleistungs- bzw. Arbeitsverhältnis wird sozialversicherungsabrechnungspflichtig, was schon manchem vermeintlichen Auftraggeber böse bzw. teure Überraschungen beschert hat.

Zuerst zuordnen

Die Liste solcher Abgrenzungsfragen mit wichtigen Konsequenzen rechtlicher Art liesse sich fast beliebig verlängern, was den vorliegenden Rahmen sprengen würde. Den mit Dienstleistungsverträgen im Geschäfts- oder Privatleben Betroffenen sei empfohlen, sich nach erwähnten Kriterien vorab um die richtige Zuordnung zu den anwendbaren (gesetzlichen oder ungeschriebenen) Regeln zu bemühen, welche erst Rahmen und Spielraum für betreffende Vertragsverhandlungen vorgeben. Vertragsverhandlungen «auf der falschen Spielwiese» bringen keine brauchbaren und schon gar keine durchsetzbaren Verträge hervor.

Vorsicht Internationalität

Abschliessend sei noch auf eine weitere Krux hingewiesen: Sobald ein Dienstleistungsverhältnis grenzüberschreitend ist, stellt sich zusätzlich – und vorab – die Frage, welches Recht (d.h. das Vertragsrecht welchen Landes) überhaupt anwendbar ist. Die obigen Ausführungen gelten für rein innerschweizerische Verhältnisse. Ist der Dienstleister oder der Dienstleistungsempfänger im Ausland ansässig, oder ist die Dienstleistung im Ausland zu erbringen, muss nach dem anwendbaren internationalen Privatrecht geprüft werden, welches Landesrecht im konkreten Fall anwendbar ist. Vielfach wird das anwendbare Recht im Vertrag selbst stipuliert. Das funktioniert aber dann nicht wie beabsichtigt, wenn

zwingendes ausländisches Recht anwendbar ist, z.B. bei der Beschäftigung von im Ausland tätigen Dienstleistern im Sinne des Arbeitsrechts. Grenzüberschreitende und generell «internationale» Dienstleistungsverhältnisse (z.B. weltweit per Internet angebotene Services) sollten mit einem Fachmann auf diese Fragestellungen hin geklärt werden.

FUSSNOTEN

- 1 Zum Ganzen Alfred Koller, Dienstleistungsverträge – Begriff, Arten, rechtliche Grundlagen, in: AJP 12/2014, S. 1627 ff.
- 2 Gauch/Schluop/Schmid/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, 8.A. Zürich 2003, N 35 f.
- 3 Alfred Koller, a.a.O., Ziff. 1.2., z.B. Gefälligkeitsauskunft oder Hüten des Nachbarkindes ohne Rechtsbindungswille der Parteien.
- 4 Alfred Koller, a.a.O., Ziff. 1.1, z.B. Versprechen einer Vergütung an jemanden, falls es diesem gelingen sollte, eine passende Mietgelegenheit nachzuweisen, ohne Verpflichtung zu entsprechenden Suchbemühungen.

sen, ohne Verpflichtung zu entsprechenden Suchbemühungen.

5 Alfred Koller, a.a.O., Ziff. 2.1. mit Hinweisen.

AUTOR



Marco Mathis ist seit 1987 als selbstständiger Zürcher Rechtsanwalt tätig. Er verfügt über profunde Kenntnisse im gesamten Wirtschaftsrecht und betreut eine schweizerische und ausländische Klientschaft.

EIN ÜBERBLICK (ohne Anspruch auf Vollständigkeit)

Im OR geregelte DL-Verträge («Nominatverträge»)		OR Art.	Unterordnung		Dauervertrag		Ergebnispflicht		Entgeltlich		
			ja	nein	ja	nein	ja	nein	ja	nein	
Arb. Vtge.	Einzelarbeitsvertrag	319 ff.									
	Lehrvertrag	344 ff.	X		X		X	X	X		
	Handelsreisendenvertrag	347 ff.									
	Heimarbeitsvertrag	351 ff.									
Werkvertrag	363 ff.			X		X				X	
Verlagsvertrag ¹		380 ff.		X		X	X			X	
Aufträge	Einfacher Auftrag	394 ff.								X	
	Auftr. z. Ehe-/P.-vermittlung	406a ff.							X		
	Kreditbrief	407				X				X	
	Kreditauftrag	408 ff.						X			
	Mäklervertrag	412 ff.		X							
	Agenturvertrag	418a ff.			X						
	Kommission	425 ff.							X		
	Spedition	439				X					
	Frachtvertrag ²	440 ff.					X				
Hinterl.	Hinterlegung i. Allg.	472 ff.								X	
	Hinterl. vertretbarer Sachen	481		X	X			X			
	Lagergeschäft	482 ff.							X		

1 Mischung aus DL- und Gebrauchsüberlassungsvertrag

2 Gegenstand: Schaffung eines «Geistwerkes» (Transport)

Spezialgesetzl. DL-Verträge (Bsp.)

Ges.

Pauschalreisevertrag	PauRG
Arbeitsvermittlung	AVG
Personentransport (Bund)	PBG

Innominat- und gemischte Verträge mit DL-Elementen (Bsp.)

Gastwirte-/aufnahmevertrag	
Kommissionsagentur	Mischung aus Kommission und Agenturvertrag
Personentransportvertrag	Werkvertrag mit «Geist-» anstatt Sachwerk
Werklieferungsvertrag	DL- und Veräusserungsvertrag
Sukzessivlieferungsvertrag	Lieferung einer bestimmten Anzahl von Werken
Dauerwerkvertrag	Lieferung mehrerer Werke während best. Dauer
Lizenzvertrag	Rechtspachtähnlicher Innominatvertrag
Unentgeltlicher Lagervertrag	Lagervertragsähnlicher Innominatvertrag
Franchisevertrag	