

**2.7. Schuldrecht – allgemein/
Droit des obligations – en général**
**2.7.2. Obligationenrecht – Besonderer Teil –
allgemein/Droit des obligations –
Partie spéciale – en général**
2.7.2.6. Arbeitsvertrag/Contrat de travail

**Qualifikation eines Vermittlungsvertrages
als Arbeitsvertrag**

Besprechung von BGer, 4A_93/2022, 3.1.2024

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_93/2022 vom 3. Januar 2024, A. gegen B., Qualifikation des Vertrags (Arbeitsvertrag).



CHRISTOPH SENTI*

Im französischsprachigen BGer 4A_93/2022 setzt sich das Bundesgericht mit der Qualifikation eines Vertragsverhältnisses auseinander und kommt, im Unterschied zur Vorinstanz, zum Schluss, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsvertrag vereinbart wurde. Dieses Urteil wurde in mehreren Online-Publikationen besprochen¹ und ist ein weiterer Mosaikstein im Zusammenhang mit der Abgrenzung von Arbeits- gegenüber anderen Verträgen. Schwerpunkt der nachfolgenden Ausführungen soll weniger das Ergebnis selbst sein als vielmehr die – meines Erachtens – nicht erkennbare und widersprüchliche Systematik in der Urteilsbegründung, was das Urteil als zufällig erscheinen lässt.

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

B. (Beklagte) ist ein gemeinnütziger Verein mit dem Zweck, die Bedürfnisse von Eltern, die eine Tagesbetreuung für ihre Kinder suchen (Platzierungseltern, «parents placeurs») und diese mit Personen, die eine solche Tagesbetreuung anbieten (Tages- oder Pflegeeltern, «parents d'accueil»), zusammenzubringen. Hinzu kommt

die Bereitstellung von Beratung und Unterstützung in Erziehungsfragen für Platzierungs- und Pflegeeltern sowie für Pflegeeltern die Aus- und Weiterbildung in pädagogischen Fragen. Die Platzierung eines Kindes im konkreten Einzelfall geschieht durch eine Aufnahmevereinbarung («convention d'accueil»), welche durch alle drei Parteien (Verein, Platzierungseltern, Pflegeeltern) unterzeichnet wird (A.a.).

A. (Klägerin) war ab dem 1. Juni 2011 als Tages- bzw. Pflegeeltern teil tätig. Dazu trat sie als Mitglied dem Verein B. bei und wurde bei der Ausgleichskasse des Vereins angemeldet (A.b.). In der Folge kam es zu einer Meinungsverschiedenheit bezüglich der Zahlungen des Vereins an die Klägerin: Während die Klägerin den seit 1. Januar 2015 für Arbeitnehmende gültigen kantonalen Mindestlohn geltend machte, stellte sich der Verein auf den Standpunkt, dass er selbst nicht als Arbeitgeber zu qualifizieren sei. Seine Aufgaben beschränken sich darauf,

- für die Einhaltung der Verpflichtungen von Platzierungs- und Pflegeeltern gemäss dem kantonalen, subventionierten Tarifrahmen zu bürgen;
- die Beiträge bei den Platzierungseltern für die bezogenen Leistungen in Abhängigkeit von deren Steuerkraft in Rechnung zu stellen; sowie
- die entsprechenden Vergütungen an die Pflegeeltern auszusahlen und bei der Ausgleichskasse abzurechnen.

Da die Veränderungen und das Ausmass der Betreuungszeiten nicht im Einflussbereich des Vereins lägen, könne kein Mindestlohn garantiert werden und es liege auch kein Arbeitsvertrag im Sinne von Art. 319 ff. OR vor (A.c.).

Daraufhin klagte die Klägerin beim Tribunal régional du Littoral et du Val-de-Travers auf Zahlung einer Lohnforderung von CHF 25'516.80 (nebst Zins), gestützt auf den im Kanton Neuenburg gültigen Mindestlohn von CHF 20 pro Stunde. Während das erstinstanzliche Gericht das Vertragsverhältnis als Arbeitsvertrag im Sinne von Art. 319 ff. OR qualifizierte und die Forderung schützte (B.a.), kam die zweite Instanz (Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel) zum gegenteiligen Schluss (B.b.). Dabei beschränkte sich die zweite Instanz prozessual offenbar vorerst auf die Frage, ob das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien als Arbeitsvertrag zu qualifizieren sei, verneinte dies und wies die Klage ab. Diesen Entscheid zog die Klägerin an das Bundesgericht weiter und beantragte, festzustellen, dass zwischen den Parteien vom 1. Juni 2011 bis 30. November 2019 ein Arbeitsvertrag im Sinne von Art. 319 ff. OR vereinbart worden war (C.).

Das Bundesgericht setzt sich zuerst mit den allgemeinen Wesens- und Abgrenzungsmerkmalen eines Arbeits-

* CHRISTOPH SENTI, Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, advokatur 9450.

¹ NICOLAS FACINCANI, Wann qualifiziert ein Vertrag als Arbeitsvertrag, in: drsk – Der digitale Rechtsprechungs-Kommentar, 22.2.2024, Internet: <https://drsk.weblaw.ch/> (Abruf 15.4.2024), und in: Arbeitsrecht Aktuell, 8.2.2024, Internet: <https://www.arbeitsrecht-aktuell.ch/de/2024/02/08/wann-qualifiziert-ein-vertrag-als-arbeitsvertrag/> (Abruf 15.4.2024).

vertrages auseinander (E. 3.4 und E. 3.6 bis 3.8) und geht unter Nennung einiger Präjudizien auf die besonderen Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Arbeitsvertrag und den freien Berufen ein (E. 3.5). Es listet ausführlich die Argumente auf, gestützt auf welche die Vorinstanz das Vorliegen eines Arbeitsvertrages verneinte (E. 4.1), und fasst kurz die von der Klägerin dagegen erhobenen Rügen zusammen (E. 4.2).

In Erwägung 5 gewichtet es die von der Vorinstanz geprüften Kriterien neu, widerspricht zum Teil deren Würdigung (E. 5.1) und kommt vor allem mit Verweis auf das durch die Vorinstanz un- oder zu wenig beachtete Kriterium der wirtschaftlichen Abhängigkeit zum Schluss, dass es sich aus zivilrechtlicher Sicht um einen Arbeitsvertrag handle (E. 5.2). Der vorinstanzliche Entscheid wird aufgehoben, und das Bundesgericht stellt das Vorliegen eines Arbeitsvertrages fest. Zur Prüfung und Quantifizierung der sich daraus ergebenden Forderungen wird die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen (E. 5.7 und E. 6).

II. Gedanken zum Vorgehen bei der Vertragsqualifikation

A. Allgemeine Grundsätze

Die rechtliche Qualifikation eines Vertrages ist eine Rechtsfrage, welche das Bundesgericht frei überprüft.² Dabei wendet es das Recht von Amtes wegen an.³

Wie eine solche Vertragsqualifikation zu erfolgen hat, ist methodisch unbestritten.⁴ Als Erstes ist auf den übereinstimmenden, wirklichen Willen im Sinne der tatsächlichen, gemeinsamen Absicht der Vertragsparteien abzustellen. Lässt sich kein gemeinsamer Wille feststellen, erfolgt eine normative Auslegung nach dem Vertrauensprinzip. Im zweiten Schritt ist die Vertragsvereinbarung basierend auf dieser Grundlage (d.h. dem wirklichen Willen der Parteien) rechtlich zu kategorisieren (E. 3.1).

Bei der Feststellung dieses wirklichen Willens ist das Bundesgericht, unter eng definierten Ausnahmen, an die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz gebunden:⁵ «Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den Le-

bensachverhalt, der dem Streitgegenstand zugrunde liegt, als auch jene über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt [...]»⁶

Zentrales Abgrenzungsmerkmal des Arbeitsvertrages gegenüber anderen Dienstleistungsverträgen, insbesondere einem Auftragsverhältnis, ist das Kriterium der Subordination (Unterordnungsverhältnis). Dieses führt zu einer zeitlichen, räumlichen, hierarchischen oder auch wirtschaftlichen Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber (E. 3.3).⁷ Nach Auffassung des Bundesgerichts müssen die einzelnen Teilaspekte der Subordination nicht alle gleich stark ausgeprägt sein, und bei der Qualifikation ist auf das Gesamtbild abzustellen (E. 3.3).⁸

Weiter wird regelmässig betont, dass die sozialversicherungs- oder steuerrechtliche Qualifikation eines Arbeitsverhältnisses zweitrangig sei, weil die Kriterien für die Vertragsqualifikation nach jenen Rechtsgebieten vom Zivilrecht abweichen (E. 3.6).⁹

Ebenfalls nicht von entscheidender Bedeutung für die Qualifikation des zwischen den Parteien vereinbarten Vertrages sind, laut Bundesgericht, öffentlich-rechtliche Vorschriften, welche ein Gemeinwesen zur betreffenden Tätigkeit erlassen hat (E. 3.7).¹⁰

Abschliessend zu seinen allgemeinen Ausführungen erwähnt das Bundesgericht (E. 3.8), dass vorrangig materielle Kriterien zu berücksichtigen seien, d.h. Merkmale, wie die Arbeitsleistung tatsächlich erbracht werde. Beispielhaft erwähnt es den Grad der Freiheit bezüglich der Arbeits- und Zeitorganisation, die Pflicht zur Berichterstattung oder die Befolgung von Anweisungen.¹¹ Dies sind meines Erachtens nichts anderes als einzelne Merkmale, welche das Ausmass des Subordinationsverhältnisses bestimmen, womit wir wieder beim anfänglich genannten, zentralen Abgrenzungskriterium landen. Und dass nicht auf die im Vertrag beschriebenen (also formellen), sondern auf die zwischen den Parteien gelebten (den materiellen) Vereinbarungen abzustellen ist, ergibt sich

² BGer, 4A_93/2022, 3.1.2024, E. 3.1, Art. 95 f. BGG.

³ BGer, 4A_93/2022, 3.1.2024, E. 3.1 mit Verweis auf Art. 57 ZPO, recte wohl Art. 106 BGG.

⁴ Vgl. BGer, 4A_93/2022, 3.1.2024, E. 3.1 mit diversen Verweisen, aber auch BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 7 ff., in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 7. A., Basel 2020.

⁵ BGer, 4A_93/2022, 3.1.2024, E. 2.2 mit Verweis auf Art. 105 Abs. 1 BGG.

⁶ BGE 140 III 16 E. 1.3.1 mit diversen Verweisen.

⁷ Vgl. auch BGer, 4A_365/2021, 28.1.2022, E. 4.1.2.1, mit weiteren Verweisen, wo mit Verweis auf BGE 121 I 259 E. 3a zudem auch noch die wirtschaftliche Abhängigkeit erwähnt wird, was das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid in E. 3.4 thematisiert.

⁸ Mit diversen Verweisen auf die Literatur und BGer, 4P.83/2003, 9.3.2004.

⁹ BGer, 4A_93/2022, 3.1.2024, E. 3.6 mit Verweis auf 4A_64/2020, 6.8.2020, E. 6.4, 4A_713/2016, 21.4.2017 und 4A_592/2016, 16.3.2017, E. 2.1.

¹⁰ Mit Verweis auf BGer, 8C_38/2019, 12.8.2020, E. 6.2.2.

¹¹ Mit Verweis auf BGer, 4A_53/2021, 21.9.2021, E. 5.1.3.2 und 2C_714/2020, 25.11.2020, E. 3.4.2.

bereits aus der Anwendung von Art. 18 OR (vgl. oben bzw. E. 3.1).

B. Vorgehen im Einzelfall und Relativierung der vorgenannten Grundsätze

Diese Grundprinzipien relativiert, vermischt und vernebelt das Bundesgericht meines Erachtens nun aber im konkreten Fall. Dazu nachfolgende Beispiele:

a) Das Bundesgericht entscheidet aufgrund des von der Vorinstanz(en) festgestellten Sachverhalts. Wo liegt die Grenze zwischen Sachverhalt einerseits und Gewichtung oder Würdigung des Sachverhalts andererseits? Die Vorinstanz stellte in seinem Urteil fest, dass die Beklagte nicht die Aufgaben und Funktionen einer Arbeitgeberin wahrnahm, sondern als «einfache Schnittstelle zwischen Platzierungs- und Pflegeeltern» fungierte (E. 4.1 am Ende). Diese (Sachverhalts-)Feststellung machte die Vorinstanz gestützt auf eine ganze Anzahl verschiedener Merkmale. Für sie ergab sich also eine Tatsache aus der Summe anderer Tatsachen. Natürlich kann man die Meinung vertreten, dass die vorinstanzliche Feststellung eine gewichtete Würdigung von Tatsachen sei, an welche das Bundesgericht nicht gebunden sei. Eine solche Schlussfolgerung ist jedoch aus zwei Gründen arbiträr: Erstens ist jeder Sachverhalt immer die Würdigung oder Schlussfolgerung aus einer oder der Summe mehrerer diesem Sachverhalt zugrundeliegenden weiteren Tatsachen. Zweitens ist eine festgestellte Tatsache (Sachverhalt) immer auch das Resultat der Gewichtung einzelner, dieser festgestellten Tatsache zugrundeliegender weiterer Sachverhalte. Folgendes Beispiel: Das Bundesgericht stellt fest (E. 5.5), dass der Arbeitnehmerin Berufsauslagen ersetzt wurden. Dieser (wohl verbindliche) Sachverhalt ergibt sich womöglich als Schlussfolgerung aus den Tatsachen, dass im schriftlichen Vertrag eine solche Regelung vereinbart wurde und entsprechende Zahlungen ausgerichtet wurden. Der festgestellte «Sachverhalt» der Kostentragung ist also das Ergebnis der Würdigung weiterer Tatsachen. Letzteres (dass diese Kosten effektiv bezahlt wurden) wiederum ergibt sich aus den Tatsachen, dass womöglich ein diesbezüglicher Nachweis (Bankbeleg) im Recht lag und die dort aufgeführte Zahlung zu diesem Zweck erfolgte. Jeder Sachverhalt ist meines Erachtens eine gewichtete Würdigung anderer, diesem Sachverhalt zugrundeliegender Tatsachen. Wieso betrachtet nun das Bundesgericht die vorinstanzliche Feststellung, dass

die Beklagte lediglich als Vermittler agierte (E. 4.1 am Ende), nicht als verbindliche Sachverhaltsfeststellung und wo genau liegt die Grenze zu dem für das Bundesgericht effektiv verbindlichen Sachverhalt?

- b) Im Zusammenhang mit den vom Bundesgericht erwähnten «materiellen Kriterien» zur Beurteilung des Unterordnungsverhältnisses nennt es als typische Merkmale die Erstattung der dem Arbeitnehmer entstandenen Kosten oder die Tragung des wirtschaftlichen Risikos durch den Arbeitgeber (E. 3.8). Hierbei handelt es sich aber nicht um für eine Vertragsqualifikation typische Merkmale, sondern um *zwingende Rechtsfolgen*,¹² die sich daraus ergeben, dass ein Arbeitsvertrag vorliegt. Ein Abstellen auf solche Kriterien führt meines Erachtens zu einem Zirkelschluss zwischen Vertragsqualifikation und den sich für die Parteien daraus ergebenden zwingenden Rechtsfolgen.¹³
- c) Meines Erachtens am schwersten wiegt aber, dass das Bundesgericht die von ihm aufgestellten und zu Beginn des Entscheides genannten allgemeinen Grundsätze selber wieder relativiert, verwässert und sich eigentlich auch widerspricht:
- aa) «Das wesentliche Unterscheidungskriterium liegt in der Unabhängigkeit des Beauftragten von seinem Auftraggeber. Solange der Auftraggeber den Beauftragten in seinen Richtlinien über die allgemeine Art und Weise informiert, wie er seine Aufgabe zu erfüllen hat, gelten die Regeln des Auftrags. Sobald diese Weisungen darüber hinausgehen, den Gegenstand und die Organisation der Arbeit beeinflussen und ein Kontrollrecht des Weisungsgebers begründen, handelt es sich um einen Arbeitsvertrag» (E. 3.3 mit Verweisen). Dieses zentrale Unterscheidungsmerkmal relativiert das Bundesgericht in E. 3.5 gleich selbst, wenn es ausführt, dass es Vertragsverhältnisse gebe, wo die Grenzen zwischen abhängiger und unabhängiger Dienstleistung sehr dünn (*très mince*) seien. Dabei verweist es auf die freien Berufe oder auf freie Mitarbeiter und kommt bei Letzteren zum Schluss, dass dort ein «Arbeitsvertrag sui generis» gewählt

¹² Auslagenersatz: Art. 327a OR, wirtschaftliches Risiko: Art. 324 OR.

¹³ Bsp.: Ob die tätige Person das wirtschaftliche Risiko zu tragen hat, ergibt sich aus den (zwingenden) Bestimmungen der betreffenden Vertragsart, nicht umgekehrt. Würde man aus der Vertragsvereinbarung, wonach die tätige Person das wirtschaftliche Risiko zu tragen hat, auf das Fehlen eines Arbeitsvertrages schliessen, führte dies – im Ergebnis – zur Nichtanwendung des zwingenden Art. 324 OR, falls eben doch ein Arbeitsvertrag vereinbart wurde.

werden sollte. Wieso im vorliegenden Fall aber kein «Arbeitsvertrag sui generis» vorlag, klärt das Bundesgericht, soweit ersichtlich, nicht und geht in der Folge auch nicht weiter auf diese Vertragsart ein. Dass zwischen zwei Vertragsparteien ein Arbeitsvertrag sui generis vorliegen oder auch ein gemischter Arbeitsvertrag¹⁴ vereinbart werden kann, macht eine Vertragsqualifikation nicht einfacher. Meines Erachtens wäre es jedoch wünschenswert, dass auch diese Möglichkeit in einer Urteilsbegründung thematisiert und geprüft wird.

- bb) In E. 5.2 hält das Bundesgericht fest, dass die wirtschaftliche Abhängigkeit der Klägerin ein Element sei, welches das vorinstanzliche Bild grundlegend verändere (*détone fondamentalement*). Wieso das Bundesgericht das Kriterium der wirtschaftlichen Abhängigkeit derart gewichtet, dass es die vorinstanzlichen Argumente gegen einen Arbeitsvertrag (vgl. E. 4.1) übersteuert, begründet das Bundesgericht aber nicht. Vielmehr betont es gleichzeitig selber, dass das Merkmal der wirtschaftlichen Abhängigkeit für sich allein für die Qualifikation als Arbeitsvertrag nicht gereicht hätte, was sich auch mit dem Hinweis in E. 3.4 deckt, wonach auch bei anderen Verträgen eine wirtschaftliche Abhängigkeit bestehen kann. Mit anderen Worten: Obwohl das Bundesgericht in seinen Erwägungen die Bedeutung der wirtschaftlichen Abhängigkeit selber relativiert (E. 3.4 und E. 5.2), kommt es zum Schluss, dass ebendieses Kriterium es rechtfertigt, die von der Vorinstanz vorgenommene Vertragsqualifikation zu revidieren. Welcher sachliche Grund liegt einem solchen Entscheid zugrunde?
- cc) Schliesslich irritiert meines Erachtens, dass verschiedentlich betont wird, welche Kriterien für die Vertragsqualifikation nicht entscheidend seien,¹⁵ im Anschluss daran aber ebensolche Merkmale trotzdem wieder erwähnt und damit faktisch berücksichtigt werden.¹⁶ Schlussendlich ist also nicht

klar, ob die genannten Kriterien nun eine Rolle spielen (dürfen) oder nicht.

All diese offenen Fragen hinterlassen beim Rechtssuchenden den Eindruck, dass sich die Qualifikation eines Arbeitsvertrages in der Theorie zwar gestützt auf bestimmte Merkmale und nach einer konkreten Methodik vornehmen lässt, im konkreten Fall aber mehr oder weniger willkürlich bestimmte Kriterien beigezogen und beliebig gewichtet oder ausser Acht gelassen werden. Hinzu kommt, dass im Urteil selbst erwähnte Sonderfälle, wie bspw. Innominatverträge, nicht näher thematisiert werden und in der Begründung schliesslich auch auf Kriterien abgestellt wird, welche zu Beginn des Urteils als nicht relevant oder nur von untergeordneter Bedeutung bezeichnet wurden.

Es sei an dieser Stelle betont, dass eine Vertragsqualifikation im konkreten Einzelfall keine einfache Aufgabe ist, angesichts der riesigen Vielfalt und Ausprägungsformen in der Rechtspraxis. Meines Erachtens wäre es aber wünschenswert, dass gewisse Grundsätze etwas systematischer angewendet und die Gewichtung bestimmter Kriterien einheitlicher praktiziert wird. Eine wichtige Funktion bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist meines Erachtens die Schaffung von Rechtssicherheit und damit eine (gewisse) Vorhersehbarkeit von Entscheidungen. Dies wäre erfreulich, insbesondere im vorliegenden Urteil: Die Qualifikation des Vertragsverhältnisses als Arbeitsvertrag wird sowohl für die (nun «neue») Arbeitgeberin wie auch für die gesamte Belegschaft fundamentale Auswirkungen haben: Mindestlöhne und andere zwingende Gesetzesbestimmungen des Arbeitsvertragsrechts sind einzuhalten und die Beklagte wird wohl eine Bewilligung als Personalverleiher benötigen.¹⁷ Dass all diese Veränderungen die Folge eines – mindestens für Aussenstehende – scheinbar zufälligen Gerichtsurteils sind, hinterlässt sicherlich sehr viel Unverständnis.

¹⁴ Vgl. CHRISTOPH SENTI, Gemischte Verträge im Arbeitsrecht; in: Roland Müller/Kurt Pärli/Isabelle Wildhaber (Hrsg.), Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, St. Gallen 2017, 431 ff.

¹⁵ BGer, 4A_93/2022, 3.1.2024, E. 3.1: Die Auslegung hat nach dem wirklichen Willen und nicht nach der (falschen) Bezeichnung durch die Parteien zu erfolgen; E. 3.6: Die sozialversicherungsrechtliche Qualifikation ist von untergeordneter Bedeutung; E. 3.7: Öffentlich-rechtliche Vorschriften zu diesem Tätigkeitsbereich haben keine Bedeutung.

¹⁶ BGer, 4A_93/2022, 3.1.2024, E. 3.1: Die Bezeichnung der Vereinbarung als Arbeitsvertrag kann allenfalls als Indiz mitberücksichtigt

wird werden; E. 5.6: Der Klägerin erhielt monatliche Dokumente mit dem Titel «Lohnabrechnung» und es wurden ihr die Sozialabgaben abgezogen; BGer, 4A_93/2022, 3.1.2024, E. 5.1: Der Kanton Neuenburg nimmt die Aufsicht selbst durch den SPAJ (Service de protection de l'adulte et de la jeunesse) wahr.

¹⁷ Vgl. zu diesem Thema: ISABELLE WILDHABER/LUISE LOCHER, Agenturen für die Live-in-Betreuung, AJP 2024, 3 ff.