

# **BGer 8C\_573/2022 vom 6. Juli 2023**

Bundesgericht, 2023-07-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_8C\\_573\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_8C_573_2022)

FR: TF 8C\_573/2022 du 6 juillet 2023

IT: TF 8C\_573/2022 del 6 luglio 2023

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das angefochtene Urteil des Bundesverwaltungsgerichts betrifft ein öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis, d.h. eine öffentlich-rechtliche Angelegenheit ( Art. 82 lit. a BGG ). Aufgrund der geltend gemachten Entschädigungsansprüche handelt es sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit, und es liegt kein Ausschlussgrund vor ( Art. 83 lit. g BGG ). Die Entschädigungsforderungen übersteigen die Streitwertgrenze von Fr. 15'000.- ( Art. 51 Abs. 1 lit. a, Art. 85 Abs. 1 lit. b BGG ). Die Beschwerde ist somit grundsätzlich zulässig. Der Beschwerdeführer ist als Adressat des angefochtenen Urteils besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung ( Art. 89 Abs. 1 BGG ).

### **E. 2.1**

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann wegen Rechtsverletzungen gemäss Art. 95 und 96 BGG erhoben werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ). Es ist folglich weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; es kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen und es kann sie mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen. Immerhin prüft das Bundesgericht, unter Berücksichtigung der allgemeinen Pflicht zur Begründung der Beschwerde ( Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG ), grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind ( BGE 145 V 57 E. 4.2 mit Hinweis).

### **E. 2.2**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat; es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz auf entsprechende Rüge hin oder von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1, Art. 105 Abs. 1 und 2 BGG ). Offensichtlich unrichtig bedeutet dabei willkürlich ( BGE 133 II 249 E. 1.2.2). Sachverhaltsrügen unterliegen deshalb dem qualifizierten Rügeprinzip ( Art. 106 Abs. 2 BGG ). Dazu genügt es nicht, einen von den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz abweichenden Sachverhalt zu behaupten oder die eigene Beweiswürdigung zu erläutern ( BGE 137 II 353 E. 5.1). Dass die von der Vorinstanz gezogenen Schlüsse nicht mit der Darstellung der beschwerdeführenden Partei übereinstimmen, belegt keine Willkür. Auf ungenügend begründete Rügen oder bloss allgemein gehaltene appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid geht das Bundesgericht nicht ein ( BGE 145 I 26 E. 1.3 mit Hinweisen).

### **E. 2.3**

Das Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (BPG; SR 172.220.1) regelt das Arbeitsverhältnis des Bundespersonals (Art. 1). Das Arbeitsverhältnis entsteht durch den Abschluss eines schriftlichen öffentlich-rechtlichen Arbeitsvertrags ( Art. 8 Abs. 1 BPG ). Gemäss Art. 6 Abs. 3 BPG wird das Arbeitsverhältnis im Rahmen von Abs. 2 derselben Bestimmung (sinngemässe Anwendung des OR, vorbehältlich abweichender Bestimmungen des BPG und anderer Bundesgesetze) durch Ausführungsbestimmungen (Art. 37), insbesondere den Gesamtarbeitsvertrag (Art. 38) und den Arbeitsvertrag (Art. 8) näher geregelt. Art. 37 Abs. 1 Satz 1 BPG überträgt dem Bundesrat die grundsätzliche Kompetenz zum Erlass der Ausführungsbestimmungen zum BPG. Dieser nennt in Art. 25 Abs. 2 der Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001 (BPV; SR 172.220.111.3) Punkte, über welche die Parteien im Arbeitsvertrag eine Regelung vereinbaren müssen (Urteil 8C\_356/2017 vom 22. Januar 2018 E. 6.1).

### **E. 3**

Die Vorinstanz erwog, hinsichtlich der Rückabwicklung von Dauerrechtsverhältnissen liege mit Art. 320 Abs. 3 OR , der gestützt auf Art. 6 Abs. 2 PGB ergänzend angewendet werde, eine Sonderregelung vor, wonach für die gegenseitigen Ansprüche und Verpflichtungen die Gültigkeit des unverbindlichen Vertrags bis zu dessen Aufhebung fingiert werde. Hier sei zwischen den Parteien vom 1. Januar 2016 bis 31. Dezember 2019 kein Auftrags-, sondern ein Arbeitsverhältnis vorgelegen. Das Auftragsverhältnis sei daher ungültig. In analoger Anwendung dieser Bestimmung würden die Wirkungen der Ungültigkeit nicht zurückdatiert, sondern kämen erst im Urteilszeitpunkt vom 16. März 2020 bzw. am Ende des befristeten Arbeitsvertragsverhältnisses zum Tragen (Auflösung ex nunc). Die Parteien seien so zu stellen, wie wenn sie einen gültigen Vertrag in Form eines Auftrags erfüllten. Es könne daher weder zu viel bezahlter Lohn zurückgefordert werden, noch bestünden Lohn- oder Ferienentschädigungsansprüche. Unabhängig von der Qualifikation des Vertrags als Arbeitsverhältnis und vom Ausgang des vorinstanzlichen Verfahrens in materieller Hinsicht, habe der Beschwerdegegner zu prüfen, ob für die ausgeübte Tätigkeit des Beschwerdeführers Arbeitgeberbeiträge geschuldet seien und ihn allenfalls bei der Pensionskasse des Bundes PUBLICA als unselbstständig Erwerbenden anzumelden.

### **E. 4**

In Bezug auf Art. 320 Abs. 3 OR rügt der Beschwerdeführer, die Vorinstanz verkenne, dass sich die Ungültigkeit des abgeschlossenen Auftrages auf den Moment der Anrufung des Ungültigkeitsgrunds beziehe. Der Beschwerdeführer habe spätestens mit Schreiben vom 11. Januar 2019 unter Verweis auf ein bestehendes Arbeitsverhältnis die Ungültigkeit des Mandatsvertrags angerufen, weshalb die Vorinstanz rechtsfehlerhaft auf den Urteilszeitpunkt abgestellt habe. Im Widerspruch hierzu habe sie im Urteil vom 16. März 2020 das Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses bis 31. Dezember 2019 festgestellt. Wäre das Vertragsverhältnis tatsächlich bis zum Urteilszeitpunkt als Auftrag zu behandeln gewesen, hätte die vermeintliche fristlose Kündigung vom 11. Juni 2019 das Vertragsverhältnis rechtswirksam beendet. Würde seine Forderung erst nach Geltendmachung der Ungültigkeit geschützt, so der Beschwerdeführer weiter, ergäbe dies für den Zeitraum vom 12. Januar 2019 bis 31. Dezember 2019 einen Lohnanspruch von Fr. 40'051.85 brutto. Der Beschwerdegegner könne sich nicht auf das (nie eingehaltene) Kostendach berufen.

### **E. 5.1**

Die Vorinstanz erkannte zutreffend, dass Art. 320 Abs. 3 OR rechtsprechungsgemäss auf teilweise oder vollständig erfüllte Dauerschuldverhältnisse analog anwendbar sei ( BGE 137 III 243 E. 4.4.4; 129 III 320 E. 7.1.2-7.1.3). Voraussetzung für die Anwendung von Art. 320 Abs. 3 OR im beschriebenen Sinne ist der vermeintliche Abschluss eines Arbeitsvertrages (oder wie hier eines Auftrags), die vollständige Ungültigkeit dieses Vertrages, die fehlende Bösgläubigkeit des Arbeitnehmers sowie die Leistung von Arbeit auf Grund des ungültigen Vertrages ( BGE 132 III 242 E. 4.2.1; Urteil 8C\_649/2012 vom 14. Dezember 2012 E. 8.3.1 mit Hinweisen; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Aufl. 2012, N. 8 zu Art. 320 OR ).

## **E. 5.2**

Anders als die Vorinstanz annimmt, sind diese vier Erfordernisse hier nicht ohne Weiteres gegeben.

Sofern der Vertrag für Honorarbezüger vom 10. Dezember 2015 nicht als rechtskonformer Arbeitsvertrag nach BPG zu qualifizieren wäre mangels Erfüllung wesentlicher Elemente nach Art. 8 Abs. 1 BPG i.V.m. Art. 25 Abs. 2 BPV , begründeten die Parteien aufgrund allfälliger Formmängel lediglich ein faktisches Arbeitsverhältnis. Diesfalls wären die Bestimmungen nach Art. 319 ff. OR anzuwenden (vgl. PETER HELBLING, in: Bundespersonalgesetz [BPG], 2013, N. 46 sowie N. 103 und 105 zu Art. 8 BPG ). Liege indessen ein rechtsgültiger Arbeitsvertrag nach Bundespersonalrecht vor, sodass beide Parteien die Pflichten aus dem Vertragsverhältnis zu erfüllen hätten, bräuchte es für die gegenseitigen Ansprüche und Verpflichtungen keine Fingierung der Gültigkeit eines Vertrages bis zu dessen Aufhebung, wie es Art. 320 Abs. 3 OR vorsieht. Daher bliebe diesfalls für die - auch nicht für die analoge - Anwendung von Art. 320 Abs. 3 OR über die Folgen eines ungültigen Arbeitsvertrags kein Raum, wie der Beschwerdegegner zutreffend einwendet.

### **E. 5.3.1**

Das dem Streit zugrunde liegende, zwischen den Parteien mit dem "Vertrag für Honorarbezüger" vom 10. Dezember 2015 begründete, Rechtsverhältnis qualifizierte die Vorinstanz in ihrem rechtskräftigen Urteil vom 16. März 2020 als Arbeitsverhältnis, das vom 1. Januar 2016 bis 31. Dezember 2019 gedauert hatte. Ob von einem gültigen Arbeitsvertrag nach Bundespersonalrecht auszugehen ist, beurteilte die Vorinstanz weder im angefochtenen Urteil noch nahm sie im Urteil vom 16. März 2020 eine weitergehende Vertragsauslegung vor (vgl. BGE 143 II 297 E. 6.4.1; 131 III 217 E. 3; 129 III 664 E. 3.1). Nachdem diesbezüglich keine bindenden Feststellungen getroffen wurden, kann das Bundesgericht den Sachverhalt ergänzen (vgl. vorangehende E. 2.2).

#### **E. 5.3.2.1**

In der Verfügung vom 1. Juni 2021 stellte sich der Beschwerdegegner gemäss vorinstanzlicher Feststellung u.a. auf den Standpunkt, in der Retrospektive sei das streitbetroffene Arbeitsverhältnis als Teilzeitarbeitsverhältnis mit Arbeit auf Abruf zu qualifizieren. Bei solchen Arbeitsverhältnissen auf Abruf ist grundsätzlich zwischen echter und unechter Arbeit auf Abruf zu unterscheiden. Hierzu lässt sich dem Bundespersonalrecht nichts entnehmen. Die Personalrechtsgesetzgebung des Bundes regelt jedoch die Arbeitszeiten (Art. 17 f. BPG) und nimmt an verschiedenen Stellen Bezug zu den Beschäftigungsgraden (vgl. v.a. Art. 25 Abs. 2 lit. e BPV , Art. 32g Abs. 6 und Art. 32i Abs. 3 BPG ). Mit Blick darauf, dass Art. 25 Abs. 2 lit. e BPV als zwingenden

Mindestgehalt des Vertrages die Festlegung eines Beschäftigungsgrades vorsieht und feststeht, dass die Parteien keine Mindestarbeitszeit vereinbart haben, ist zumindest fraglich, ob im vorliegenden Fall überhaupt ein Arbeitsverhältnis nach Bundespersonalrecht zustande kam (vgl. HELBLING, a.a.O. N. 84 zu Art. 8 BPG ).

#### **E. 5.3.2.2**

Bei echter Arbeit auf Abruf kann die Arbeitgeberin den Arbeitnehmer einseitig abrufen, wobei dieser einsatzpflichtig ist ( BGE 124 III 249 E. 3; Urteile 4A\_334/2017 vom 4. Oktober 2017 E. 2.2; 4A\_509/2009 vom 7. Januar 2009 E. 2.3 mit weiteren Hinweisen). Bei der unechten Arbeit auf Abruf trifft den Arbeitnehmer keine Einsatzpflicht. Er hat vielmehr ein Ablehnungsrecht, denn ein Einsatz kommt jeweils durch gegenseitige Vereinbarung zustande (SVR 2022 UV Nr. 38 S. 150, 8C\_587/2021 E. 4.3.3.1; Urteile 4A\_334/2017 vom 4. Oktober 2017 E. 2.2; 4A\_94/2009 vom 7. Januar 2010 E. 2.3).

Während die Arbeitgeberin bei der unechten Arbeit auf Abruf keine Pflicht zur Beschäftigung trifft und sie grundsätzlich nicht in Annahmeverzug geraten kann, ist bei der echten Arbeit auf Abruf Gegenteiliges der Fall. Hier verletzt sie den Arbeitsvertrag, wenn sie keine Arbeit bereit stellt, und gerät in Annahmeverzug, wenn sie auf ein Einsatzangebot des Arbeitnehmers verzichtet (vgl. SVR 2022 UV Nr. 38 S. 150, 8C\_587/2021 E. 4.3.3.1 mit Hinweisen; Urteil 4A\_509/2009 vom 7. Januar 2010 E. 2.3).

#### **E. 5.4.1**

Mit Bezug auf den zeitlichen Einsatz des Beschwerdeführers hielt die Vorinstanz in E. 4.1.2.1 ihres Urteils vom 16. März 2020 fest, dieser sei gemäss Angaben des Beschwerdegegners nicht verpflichtet gewesen, zu spezifischen Zeiten zur Verfügung zu stehen, seine Erreichbarkeit zu gewährleisten oder andere Beschäftigungen zu unterbrechen. Er habe auch jederzeit Dienstleistungseinsätze einseitig abweisen können. Diese Möglichkeit habe er auch in Anspruch genommen. Wie die Vorinstanz im Urteil vom 16. März 2020 in E. 4.1.2.2 weiter feststellte, teilte der Beschwerdegegner dem Beschwerdeführer jeweils im Januar mittels "Avis des Service" seine Einsätze für das ganze Jahr mit. Es sei damit erwartet worden, dass der Beschwerdeführer diesen vorgeschriebenen Diensten grundsätzlich Folge leiste. Der Beschwerdeführer räumt jedoch im letztinstanzlichen Verfahren ein, er habe zwar formal keine Möglichkeit gehabt, einer Aufforderung zu widersprechen, de facto sei aber auf besondere Wünsche seinerseits teilweise Rücksicht genommen worden. Im aktenkundigen (vom Beschwerdeführer allerdings nicht unterzeichneten) Vertrag für Honorarbeziehende vom 28. November 2018 wurde überdies festgehalten, dass der Arbeitseinsatz grundsätzlich im Voraus besprochen und geplant werde, aber auch kurzfristig auf Abruf erfolgen könne. Termin und Ort für die Leistungserbringung bestimmten sich nach dem Bedarf der Auftraggeberin und den Möglichkeiten des Auftragnehmers. Dass dies zu Beginn des Arbeitsverhältnisses anders gehandhabt worden wäre, ist nicht ersichtlich und wird auch nicht geltend gemacht.

#### **E. 5.4.2**

Nach dem soeben Dargelegten musste sich der Beschwerdeführer nicht für Einsätze nach einseitigem Abruf durch den Beschwerdegegner bereithalten, indem ihm die geplanten Einsätze vielmehr Anfang des jeweiligen Jahres mitgeteilt wurden. Auch wenn der Beschwerdeführer an diese Einsatzzeiten in grundsätzlicher Hinsicht gebunden war, kann nicht angenommen werden, dass er zu den Arbeitseinsätzen einseitig verpflichtet war, ohne dass auf seine Verfügbarkeit und Wünsche, soweit möglich, Rücksicht genommen worden

wäre. Damit liegt eine Vereinbarung über unechte Arbeit auf Abruf vor, weshalb weder Bereitschaftsdienst zu entschädigen wäre, noch der Arbeitgeber in Annahmeverzug geraten kann (vgl. vorstehende E. 5.3.2.2).

### **E. 5.4.3**

Damit kann offen gelassen werden, ob in der vorliegenden Konstellation mit unechter Arbeit auf Abruf ein gültiges Arbeitsverhältnis nach Bundespersonalrecht eingegangen wurde, das den Anforderungen von Art. 8 BPG und Art. 25 BPV genügt, da sich hieraus keine weiteren Ansprüche hinsichtlich Entschädigung für Bereitschaftsdienst oder Lohnforderungen aufgrund von Annahmeverzug des Arbeitgebers ableiten liessen, wie soeben ausgeführt (vorstehende E. 5.4.1 f.). Unter der Annahme, es liege bloss ein faktisches Arbeitsverhältnis vor, kämen die Bestimmungen des OR als ergänzendes öffentliches Recht zur Anwendung ( Art. 6 Abs. 2 BPG ), sodass das Arbeitsverhältnis nach Art. 320 Abs. 3 OR zu behandeln wäre. Diesfalls entstünden mit der Vorinstanz ebenso wenig weitere Ansprüche des Beschwerdeführers im beantragten Sinne. Seine Lohnforderungen sind so oder anders angesichts der geleisteten unechten Arbeit auf Abruf nicht begründet, weshalb es im Ergebnis beim vorinstanzlichen Urteil sein Bewenden hat.

### **E. 6**

Soweit der Beschwerdegegner im Rahmen seiner Vernehmlassung eigene Anträge stellt, ist er nicht zu hören. Er hat selbst keine Beschwerde eingereicht und eine Anschlussbeschwerde ist nicht zulässig ( BGE 145 V 57 E. 10.2; 138 V 106 E. 2.1; Urteil 9C\_512/2022 vom 6. April 2023 E. 7).

### **E. 7**

Der unterliegende Beschwerdeführer trägt die Gerichtskosten ( Art. 66 Abs. 1 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.