

# FR\_GERICHTE 102 2015 204 vom 30. November 2015

FR Kantonsgericht, 2015-11-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr\\_gerichte\\_102\\_2015\\_204](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_102_2015_204)

FR: FR\_GERICHTE 102 2015 204 du 30 novembre 2015

IT: FR\_GERICHTE 102 2015 204 del 30 novembre 2015

## Regeste

Entscheid des II. Zivilappellationshofs des Kantonsgerichts | Arbeitsvertrag

## Erwägungen

### E. 1

a) End- und Zwischenentscheide des Arbeitsgerichts unterliegen der Berufung an das Kantonsgericht, sofern der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.- beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Hinsichtlich des Streitwertes ist von dem Betrag auszugehen, welcher im Zeitpunkt des erstinstanzlichen Urteils noch streitig war. Der Streitwert berechnet sich wie derjenige im Verfahren vor Bundesgericht (GEHRI/KRAMER, ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, Orell Füssli, 2010, Art. 308 N 5; BSK ZPO-KARL SPÜHLER, Art. 308 N 7 f.). Bezüglich des Streitwertes ist bei Zwischenentscheiden auf die vor der betreffenden Instanz streitigen Begehren in der Hauptsache abzustellen (STERCHI in: HAUSHEER/WALTER, Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2012, Art. 308 N 28; BSK ZPO-SPÜHLER, Art. 308 N 8; vgl. Art. 51 Abs. 1 lit. c BGG). Der Berufungskläger macht im erstinstanzlichen Verfahren Lohnforderungen, eine Forderung gestützt auf Ferienguthaben sowie Ansprüche auf Leistungen an Sozialversicherungseinrichtungen geltend. Der Streitwert der erstinstanzlichen Rechtsbegehren übersteigt den Betrag von CHF 10'000.-, so dass die Voraussetzungen gemäss Art. 308 Abs. 2 ZPO erfüllt sind. Im Berufungsverfahren beträgt der Streitwert CHF 24'174.65. b) Die Berufungsfrist beträgt 30 Tage seit Zustellung des begründeten Entscheids (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Der angefochtene Entscheid wurde dem Berufungskläger am 3. August 2015 zugestellt, so dass die am 14. September 2015 eingereichte Berufung unter Berücksichtigung des Fristenstillstands nach Art. 145 Abs. 1 lit. b ZPO rechtzeitig erfolgte. Die Berufung wurde der Berufungsbeklagten am 24. September 2015 zur Stellungnahme zugestellt. Folglich erfolgte die Eingabe der Berufungsbeklagten vom 26. Oktober innert der von Gesetzes wegen verlängerten 30-tägigen Antwortfrist (Art. 142 Abs. 3 ZPO). d) Mit Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Rechtsmittelinstanz hat den angefochtenen Entscheid im Rahmen der vorgetragenen Berufungsgründe mit voller Kognition komplett neu zu beurteilen (GEHRI/KRAMER, ZPO Kommentar, 2010, Art. 310 N 2). e) Die Berufungsinstanz kann eine Verhandlung durchführen oder aufgrund der Akten entscheiden (Art. 316 Abs. 1 ZPO). Vorliegend ist keine Parteiverhandlung durchzuführen.

Kantonsgericht KG Seite 5 von 14

### E. 2

Das Arbeitsgericht prüfte die vier wesentlichen Elemente des Arbeitsvertrags (Arbeitsleistung, Dauer, Lohn und Subordinationsverhältnis). Es verneinte das Vorliegen

eines Arbeitsvertrags und damit seine Zuständigkeit zur Beurteilung der Forderungsklage. Der Berufungskläger beantragt die Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils und die Gutheissung seiner Forderungsklage (a). Die Berufungsbeklagte beantragt primär, auf die Berufung sei mangels hinreichender Begründung nicht einzutreten; wenn darauf eingetreten werde, sei das Urteil der Vorinstanz zu bestätigen oder im Falle der Gutheissung an die Vorinstanz zurückzuweisen (b). Somit gilt es in einem ersten Schritt zu prüfen, ob die Berufungsschrift den gesetzlichen Anforderungen genügt und somit darauf einzutreten ist (c), bevor in einem zweiten Schritt zu klären ist, ob das vorinstanzliche Urteil den Anforderungen an die Begründungspflicht genügt (d). Schliesslich stellt sich die Frage, ob die Vorinstanz ihre sachliche Zuständigkeit zu Recht verneint hat (e). a) Mit der Behauptung, dass es sich nach Ansicht beider Parteien um eine arbeitsrechtliche Streitigkeit handle, versucht der Berufungskläger die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts in seiner Berufungsschrift vom 14. September zu begründen. Er wirft der Vorinstanz vor, unter Ziffer 8.1 in einem einzigen längeren Absatz Anhaltspunkte für das Fehlen eines Subordinationsverhältnisses aufgelistet zu haben, bevor sie unter Ziffer 8.2 über vier Absätze hinweg Argumente für das Vorliegen eines Subordinationsverhältnisses vorgebracht habe. Statt sich mit diesen Argumenten auseinanderzusetzen, habe das Arbeitsgericht anschliessend lapidar festgehalten, zusammenfassend ergebe sich, dass zwischen dem Kläger und der Beklagten während dem Dienstverhältnis ab Herbst 2012 kein Subordinationsverhältnis bestanden habe, und das Bestehen eines Arbeitsverhältnis folglich zu verneinen sei. Der Berufungskläger rügt, das Arbeitsgericht habe es unterlassen, zu begründen, welche Argumente wie stark gewichtet worden seien und wie es zu diesem Schluss gekommen sei. Die Vorinstanz habe seinen Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV verletzt, indem sie ihre Antwort auf die Frage, ob zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis bestanden habe, überhaupt nicht begründet habe. Schliesslich äussert sich der Berufungskläger zu einzelnen Sachverhaltselementen, die entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts auf das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses hinweisen würden, er macht namentlich Ausführungen zu der zwischen den Parteien vereinbarten Entschädigung und den Arbeitsabläufen. Er kritisiert, die Vorinstanz sei von einer Lohnerhöhung von 73% ausgegangen, obwohl diese nur etwa 10% betragen habe. Somit könne die Höhe der vereinbarten Entschädigung, d.h. CHF 55.-/Std., nicht als Anhaltspunkt gegen das Vorliegen eines Subordinationsverhältnisses dienen. Eigentlich gehe es vorliegend ohnehin um die Frage, ob die Fahrzeiten ebenfalls zu diesem Stundenlohn zu entschädigen seien, was im Falle eines Arbeitsverhältnisses zu bejahen wäre. Der Berufungskläger wirft den erstinstanzlichen Richtern vor, nicht berücksichtigt zu haben, dass er vollständig in die Arbeitsabläufe der Berufungsbeklagten eingebettet gewesen sei. Auch wenn er grundsätzlich die Möglichkeit gehabt habe, einen Auftrag nicht zu übernehmen bzw. an den zweiten Aussendiensttechniker der Firma weiterzugeben, sei er doch vollständig ins System der Berufungsbeklagten integriert gewesen. Es sei unbeachtlich, dass er sich im Rahmen seiner Tätigkeit für die Ausführung der einzelnen Arbeiten selbst habe organisieren müssen und entsprechende Freiheiten gehabt habe. Die ihm zugestandene Freiheit sei in der Tat relativ bescheiden gewesen, zumal er auch Pikettdienst habe leisten müssen, wofür er im früheren Arbeitsverhältnis eine Pikettpauschale erhalten habe. Er hebt hervor, bei objektiver Betrachtung zeige sich daher, dass der einzige Unterschied zwischen dem ersten und dem zweiten Arbeitsverhältnis darin bestanden habe, dass er nicht mehr im Monatslohn Kantonsgericht KG Seite 6 von 14 sondern im Stundenlohn angestellt gewesen sei und dem Headquarter in Klagefurt monatlich seine Stunden- und Spesenabrechnung habe zukommen

lassen müssen. Diese Abrechnungen hätten vom Headquarter minutiös kontrolliert werden können, da sämtliche Daten von der Offertenstellung bis zum Abschlussrapport in Echtzeit über Blackberry und Computer an den Hauptsitz weitergeleitet worden seien. Zu behaupten, es handle sich hier um eine selbständige Tätigkeit, weil der Berufungskläger das Recht gehabt habe, während den Randzeiten noch andere Aufträge für Drittunternehmen auszuführen, vermöge nicht zu überzeugen. Offensichtlich liege hier eine Anstellung als Aussendienstmitarbeiter vor, der aufgrund seiner Arbeit nicht an feste Arbeitszeiten gebunden gewesen sei, weshalb die Entschädigung im Stundenlohn besser geeignet gewesen sei als die Ausrichtung eines festen Monatslohns. b) Die Berufungsbeklagte macht geltend, dass der Berufungskläger in seiner Berufungsschrift formelle und materielle Rügen vermische. Er unterlasse es, aufzuzeigen, weshalb der Schluss der Vorinstanz, wonach das Arbeitsgericht des Seebezirks, nachdem es zu Recht das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien verneint habe, sachlich nicht zuständig sei, unrichtig sein solle. Hinsichtlich der Zuständigkeit halte der Berufungskläger einzig fest, dass die Berufungsbeklagte ebenfalls von einem Arbeitsverhältnis ausgehen würde, es handle sich dabei aber um eine wider besseres Wissens gemachte Aussage, welche nachweislich falsch sei. Aus der rudimentären Begründung gehe nicht hervor, ob der Berufungskläger eine falsche Sachverhaltsfeststellung oder eine unrichtige Rechtsanwendung geltend mache. Diese Begründung erfülle die gesetzlichen Anforderungen nach Art. 311 Abs. 1 ZPO nicht. Aus diesen Gründen sei auf die Berufung mangels hinreichender Begründung nicht einzutreten. Die Berufungsbeklagte führt aus, falls wider Erwarten auf die Berufung einzutreten wäre, halte sie fest, dass die Behauptung des Berufungsklägers, wonach sie von einem Arbeitsverhältnis ausgehen würde, in jeder Hinsicht unrichtig sei. Obwohl sie die Zuständigkeit der Vorinstanz nicht bestritten habe, habe sie das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien entgegen der Behauptung des Berufungsklägers konsequent und mit klaren Tatsachenbehauptungen dementiert und aufgezeigt, dass der klägerische Tatsachenvortrag, mit welchem auf das Vorliegen eines angeblichen Arbeitsvertrags hätte geschlossen werden sollen, fadenscheinig und inkohärent sei. Die Berufungsbeklagte habe im erstinstanzlichen Verfahren darauf hingewiesen, dass der Berufungskläger selbst anlässlich eines Telefongesprächs mit dem Vertreter der Berufungsbeklagten ausgeführt habe, dass für ihn eine Tätigkeit auf der Grundlage eines Arbeitsvertrags ausgeschlossen wäre, da er an einem Unternehmen der Baubranche beteiligt sei und ihm für diese Tätigkeit ein zeitlicher Freiraum bleiben müsse. Ausserdem habe sie dargelegt, dass die Parteien vereinbart hätten, dass der Berufungskläger auf selbständiger Basis Reparaturarbeiten für die Berufungsbeklagte habe durchführen können. Die Berufungsbeklagte habe vor dem Arbeitsgericht Anhaltspunkte genannt, welche das zwischen den Parteien begründete Vertragsverhältnis von einem Arbeitsverhältnis unterscheide. Sie habe in ihrer Klageantwort und Widerklage vom 13. Februar 2015 klar festgehalten, dass die konkreten Umstände zeigten, dass zwischen den Parteien mangels eines Subordinationsverhältnisses und mangels eines Weisungs- und Kontrollrechts entgegen den Ausführungen des Klägers kein Arbeitsverhältnis bestehe, der Kläger habe während des strittigen Zeitraums ausschliesslich als Selbständigerwerbender im Auftrag der Beklagten bei deren Kunden Reparaturarbeiten ausgeführt. Folglich seien auf ein solches Vertragsverhältnis die Bestimmungen über den Auftrag anwendbar. Sie habe hinreichend aufgezeigt, dass die Berufungsbeklagte nicht vom Bestehen eines Arbeitsverhältnisses ausgegangen sei. Somit stosse das einzige Argument des Berufungsklägers, mit welchem dieser die Unrichtigkeit

des Nichteintretensentscheids der Vorinstanz zu begründen versuche, ins Leere und es sei nicht Aufgabe der Berufungsinstanz eine Kantonsgericht KG Seite 7 von 14 ungenügende Begründung von sich aus zu ergänzen. Daraus schliesst die Berufungsbeklagte, dass die Berufung, falls darauf einzutreten wäre, abzuweisen sei. Was die vom Berufungskläger geltend gemachte Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör betrifft, führt die Berufungsbeklagte aus, dass die Vorinstanz umfassend und nachvollziehbar erörtert habe, wie sie zur Überzeugung gelangt sei, dass zwischen den Parteien kein Arbeitsverhältnis bestehe, in diesem Rahmen habe sie auch dargelegt, welche Argumente sie in welchem Ausmass gewichtet habe. Folglich habe das Gericht den Anspruch des Berufungsklägers auf rechtliches Gehör nicht verletzt. Der Berufungskläger habe vereinzelte Sachverhaltselemente thematisiert, namentlich die zwischen den Parteien vereinbarte Entschädigung und die Arbeitsabläufe der Berufungsbeklagten, welche entgegen der Auffassung der Vorinstanz auf das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses hinweisen würden. Es sei jedoch nicht ersichtlich, was der Berufungskläger mit diesen Ausführungen am erstinstanzlichen Entscheid beanstande. Die Berufung sei somit auch in diesem Punkt ungenügend begründet. Nach Auffassung der Berufungsbeklagten übersieht der Berufungskläger, dass die Vorinstanz verschiedenste andere Merkmale zur Beurteilung, ob ein arbeitsrechtliches Abhängigkeits- und damit Arbeitsverhältnis vorliege, ebenfalls geprüft habe und nach erfolgter Prüfung zum Schluss gekommen sei, dass kein Arbeitsverhältnis vereinbart worden sei. Sie bemängelt, dass der Berufungskläger sich mit diesen anderen Merkmalen nicht mal ansatzweise auseinandersetze, womit die Berufung auch in dieser Hinsicht mangelhaft begründet sei. Insbesondere unterlasse er es, aufzuzeigen, weshalb die Annahmen der Vorinstanz, gemäss welchen namentlich die Freiheit des Berufungsklägers in der Einteilung der Arbeitszeit, die Möglichkeit des Tätigwerdens für andere Personen und die Möglichkeit der Ablehnung von Aufträgen gegen das Bestehen eines Subordinationsverhältnisses sprechen würden, unzutreffend sein sollten. c) aa) Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO ist die Berufung zu begründen. Aus der Begründung muss hervorgehen, inwiefern der Entscheid der Vorinstanz Recht verletzt oder inwiefern der Sachverhalt unrichtig festgestellt wurde. Wie bereits im erstinstanzlichen Verfahren hat der Berufungskläger seine Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. In diesem Sinne gilt Art. 221 ZPO analog, wobei jedoch die Berufungsschrift nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten muss, es sei denn der erstinstanzliche Entscheid werde einzig in tatsächlicher Hinsicht angefochten bzw. dessen rechtlicher Inhalt werde nicht in Frage gestellt. Der Berufungskläger muss sich mit den Entscheidungsgründen, d.h. mit der Begründung des erstinstanzlichen Entscheids, welche sich aus dessen Erwägungen ergibt, auseinandersetzen (Urteil BGer 4A\_211/2008 E. 2; 5C\_14/2005 E. 12), an dieses Erfordernis dürfen jedoch keine überspitzten Anforderungen gestellt werden. Eine in der Substanz mangelhafte – wenn auch nicht gerade ungenügende – Begründung kann sich zwar nicht in der Eintretensfrage, hingegen in der materiellen Beurteilung durchaus zum Nachteil des Berufungsklägers auswirken. Gemäss Rechtsprechung wird eine sachbezogene Auseinandersetzung mit dem erstinstanzlichen Entscheid vorausgesetzt (Urteil OGer ZH LB110049-0 vom 5. März 2012 E. 1.1). In der Berufung ist konkret aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft erachtet wird (BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Die Begründung muss hinreichend genau und eindeutig sein, so dass sie von der Berufungsinstanz mühelos verstanden werden kann. Wird eine Berufung überhaupt nicht begründet, wird lediglich auf die Vorakten verwiesen oder genügt die (unzureichend begründete) Berufung den Anforderungen an die

Begründung nicht, wird auf diese nicht eingetreten (Urteile BGer 4A\_659/2011 E. 3 und 5A\_438/2012 E. 2.2). A maiore ad minus ist es auch möglich, dass lediglich auf einzelne unbegründete oder ungenügend begründete Vorbringen bzw. Rügen nicht Kantonsgericht KG Seite 8 von 14 eingetreten wird. Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO ist die Begründung eine Zulässigkeitsvoraussetzung für die Berufung, folglich können gewisse Minimalanforderungen an die Begründungsdichte gestellt werden. Die Nichteinhaltung der in Art. 311 Abs. 1 ZPO statuierten Begründungspflicht hat stets Nichteintreten auf die Berufung zur Folge und zwar – infolge der Natur dieser Zulässigkeitsvoraussetzung als von Amtes wegen zu beachtende Prozessvoraussetzung für das Rechtsmittelverfahren – selbst dann, wenn der Berufungsbeklagte keinen entsprechenden Antrag stellt (Urteil BGer 5A\_438/2012 E. 2.4; REETZ/THEILER in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm, Art. 311 N 36 ff.). bb) Gemäss Art. 4 ZPO regelt das kantonale Recht die sachliche und funktionelle Zuständigkeit der Gerichte, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt. Die sachliche Zuständigkeit legt fest, welches der an einem Ort bestehenden erstinstanzlichen Gerichte zur Entscheidung einer Streitsache zuständig ist. Sie bestimmt, ob der Einzelrichter oder das Kollegialgericht, das ordentliche oder ein Spezialgericht über eine Streitsache entscheidet. Für arbeitsrechtliche Klagen ist das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder an dem Ort, an dem der Arbeitnehmer gewöhnlich die Arbeit verrichtet, zuständig (Art. 34 Abs. 1 ZPO). Im Kanton Freiburg sieht Art. 54 Abs. 1 JG vor, dass das Arbeitsgericht erstinstanzlich in privatrechtlichen Streitigkeiten aus einem Arbeitsverhältnis entscheidet. Bei der sachlichen Zuständigkeit handelt es sich um eine Prozessvoraussetzung (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO), deren Vorliegen vom Gericht von Amtes wegen zu prüfen ist. Ist das Gericht sachlich unzuständig, tritt es auf die Klage nicht ein, es fällt kein Sachurteil. Die sachliche Zuständigkeit ist grundsätzlich zwingend, wobei Vereinbarungen zulässig sind, wenn das kantonale Recht es entsprechend vorsieht. Zur Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit hat das angerufene Gericht auf den von der klägerischen Partei eingeklagten Anspruch und dessen Begründung abzustellen. Die diesbezüglichen Einwände der Gegenpartei sind nicht zu prüfen (BGE 134 III 32 E. 2.3). Dies gilt zumindest dann, wenn es sich beim für die Festlegung der sachlichen Zuständigkeit massgebenden Anknüpfungspunkt um eine doppelrelevante Tatsache handelt, d.h. wenn sich Zulässigkeitstatsachen und Begründetheitstatsachen decken (BGE 122 III 249 E. 3a/bb). Diesfalls wird die Tatsache nur einmal untersucht, und zwar im Moment der Prüfung des eingeklagten Anspruchs. Ist der Anknüpfungspunkt hingegen nur für die Zuständigkeit relevant, ist darüber im Fall der Bestreitung vorab im Zeitpunkt der Zuständigkeitsprüfung Beweis abzunehmen und zu entscheiden (BGE 122 III 249 E. 3b/cc; WEY in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, a.a.O., Art. 4 N 6 ff; BERGER in: HAUSHEER/WALTER, a.a.O., Art. 4 N 8 ff.). cc) In seiner Berufungsschrift vom 14. September 2015 wirft der Berufungskläger der Vorinstanz vor, nicht berücksichtigt zu haben, dass beide Parteien die Ansicht verträten, es handle sich um eine arbeitsrechtliche Streitigkeit. Er hält fest, die Beklagte habe die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts im erstinstanzlichen Verfahren nicht bestritten. Daraus schliesst er, dass die Vorinstanz zu Unrecht nicht auf die Klage eingetreten ist. Entgegen den Behauptungen des Berufungsklägers hat die Berufungsbeklagte das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses seit Beginn des Verfahrens klar verneint (act. 7, Klageantwort Ziff. IV/1). Wenn der Berufungskläger nun das Gegenteil behauptet, ist die Begründung seiner Rüge als falsch und mangelhaft zu qualifizieren. Die Begründung ist zwar juristisch falsch und somit

mangelhaft, ein Nichteintreten erscheint jedoch nicht gerechtfertigt, hat der Berufungskläger doch immerhin den Versuch unternommen, seine Rüge immerhin ansatzweise – wenn auch mit offensichtlich inkorrekten Argumenten – zu begründen. Der Berufungskläger verkennt offensichtlich, dass es sich bei der sachlichen Zuständigkeit um eine Prozessvoraussetzung handelt, deren Vorliegen das erstinstanzliche Gericht von Amtes wegen Kantonsgericht KG Seite 9 von 14 prüft. Somit ist es entgegen der Vorbringen des Berufungsklägers unbeachtlich, ob die Gegenpartei die Zuständigkeit des Gerichts anerkennt. Nach Rechtsprechung des Bundesgerichts liegt eine arbeitsrechtliche Streitigkeit bereits vor, wenn umstritten ist, ob zwischen den Parteien ein Arbeitsvertrag besteht (BGE 137 III 32 E. 2.1). Wie bereits erwähnt ist bei der Beurteilung der Zuständigkeit primär auf den vom Kläger eingeklagten Anspruch abzustellen. Die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts hängt von der gestellten Frage ab, nicht von deren Beantwortung, die im Rahmen der materiellen Prüfung zu erfolgen hat. Hängt die Zuständigkeit davon ab, ob Ansprüche aus Arbeitsvertrag geltend gemacht werden, sind die klägerischen Tatsachenbehauptungen im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung von Amtes wegen daraufhin zu überprüfen, ob sich aus ihnen auf das Bestehen eines solchen Vertrages schliessen lässt. Erscheint eine derartige rechtliche Qualifikation als ausgeschlossen, ist auf die Klage nicht einzutreten (BGE 137 III E. 2.2). Die Vorinstanz beschränkte das Verfahren auf die Frage der sachlichen Zuständigkeit und gestützt auf die klägerischen Tatsachenbehauptungen prüfte sie, ob zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis vorgelegen hat. Dieses Vorgehen ist nicht zu beanstanden. Die Rüge ist in diesem Punkt abzuweisen. d) Was die vom Berufungskläger geltend gemachte Verletzung des rechtlichen Gehörs zufolge mangelhafter Begründung betrifft, gilt es darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz sich entgegen der Auffassung des Berufungsklägers mit den Merkmalen des Subordinationsverhältnisses auseinandergesetzt hat, bevor sie das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses verneint hat. Das Arbeitsgericht nannte zuerst Anhaltspunkte für das Fehlen eines Subordinationsverhältnisses, nämlich die Bezeichnung des Vertragsverhältnisses als „Selbständigkeit“, die Freiheit des Klägers in der Einteilung der Arbeitszeit, die Möglichkeit des Tätigwerdens für mehrere Auftraggeber, die Möglichkeit der Ablehnung von Aufträgen, die Tatsache, dass der Kläger vor und nach dem Vertragsverhältnis mit der Beklagten auf selbständiger Basis gearbeitet habe, die nur für die tatsächliche Arbeitszeit geschuldete Entschädigung, die fehlenden Abzüge für Sozialversicherungsleistungen und die Höhe der Entschädigung. Die Vorinstanz hielt auch fest, was für das Vorliegen eines Subordinationsverhältnisses sprechen könnte, nämlich dass dem Kläger von der Beklagten sowohl ein Blackberry und ein Firmenfahrzeug als auch ein Warenlager zur Verfügung gestellt worden seien. Sie führte aus, das Blackberry sei mit der Firmensoftware der Beklagten verbunden gewesen und zur Auftragserteilung verwendet worden. Die Auftragserteilung via Smartphone spreche allerdings nicht für das Bestehen eines Subordinationsverhältnisses, da die Verwendung moderner Technologie zwischen Auftragnehmern und Auftraggebern heutzutage üblich sei. Was das Firmenfahrzeug anbelangt, habe der Kläger selbst ausgesagt, es sei ihm zur Verfügung gestellt worden als Gegenvorschlag auf sein Angebot, sein eigenes Fahrzeug für CHF 0.65 pro Kilometer zu benutzen. Daraus ergebe sich einerseits, dass der Kläger nicht auf das Firmenfahrzeug angewiesen gewesen sei, andererseits sei ersichtlich, dass das zur Verfügung gestellte Fahrzeug Lohnbestandteil gewesen sei. Wie bereits während dem vorgängigen Arbeitsverhältnis habe die Beklagte für den Kläger ein Warenlager in Murten gemietet und dieses jeweils mit Ersatzteilen ausgestattet. Dabei handle es sich um eine logische Konsequenz des ersten Dienstverhältnisses, da das Materiallager zum Zeitpunkt des

Abschlusses des zweiten Dienstvertrags immer noch bestanden habe und es laut der Beklagten für den Kläger zu teuer gewesen wäre, die Ersatzteile selbst anzuschaffen. Zudem habe der Kläger die Verantwortung für die ihm zur Verfügung gestellten Materialien übernommen. Demnach könne aus der Tatsache, dass die Beklagte das Materiallager gemietet und ausgestattet habe, keine Weisungsgebundenheit des Klägers abgeleitet werden. Zusammenfassend ergebe sich, dass zwischen dem Kläger und der Beklagten während dem Dienstverhältnis ab Herbst 2012 kein Kantonsgericht KG Seite 10 von 14 Subordinationsverhältnis bestanden habe, und somit sei das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses ebenfalls zu verneinen. Die Vorinstanz hat in einem ersten Schritt alle für das Fehlen eines Subordinationsverhältnisses sprechenden Anhaltspunkte aufgezählt. Danach hat sie sich mit den Anhaltspunkten auseinandergesetzt, welche auf den ersten Blick für das Vorliegen eines Subordinationsverhältnisses sprechen könnten und erörtert, aus welchen Gründen gestützt auf diese Merkmale dennoch nicht auf das Bestehen eines Subordinationsverhältnisses geschlossen werden könne. Somit ist die Vorinstanz der sich aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ergebenden Begründungspflicht nachgekommen. Demzufolge ist die Rüge in diesem Punkt abzuweisen. e) Streitig ist die Qualifikation des Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien. Die Vorinstanz verneinte das Vorliegen eines Arbeitsvertrags mangels Bestehens eines Subordinationsverhältnisses. Es bleibt daher zu prüfen, ob die Vorinstanz das Vorliegen eines Subordinationsverhältnisses zu Recht verneint hat. aa) Arbeitsvertrag und Auftrag lassen sich nicht vom Inhalt ihrer Tätigkeit abgrenzen. Das entscheidende Unterscheidungsmerkmal zwischen dem Arbeitsvertrag und dem Auftrag ist das Mass an Unterordnung oder in der neueren Terminologie des Bundesgerichts das rechtliche Subordinationsverhältnis, also die rechtliche Unterordnung in persönlicher, zeitlicher und organisatorischer Hinsicht. Massgeblich ist in diesem Zusammenhang, ob der Arbeitsleistende Weisungen erhält, die den Gang der Arbeit im Detail bestimmen und er eingehenden Kontrollen unterworfen ist. Nur das über das beschränkte Weisungsrecht und die Rechenschaftspflicht des Auftragsrechts nach Art. 397 und 400 OR hinausgehend Weisungs- und Kontrollrecht führt zur Bejahung des Vorliegens eines Arbeitsvertrags (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362, 2012, Art. 319 N 6). Die Rechtsprechung hat das Vorliegen des Kriteriums der Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation nicht aufgrund eines einzigen Merkmals, sondern gestützt auf die Würdigung aller Umstände des Einzelfalls, also einer Würdigung des Gesamtbildes angenommen und die Verkehrsauffassung darüber entscheiden lassen, ob ein zur Arbeitsleistung Verpflichteter mehr dem Typ des Arbeitnehmers oder mehr dem Typ des Selbständigerwerbenden entspricht. Damit wird sogleich festgestellt, dass es sich beim Arbeitnehmerbegriff um einen offenen Begriff handelt, da eines seiner Begriffsmerkmale nur typologisch erfasst werden kann. Gemäss REHBINDER haben Lehre und Praxis materielle und formelle Kriterien entwickelt, welche die einzelnen Gesichtspunkte dieser typologischen Gesamtwürdigung bilden. Die materiellen Merkmale für die arbeitnehmertypische Tätigkeit sind u.a. hohes Mass an Weisungsgebundenheit, Unterordnung unter andere im Dienste des Arbeitgebers stehende Personen, Handeln in fremdem Namen und auf fremde Rechnung, d.h. Fremdbestimmtheit der Arbeitsleistung, Bindung an feste Arbeitszeiten, Arbeitszeitkontrolle, Pflicht zu regelmässigem Erscheinen, Pflicht, die ganze Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen, Tätigwerden im Betrieb des Auftraggebers sowie die Zuweisung eines Arbeitsplatzes, die Bereitstellung von Arbeitsgerät oder -material durch den Auftraggeber, die Vereinbarung einer Probezeit, die Gewährung von Ferien durch den

Auftraggeber, die Führung einer Personalakte über den Auftragnehmer durch den Auftraggeber, periodische Entgeltleistungen bzw. ein fixes Gehalt, die Tragung des Unternehmerrisikos durch den Auftraggeber, die Vereinbarung eines Konkurrenzverbots, der ausdrückliche erklärte Parteiwille, ein Arbeitsverhältnis begründen zu wollen, die Vereinbarung einer langen Kündigungsfrist, eine Vertragsdauer von einem Jahr, regelmässige Rapportpflicht. Gegenüber diesen materiellen Merkmalen haben die formalen Merkmale nur eine zweitrangige Bedeutung. Formale Merkmale für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses sind die Leistung von Sozialversicherungsbeiträgen durch den Auftraggeber, Kantonsgericht KG Seite 11 von 14 die steuerrechtliche und sozialversicherungsrechtliche Behandlung des Erwerbseinkommens als Einkommen aus unselbständiger Tätigkeit, die Einordnung der Tätigkeit durch das übrige öffentliche Recht. Die jeweiligen Gesichtspunkte als Indizien für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses sind ungleich aussagekräftig. Entscheidend ist vielmehr das Gesamtbild nach dem Massstab der Verkehrsanschauung (HAUSHEER/WALTER, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362, 2010, Art. 319 N 43 ff.). bb) Gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung kann der unüblichen Höhe des Lohns keine ausschlaggebende Bedeutung beigemessen werden, weil sie der Privatautonomie unterliegt (Urteile BGer 4C.220/2003 vom 28. Oktober 2003 E. 2.3 und 4C.460/1995 vom 24. Februar 1997 E. 2b). Die ungewöhnliche Höhe des Lohnes kann aber ein Indiz gegen die Qualifizierung des Verhältnisses als Arbeitsvertrag sein. Während seiner Anstellung als Servicetechniker von 2003 bis Januar 2012 erzielte der Berufungskläger einen monatlichen Bruttolohn von CHF 5'340.-, zuzüglich 13. Monatslohn, was einen Bruttolohn von CHF 5'785.- ergibt. Zusätzlich erhielt er eine Spesenentschädigung von CHF 27.-/täglich, d.h. CHF 575.10 monatlich; inkl. Spesenzulage belief sich sein monatlicher Bruttolohn somit auf CHF 6'360.10, was einem Stundenlohn von CHF 37.85 entspricht. Laut Aussagen des Berufungsklägers hat er einen monatlichen Bruttolohn von CHF 7'500.- gefordert, während die Berufungsbeklagte einen Bruttolohn von CHF 6'500.- exkl. Spesen angeboten habe. Dieser Lohn sei für ihn zu tief gewesen, weshalb er vorgeschlagen habe, für einen Stundenlohn von CHF 55.- zu arbeiten (act. 18/3). Ausgehend von 168 Arbeitsstunden und abzüglich 8.33% Ferienentschädigung ergibt das einen monatlichen Bruttolohn von CHF 8'470.30. Es ist davon auszugehen, dass die Berufungsbeklagte nicht gewillt gewesen ist, mit dem Berufungskläger einen Arbeitsvertrag mit einem auf Stundenbasis vereinbarten Lohn von mehr als CHF 7'500.- abzuschliessen, obwohl sie seine Forderung eines monatlichen Bruttolohns CHF 7'500.- vorgängig abgelehnt hat. Dem Berufungskläger kann nicht gefolgt werden, wenn er rügt, die Vorinstanz sei von einer Lohnerhöhung von 73% ausgegangen, obwohl diese nur etwa 10% betragen habe. Die Lohndifferenz zwischen seinem früheren und dem neu vereinbarten Stundenlohn betrug CHF 17.15 resp. CHF 12.55 (unter Berücksichtigung der Ferienentschädigung von 8.33%), was einer Lohnerhöhung von 45.35% resp. 33.15% entspricht. Bei der Berechnung der Lohndifferenz hat die Vorinstanz weder die Spesenentschädigung noch den 13. Monatslohn berücksichtigt, weshalb sie von einer Lohnerhöhung von 73% ausging, während diese tatsächlich 33.15% betrug. Entgegen den Behauptungen des Berufungsklägers belief sich die Lohnerhöhung somit nicht auf lediglich 10%. Eine Lohnerhöhung von 33.15% kann als Indiz gegen die Qualifizierung des Verhältnisses als Arbeitsvertrag gelten, insbesondere wenn man dem Umstand, dass die Berufungsbeklagte auf die Lohnforderung des Berufungsklägers von monatlich CHF 7'500.- brutto nicht einging, Rechnung trägt. Bezüglich der Einbettung des Berufungsklägers in die Arbeitsabläufe der Berufungsbeklagten ist festzuhalten, dass eine

lückenlose Kommunikation zwischen den Parteien mittels Smartphone und Laptop zwecks effizienter Auftragsabwicklung im Interesse der Kunden erforderlich war. Vor diesem Hintergrund kann der permanente Informationsaustausch nicht als Hinweis auf einen Arbeitsvertrag verstanden werden. Der Berufungskläger war frei in seiner Arbeitseinteilung und war nicht an feste Arbeitszeiten gebunden. Während er im Rahmen seines früheren Arbeitsverhältnisses feste Arbeitszeiten von 7.45 bis 17.15 Uhr mit einer 1.5-stündigen Mittagspause hatte, arbeitete er während seiner vorliegend zu beurteilenden Tätigkeit teilweise sehr früh morgens und regelmässig spätabends (act. 8/106 ff. und act. 18/2). Im Gegensatz zu den Arbeitnehmern der Berufungsbeklagten wurde der Berufungskläger nicht angewiesen, die Anfahrten zu den Kunden zwecks Vermeidung von Zeitverlust infolge Staus in den frühen Morgenstunden durchzuführen. Dem Berufungskläger kann Kantonsgericht KG Seite 12 von 14 nicht gefolgt werden, wenn er behauptet, ein Aussendienstmitarbeiter sei aufgrund seiner Arbeit nicht an feste Arbeitszeiten gebunden. Gerade aus der Tatsache, dass er während seiner früheren Anstellung bei der Berufungsbeklagten an feste Arbeitszeiten gebunden war, kann das Gegenteil geschlossen werden. Gemäss Rechtsprechung spricht die freie Arbeitseinteilung gegen das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses (BGE 99 II 313; Urteil BGer 4P.83/2003 vom 9. März 2004 E. 3.2). Neben der persönlichen und betrieblichen Subordination ist auch die wirtschaftliche Abhängigkeit zu berücksichtigen (STAEHELIN, Art. 319 N 33). Ein wesentliches Indiz für eine Abhängigkeit in diesem Sinne liegt vor, wenn eine Person ausschliesslich für ein einziges Unternehmen tätig ist. Verstärkt wird dieses Indiz durch eine vertragliche Verpflichtung, jede wirtschaftliche Tätigkeit ähnlicher Art zu unterlassen (Urteil BGer 4C.276/2006 vom 25. Januar 2007 E. 4.6.1). Der Berufungskläger hat nach eigenen Angaben auch Aufträge für andere Firmen angenommen und er hatte unbestrittenermassen das Recht, Aufträge abzulehnen, was er gemäss Aussagen der Berufungsbeklagten auch getan hat (act. 18/4 ff.). Die Freiheit, Aufträge abzulehnen sowie die wirtschaftliche Unabhängigkeit des Berufungsklägers sind ausschlaggebende Merkmale für das Vorliegen eines Auftragsverhältnisses (BGE 99 II 313). Massgebend für die Unterscheidung zwischen einem Auftrag und einem Arbeitsvertrag ist auch der ausdrücklich erklärte Parteiwille. Die Parteien haben mündlich vereinbart, dass der Berufungskläger als selbständig Erwerbender im Auftrag der Berufungsbeklagten bei deren Kunden Reparaturarbeiten ausführen werde (act. 1/3 und 7/5). Der Vertreter der Beklagten sagte an der erstinstanzlichen Verhandlung aus, der Berufungskläger hätte eine Tätigkeit auf selbständiger Basis vorgeschlagen. Er hätte ihn gerne eingestellt, doch der Berufungskläger habe ihm gesagt, er könne nur als Selbständigerwerbender tätig werden und habe nur an zwei oder drei Tagen pro Woche freie Kapazitäten (act. 18/7). Der Berufungskläger selbst gab zu Protokoll, er habe keine Fixanstellung mehr gewollt. Er habe flexibel sein wollen, um andere Tätigkeiten ausüben zu können (act. 18/3). Dem Willen des Berufungsklägers zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ist Rechnung zu tragen. Anstelle einer Festanstellung bei der Berufungsbeklagten zog er eine selbständige Erwerbstätigkeit vor und hat die Freiheiten eines Selbständigerwerbenden genossen. Er war denn auch gemäss eigenen Angaben in der Zeit vor dem 12. November 2012 (act. 18/2) und nach Januar 2013 (act. 18/4) „auf selbständiger Basis“ tätig. Wenn er nun im Widerspruch zu seinem ursprünglichen Willen behauptet, die Parteien hätten einen Arbeitsvertrag abgeschlossen, verletzt er dadurch das Prinzip von Treu und Glauben (*venire contra factum proprium*). Weitere in die Gesamtbetrachtung miteinzubeziehende auftragsrechtliche Merkmale sind die fehlende Gewährung von Ferien, die Anmeldung des Berufungsklägers

bei der AHV als Selbständigerwerbender und die Bezeichnung des Vertragsverhältnisses, welche alle gegen das Vorliegen eines Arbeitsvertrags sprechen. Es gilt darauf hinzuweisen, dass der Berufungskläger auf viele von der Vorinstanz erörterte Punkte gar nicht eingeht. Er unterlässt es, aufzuzeigen, inwiefern die Annahmen der Vorinstanz zu seinen Freiheiten in Bezug auf die Einteilung der Arbeitszeit und die Annahme von Aufträgen für andere Auftraggeber, die fehlenden Abzüge für Sozialversicherungsleistungen und die Bezeichnung des Vertragsverhältnisses als „Selbständigkeit“ unzutreffend sind. In Würdigung aller Umstände kommt der Zivilappellationshof zum Schluss, dass die Vorinstanz das Vorliegen eines Arbeitsvertrags zu Recht verneint hat. Folglich ist die Berufung abzuweisen. Kantonsgericht KG Seite 13 von 14

### **E. 3**

a) Der Berufungskläger ist mit seinen Anträgen nicht durchgedrungen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind ihm die Prozesskosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). b) Es werden keine Gerichtskosten erhoben (Art. 114 Abs. 1 lit. c ZPO). c) Gemäss Art. 64 Abs. 1 lit. f JR wird die Parteientschädigung global festgesetzt. Bei globaler Festsetzung berücksichtigt die Behörde namentlich Art, Schwierigkeit und Umfang des Verfahrens sowie die notwendige Arbeit der Anwältin oder des Anwalts, das Interesse und die wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien (Art. 63 JR). Die Auslagen werden bei der Festsetzung der Entschädigung angemessen berücksichtigt (Art. 68 JR). Im Berufungsverfahren hatte Rechtsanwalt Schneuwly die siebenseitige Rechtsmittelschrift zur Kenntnis zu nehmen, sie mit seiner Klientschaft zu besprechen und er hat eine Beschwerdeantwort im selben Umfang eingereicht. Das Verfahren war weder besonders umfangreich noch schwierig. Die Parteientschädigung ist auf global CHF 2'000.- (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer: CHF 160.-) festzusetzen. Kantonsgericht KG Seite 14 von 14 Der Hof erkennt: I. Die Berufung wird abgewiesen. II. Die Prozesskosten des Berufungsverfahrens werden dem Berufungskläger auferlegt. Es werden keine Gerichtskosten erhoben. Die Parteientschädigung von B. \_\_\_\_\_ GmbH wird auf global CHF 2'000.-, zuzüglich 8% Mehrwertsteuer von CHF 160.-, festgesetzt. III. Zustellung. Dieses Urteil kann innert 30 Tagen nach seiner Eröffnung mit Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht angefochten werden. Das Beschwerderecht und die übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen sind in den Art. 72–77 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG) geregelt. Die begründete Beschwerdeschrift ist beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Freiburg, 30. November 2015/rbr  
Präsident Gerichtsschreiberin-Berichterstatterin

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