

ZK 15 614, publiziert im Juni 2016

Entscheid der 2. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern

23. März 2016

Besetzung

Oberrichter Bähler (Referent) und Kiener, Oberrichterin Apolloni Meier sowie Gerichtsschreiber Knüsel

Verfahrensbeteiligte

B

vertreten durch Fürsprecher X
Beklagter/Beschwerdeführer

gegen

K

vertreten durch Fürsprecher Y
Kläger/Beschwerdegegner

Gegenstand

Arbeitsrecht

Regeste:

- Art. 63, 65 und 91 ZPO
- *Streitwert bei arbeitsrechtlichen Lohnforderungen; Nichteintreten zufolge Ergreifens des falschen Rechtsmittels; Bestätigung der Rechtsprechung, wonach eine Konversion abzulehnen ist.*
In einer Eventualbegründung setzte sich die Kammer auch mit weiteren formellen Rügen des Rechtsmittelklägers auseinander. Von besonderem Interesse waren in diesem Zusammenhang die Voraussetzungen für einen Rückzug "angebrachtermassen" und die "anderweitige Rechtshängigkeit" i.S. von Art. 59 Abs. 2 lit. d ZPO.

Auszug aus den Erwägungen:

1. Anlass zum vorliegenden Verfahren gibt eine arbeitsrechtliche Streitigkeit mit einem Streitwert von weniger als Fr. 15'000.--. Nach Angaben des Klägers verrichtete er ab 25. Februar 2013 für den Beklagten Umbau- und Renovationsarbeiten an dessen eigener Liegenschaft. Er erhielt dafür einen Stundenlohn von Fr. 30.--. Ueber Sozialversicherungsbeiträge wurde nicht abgerechnet.

Zwischen den Parteien besteht keine schriftliche Vereinbarung. Unter welchem Rechtsverhältnis der Kläger für den Beklagten Arbeit geleistet hat, ist umstritten. Der Kläger behauptet, der Beklagte habe ab April 2013 die Lohnzahlungen eingestellt. Er macht klageweise ausstehende Löhne im Gesamtbetrag von Fr. 9'803.65 nebst Zins geltend.

2. Am 19. August 2013 reichte der Kläger bei der (unzuständigen) Schlichtungsbehörde Bern-Mittelland ein Schlichtungsgesuch ein. Darin verlangte er die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von ausstehendem Lohn im Gesamtbetrag von Fr. 12'500.-- netto, nebst Verzugszinsen. Nach fruchtlosem Verlauf des Schlichtungsverfahrens belangte der Kläger den Beklagten am 14. Oktober 2013 (ein erstes Mal) beim Regionalgericht Berner-Jura Seeland. Der Beklagte erhob den Einwand, die Klagebewilligung sei von einer örtlich unzuständigen Schlichtungsbehörde ausgestellt worden, womit eine Prozessvoraussetzung fehle.

In der Folge wurde das gerichtliche Verfahren auf die Frage, ob eine gültige Klagebewilligung vorliegt, beschränkt. Daraufhin zog der Kläger die Klage am 29. Oktober 2013 unter dem Vorbehalt der späteren Wiedereinreichung zurück (Akten CIV 13 4710). Gleichentags reichte er ein neues Schlichtungsgesuch, diesmal bei der zuständigen Schlichtungsbehörde Berner Jura-Seeland ein. Das Regionalgericht Berner-Jura Seeland schrieb das Verfahren CIV 13 4710 mit Verfügung vom 13. November 2013 als gegenstandslos ab.

Alsdann fand am 21. Januar 2014 vor der Schlichtungsbehörde Berner Jura-Seeland der zweite Schlichtungsversuch statt und dem Kläger wurde abermals eine Klagebewilligung erteilt.

3. Schliesslich leitete der Kläger mit Klage vom 17. März 2014 das vorliegende Verfahren ein und beantragte die Verurteilung des Beklagten zur Leistung von ausstehenden Löhnen im Gesamtbetrag von Fr. 9'803.65 zuzüglich Zins.

Der Beklagte verlangte am 10. November 2014 u.a. die Beschränkung des Verfahrens auf die Frage der "*res iudicata*". Damit fand er beim Vorrichter jedoch kein Gehör. Mit Verfügung vom 5. Dezember 2014 wies die Vorinstanz das Gesuch um Konzentration des Verfahrens ab und stellte fest, dass die Prozessvoraussetzungen am Termin der Hauptverhandlung im Rahmen der Vorfragen behandelt würden.

Mit Klageantwort vom 9. Februar 2015 schloss der Beklagte auf vollumfängliche Klageabweisung.

4. Am 17. August 2015 fand die Hauptverhandlung im vereinfachten Verfahren statt. Vorfrageweise wurde der Einwand der abgeurteilten Sache behandelt und entschieden, dass keine "*res iudicata*" vorliege. Hierauf wurden beide Parteien sowie ein Zeuge zur Sache befragt. Schliesslich folgten die zweiten Parteivorträge, wobei beide Parteien die bereits schriftlich gestellten Anträge bestätigten.

Mit Entscheid vom 17. August 2015 verurteilte das zuständige Regionalgericht Berner Jura-Seeland den Beklagten, dem Kläger einen Betrag von Fr. 9'787.40 (netto) nebst Zins zu 5% seit 15. Juli 2013 zu bezahlen (Ziff. 1), wies die Klage soweit weitergehend ab (ebenfalls Ziff. 1) und regelte die Kostenfolgen (Ziff. 2 bis 4).

5. Die Vorinstanz erwog zunächst, Art. 65 ZPO müsse einschränkend ausgelegt werden. Eine nach Eintritt der Fortführungslast zurückgezogene Klage könne erneut anhängig gemacht werden, sofern im Verfahren über die erste Klage im Urteilsfall ein Nichteintretensentscheid ergangen wäre. Im Falle eines Nichteintretensentscheides sei der Kläger an keine Frist gebunden, wenn er seinen Anspruch erneut geltend machen wolle. Nichts anderes könne für den Rückzug wegen fehlender Prozessvoraussetzung gelten. Werde insbesondere bei einem "*Rückzug angebrachtermassen*" die Monatsfrist von Art. 63 ZPO nicht eingehalten, bewirke dies zwar den Verlust der Rechtshängigkeit, nicht aber den Verlust des materiellen Anspruchs.

In der Sache befand die Vorinstanz, es sei unbestritten dass der Kläger von Februar 2013 bis Juni 2013 Renovationsarbeiten (Maurer-, Verputz-, Isolations- und Dacharbeiten beim Beklagten bzw. auf dessen Betrieb durchgeführt habe. Klärungsbedürftig und umstritten sei dagegen, um was für ein Rechtsverhältnis (Arbeitsverhältnis, Auftrag oder Werkvertrag) es sich dabei gehandelt habe.

In einem ersten Schritt erörterte die Vorinstanz die Unterscheidungsmerkmale, welche den Arbeitsvertrag vom Werkvertrag abgrenzen. Alsdann würdigte sie die vorhandenen Beweismittel (Aussagen der Parteien und des Zeugen, sowie verschiedene objektive Beweismittel) und qualifizierte das Rechtsverhältnis im Ergebnis als Arbeitsvertrag. Insbesondere verwarf sie das Vorbringen des Beklagten, es bestehe ein Entsendeverhältnis und dem Vater des Klägers komme in diesem Zusammenhang Arbeitgeberstellung zu. Ein solches Entsendeverhältnis habe der Beklagte nicht nachzuweisen vermocht, weshalb er als Arbeitgeber zu betrachten sei. Im Uebrigen würde auch der Umgehungstatbestand für ein Arbeitsverhältnis sprechen.

Ebenfalls keinen Erfolg hatte der Beklagte mit der (Teil)Tilgungseinrede. Dem Beklagten sei nicht gelungen - so die Vorinstanz - die von ihm behaupteten weiteren Lohnzahlungen nachzuweisen.

Schliesslich berechnete die Vorinstanz den Lohnanspruch des Klägers und sprach ihm einen restanzlichen Nettolohn von Fr. 9'787.40 zu.

6. Dagegen führte B am 11. Dezember 2015 Beschwerde - obwohl die vorrichterliche Rechtsmittelbelehrung eine Berufung vorsah. Er verlangte die Aufhebung des angefochtenen Entscheides und die Rückweisung, eventualiter Abweisung der Klage.
7. Er rügt zunächst formelle Mängel. So macht er geltend, im Zeitpunkt der Einreichung des zweiten Schlichtungsgesuches (29. Oktober 2013) sei zwischen den Parteien der identische Streit noch beim Regionalgericht hängig gewesen (Rückzug erst am 30. Oktober 2015). Dem neu angehobenen Verfahren stehe folglich Art. 59 Abs. 2 lit. d ZPO entgegen und die Vorinstanz hätte auf die Klage nicht eintreten dürfen.

Weiter stellt sich der Beklagte auf den Standpunkt, der erneuten Klage stehe die "*res iudicata*" entgegen. Die Vorinstanz habe Art. 65 ZPO falsch angewandt bzw. unzulässigerweise erweitert. Der Gesetzgeber habe ausschliesslich zwei Fälle des Klagerückzuges ohne Abstandsfolgen normiert, nämlich denjenigen von Art. 63 ZPO (der sog. Rückzug "*angebrachtermassen*") oder wenn die Zustimmung der beklagten Partei vorliege.

Hier sei kein Anwendungsfall von Art. 63 ZPO auszumachen. Die erste Klage sei nicht beim unzuständigen Gericht eingereicht worden. Sodann habe der Kläger seine Klage zwischen der ersten und zweiten Einreichung modifiziert. Laut Bundesgericht setze die Anwendung von Art. 63 ZPO jedoch eine identische Klage voraus. Und schliesslich habe der Beklagte dem Klagerückzug nie zugestimmt.

Es gehe nicht an, weitere Ausnahmefälle von Art. 65 ZPO zuzulassen. Genau das tue indes die Vorinstanz mit ihrem Argument, ein Klagerückzug ohne Abstandsfolgen sei auch möglich, wenn die Klage wegen mangelnder Prozessvoraussetzungen durch das Gericht hätte zurückgewiesen werden müssen.

8. In der Sache rügt der Beklagte eine offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung und die falsche Anwendung von Art. 8 ZGB und Art. 319/320 OR.

Der Beklagte wirft der Vorinstanz im Wesentlichen vor, sie habe den Sachverhalt aufgrund falscher, vielerorts lediglich auf Mutmassungen basierender, Tatsachen ermittelt. Im Zusammenhang mit der Würdigung der einzelnen Kriterien, welche für die Qualifikation des Vertragsverhältnisses relevant sind, unterstellt er der Vorinstanz an diversen Stellen der Beschwerdebegründung (p 206, 207, 210, 212, 215), sie habe die "*erhobenen Beweise falsch gewürdigt und damit den Sachverhalt offensichtlich unrichtig festgestellt*" oder, sie habe "*ihre Verpflichtung zur Sachverhaltsermittlung und zur korrekten Würdigung der Beweise und damit geltendes Recht verletzt*" oder, sie habe "*den rechtserheblichen Sachverhalt ganz offensichtlich unrichtig festgestellt und die vorliegenden Beweise falsch und wider ihre eigenen Feststellungen gewürdigt*".

Bei einer korrekten Würdigung - wie sie dem Beklagten vorschwebt - sei hingegen klar festzuhalten, dass weder die Stundenblätter und Zahlungen, noch die sozialversicherungsrechtliche Optik oder gar der Wille der Parteien für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages sprechen würden. Es habe auch zu keiner Zeit ein Unterordnungsverhältnis, ein Weisungsrecht des Klägers oder eine Eingliederung in eine Arbeitsorganisation bestanden. Die begriffsnotwendigen Merkmale eines Arbeitsverhältnisses seien hier nicht erfüllt.

Im Uebrigen räume die Vorinstanz selbst ein, dass die Indizien für ein Arbeitsverhältnis unklar, widersprüchlich und zweifelhaft seien. Bei entsprechenden Zweifeln hätten die vom Kläger vorgetragenen Behauptungen indes nicht als bewiesen angenommen werden dürfen. Ein Beweis setze bekanntlich voraus, dass das Gericht keine erheblichen Zweifel mehr habe.

9. Der Kläger schloss in seiner Beschwerdeantwort vom 28. Januar 2016 auf Nicht-eintreten, eventuell Abweisung der Beschwerde. Er macht namentlich geltend, die Beschwerde sei das falsche Rechtsmittel. Im Uebrigen hält er den angefochtenen Entscheid für korrekt.
10. Der Beklagte hat bewusst das Rechtsmittel der Beschwerde gewählt, obwohl der Entscheid gemäss vorrichterlicher Rechtsmittelbelehrung mit Berufung anzufechten gewesen wäre. Er vertritt die Auffassung, die vorinstanzliche Rechtsmittelbelehrung sei unzutreffend, zumal sich der Streitwert des zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehrens auf Fr. 9'803.65 belaufe.

Bei arbeitsrechtlichen Lohnforderungen bestimmt sich der Streitwert nach dem Bruttolohn, ohne Arbeitgeberbeiträge (vgl. Entscheid des Kassationsgerichts Zürich AA090054 vom 13. Mai 2009 E 5 und die dort zitierte Literatur [noch zu aArt. 343 OR], DIGGELMANN, DIKE-Kommentar, N 47 ff zu Art. 91 ZPO, unter Hinweis auf den Umstand, dass bei Lohnforderungen die Grenzen für die Berufung und die Beschwerde in Zivilsachen häufig eine Rolle spielen; RÜEGG, BSK-ZPO, N 4 zu Art. 91 ZPO; DONZALLAZ, Loi sur le Tribunal fédéral, Commentaire, N 1475 zu Art. 51 BGG). Dabei ist unerheblich in welcher Form der Lohn eingeklagt wurde. Auch ein zugesprochener Nettolohn löst Zahlungspflichten des Arbeitgebers an die Sozialversicherungen aus.

Hier liegt ein Nettolohn-Guthaben von Fr. 9'787.40 im Streit. Bereits die Hinzurechnung der gängigen Arbeitnehmerbeiträge für AHV/IV/EO/ALV (rund 7%) führt dazu, dass der Streitwert über Fr. 10'000.-- zu liegen kommt. Es kann daher offenbleiben, ob der Beklagte allenfalls noch weitere Arbeitnehmerbeiträge zu leisten hat. Diese Betrachtungsweise hat zur Folge, dass der Streitwert auf jeden Fall Fr. 10'000.-- übersteigt. Der vorinstanzliche Entscheid hätte mit Berufung angefochten werden müssen.

11. Es stellt sich deshalb die Frage, ob die Eingabe des Beklagten dennoch als Berufung zu behandeln ist (Konversion). Nach der im Internet publizierten Praxis

des Obergerichts des Kantons Bern ist eine Konversion grundsätzlich abzulehnen und nur ausnahmsweise zuzulassen (vgl. www.justice.be.ch > Rechtsprechung; Entscheid ZK 14 389 der 1. Zivilkammer vom 27. Januar 2015 bzw. der dort erwähnte Entscheid ZK 13 85 der 2. Zivilkammer vom 20. August 2013). Im vorliegenden Fall rechtfertigt sich keine Ausnahme. Die Rechtsmittelbelehrung der Vorinstanz war korrekt. Es handelte sich auch nicht um eine falsche Bezeichnung des Rechtsmittels, sondern um eine Fehlüberlegung der das Rechtsmittel einlegenden Partei in Bezug auf den Streitwert.

12. Mit Blick auf die erörterte Praxis des Obergerichts des Kantons Bern ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.
13. Der Vollständigkeit halber sei dennoch cursorisch begründet, warum der Beschwerde auch im Falle eines Eintretens kein Erfolg beschieden gewesen wäre:
14. In prozessualer Hinsicht soll die Vorinstanz Art. 59 ZPO und Art. 65 ZPO falsch angewendet haben. Der Beklagte stellt sich im Wesentlichen auf den Standpunkt, der Klagerückzug vom 29. Oktober 2013 müsse einem Abstand gleichgestellt werden und führe zum Verlust des materiellen Anspruchs.

Die prozessualen Einwände des Beklagten sind nicht stichhaltig:

15. Ein Klagerückzug "*angebrachtermassen*" bedeutet in Anlehnung an den Wortlaut des aufgehobenen Art. 139 OR, dass eine Klage unter Vorbehalt der Wiedereinreichung zurückgezogen wird. Das ist in jenen Fällen möglich, in denen es an einer Prozessvoraussetzung (Art. 59 ZPO) fehlt (ähnlich Art. 73 Abs. 3 BZP), so dass die Klage mittels Nichteintretensentscheid zurückgewiesen werden müsste. Art. 63 ZPO normiert den Sonderfall des Klagerückzuges mangels Zuständigkeit und bei falscher Verfahrensart, wobei der Kläger dieselbe Klage innert einer Verwirkungsfrist von einem Monat bei der zuständigen Schlichtungsbehörde oder beim zuständigen Gericht neu einzureichen hat.

Die Begründetheit der Klage wird bei fehlenden Prozessvoraussetzungen nicht geprüft, sodass diesbezüglich keine Rechtskraftwirkung eintreten kann (es liegt lediglich sog. prozessanspruchsbezogene materielle Rechtskraft im Gegensatz zur sachanspruchsbezogenen materiellen Rechtskraft vor). Es wäre stossend, wenn bei einem ebenfalls wegen fehlender Prozessvoraussetzungen erfolgten Klagerückzug eine Neueinreichung ausgeschlossen wäre. Ferner ist ein frühzeitiger Klagerückzug bei fehlenden Prozessvoraussetzungen auch prozessökonomisch wünschenswert. Ob ein Klagerückzug "*angebrachtermassen*" tatsächlich möglich gewesen ist, wird allerdings erst vom späteren Gericht, bei dem die Klage wieder eingereicht wird, geprüft. Verneint es die Voraussetzungen eines Klagerückzuges "*angebrachtermassen*", so bewirkt der Klagerückzug doch Rechtsverlust und auf die neue Klage wird zufolge "*res iudicata*" nicht eingetreten. Der Kläger trägt das Risiko, dass seine

"*angebrachtermassen*" zurückgezogene Klage sich später als normale Rückzugserklärung erweist. Der Klagerückzug "*angebrachtermassen*" ist demnach kein Mittel, um den Folgen der Eventualmaxime zu entgehen (zum Ganzen ausführlich LEUMANN LIEBSTER in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [Hrsg.], Schulthess-Kommentar zu ZPO, Zürich u.a. 2016, N 18 zu Art. 241 ZPO).

16. Wie diese Ausführungen zeigen, ist ein Rückzug ohne Abstandsfolge nicht nur unter dem Regime von Art. 63 ZPO sondern generell beim Fehlen einer Prozessvoraussetzung möglich, sofern im Verfahren über die (erste) Klage im Urteilsfall ein Nichteintretensentscheid ergangen wäre. Diese Voraussetzung war im ersten Verfahren (CIV 13 4710) klarerweise erfüllt und ein Rückzug "*angebrachtermassen*" somit statthaft. Anders entscheiden würde zu prozessuaalem Leerlauf führen. Um ihren materiellen Anspruch nicht zu verlieren, müsste die Klägerschaft stets ein Prozessurteil provozieren bzw. abwarten. Das macht prozessökonomisch keinen Sinn.

Entgegen den Ausführungen in der Beschwerde stellt diese Ansicht zu den Wirkungen des Klagerückzugs auch nicht die singuläre Meinung von BERGER-STEINER im Berner Kommentar dar. In der bereits erwähnten Schulthess-Kommentierung wird der Rückzug "*angebrachtermassen*" im Zusammenhang mit Art. 65 ZPO zwar nur rudimentär erörtert (SUTTER-SOMM/HEDINGER, a.a.O., N 15 zu Art. 65 ZPO). Die oben referierten Ausführungen finden sich aber unter Art. 241 ZPO und decken sich weitgehend mit der Ansicht von BERGER-STEINER zu Art. 65 ZPO. Die Vorinstanz folgte deshalb nicht irgendeiner vernachlässigbaren Minderheitsmeinung, so dass ein Verstoß gegen Art. 65 ZPO nicht auszumachen ist.

17. Falsch liegt der Beklagte auch, wenn er behauptet, der zweiten Klage stehe die "*anderweitige Rechtshängigkeit*" im Sinne von Art. 59 Abs. 2 lit. d ZPO entgegen.

Es mag sein, dass im Zeitpunkt des Absendens des zweiten Schlichtungsgesuches (29. Oktober 2013) das erste Verfahren noch rechtshängig war, weil der Rückzug erst mit dem Eintreffen beim Gericht (30. Oktober 2013) wirksam wurde. Für die Beurteilung der Prozessvoraussetzungen ist allerdings der **Zeitpunkt des Entscheides** massgeblich (GASSER/RICKLI, Kurzkommentar zur ZPO, N 4 zu Art. 59 ZPO). In diesem Zeitpunkt war das erste Verfahren aber längst abgeschlossen, so dass Art. 59 Abs. 2 lit. d ZPO dem neu angehobenen Verfahren nicht entgegenstand.

(...)

Hinweis:

Der Entscheid ist rechtskräftig.

