



## Urteil vom 16. März 2020

---

Besetzung

Richter Jürg Steiger (Vorsitz),  
Richter Maurizio Greppi, Richter Jérôme Candrian,  
Gerichtsschreiberin Rahel Gresch.

---

Parteien

**A. \_\_\_\_\_**,  
vertreten durch  
lic. iur. LL.M. André Lerch,  
Humbert Heinzen Lerch Rechtsanwälte,  
Meisenweg 9, Postfach, 8038 Zürich,  
Beschwerdeführer,

gegen

**Armeestab (A Stab)**,  
Papiermühlestrasse 20, 3003 Bern,  
c/o Armeestab, Personalrecht Gruppe Verteidigung,  
Bolligenstrasse 56, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Arbeitsverhältnis.

**Sachverhalt:****A.**

A.\_\_\_\_\_ schloss mit der Logistikbasis der Armee (LBA), Sanität, am 10. Dezember 2015 einen "Vertrag für Honorarbezüger" für die Dauer vom 1. Januar 2016 bis am 31. Dezember 2019 betreffend Arzt Untersuchungskommission Rekrutierung (UCR) ab.

**B.**

Gegenstand und Auftrag des als "Auftrag" bezeichneten Vertrags war das Erbringen von medizinischen Leistungen ausserhalb der Praxis in den Rekrutierungszentren. Gemäss Vertrag konnte der Arbeitseinsatz auch kurzfristig und auf Abruf erfolgen. Termin und Ort für die Leistungserbringung bestimmten sich nach dem Bedarf der "Auftraggeberin", d.h. der Logistikbasis der Armee.

**C.**

Per 1. Januar 2018 wurde die Angliederung der Sanität von der Logistikbasis der Armee gelöst und dem Armeestab unterstellt.

**D.**

Mit Schreiben vom 24. September 2018 bat A.\_\_\_\_\_ die Sanität um eine schriftliche Stellungnahme bezüglich der Reduktion seiner Einsätze im Rekrutierungszentrum X.\_\_\_\_\_ bzw. Y.\_\_\_\_\_ und eine damit verbundene Reduktion der Lohnzahlungen seit Herbst 2017, eines Arbeitszeugnisses, der zu gering gemeldeten Lohnsumme bei der PUBLICA sowie der zukünftigen Zusammenarbeit.

**E.**

Der Chef medizinische Rekrutierung informierte A.\_\_\_\_\_ mit Schreiben vom 1. Oktober 2018, dass er gemäss dem Vertrag für Honorarbezüger keinen Anspruch auf Ausschöpfung des Kostendaches habe. Weiter seien für Mandatsärzte bisher keine Arbeitszeugnisse erstellt worden, falls dies aber sein ausdrücklicher Wunsch sei, würde er den Chefarzt Rekrutierungszentrum X.\_\_\_\_\_ bitten, ihm ein Zeugnis auszustellen. Die weiteren Punkte müssten zuerst intern geklärt werden, da der von ihm aufgebraachte Sachverhalt neu sei.

**F.**

Der Armeestab stellte daraufhin am 4. Dezember 2018 fest, dass das vertraglich festgelegte Kostendach für die Vertragslaufzeit von vier Jahren in

der Höhe von Fr. 240'000.– überschritten wurde. Angesichts dieser Überschreitung sei das Kostendach mit einem Nachtrag vom 18. November 2018 für die Jahre 2016 bis 2019 ausnahmsweise um Fr. 150'000.– (inkl. Sozialversicherungsleistungen und sonstige Vergütungen) erhöht worden. Eine weitere Erhöhung des Kostendachs sei nicht mehr möglich.

**G.**

Mit Schreiben vom 5. Dezember 2018 ergänzte der Chef medizinische Rekrutierung sein Schreiben vom 1. Oktober 2018. Dabei bestätigte er A.\_\_\_\_\_, das von ihm zu Recht monierte Problem mit der Pensionskasse, was mit dem zu tiefen Kostendach zu tun gehabt hätte und dieses nun entsprechend angepasst worden sei. Zudem habe man sich nach Rücksprache mit dem Chefarzt Rekrutierungszentrum entschieden, ihn im Jahr 2019 nicht mehr als Mandatsarzt anzubieten.

**H.**

A.\_\_\_\_\_ brachte in der Folge mit Schreiben vom 11. Januar 2019 vor, aufgrund der tatsächlich gelebten Vertragsbeziehung sei von einem Arbeitsverhältnis auszugehen. Insbesondere sei er regelmässig und in einem relativ grossen Umfang für die LBA tätig gewesen und auch die anderen massgeblichen Kriterien zur Abgrenzung zwischen Arbeitsvertrag und Auftrag würden vorliegend klar für eine arbeitsvertragliche Qualifikation sprechen. Folglich hätte er Ferienansprüche und Ansprüche auf Arbeitszuweisung im Umfang des im Jahre 2015 und 2016 begründeten Usus. Angesichts dessen biete er seine Arbeitskraft weiterhin an.

**I.**

Der Armeestab als zuständiger Arbeitgebervertreter teilte A.\_\_\_\_\_ mit Schreiben vom 21. Mai 2019 mit, es handle sich beim Vertrag für Honorarbezüger vom 10. Dezember 2015 nicht um einen Arbeitsvertrag auf Abruf, sondern klar um ein Auftragsverhältnis. Der Wortlaut des Vertrags sowie die darin enthaltenen Vereinbarungen sprächen eindeutig für ein Auftragsverhältnis. Falls er eine anfechtbare Verfügung wünsche, solle er dies schriftlich mitteilen.

**J.**

Aufgrund der beinahe Ausschöpfung des Kostendachs teilte der Armeestab A.\_\_\_\_\_ mit Schreiben vom 11. Juni 2019 mit, dass das Mandatsverhältnis mit ihm per sofort aufgelöst werde.

**K.**

Mit Verfügung vom 13. August 2019 stellte der Armeestab fest, dass zwischen A.\_\_\_\_\_ und dem Armeestab in der Zeit vom 1. Januar 2016 bis zum 11. Juni 2019 kein Arbeitsverhältnis bestanden habe.

Zur Begründung brachte er vor, dass die vorliegenden Gegebenheiten aufgrund der militärischen Strukturen ausserordentliche Merkmale aufweisen würden. Die teilweisen stringenten Vorgaben und Prozesse des Rekrutierungsprozesses könnten nicht als Merkmal eines Arbeitsverhältnisses herangezogen werden. Die Rekrutierung stelle ein einheitliches zweitägiges Programm, das die Vornahme der medizinischen Untersuchungen in den zentralisierten Rekrutierungszentren unter Nutzung der militärischen Infrastruktur vorsehe. Auch in logistischer Hinsicht sei die Nutzung der Infrastruktur vorgegeben und liege somit in der Natur des Auftrags. Ein standardisierter medizinischer Eignungstest, der zur Beurteilung der Militärdiensttauglichkeit unter der Verwendung von Informatikprogrammen und Checklisten zur Anwendung komme, verlange nach Einheitlichkeit in gewissen Abläufen und Ausführungen, um einen Vergleich mit den jeweiligen Referenzwerten zu ermöglichen. Solche in der Natur der Sache liegenden Vorgaben könnten folglich ebenso nicht als Argument der fehlenden Organisationsfreiheit und somit Merkmal für ein Arbeitsverhältnis herangezogen werden. Auch in zeitlicher Hinsicht habe keine Unterordnung bestanden. Auch von einer wirtschaftlichen Abhängigkeit könne nicht ausgegangen werden, da A.\_\_\_\_\_ neben seiner Tätigkeit für die Armee als selbständiger Arzt oder Angestellter jederzeit hätte tätig sein können. Zudem würden die Arbeitseinsätze bzw. Geldleistungen keine Regelmässigkeit aufweisen, die das wirtschaftliche Risiko hätten kalkulierbar machen können. Auch der Lohnausfall bei krankheitsbedingten Ausfällen oder zufolge geplanten Erholungsauszeiten seien von A.\_\_\_\_\_ zu tragen gewesen. Das Vertragsverhältnis sei eindeutig als Auftrag zu qualifizieren.

**L.**

Gegen diese Verfügung des Armeestabs (nachfolgend: Vorinstanz) erhebt A.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdeführer) mit Eingabe vom 16. September 2019 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Er beantragt die Aufhebung der Verfügung und die Feststellung, dass zwischen ihm und der Vorinstanz seit dem 1. Januar 2016 ein Arbeitsverhältnis bestanden habe.

Zur Begründung bringt er vor, eine organisatorische und hierarchische Eingliederung ergebe sich unter anderem bereits daraus, dass sämtliche Einsatztermine schriftlich und einseitig mittels "Avis" angeordnet worden seien, er zumindest formal keine Möglichkeit gehabt hätte, einer Aufforderung zu widersprechen, auch wenn de facto teilweise auf besondere Wünsche Rücksicht genommen worden sei, er als voll integriertes Mitglied der Rekursbehörde bei der Mitteilung der Rekursergebnisse eingesetzt worden sei und er einer klaren Weisungsbefugnis seines vorgesetzten Chefarztes unterlag und diesem gegenüber jederzeit rechenschafts- und rapportpflichtig gewesen sei. Zudem habe er ein Namensschild sowie Arbeitskleidung erhalten, die ihn klar als Mitarbeiter des Rekrutierungszentrums erscheinen hätten lassen. Es möge zutreffen, dass die sozialversicherungsrechtliche Einstufung allein kein Arbeitsverhältnis zu präjudizieren vermöge, diese stelle aber immerhin ein starkes Indiz für eine arbeitsvertragliche Beziehung dar. Zudem würden weitere Kriterien für ein Arbeitsverhältnis sprechen, insbesondere die Zurverfügungstellung von Infrastruktur und Material im Betrieb, die Teilnahme an Sitzungen (vorliegend die zahlreichen Rapporte), sowie die Länge der Vertragsdauer und die wirtschaftliche Abhängigkeit. Er sei also organisatorisch, zeitlich und persönlich in die Arbeitsorganisation der Vorinstanz eingegliedert gewesen. Dass die straffe Unterordnung und Eingliederung in die Arbeitsorganisation aufgrund des militärischen Betriebs zu erklären sei, sei abwegig. Bei den Rekrutierungsärzten habe es keine militärische Struktur gegeben, sondern lediglich eine Weisungsbefugnis, wie sie auch in Krankenhäusern gelebt würde. Schliesslich seien die Präsenz- und Arbeitszeiten mittels "Avis" strikte vorgegeben gewesen und die Mittagspausen hätten vor Ort und gemeinsam eingenommen werden müssen. Zudem könne der Arbeitseinsatz gemäss Vertrag auch kurzfristig und auf Abruf erfolgen, Termin und Ort für die Leistungserbringung würden sich nach dem Bedarf der Sanität bestimmen. Von einer zeitlichen Autonomie zu sprechen, sei unzutreffend.

#### **M.**

In ihrer Vernehmlassung vom 25. November 2019 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde. Sie hält an ihrer Begründung fest und weist zudem darauf hin, dass die Aufgaben und die weit umfangreicheren Verantwortlichkeiten der angestellten Ärzte im Vergleich zum Beschwerdeführer merklich von seinen Auftragsbestandteilen abweichen würden. Auch sei die Höhe des Honorars im Vergleich zum Lohn der angestellten Sanitätsärzte als weiteres Indiz für ein Auftragsverhältnis zu werten. Sein Honorar würde hochgerechnet auf ein übliches Jahressoll von 2083.3 Stunden bei einer 100-% Anstellung ein Entgelt von Fr. 416'660.– ausmachen,

was knapp unter einem Jahresverdienst eines Bundesrates wäre. Im Falle eines Anstellungsverhältnisses wäre er in der Lohnklasse 26 eingestuft worden, was einem Jahressalär von ca. brutto Fr. 163'659.– bei einem 100-% Pensum entsprechen würde. Die von einem Auftrag abweichende rechtliche Einordnung des Vertragsverhältnisses würde im Übrigen klar dem Lohngleichheitsgedanken widersprechen. Aus den Kumulativjournalen sei zudem ersichtlich, dass keine periodischen Auszahlungen erfolgt seien und die Höhe der Zahlungen grosse Unregelmässigkeiten aufweisen würden.

#### **N.**

Der Beschwerdeführer hält in seinen Schlussbemerkungen vom 23. Dezember 2019 an seinen Anträgen und seiner Begründung fest.

#### **O.**

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien und die sich bei den Akten befindlichen Schriftstücke wird, soweit relevant, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

### **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

#### **1.**

**1.1** Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG gegeben ist und eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 VGG entschieden hat.

Bei der verfügbaren Vorinstanz handelt es sich um eine solche im Sinne von Art. 33 Bst. d VGG (vgl. Anhang 1 B Ziff. IV 1.4.1. der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 [RVOV, SR 172.010.1]). Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist nicht gegeben (Art. 32 VGG). Das Bundesverwaltungsgericht ist demnach für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

**1.2** Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c). Der Beschwerdeführenden ist als Verfahrensbeteiligter formeller Adressat der angefochtenen Verfügung und durch diese auch materiell beschwert. Er ist deshalb zur Erhebung der vorliegenden Beschwerde legitimiert.

**1.3** Vorliegend beantragt der Beschwerdeführer u.a. die Feststellung, dass zwischen ihm und der Vorinstanz seit dem 1. Januar 2016 ein Arbeitsverhältnis bestanden habe.

Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung besteht gemäss Art. 25 Abs. 2 VwVG, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse nachweist. Schutzwürdig ist das Interesse dann, wenn glaubhaft ein rechtliches oder tatsächliches und aktuelles Interesse an der sofortigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses besteht, dem keine erheblichen öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist dem Begehren um Erlass einer Feststellungsverfügung nur zu entsprechen, wenn der Gesuchsteller an der Beseitigung einer Unklarheit betreffend öffentlich-rechtliche Rechte und Pflichten interessiert ist, weil er sonst Gefahr laufen würde, zu seinem Nachteil Massnahmen zu treffen oder zu unterlassen. Dies trifft namentlich dann nicht zu, wenn er seine Interessen ebenso gut mit dem Begehren um Erlass einer Leistungs- oder Gestaltungsverfügung wahren kann (Subsidiarität der Feststellungsverfügung, vgl. statt vieler BGE 132 V 259 E. 1; Urteil des BVGer A-5273/2018 vom 17. Juli 2019 E. 1.2; ISABELLE HÄNER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, Art. 25 Rz. 17 ff.).

Der Beschwerdeführer verlangt mit seinem Feststellungsbegehren nichts anderes als die Reformation einer Feststellung der Vorinstanz. Hierfür ist sein Feststellungsinteresse zu bejahen.

**1.4** Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist somit einzutreten (Art. 50 und 52 VwVG).

## 2.

**2.1** Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet grundsätzlich mit voller Kognition und überprüft angefochtene Verfügungen auf Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Unangemessenheit (vgl. Art. 49 VwVG).

**2.2** Das Bundesverwaltungsgericht stellt – wie auch die Vorinstanz – den Sachverhalt unter Vorbehalt der Mitwirkungspflicht der Parteien von Amtes wegen fest (Art. 12 und Art. 13 VwVG). Die Parteien trifft insoweit auch in bundespersonalrechtlichen Verfahren keine subjektive Beweisführungslast (vgl. PETER HELBLING, in: Portmann/Uhlmann [Hrsg.], Bundespersonalgesetz [BPG], 1. Aufl. 2013, Art. 34 Rz. 74 f.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, Rz. 142). Das Bundesverwaltungsgericht würdigt sodann die Beweise grundsätzlich frei, ohne Bindung an förmliche Beweisregeln, sowie umfassend und pflichtgemäss (Grundsatz der freien Beweiswürdigung; vgl. Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess [BZP; SR 273]; BGE 137 II 266 E. 3.2; BVGE 2012/33 E. 6.2.1). Dabei gilt eine rechtserhebliche Tatsache, für die der volle Beweis zu erbringen ist (Regelbeweismass), als bewiesen, wenn das Gericht gestützt auf die freie Beweiswürdigung zur Überzeugung gelangt, sie habe sich verwirklicht. Absolute Gewissheit ist indes nicht erforderlich; es genügt, wenn es an der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 3.141). Auch im öffentlichen Recht gilt schliesslich der allgemeine Grundsatz gemäss Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210), wonach derjenige die Folgen einer allfälligen Beweislosigkeit zu tragen hat, der aus der unbewiesenen gebliebenen Tatsache Rechte abzuleiten sucht (vgl. statt vieler Urteil des BVGer A-1399/2017 vom 13. Juni 2018 E. 2.2; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.150; je mit Hinweisen).

## 3.

**3.1** Nach Art. 110 und 122 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101) ist der Bund zur Regelung des Arbeitsverhältnisses zuständig. In Ausübung dieser Regelungskompetenz hat der Bundesgesetzgeber



Art. 319 ff. des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30. März 1911 (OR, SR 220) erlassen (vgl. PETER HELBLING, in: Wolfgang Portmann/Felix Uhlmann [Hrsg.], Bundespersonalgesetz [BPG], 2013, Art. 1 Rz. 6). Der Bund kann seine Arbeitsverhältnisse durch Erlass spezialgesetzlicher Normen je einem eigenen, vom Obligationenrecht abweichenden Dienst- bzw. Beamtenrecht unterstellen, muss aber nicht (vgl. HELBLING, a.a.O., Art. 1 Rz. 7 und Rz. 9). Mit der Einführung des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 (BPG, SR 172.220.1) wurde eine Annäherung an die in der Privatwirtschaft anwendbaren obligationenrechtlichen Normen angestrebt. Soweit das BPG und andere Bundesgesetze nichts Abweichendes bestimmen, gelten gemäss Art. 6 Abs. 2 BPG für das Arbeitsverhältnis beim Bund sinngemäss die einschlägigen Bestimmungen des OR. Diesfalls gilt das OR als öffentliches Dienstrecht (vgl. HELBLING, a.a.O., Art. 1 Rz. 10). Wo das BPG zu einer arbeitsrechtlichen Frage keine Regel bzw. keine vom OR abweichende Norm statuiert, findet folglich – sinngemäss – das OR Anwendung.

**3.2** Das BPG setzt für seine Anwendbarkeit zwar voraus, dass ein Arbeitsverhältnis vorliegt, definiert dieses aber nicht. Somit sind für die rechtliche Qualifikation des Arbeitsvertrages die zivilrechtlichen Kriterien heranzuziehen (vgl. HELBLING, a.a.O., Art. 1 Rz. 52 mit Hinweis auf das Urteil des BGer 1C\_252/2007 vom 5. März 2008, welches jedoch ein öffentlich-rechtliches Dienstleistungsverhältnis nach kantonalem Recht betraf). Begriffsnotwendige Elemente des Arbeitsvertrages sind grundsätzlich das Zurverfügungstellen von Arbeitszeit eingegliedert in eine fremde Arbeitsorganisation gegen Lohn (vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319 – 362 OR, 7. Aufl. 2012, Art. 319 Rz. 2).

**3.3** Mitunter bereitet die Unterscheidung zwischen Arbeitsvertrag und Auftrag Schwierigkeiten. Gemäss Lehre und Rechtsprechung zum Privatrecht entscheidet sich aufgrund einer Gesamtbeurteilung des Rechtsverhältnisses und einer Mehrzahl von Kriterien, ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt. Dabei ist weder die von den Parteien gewählte Bezeichnung noch die Einstufung durch die Sozialversicherungen ausschlaggebend. Soweit aber die die Arbeit zuweisende Partei Sozialversicherungsbeiträge abzieht und zusammen mit Leistungen von ihrer Seite den Sozialversicherungen überweist, ist dies ein Indiz für einen Arbeitsvertrag (BGE 129 III 664 E. 3.1; BGer 4C.64/2006 E. 2.1.1; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 319 Rz. 2). Für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses sprechen im Einzelnen folgende Merkmale: rechtliche Subordination, wirtschaftliche Abhängigkeit des Beschäftigten, regelmässige Lohnzahlungen, Sozialabzüge, Dauer

des Rechtsverhältnisses, Vereinbarungen betreffend Ferienanspruch, Probezeit und Konkurrenzverbot, der Umstand, dass der Betrieb Werkzeug, Material und Arbeitsräume zur Verfügung stellt. Im Weiteren spricht für ein Arbeitsverhältnis, wenn der Arbeitsleistende geringe Freiheit in der Ausgestaltung der Arbeit geniesst, an vorgeschriebene Arbeitszeiten gebunden ist, einen Arbeitsplatz zugewiesen erhält oder kein Unternehmerrisiko trägt (vgl. Urteile des BGer C\_714/2010 vom 14. Dezember 2010 E. 3.4.2 und 1C\_252/2007 vom 5. März 2008 E. 5.2; vgl. auch HELBLING, a.a.O., Art. 1 Rz. 53 – 64; PORTMANN/RUDOLPH, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 7. Aufl. 2020 [nachfolgend: Basler Kommentar OR], Art. 319 Rz. 16).

Das in erster Linie zu berücksichtigende Unterscheidungsmerkmal ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts das rechtliche Subordinationsverhältnis, also die rechtliche Unterordnung in persönlicher, zeitlicher und organisatorischer Hinsicht (Urteil des BGer 4A\_553/2008 vom 9. Februar 2009 E. 4.1), d.h., ob der Arbeitsleistende Weisungen erhält, die den Gang der Arbeit im Detail bestimmen, und ob er eingehenden Kontrollen unterworfen ist. Nicht jedes Weisungs- und Kontrollrecht führt dabei zu einem Arbeitsvertrag. Deren Mass muss über das beschränkte Weisungsrecht und die Rechenschaftspflicht des Auftragsrechts nach Art. 397 und Art. 400 OR hinausgehen. Es sind indessen immer die Gesamtumstände des Einzelfalls massgebend. Beauftragter ist insbesondere derjenige, der kraft besonderer Ausbildung oder Fähigkeiten für eine Mehrzahl von Auftraggebern Leistungen erbringt und dabei seine Zeit frei einteilt. Wer ausschliesslich in den Diensten einer Unternehmung steht, dort in die Firmenstruktur integriert ist, fixes Gehalt bezieht und die Arbeit laufend zugeteilt erhält, fällt unter den Arbeitsvertrag. Indiz für einen Arbeitsvertrag kann auch eine längere Vertragsdauer sein oder die Zurverfügungstellung von Büroräumlichkeiten im Betrieb, die Teilnahme an Sitzungen im Unternehmen sowie generell der Auftritt gegen aussen, so z.B. wenn der Arbeitnehmer über eine geschäftliche E-Mail-Adresse und eine Visitenkarte des Arbeitgebers verfügt (vgl. Urteil des BGer 4A\_404/2009 vom 22. Oktober 2009 E. 4; Urteil des BVer A-5147/2014 vom 7. April 2015 E. 3.3; zum Ganzen: STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 319 Rz. 6).

#### 4.

Im vorliegenden Fall war der Beschwerdeführer vom 1. Januar 2016 bis 11. Juni 2019 bei der Vorinstanz als Arzt im Rahmen der Rekrutierung von Stellungspflichtigen tätig. Die Vorinstanz qualifiziert das Rechtsverhältnis

als Auftrag, während der Beschwerdeführer von einem Arbeitsvertrag ausgeht. Es ist nachfolgend somit zu prüfen, ob es sich beim fraglichen Vertragsverhältnis gemäss den von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Kriterien um ein Auftrags- oder Arbeitsverhältnis handelt.

**4.1** Es ist zunächst auf das Kriterium der Subordination, also die rechtliche Unterordnung in persönlicher, zeitlicher und organisatorischer Hinsicht einzugehen.

#### **4.1.1**

**4.1.1.1** Die Vorinstanz macht im Zusammenhang mit dem Kriterium der Subordination in organisatorischer Hinsicht geltend, die vorliegenden Gegebenheiten würden aufgrund der militärischen Strukturen ausserordentliche Merkmale aufweisen. Die Vornahme der medizinischen Untersuchungen während der Rekrutierung unter Nutzung der militärischen Infrastruktur sei systemimmanent. Die Rekrutierung sei ein einheitliches zweitägiges Programm, welches an zentralisierten Rekrutierungszentren ausgeführt werde. Bereits aus logistischen Gründen sei die Nutzung der Infrastruktur der Armee vorgegeben. Es wäre nicht vertretbar, sämtliche Stellungspflichtige für einen Teil der medizinischen Untersuchung an die verschiedenen Kliniken der jeweils beauftragten Ärzte zu verweisen. Die Erbringung der Dienstleistung unter Nutzung der Infrastruktur der Armee liege somit in der Natur des Auftrags. Weiter hätte keine Einbettung in eine hierarchische Struktur oder Eingliederung in eine Organisationseinheit stattgefunden. Der Beschwerdeführer hätte weder eine persönliche Telefonnummer noch Visitenkarten gehabt. Für den Zugang zum Gebäude sei ihm jeweils am Einsatztag ein Besucherausweis ausgestellt worden. Er sei nie eigenständig als Mitarbeiter der Sanität oder der Bundesverwaltung aufgetreten.

**4.1.1.2** Es ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer für die Erfüllung des abgeschlossenen Vertrages jeweils in den Räumlichkeiten des Rekrutierungszentrums die medizinischen Untersuchungen der Stellungspflichtigen durchführte. Dies geht auch aus dem Vertrag hervor, der unter Ziffer 2 auführt, dass der Ort für die Leistungserbringung sich nach dem Bedarf der "Auftraggeberin" bestimmen würden. Der Beschwerdeführer hatte somit nicht die Möglichkeit, die Tätigkeit woanders als im Rekrutierungszentrum auszuführen. Die räumliche Eingliederung in die Arbeitsorganisation ist damit erfolgt. Der Beschwerdeführer erhielt von der Vorinstanz zudem sowohl Arbeitskleidung als auch ein Namensschild, das ihn von den angestellten Ärzten nicht unterscheiden liess. Im Weiteren wurden ihm Infrastruktur und

Materialien zur Durchführung der medizinischen Untersuchungen zur Verfügung gestellt. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass der Beschwerdeführer durchaus in die organisatorischen Abläufe der Vorinstanz integriert war und keinen grossen Spielraum hatte, diese anders auszugestalten. Dass sich dies mitunter aus der Natur der vorgegebenen Prozesse und militärischen Strukturen der Rekrutierung ergibt, ändert daran nichts.

#### **4.1.2**

**4.1.2.1** Mit Bezug auf den zeitlichen Einsatz wendet die Vorinstanz ein, es habe keine Unterordnung bestanden. Der Beschwerdeführer sei nicht gebunden gewesen, zu spezifischen Zeiten zur Verfügung zu stehen, seine Erreichbarkeit zu gewährleisten oder verpflichtet gewesen, andere Beschäftigungen unterbrechen zu können. Er habe auch jederzeit Dienstleistungseinsätze einseitig ablehnen können. Diese Möglichkeit sei ihm auch bewusst gewesen, habe er doch diese auch in Anspruch genommen.

**4.1.2.2** Die Vorinstanz teilte dem Beschwerdeführer jeweils im Januar mittels "Avis de Service" seine Einsätze für das ganze Jahr mit, mit der entsprechenden Zeit des Dienstantritts (07:45, jeweils montags und mittwochs). Im Vertrag ist zudem vermerkt, dass der Arbeitseinsatz auch kurzfristig und auf Abruf erfolgen könne und der Termin für die Leistungserbringung sich nach dem Bedarf der Vorinstanz richte. Aufgrund dieser klaren Formulierung im Vertrag und der Einteilung mittels "Avis de Service" ist davon auszugehen, dass die Vorinstanz erwartete, dass der Beschwerdeführer diesen vorgeschriebenen Diensten grundsätzlich Folge leistet. Insbesondere ist daraus ersichtlich, dass der Beschwerdeführer in seiner Zeiteinteilung für die Erfüllung der Tätigkeit keineswegs frei war, sondern an die vorgeschriebenen Einsatzzeiten der Vorinstanz zumindest grundsätzlich gebunden war. Der Beschwerdeführer war durch die Möglichkeit eines kurzfristigen Einsatzes und auf Abruf zudem insoweit eingeschränkt, als er seine Arbeitskraft nicht anderweitig hätte anbieten können. Schliesslich fand auch eine arbeitszeitliche Überwachung statt, indem die Arbeitszeiterfassungen durch den Vorgesetzten des Beschwerdeführers gegengezeichnet wurden. Damit erfolgte auch eine rechtliche Unterordnung in zeitlicher Hinsicht.

**4.1.3** Was die Subordination in persönlicher Hinsicht betrifft, ist festzustellen, dass sich die Aufgaben und Verantwortlichkeiten des Beschwerdeführers gemäss Vertrag u.a. nach den Weisungen des Oberfeldarztes Nr. 50/I (59.186.50/I) vom 1. Januar 2007 und Nr. 53 (95.186.53) vom Januar 2005

und weiteren internen Reglementen und Dokumentationen richten. Zudem wurde im Vertrag festgehalten, dass die Vorschriften des Oberfeldarztes verbindlich sind (vgl. Ziffer 2 des Vertrags). Die Verbindlichkeit der Weisungen und Vorschriften gehen vorliegend über das Mass des beschränkten Weisungsrechts eines Auftraggebers nach Art. 397 OR und Art. 400 OR hinaus. Entsprechend durfte der Beschwerdeführer zum Beispiel die Durchführung eines Elektrokardiogramms (EKG) nur mit ausdrücklicher Zustimmung seines Vorgesetzten durchführen. Der Beschwerdeführer durfte auch Ergebnisse und Befunde in jenen Fällen, in denen er aufgrund neuer Informationen oder Diagnosen eine andere Meinung hatte als beim ursprünglichen Befund, nur unter Rücksprache mit dem Vorgesetzten dem Stellungspflichtigen mitteilen. Im Weiteren spricht auch die Tatsache, dass der Beschwerdeführer regelmässig an den Rapporten der ärztlichen Belegschaft teilnahm und seine Arbeit sich nach Checklisten richtete, die Art und Weise, wie er seine Arbeit seinem Vorgesetzten rapportieren und mit ihm für die Durchführung gewisser medizinischer Untersuchungen Rücksprache halten musste, für eine hohe Weisungsgebundenheit und Rechenschaftspflicht und somit wiederum für ein Subordinationsverhältnis. Schliesslich ist auch zu betonen, dass der Beschwerdeführer zur persönlichen Ausführung der Arbeit verpflichtet war. Die persönliche Erbringung der Arbeitsleistung stellt die Hauptpflicht eines Arbeitnehmers dar (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 321 Rz. 2), wohingegen bei einem Auftragsverhältnis der Beauftragte Hilfspersonen unter seiner Anleitung und Aufsicht beziehen kann (Art. 398 Abs. 3 OR; OSER/WEBER, Basler Kommentar OR, Art. 398 Rz. 2 ff.).

**4.1.4** Zusammenfassend war der Beschwerdeführer organisatorisch in mehrfacher Hinsicht in die Sanität der Vorinstanz eingegliedert. Für die Stellungspflichtigen war er von angestellten Ärzten nicht unterscheidbar. Diese Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation spricht für ein Arbeitsverhältnis (Urteile des BGer 4A\_592/2016 vom 16. März 2017 E. 2.1 und 4A\_562/2008 vom 30. Januar 2009 E. 3.2.3). Gemäss Rechtsprechung sind dies und insbesondere auch der Umstand, dass der Beschwerdeführer seine medizinischen Untersuchungen in den Rekrutierungszentren durchführen musste und ihm Material und Infrastruktur kostenlos zur Verfügung gestellt worden sind, zeitlich an die Vorgaben der Vorinstanz gebunden war und einem umfassenden Weisungsrecht seines Vorgesetzten unterstand, erhebliche Indizien für ein Arbeitsverhältnis (vgl. auch PORTMANN/RUDOLPH, a.a.O., Art. 319 Rz. 16 f.).

**4.2** Es sprechen jedoch noch weitere Gründe für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses.

**4.2.1** Die relativ lange Vertragsdauer von vier Jahren sowie die Tatsache, dass die Beiträge für AHV/IV/EO/ALV paritätisch von den Vertragsparteien geleistet worden sind und die Vorinstanz diese mit der Eidgenössischen Ausgleichskasse abgerechnet hatte, sie den Beschwerdeführer zudem bei der PUBLICA sowie bei der Suva für Berufsunfall versicherte (vgl. Ziffer 7.2 des Vertrages sowie die Kumulativjournale der Jahre 2016 – 2018), legen die Qualifikation als Arbeitsverhältnis nahe. Die Einschränkung durch die Möglichkeit der kurzfristigen und auf Abruf angeordneten Einsätze führten insofern zu einer wirtschaftlichen Abhängigkeit im arbeitsrechtlichen Sinn. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz spricht die stattliche Höhe des Entgelts für sich allein nicht für ein Auftragsverhältnis (vgl. STREIFF/VON KANEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 319 Rz. 6 mit Verweis auf Pra 12/1997, S. 930).

**4.2.2** Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang auch das Fehlen eines unternehmerischen Risikos für den Beschwerdeführer. Durch die regelmässigen Lohnzahlungen aufgrund der Arbeit, die ihm laufend zugeteilt wurde, wurde sein eigenes wirtschaftliches Risiko kalkulierbar.

**4.2.3** Schliesslich erhielt der Beschwerdeführer von seinem Vorgesetzten auf Anfrage hin ein Arbeitszeugnis, was wiederum für ein Arbeitsverhältnis spricht. Zudem ist die Bezeichnung des Vertrages, wie erwähnt (E. 3.3), kein Kriterium für dessen rechtliche Qualifikation.

## **5.**

**5.1** Aufgrund der gesamten Umstände kommt das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass das vorliegend zu beurteilende Rechtsverhältnis zwischen der Vorinstanz und dem Beschwerdeführer als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren ist. Dieses Arbeitsverhältnis dauerte gemäss Vertrag vom 10. Dezember 2015 vom 1. Januar 2016 bis 31. Dezember 2019.

**5.2** Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen. Die Verfügung vom 13. August 2019 ist aufzuheben und es ist festzustellen, dass zwischen der Vorinstanz und dem Beschwerdeführer betreffend UCR Arzt vom 1. Januar 2016 bis am 31. Dezember 2019 ein Arbeitsverhältnis bestand.

**6.**

**6.1** Das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist in personalrechtlichen Angelegenheiten unabhängig vom Ausgang des Verfahrens, ausser bei Mutwilligkeit, kostenlos (Art. 34 Abs. 2 BPG). Es sind daher für das vorliegende Verfahren keine Verfahrenskosten zu erheben.

**6.2** Nach Art. 64 Abs. 1 VwVG ist der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Antrag hin eine Entschädigung für die ihr erwachsenen und verhältnismässigen Kosten zuzusprechen. Der vorliegend obsiegende Beschwerdeführer ist anwaltlich vertreten. Da dem Bundesverwaltungsgericht keine Kostennote übermittelt wurde, ist die Parteientschädigung vorliegend aufgrund der Akten auf pauschal Fr. 4'500.– festzusetzen (vgl. Art. 14 Abs. 2 Satz 2 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Parteientschädigung ist der Vorinstanz zur Bezahlung aufzuerlegen (Art. 64 Abs. 2 VwVG).

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:****1.**

Die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen gutgeheissen.

**2.**

Die Verfügung der Vorinstanz vom 13. August 2019 wird aufgehoben.

**3.**

Es wird festgestellt, dass zwischen der Vorinstanz und dem Beschwerdeführer betreffend die Stelle als UCR Arzt vom 1. Januar 2016 bis 31. Dezember 2019 kein Auftragsverhältnis, sondern ein Arbeitsverhältnis bestand.

**4.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

**5.**

Die Vorinstanz wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils eine Parteientschädigung von Fr. 4'500.– zu bezahlen.

**6.**

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Einschreiben)
- das Generalsekretariat VBS (Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Jürg Steiger

Rahel Gresch



**Rechtsmittelbelehrung:**

Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiet der öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse können beim Bundesgericht angefochten werden, sofern es um eine vermögensrechtliche Angelegenheit geht, bei welcher der Streitwert mindestens Fr. 15'000.– beträgt oder bei der sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (vgl. Art. 85 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 BGG). Bei einer nicht vermögensrechtlichen Angelegenheit ist die Beschwerde nur zulässig, wenn sie die Gleichstellung der Geschlechter betrifft (vgl. Art. 83 Bst. g BGG). Steht die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten offen, kann sie innert 30 Tagen nach Eröffnung dieses Entscheids beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, erhoben werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: