

ZH_OBERGERICHT LA210006 vom 12. November 2021

ZH Obergericht, 2021-11-12, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LA210006

FR: ZH_OBERGERICHT LA210006 du 12 novembre 2021

IT: ZH_OBERGERICHT LA210006 del 12 novembre 2021

Erwägungen

E. 1

Der Kläger und Berufungskläger (fortan Kläger), A._____, sowie C._____ (fortan C._____) gründeten zusammen die Beklagte und Berufungsbe- klagte (fortan Beklagte), deren Zweck gemäss Handelsregisterauszug ... und die ... ist. Die Beklagte wurde am tt.mm 2018 ins Tagesregister des Handelsregisters eingetragen. Gemäss Handelsregister hält der Kläger als Gesellschafter ohne Zeichnungsberechtigung 45% der Stammanteile (9 x Fr. 1'000.–) und C._____ als Gesellschafter und Geschäftsführer (mit Einzelunterschrift) 55% der Stammanteile (11 x Fr. 1'000.–). Der Kläger stand bis zum Ablauf der Kündigungsfrist Ende De- zember 2018 noch in einem Arbeitsverhältnis mit der Gewerkschaft D._____ (Teilzeittätigkeit von 60%). Ab Oktober 2018 haben beide Gesellschafter Vorbe- reitungsarbeiten im Hinblick auf das künftig zu betreibende Geschäft der Be- klagten ausgeführt. Im September 2019 hat der Kläger seine Tätigkeit zu Gunsten der Beklagten wegen Meinungsverschiedenheiten zwischen den Gesellschaftern eingestellt. Mit seiner Teilklage macht er einen Lohnanspruch für die Monate Ok- tober bis Dezember 2018 geltend. Zudem verlangt er die Bezahlung der Arbeitge- berbeiträge für die Pensionskasse für die drei Monate an sich. Die Beklagte be-

- 4 - streitet das Bestehen eines arbeitsrechtlichen Verhältnisses. Vielmehr liege eine Forderung aus einem gesellschaftsrechtlichen Verhältnis vor.

E. 2

Mit der Berufung kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der Berufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und voll- ständig aufzustellen. Zudem muss sie – im Gegensatz zur Klageschrift – nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten (ZK ZPO- Reetz/Theiler, Art. 311 N 36). Der Berufungskläger hat mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo er die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erho- ben hat. Es ist nämlich nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und die

- 5 - Rechtsschriften der Vorinstanz zu durchforsten, um festzustellen, was welche Partei wo ausgeführt hat. Damit ist gesagt, dass die Berufungsschrift weder eine pauschale Verweisung auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften noch eine neuerliche Darstellung der Sach- oder Rechtslage enthalten darf, wel- che nicht darauf eingeht, was vor der Vorinstanz vorgebracht worden ist. Pau- schale Verweisungen auf die vor der Vorinstanz eingebrachten Rechtsschriften sind namentlich dann unzulässig, wenn sich die Vorinstanz mit den Ausführungen des Berufungsklägers auseinandergesetzt hat. Stützt sich der angefochtene Ent- scheid auf mehrere selbständige Begründungen, muss sich der

Berufungskläger in der Berufungsschrift mit allen Begründungen auseinandersetzen. Das Gleiche gilt im Falle von Haupt- und Eventualbegründung. Auch hier muss sich der Berufungskläger mit beiden Begründungen auseinandersetzen (Hungerbühler/Bucher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 42 f.). Zwar prüft die Berufungsinstanz nicht nur die geltend gemachten Rügen (Rügeprinzip). Aber das Gericht muss den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus auf Mängel untersuchen, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt worden oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden (Reetz/Theiler, a.a.O.). Aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis ist die Berufungsinstanz nicht an die mit den Rügen vorgebrachten Argumente oder an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden, sie kann die Rügen auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen (vgl. Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 310 N 6). Die Begründungsanforderungen gelten auch für die Berufungsantwort, wenn darin Erwägungen der Vorinstanz beanstandet werden, die sich für die im kantonalen Verfahren obsiegende Partei ungünstig auswirken können (BGer 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.2; BGer 4A_580/2015 vom 11. April 2016, E. 2.2; BGer 4A_496/2016 vom 8. Dezember 2016, E. 2.2.2; Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 312 N 11). Soweit der Kläger ganz allgemein auf seine Ausführungen vor Vorinstanz verweist, an denen er festhalten will (Urk. 29 Rz 6), vermag dies den vorgenannten Begründungsanforderungen nicht zu genügen.

E. 2.1

Insbesondere verstosse die Vorinstanz gegen die bundesgerichtliche Praxis betreffend arbeits- und gesellschaftsrechtliche Doppelverhältnisse, wonach die beiden Rechtsverhältnisse in Bezug auf Entstehung, Wirkung und Auflösung klar auseinander zu halten seien, selbst wenn sie in einer engen Wechselbeziehung stünden (unter Hinweis auf BGE 128 III 129 E. 1). Demnach sei vom Vorliegen eines Arbeitsvertrages auszugehen, wenn sämtliche Voraussetzungen dafür gegeben seien. Dies gelte umso mehr, als er nicht einmal Organ der Beklagten sondern "lediglich" Minderheits-Gesellschafter ohne Zeichnungsberechtigung sei (Urk. 29 Rz 8 f.). Der Kläger verkennet, dass die Vorinstanz das Bestehen eines Subordinationsverhältnisses bereits mangels Substantiierung verneint hat (Urk. 30 S. 14 f.) und sich zudem auch eingehend mit der gesellschaftsrechtlichen Stellung des Klägers auseinandergesetzt und keine Subordination bzw. eine damit verbundene Weisungsgebundenheit festgestellt hat (Urk. 30 S. 16 f.). Damit waren gerade nicht sämtliche Voraussetzungen für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses gegeben. Ein Verstoss gegen die bundesgerichtliche Praxis betreffend arbeits- und gesellschaftsrechtliche Doppelverhältnisse ist nicht ersichtlich.

E. 2.2

Es trifft auch nicht zu, dass es die Vorinstanz mit der vorgeschobenen Begründung, dass ein Subordinationsverhältnis seitens des Klägers nicht genügend substantiiert worden sei, unterlassen habe, sich mit den vorgebrachten und mit Urkunden untermauerten Vorbringen des Klägers auseinanderzusetzen (Urk. 29 Rz 10 ff.). Nach Art. 55 Abs. 1 ZPO haben die Parteien dem Gericht die Tatsachen darzulegen, auf die sie ihre Begehren stützen, und die Beweismittel anzugeben. Dieser Grundsatz bleibt von der in arbeitsrechtlichen Verfahren geltenden Untersuchungsmaxime unberührt; ungeachtet der dem Gericht überbundenen Sachverhaltsermittlung sind die Parteien auch hier von der Behauptungs- und Substantiierungspflicht nicht entbunden. Insbesondere wenn eine Partei anwaltlich vertreten ist, kann und muss das Gericht wie in einem ordentlichen Verfahren Zurück-

- 12 - haltung üben (Brunner/Steininger, DIKE-Komm-ZPO, Art. 247 N 10 ff.; ZK ZPO-Hauck, Art. 247 N 33; BGE 141 III 569 E. 2.3; BGer 4A_375/2015 vom 26. Januar 2016, E. 7.1). Das Gericht ist nicht verpflichtet, die Akten selbst zu durchforsten, um abzuklären, was sich aus diesen für die eine oder die andere Partei ableiten lässt (BGer 4A_32/2007 vom 15. Mai 2007, E. 4.1). Dies gilt insbesondere dann, wenn dem Gericht kommentarlos eine Unzahl von Beweismitteln eingereicht wird (BGer 5C.134/2004 E. 2.2.). Der Behauptungslast ist Genüge getan, wenn die Parteien in ihrem Tatsachenvortrag in allgemeiner Weise sämtliche Tatsachen benennen, welche unter die ihren Antrag stützenden Normen zu subsumieren sind. Ein solchermassen vollständiger Tatsachenvortrag wird als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angeehrte Rechtsfolge zulässt. Bestreitet der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast. Die Vorbringen sind diesfalls nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann. Dabei bestimmt sich nach den einschlägigen bundesgerichtlichen Normen, welche Tatsachen für einen schlüssigen Vortrag zu behaupten sind, und genügt ein globaler Verweis auf eingereichte Unterlagen den bundesrechtlichen Anforderungen an die Substantiierung nicht. Eine ausreichende Substantiierung ist Voraussetzung für den Beweisführungsanspruch (BGer 4A_252/2016 vom 17. Oktober 2016, Erw. 2.2 m.w.H.). Zutreffend hält die Vorinstanz fest, dass der Kläger - trotz entsprechender Rüge seitens der Beklagten - keine hinreichend konkreten, substantiierten Behauptungen zum Vorliegen eines (bestrittenen) Subordinationsverhältnisses gemacht und Beweise dafür anboten hätte. Dass und wo er dies getan haben soll, tut er auch im Berufungsverfahren nicht dar. Ein Substantiierungshinweis seitens der Vorinstanz war entbehrlich, nachdem bereits die Beklagte die ungenügenden klägerischen Ausführungen zum Subordinationsverhältnis gerügt hatte. Soweit konkrete Behauptungen zu einem Subordinationsverhältnis vorlagen, hat sich die Vorinstanz mit diesen auseinandergesetzt (Urk. 30 S. 15). Das Konvolut von Kopien der Whats-App-Kommunikation zwischen dem Kläger und C._____ (Urk. 5/4)

- 13 - hatte die Vorinstanz nur insoweit zu berücksichtigen, als überhaupt konkret darauf verwiesen worden ist. Im Zusammenhang mit einem Subordinationsverhältnis war dies nicht der Fall. Solches behauptet der Kläger auch im Berufungsverfahren nicht. Soweit er beanstandet, die Vorinstanz habe sich mit seinen Behauptungen zu einem Subordinationsverhältnis nicht genügend auseinandergesetzt (Urk. 29 Rz 11 ff.), kann ihm nicht gefolgt werden. Die Vorinstanz war nicht verpflichtet, die Rechtsschriften zu durchforsten, um abzuklären, aus welchen klägerischen Behauptungen sich allenfalls etwas bezüglich des Vorliegens eines Subordinationsverhältnisses ableiten liesse, zumal der Kläger auf die ungenügende Substantiierung hingewiesen worden war. Zutreffend hat die Vorinstanz auch erwogen, dass Handlungen von C._____, die ab September 2019 erfolgt sein sollen, mit Blick auf ein allfälliges Subordinationsverhältnis im Zeitraum Oktober bis Dezember 2018 a priori ohne Relevanz seien. Dies gilt auch für die E-Mail von C._____ vom 11. Oktober 2019 (Urk. 18/2), deren Nichtberücksichtigung der Kläger moniert (Urk. 29 Rz 12). Soweit der Kläger die Substantiierung seiner Behauptung nunmehr im Berufungsverfahren nachholen will, erfolgt dies verspätet.

E. 2.3

Die Vorinstanz hat sodann unter Würdigung aller Umstände eingehend und zutreffend der Ansicht des Klägers widersprochen, wonach er seine Arbeiten als Folge der Ausgestaltung seiner gesellschaftsrechtlichen Beteiligung an der Beklagten nur im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses habe erbringen können (Urk. 30 S. 15 ff.). Entgegen der Behauptung des Klägers (Urk. 29 Rz 11 ff.) hat sie dabei auch die Ausgestaltung seiner gesellschaftsrechtlichen Beteiligung (we- der äussere Geschäftsführungsmacht noch interne Geschäftsführungsbefugnis), einen in Aussicht gestellten Arbeitsvertrag und die Einforderung der Sozialversi- cherungsnummer in Betracht gezogen. Aus der zwischen C._____ und dem Klä- ger geführten Kommunikation (Urk. 5/4) schloss die Vorinstanz im Rahmen einer Gesamtschau, dass sie sich als ebenbürtige Partner verstanden hätten und sich keinerlei Hinweise für ein Hierarchiegefälle finden liessen (Urk. 30 S. 16). Die bei- den hätten stets auf Augenhöhe kommuniziert und agiert und hätten sämtliche Entscheide gemeinsam getroffen. Die Rügen des Klägers vermögen daran nichts zu ändern.

- 14 -

E. 2.3.1

Nicht gefolgt werden kann dem Kläger, dass sich aus einer Aussage der Beklagten zum Aussenverhältnis, wonach "es sich im Auftritt nach aussen um ebenbürtige Partner handeln soll" (Urk. 8 Rz 14), implizit schliessen lasse, dass dies für das Innenverhältnis eben nicht gelte (Urk. 29 Rz 13). Zum Innenverhältnis ist damit nichts gesagt. Es trifft auch nicht zu, dass die Beklagte die Arbeiten des Klägers als untergeordnet dargestellt hätte (Urk. 29 Rz 13). Jedenfalls lässt sich aus der Angabe der Beklagten, wonach C._____ sämtliche komplexen, zeitauf- wändigen Tätigkeiten erledigt habe (Urk. 8 Rz 13), solches nicht schliessen.

E. 2.3.2

Der Kläger verkennt ferner, dass das gesellschaftsrechtliche Beteili- gungsverhältnis für sich alleine kein ausschlaggebendes Kriterium für die Beurtei- lung eines Subordinationsverhältnisses darstellt. Dass er theoretisch, auch bei zu verneinendem Hierarchiegefälle, gesellschaftsrechtlich jederzeit von C._____ hät- te überstimmt werden können, vermag für die Annahme eines Subordinationsver- hältnisses nicht auszureichen. Dass er im vorliegend massgebenden Zeitraum von Oktober bis Dezember 2018 tatsächlich überstimmt worden wäre, tut er nicht dar (Urk. 29 Rz 14). Soweit der Kläger behauptet, die Beklagte verweigere ihm seit jeher Einsicht in die Finanzbuchhaltung sowie die Durchführung einer Gesell- schafterversammlung (Urk. 29 Rz 14 a.E.), sind diese Behauptungen neu und nicht zu hören. Jedenfalls ist nicht dargetan, wo vor Vorinstanz er solche Behaup- tungen aufgestellt hätte. Während der Aufbauphase der Gesellschaft im hier massgeblichen Zeitraum dürften ohnehin weder die Finanzbuchhaltung noch die Durchführung einer Gesellschafterversammlung ein Thema zwischen den beiden Gesellschaftern gewesen sein. Das vom Kläger zitierte Urteil des Obergerichts OGer ZH LA150041 vom 19. April 2016 E. 3.5.1 (Urk. 29 Rz 14 f.) ist im vorlie- genden Kontext nicht einschlägig.

E. 2.3.3

Der Kläger beanstandet weiter das Fehlen von Belegstellen für die An- sicht der Vorinstanz, dass die Gründung einer GmbH in aller Regel voraussetze, dass die Gesellschafter zunächst Arbeiten verrichteten, ohne dafür von der Ge- sellschaft bezahlt zu werden, und es allgemein bekannt sei, dass eine Gesell- schaft in der Gründungsphase im Regelfall noch

nicht über die finanziellen Mittel verfüge, um für die von den Gesellschaftern geleistete Arbeit Zahlungen zu leisten

- 15 - (Urk. 29 Rz 16). Dabei handelt es sich um allgemeine Erfahrungstatsachen, wie der Kläger wohl selber zugesteht, wenn er ausführt, in der Praxis möge es nicht unüblich sein, dass Gründer einer Gesellschaft zu Beginn auf die Auszahlung eines Lohnes einstweilen verzichteten und einer späteren Auszahlung des Lohnes zustimmten. Zu Recht wendet die Beklagte denn auch ein, dass dieser Umstand von ihr behauptet (Urk. 8 Rz 9) und vom Kläger unbestritten geblieben ist, und er zudem anerkannt hat, dass er nicht auf eine sofortige Lohnzahlung insistiert habe (Urk. 16 Rz 32).

E. 2.3.4

Der Kläger beanstandet schliesslich die Ansicht der Vorinstanz, dass der Kläger und C._____ die in der Gründungsphase geleisteten Arbeiten auf gesellschaftsrechtlicher Basis erbracht hätten. Das habe sicherlich nicht dem Verständnis zwischen ihm und C._____ entsprochen. Nur weil ein Vorgesetzter nicht die ganze Zeit konkrete Weisungen an seinen Angestellten erteile, sondern die beiden Personen in einer flachen Hierarchie mehr oder weniger nebeneinander arbeiteten, bedeute dies nicht, dass nicht faktisch ein Subordinationsverhältnis vorliege, wenn der Vorgesetzte unter anderem aus seiner gesellschaftsrechtlich übergeordneten Stellung "Überhand" habe. Die Vorinstanz führe denn auch nur ein Beispiel (Wahl der GmbH als Rechtsform der Beklagten) an, dass sich der Kläger in gleicher Weise wie C._____ einbringen können. Das mache die beiden nicht zu gleichwertigen Geschäftsführern. Gleiches gelte für einen Sachverhalt, wo ein Mitarbeiter bei der Auswahl der IT-Infrastruktur und Möblierung mitreden dürfe, wie das vorliegend passiert sei. Zu Unrecht unberücksichtigt gelassen habe die Vorinstanz, dass er mit den Arbeitsgeräten und dem Material der Beklagten ausgerüstet worden sei und über eine E-Mail-Adresse der Beklagten verfügt habe. Unerklärlich sei auch, inwiefern keine Rede davon sein könne, dass C._____ in seiner E-Mail vom 30. August 2019 den Anspruch des Klägers auf Lohnzahlung für die geleistete Arbeit anerkannt habe. Es sei klar, dass aufgrund der Wortwahl "Abfindung" nicht daraus geschlossen werden könne, dass kein arbeitsrechtliches Verhältnis vorgelegen habe. Letztlich spreche auch die Korrespondenz zwischen dem Kläger und C._____ nicht gegen das Vorliegen eines Subordinationsverhältnisses. Bei zwei Gesellschaftern, die beide von Beginn weg zusammen für die Gesellschaft tätig seien, bestehe eine flache Hierarchie, die

- 16 - nahe bei einer "Zusammenarbeit" sei, für die Annahme eines Arbeitsverhältnisses reiche es indes, wenn ein Gesellschafter einer gewissen Kontrolle unterliege und für sein Tun Weisungen entgegennehmen müsse (Urk. 29 Rz 17 ff.). Die Beanstandungen des Klägers sind nicht stichhaltig. Er übt mehrheitlich appellatorische Kritik und stellt den Ausführungen der Vorinstanz einfach seine Sichtweise gegenüber, ohne aber konkret darzutun, dass und warum die vorinstanzlichen Erwägungen unzutreffend sein sollen. Gestützt auf eine Gesamtschau der zwischen ihnen geführten Kommunikation (Urk. 5/4) schloss die Vorinstanz, dass es dem Verständnis des Klägers und von C._____ entsprochen habe, die in der Gründungsphase geleisteten Arbeiten auf gesellschaftsrechtlicher Basis zu erbringen. Der Kläger bestreitet dies, ohne in irgend einer Weise auf diese Kommunikation einzugehen und aufzuzeigen, inwiefern sich gestützt darauf ein anderer Schluss aufdrängen würde. Dass konkrete Behauptungen des Klägers zur Subordination fehlen, wurde bereits aufgezeigt (vgl. oben E. III./2.2). Die Vorinstanz hat keinerlei Hinweise für ein Hierarchiegefälle ausmachen können, auch nicht für eine

flache Hierarchie. Inwiefern sich eine solche manifestiert haben sollte, tut der Kläger wiederum nicht dar. Die blosser Behauptung, C._____ habe aus seiner gesellschaftsrechtlich übergeordneten Stellung "Überhand" gehabt, vermag nicht zu genügen, zumal C._____ nicht Vorgesetzter des Klägers war und weder dargetan noch ersichtlich ist, inwiefern sich diese "Überhand" gezeigt haben soll. Dass sich der Kläger in gleicher Weise wie C._____ habe einbringen können, schloss die Vorinstanz nicht nur gestützt auf ein einziges Beispiel (die Wahl der GmbH als Rechtsform). Vielmehr hielt sie - gestützt auf die zwischen ihnen geführte Kommunikation - fest, dass sich der Kläger und C._____ als ebenbürtige Partner verstanden, die die wesentlichen Geschäftsbelange auf Augenhöhe besprachen und gemeinsam, jeder nach seinen Fähigkeiten und Kapazitäten, beim Aufbau der Gesellschaft mitwirkten. Der Kläger wirkte wesentlich am Aufbau der Arbeitsorganisation mit und traf diesbezügliche Entscheide mit C._____ gemeinsam, so hinsichtlich der Auswahl der IT-Infrastruktur und Möblierung. Soweit der Kläger seine Rolle als bescheidener Vorschlag- und Empfehlungsgeber sehen will, zeigt er nicht auf, woraus sich solches ergeben soll.

- 17 - Eine Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation hat die Vorinstanz für den rechtlich relevanten Zeitraum (Oktober bis Dezember 2018) verneint. Die Behauptung, dass der Kläger über eine E-Mail-Adresse der Beklagten verfügt habe, erfolgt erstmals im Berufungsverfahren und ist daher neu und nicht zu hören. An der angegebenen Stelle Urk. 1 Rz 16 hat er solches jedenfalls nicht behauptet. Dort wurde lediglich vorgebracht, dass der Kläger wichtige medizinische Gutachter für die Beklagte akquiriert habe. Soweit der Kläger geltend macht, er sei mit den Arbeitsgeräten und dem Material der Beklagten ausgerüstet worden, betrifft dies den Zeitraum ab Januar 2019 (vgl. Urk. 16 Rz 25 und Prot. I S. 15 "Zu Rz. 25") und damit nicht den vorliegend massgebenden Zeitraum. Nicht gefolgt werden kann dem Kläger, soweit er in der E-Mail vom 30. August 2019 die Anerkennung seines Anspruchs auf Lohnzahlung orten will. Zutreffend hat die Vorinstanz festgehalten, dass der Wortlaut der E-Mail nichts Dergleichen besagt, zumal der dort verwendete Ausdruck "Abfindung" ohnehin zum von der Beklagten behaupteten gesellschaftsrechtlichen Verhältnis passt. C._____ forderte den Kläger in der genannten E-Mail u.a. auf, ihm ein Vergleichsangebot zu unterbreiten: "Ich möchte dich bitten, mir ein Angebot zu machen, zu welchem Preis Du bereit bist, mir Deine Anteile zu verkaufen und wie hoch Deine Abfindung für die geleistete Arbeit sein soll." (Urk. 5/10). Scheidet ein Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, so hat er Anspruch auf eine Abfindung, die dem wirklichen Wert seiner Stammanteile entspricht. Für das Ausscheiden aufgrund eines statutarischen Austrittsrechts können die Statuten die Abfindung abweichend festlegen (Art. 825 OR). Es ist nicht nachvollziehbar, inwiefern der Begriff "Abfindung" - wie der Kläger geltend macht (Urk. 29 Rz 19) - vor allem deshalb verwendet worden sein soll, weil es sich um eine kapitalisierte (Lohn-)Summe handle. Die Vorinstanz zitiert schliesslich zu Recht auch Voten des Klägers aus der vom ihm eingereichten Kommunikation mit C._____, welche deutlich unterstreichen würden, dass er auf gesellschaftsrechtlicher und nicht arbeitsvertraglicher Basis tätig gewesen sei (Urk. 30 S. 17). Soweit der Kläger dagegen pauschal einwendet, die angeführte Korrespondenz spreche nicht gegen das Vorliegen eines Subordinationsverhältnisses, ist dies nicht zielführend. Auch wenn es für die

- 18 - Annahme eines Arbeitsverhältnisses reichen sollte, wenn ein Gesellschafter einer gewissen Kontrolle unterliegt und für sein Tun Weisungen entgegennehmen muss, selbst

wenn er eine leitende Stellung inne hat, ist weder konkret dargetan noch ersichtlich, dass und inwiefern der Kläger im vorliegend massgeblichen Zeit- raum einer Kontrolle unterlegen ist und Weisungen entgegenzunehmen hatte.

E. 2.4

Zusammenfassend dringt der Kläger mit seinen Beanstandungen nicht durch und ist der Schluss der Vorinstanz, wonach das Vorliegen eines arbeits- rechtlichen Verhältnisses zwischen dem Kläger und der Beklagten zu verneinen sei, zu bestätigen.

E. 3

Im Berufungsverfahren sind neue Vorbringen nur noch unter den Vo- raussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässig. Danach sind neue Tatsachen

- 6 - und Beweismittel nur noch zu berücksichtigen, wenn sie – kumulativ – ohne Ver- zug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Art. 317 ZPO ist auch anwendbar in Verfahren, die in den Anwendungsbe- reich der beschränkten Untersuchungsmaxime (Art. 243 Abs. 2 i.V.m. Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO) fallen (BGer 4A_239/2019 vom 27. August 2019 E. 2.2.2. m.H. auf BGE 144 III 349 E. 4.2.1, BGE 142 III 413 E. 2.2.2 und BGE 138 III 625 E. 2.2.). Die Berufungsinstanz soll zwar den erstinstanzlichen Entscheid umfas- send überprüfen, nicht aber alle Sach- und Rechtsfragen völlig neu aufarbeiten und beurteilen. Alles, was relevant ist, ist grundsätzlich rechtzeitig in das erstin- stanzliche Verfahren einfließen zu lassen (ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 10, m.w.H.). Jede Partei, welche neue Tatsachen und Beweismittel vorbringt, hat zu- nächst zu behaupten und zu beweisen, dass dies ohne Verzug geschieht. Will ei- ne Partei unechte Noven geltend machen, so trägt sie die Beweislast für deren Zulässigkeit (Steininger, DIKE-Komm-ZPO, Art. 317 N 7; BGer 5A_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1, m.w.H.). Eine gegenüber dem vorinstanzlichen Verfahren geänderte Sachverhaltsversion kann daher im Berufungsverfahren nicht beliebig vorgetragen werden. Im Berufungsverfahren ist das Nachbringen von Behauptungen, welche im erstinstanzlichen Verfahren unsubstantiiert geblie- ben waren, ausgeschlossen (ZK ZPO-Reetz, Vorbemerkungen zu Art. 308-318 N 44). III. 1. Strittig ist, ob zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis bestand und somit die Zuständigkeit des Arbeitsgerichtes zur Beurteilung der Sache gegeben ist oder nicht. Betreffend die Abgrenzung des Arbeitsvertrages von anderen Rechtsverhältnissen kann vorab auf die zutreffenden erstinstanzlichen Erwägun- gen verwiesen werden (Urk. 30 S. 6 ff.). Der Arbeitsvertrag zeichnet sich insbe- sondere durch vier wesentliche Elemente aus: Arbeitsleistung (nicht Arbeitser- folg), Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation (nicht eigenverantwortliche Tätigkeit; Subordinationsverhältnis), Dauerschuldverhältnis und Entgeltlichkeit. Das Kriterium der Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation ist dabei nicht

- 7 - aufgrund eines einzigen Merkmales, sondern aufgrund einer Würdigung aller Um- stände des Einzelfalles vorzunehmen. Als materielle Merkmale gelten etwa: ein hohes Mass an Weisungsgebundenheit; die Unterordnung unter andere im Diens- te des Arbeitgebers stehende Personen; ein Handeln in fremdem Namen und auf fremde Rechnung; eine Bindung an feste Arbeitszeiten, Arbeitszeitkontrollen, Pflicht zu regelmässigem Erscheinen; die Pflicht, die ganze Arbeitskraft zur Ver- fügung zu stellen sowie die intensive Inanspruchnahme durch den Arbeitgeber; ein Tätigwerden im Betrieb des Arbeitgebers sowie die Zuweisung eines Arbeits- platzes; die Bereitstellung von

Arbeitsgerät oder -material durch den Arbeitgeber; die Vereinbarung einer Probezeit; die Gewährung von Ferien durch den Arbeitgeber; das Führen einer Personalakte über den Arbeitnehmer durch den Arbeitgeber; eine periodische Entgeltleistung; die Tragung des Unternehmensrisikos durch den Arbeitgeber; die Vereinbarung eines Konkurrenzverbotes; der ausdrücklich erklärte Parteiwille, ein Arbeitsverhältnis begründen zu wollen. Ein formales Merkmal mit nur zweitrangiger Bedeutung ist die Entrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen durch den Arbeitgeber. Die Vorinstanz erwog, die Beklagte bestreite das Vorliegen von Arbeitsleistungen des Klägers nicht. Ihrer Ansicht nach sei die Arbeitsleistung allerdings nicht im Rahmen eines Arbeitsvertrages, sondern als Vorbereitungshandlung für den Aufbau und späteren gemeinsamen Betrieb der Gutachterstelle in einem Gesellschafterverhältnis erbracht worden. Der Kläger selber behaupte nicht, dass er sich im – für die Belange des vorliegenden Verfahrens relevanten – Zeitraum von Oktober bis Dezember 2018 mit der Beklagten, vertreten durch C._____, auf einen Arbeitsvertrag geeinigt habe. Die Beklagte führe aus, es sei "angedacht" gewesen, dass sich die Gesellschafter mit einem Arbeitsvertrag ausstatten würden, sobald die Geschäftstätigkeit beginne und Profite generiert würden, wozu es aber nicht gekommen sei. Dies sei seitens des Klägers unbestritten geblieben. Vor dem tt.mm 2018 (Eintragung der Beklagten im Handelsregister) sei das Zustandekommen eines Vertrages zudem ausgeschlossen gewesen, da die Beklagte erst per diesem Datum das Recht der Persönlichkeit überhaupt erlangt habe. In der Klageschrift begründe der Kläger die Entstehung des Arbeitsvertrages damit, dass die Beklagte Arbeit in ihrem Dienst von ihm entgegen genommen habe, die

- 8 - nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten gewesen sei. Auch ein solches faktisches Arbeitsverhältnis setze jedoch eine Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation, eine nicht eigenverantwortliche Tätigkeit und damit ein Subordinationsverhältnis voraus. Es sei Sache des Klägers darzutun und soweit erforderlich zu beweisen, dass das Rechtsverhältnis zwischen ihm und der Beklagten als Arbeitsvertrag zu qualifizieren sei und ein Subordinationsverhältnis vorliege (Urk. 30 S. 13 f.). In der Klageschrift mache der Kläger keine Ausführungen zum Subordinationsverhältnis, sondern lasse es bei der Bemerkung bewenden, er sei vollends in die Arbeitsorganisation der Beklagten integriert gewesen. Beweismittel dafür zeichne er nicht. Die Beklagte bestreite in ihrer Stellungnahme das Vorliegen eines Subordinationsverhältnisses. Die beweisbelastete Partei habe die zu beweisenden Tatsachen so substantiiert zu behaupten, dass sie ohne Weiteres als Beweisatz formuliert und in eine allfällige Beweisverfügung aufgenommen werden könnten (Substantiierungslast). Nur hinreichend substantiierte Sachvorbringen begründeten einen Beweisanspruch. Ein solcher sei vorliegend zu verneinen, da auch die klägerischen Parteivorträge hinreichend konkrete Behauptungen zum Subordinationsverhältnis vermissen liessen: Das Vorbringen, C._____ beweise mit "seinem gesamten Verhalten", dass ein Subordinationsverhältnis mit Weisungsgebundenheit vorgelegen habe, vermöge den Anforderungen der Beweislast in keiner Weise zu genügen. Abgesehen davon seien die im ersten Parteivortrag des Klägers erwähnten Handlungen von C._____ (Information der Kooperationsärzte, Sperre des klägerischen Zugangs zu E-Mail und BSV-App, Nichtweiterleiten der Post, Aussprechen eines Hausverbots) gemäss eigener Sachdarstellung ab September 2019 erfolgt, weshalb sie mit Blick auf ein allfälliges Subordinationsverhältnis im Zeitraum von Oktober bis Dezember 2018 a priori ohne Relevanz seien. Da die Beklagte zu Recht die ungenügende Substantiierung der klägerischen Ausführungen zum Subordinationsverhältnis gerügt

habe, sei ein Substantiierungshinweis seitens des Gerichts entbehrlich gewesen. Aus den genannten Gründen sei ein Subordinationsverhältnis zu verneinen (Urk. 30 S. 14 f.).

- 9 - In der Hauptverhandlung habe der Kläger überdies geltend gemacht, dass er seine Arbeiten als Folge der Ausgestaltung seiner gesellschaftsrechtlichen Beteiligung an der Beklagten (weder äussere Geschäftsführungsmacht noch interne Geschäftsführungsbefugnis) nur im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses habe erbringen können. Dieser Auffassung sei zu widersprechen: Zum einen habe es aus den dargelegten Gründen an einem Subordinationsverhältnis gefehlt. Zum andern erkenne der Kläger, dass die Gründung einer GmbH in aller Regel voraussetze, dass die Gesellschafter zunächst Arbeiten verrichteten, ohne dafür von der Gesellschaft bezahlt zu werden. Es sei allgemein bekannt, dass eine Gesellschaft in der Gründungsphase im Regelfall noch nicht über die finanziellen Mittel verfüge, um für die von den Gesellschaftern geleistete Arbeit Zahlungen zu leisten. In casu habe es sich nicht anders verhalten, zumal die Beklagte gemäss übereinstimmender Sachdarstellung beider Parteien nicht vor Juli 2019 operativ tätig geworden sei. Im für das vorliegende Verfahren relevanten Zeitraum von Oktober bis Dezember 2018 habe die Beklagte somit keinerlei Einnahmen erzielt (der Kläger behaupte nichts Gegenteiliges), und sei demnach auch nicht in der Lage gewesen, die Gesellschafter für die von ihnen geleistete Arbeit zu bezahlen. Dabei sei es ohne Belang, ob die Gesellschafter Organstellung inne hätten oder nicht. Schliesslich sei der Beklagten beizupflichten, dass die Gesellschafter (C._____ und der Kläger) die in der Gründungsphase geleisteten Arbeiten auf gesellschaftsrechtlicher Basis erbracht hätten. Das entspreche nicht nur dem Regelfall bei einer GmbH-Gründung durch zwei Gesellschafter, sondern decke sich auch in concreto mit dem Verständnis des Klägers und von C._____, wie die Gesamtschau der zwischen ihnen geführten Kommunikation unschwer vor Augen führe. Der Kläger und C._____ hätten sich als ebenbürtige Partner verstanden, die gemeinsam, jeder nach seinen Fähigkeiten und Kapazitäten, beim Aufbau der Gesellschaft zusammengewirkt hätten. Es fänden sich keinerlei Hinweise für ein Hierarchiegefälle zwischen der Beklagten bzw. C._____ einerseits und dem Kläger andererseits. Vielmehr habe sich der Kläger in gleicher Weise wie C._____ einbringen können. Grundlegende Entscheidungen wie die Wahl der GmbH als Rechtsform der Beklagten seien gar auf Vorschlag des Klägers getroffen worden. Von einer Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation könne im Übrigen im

- 10 - rechtlich relevanten Zeitraum keine Rede sein. Wie der Kläger selbst vorbringe, habe er mit C._____ "seit der Gründung der Beklagten gemeinsam am Aufbau der Beklagten" gearbeitet. Der Kläger habe von Oktober bis Dezember 2018 wesentlich am Aufbau der Arbeitsorganisation mitgewirkt und diesbezügliche Entschiede mit C._____ gemeinsam getroffen. Zudem seien keine Bindung an einen Arbeitsort, feste Arbeitszeiten oder Arbeitszeitkontrollen erkennbar, zumal der Kläger im vorliegend relevanten Zeitraum noch ein Teilzeitpensum im Rechtsdienst einer Gewerkschaft versehen habe. Aus dem unbestrittenen Umstand, dass C._____ vom Kläger die Sozialversicherungsnummer erfragt habe, könne Letzterer nichts zu seinen Gunsten herleiten, da der Abschluss von Arbeitsverträgen zwischen den Gesellschaftern und der Beklagten ein Thema gewesen sei, sobald deren finanzielle Situation dies erlauben würde. Bis Ende Dezember 2018 sei dies wie erwähnt jedoch nicht der Fall gewesen. Entgegen der Auffassung des Klägers könne keine Rede davon sein, dass C._____ in seiner E-Mail vom 30. August 2019 den Anspruch des Klägers auf Lohnzahlung für die geleistete Arbeit anerkannt habe. Der Wortlaut der

E-Mail besage nichts Dergleichen, zumal der dort verwendete Ausdruck "Abfindung" ohnehin zum von der Beklagten behaupteten gesellschaftsrechtlichen Verhältnis passe. Schliesslich fänden sich in der vom Kläger eingereichten Kommunikation auch Voten des Klägers, welche deutlich unterstreichen würden, dass er auf gesellschaftsrechtlicher und nicht arbeitsvertraglicher Basis tätig gewesen sei (Urk. 30 S. 15 ff.). Aus diesen Gründen hat die Vorinstanz das Vorliegen eines arbeitsrechtlichen Verhältnisses zwischen dem Kläger und der Beklagten verneint und die Klage abgewiesen (Urk. 30 S. 17). Daran würde sich nach den Erwägungen der Vorinstanz aber auch nichts ändern, wenn ein Arbeitsverhältnis bejaht würde, da es an substantiierten Behauptungen zum geleisteten Arbeitspensum fehle, was die Beklagte moniert habe. Sei der Umfang der geleisteten Arbeit nicht rechtsgenügend, d.h. substantiiert, behauptet, so fehle die Grundlage zur Bestimmung einer allfällig geschuldeten Entschädigung, und zwar unabhängig davon, ob das Rechtsverhältnis der Parteien als Arbeits-, Auftrags- oder als anderes Dauer-schuldverhältnis zu qualifizieren wäre, weshalb die klägerischen Forderungen auch aus diesem Grund abzuweisen wären (Urk. 30 S. 18).

- 11 - 2. Der Kläger beanstandet, die Vorinstanz würdige den Sachverhalt insofern falsch, als dass sie zu Unrecht davon ausgehe, dass kein Subordinationsverhältnis zwischen der Beklagten und dem Kläger bestanden habe.

E. 3.1

Der Kläger hält dafür, die Vorinstanz stelle sich zu Unrecht auf den Standpunkt, dass die Klage selbst bei Bejahung eines Arbeitsverhältnisses abzuweisen wäre, weil es an substantiierten Behauptungen zum geleisteten Arbeitspensum fehle. Es sei spitzfindig und letztlich überspitzt formalistisch, wenn sie ausführe, dass das behauptete Pensum von 60 bis 70% "stundenmässig [nicht] klar" bezeichnet worden sei. Es sei ohne Weiteres klar, dass der Kläger damit eine Bandbreite von 25 bis 30 Stunden meine, dies ausgehend von einer 42-Stunden-Woche, wobei letztlich der Lohn ohnehin nur für ein 60%-Pensum, mithin 25 Stunden verlangt werde. Diese Stunden seien mit den vor Vorinstanz genannten Arbeiten des Klägers "gefüllt" worden. Es sei sodann unbestritten geblieben, dass der Kläger am Abend und an den Wochenenden für die Beklagte gearbeitet habe. Wenn die Beklagte sich darauf berufe, die Behauptungen des Klägers seien unsubstantiiert, sei dies trölerisch und nicht zu hören (Urk. 29 Rz 22 und 24). Der Kläger hat mangels Abrede und anwendbarem Gesamt- oder Normalarbeitsvertrag den für die betreffende oder eine vergleichbare Tätigkeit üblichen Lohn gefordert (Art. 322 Abs. 1 OR). In der Klageschrift machte er geltend, 60-70% für die Beklagte tätig gewesen zu sein und bezifferte den Lohn, abstellend auf ein 60%-Pensum, mit 60% seines bisherigen Nettolohnes (Urk. 1 Rz 26). Die Beklagte bestritt in ihrer Stellungnahme eine Arbeitstätigkeit im Umfang von 60-70% als pauschale und unsubstantiierte Behauptung mit Verweis auf die Tatsache, dass der Kläger während der Monate Oktober bis Dezember 2018 bei der Gewerkschaft D._____ in E._____ [Ortschaft] zu 60% angestellt gewesen sei und

- 19 - auch noch einen langen Arbeitsweg zu bewältigen gehabt habe. Tatsächlich habe der Kläger in der Regel lediglich am Abend oder vereinzelt am Wochenende mit C._____ Whatsapp-Nachrichten ausgetauscht und diesen bisweilen in Restaurants zu einem Gespräch getroffen. Von einem regelmässigen Arbeitspensum könne keine Rede sein. Der Austausch von Whatsapp-Nachrichten stelle keine Arbeitsleistung in Höhe eines 60 bis 70%-Pensums dar. Der Aufwand für die E-Mail-Korrespondenz mit den Ärzten habe sich sodann auf ein Minimum beschränkt. Darüber hinausgehende Tätigkeiten bestritt die

Beklagte (Urk. 8 Rz 33 ff.). Der Zeitlohn bemisst sich nach der lohnmessenden Zeiteinheit (Stunde, Tag, Woche, Monat) und dem Lohnansatz (ZK-Schönenberger/Staehelin, Art. 322 OR N 4). Der Arbeitnehmer trägt die Beweislast für die Voraussetzungen der Lohnforderung (ZK-Schönenberger/Staehelin, Art. 322 OR N 35). Für die Üblichkeit der Vergütung ist der Arbeitnehmer beweispflichtig (BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 322 OR N 12). Zutreffend hat die Vorinstanz erwogen, dass der Kläger zum geleisteten Arbeitspensum aufgrund der Bestreitung der Beklagten so konkrete Tatsachenbehauptungen zu erheben gehabt hätte, dass darüber hätte Beweis abgenommen werden können. Die Vorbringen sind im Bestreitungsfall - wie bereits erwogen (vgl. oben E. III./2.2) - nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann. Der Vorwurf der Spitzfindigkeit bzw. des überspitzten Formalismus des Klägers bezüglich der Feststellung der Vorinstanz, er habe nicht einmal die behauptete Bandbreite von 60-70% stundenmässig klar bezeichnet, ist unberechtigt. Die wöchentliche Arbeitszeit von Vollzeittätigen in der Schweiz variiert je nach Berufsgattung und Sektor und liegt zwischen 38,5 und 42,5 Stunden. Warum genau die Vorinstanz eine 42-Stunden-Woche hätte zugrunde legen müssen, tut der Kläger nicht dar. Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz von einer nicht klaren stundenmässigen Bezeichnung ausging. Der Kläger liess sodann auch anlässlich der Hauptverhandlung offen, mit welchen Arbeiten er konkret (wann, was, wie lange) diese Stunden "gefüllt" haben will (vgl. Urk. 16 Rz 39 und 41). Zu Recht spricht die Vorinstanz von schwammigen Angaben (die Kommunikation habe pro

- 20 - Tag einen Zeitraum von rund ein bis zwei Stunden eingenommen, mehrere Stunden pro Woche habe er für die Akquisition der Kooperationsärzte aufgewendet), die den Anforderungen an substantiierte Behauptungen nicht zu genügen vermögen. Darauf geht der Kläger nicht weiter ein. Wenn sich die Beklagte auf mangelnde Substantiierung beruft, kann das auch nicht als trölerisch bezeichnet werden, selbst wenn unbestritten blieb, dass der Kläger am Abend und an den Wochenenden gearbeitet hat. Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz davon ausging, es fehle die Grundlage zur Bestimmung einer allfällig geschuldeten Entschädigung, und die klägerische Forderung sei auch aus diesem Grund abzuweisen.

E. 3.2

Auf die Ausführungen des Klägers zur Höhe des Lohns braucht unter diesen Umständen nicht weiter eingegangen zu werden. Der Vollständigkeit halber kann festgehalten werden, dass es den Begründungsanforderungen im Berufungsverfahren nicht zu genügen vermag, wenn der Kläger bezüglich der Höhe des Lohnes (unabhängig vom Pensum) pauschal auf die Ausführungen vor Vorinstanz verweist (vgl. oben E. II./2.). Darauf wäre nicht weiter einzugehen. Der Hinweis des Klägers auf den Finanzplan der Beklagten, wonach für den Kläger bzw. für jeden Gesellschafter ein Gehalt von CHF 8'750.- vorgesehen gewesen sei (Urk. 29 Rz 23), ist in doppelter Hinsicht unbehilflich, betrifft dieser doch einerseits das Jahr 2019 (Urk. 5/16/1-2) und sollte andererseits nach Darstellung des Klägers selber gemäss Parteiabrede die Lohnhöhe von der Anzahl bearbeiteter Gutachten abhängen (Prot. I S. 23). Gemäss übereinstimmender Sachdarstellung wurden im hier interessierenden Zeitraum aber noch keine Gutachten erstellt und wurde die Beklagte nicht vor Juli 2019 operativ tätig. Zu Recht hält die Beklagte daher fest, dass somit ein etwaiger Lohn Fr. 0.00 betragen müsste (Urk. 35 Rz 36). Daran vermöchte auch die Schweizerische Lohnstrukturerhebung des

Bundesamtes für Statistik nichts zu ändern.

E. 4

Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

E. 5

Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

- 22 - Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 20'510.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 12. November 2021 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: Dr. D. Scherrer lic. iur. S. Notz versandt am: Im

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