

# ZH\_OBERGERICHT LA210024 vom 8. März 2022

ZH Obergericht, 2022-03-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LA210024](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LA210024)

FR: ZH\_OBERGERICHT LA210024 du 8 mars 2022

IT: ZH\_OBERGERICHT LA210024 del 8 marzo 2022

## Erwägungen

### E. 1

Die Klägerin war bei der Beklagten vom 2. Oktober 2017 bis zum 2. September 2018 als Praktikantin in der Funktion einer Kundenbetreuerin angestellt. Nach Darstellung der Klägerin war sie anschliessend als Sachbearbeiterin mit ei-

- 4 - nem monatlichen Bruttolohn von Fr. 3'600.– für die Beklagte tätig. Am 8. April 2019 sei ihr mündlich fristlos gekündigt worden, obwohl sie zu diesem Zeitpunkt wegen Schwangerschaft zu 100 % arbeitsunfähig gewesen sei. Die Klägerin macht gegen die Beklagte Ansprüche wegen ungerechtfertigter Entlassung im Sinne von Art. 337c OR und wegen missbräuchlicher Kündigung im Sinne von Art. 336 OR geltend. Gemäss Beklagter arbeitete die Klägerin nach Ablauf des Praktikums lediglich als Freelancerin. Die Vorinstanz wies die Klage im Wesentlichen mit der Begründung ab, dass das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien mangels Subordinationsverhältnis nicht als Arbeitsvertrag zu qualifizieren sei.

### E. 2

a) Strittig ist, ob zwischen den Parteien ab 3. September 2018 ein Arbeitsverhältnis bestand oder nicht. Die Vorinstanz legte die gesetzlichen Elemente des Einzelarbeitsvertrags und das Merkmal der Subordination als eines dieser Elemente zutreffend dar, weshalb auf diese Ausführungen verwiesen werden kann (Urk. 37 S. 5 f., E. 3.3 und 3.3.1). Gemäss Vorinstanz führte die Klägerin in Bezug auf das Subordinationsverhältnis einzig in allgemeiner Weise aus, dass sie dem Geschäftsführer C.\_\_\_\_\_ gegenüber weisungsgebunden gewesen sei. Die Klägerin verweise in diesem Zusammenhang auf eine SMS-Nachricht vom 3. April 2019, ohne jedoch näher zu substantiieren, inwiefern darin "klar hoheitliche Anweisungen" des Geschäftsführers zu erblicken sein sollten. Betriebsinterne Weisungen, ein Pflichtenheft oder konkrete Anweisungen von C.\_\_\_\_\_, die allenfalls auf das Mass der Weisungsgebundenheit schliessen liessen, lägen nicht im Recht. Anlässlich der Hauptverhandlung vom 4. Dezember 2020 habe die Klägerin ihre Angaben dahingehend präzisiert, dass sie dem Geschäftsführer jeweils habe mitteilen müssen, wie viele Verträge sie abgeschlossen habe. Auch daraus lasse sich jedoch nichts zugunsten der Klägerin ableiten, zumal der Nachweis der abgeschlossenen Verträge gerade charakteristisch für Auftragsverhältnisse sei, in welchen sich das Honorar nach der Zahl der vermittelten bzw. abgeschlossenen Verträge richte. Eine Wei-

- 8 - sungsbefugnis des Geschäftsführers der Beklagten gegenüber der Klägerin, welche unmittelbar den Gang und die Gestaltung der Arbeit zu beeinflussen vermöge und dem Vorgesetzten eine entsprechende Kontrollbefugnis verleihe, bleibe demnach unbewiesen. Es fehle somit vorliegend am Merkmal des Subordinationsverhältnisses. Das streitige Vertragsverhältnis zwischen den Parteien sei daher nicht als Arbeitsvertrag zu

qualifizieren (Urk. 37 S. 6 f.). b) Die Klägerin rügt, die Vorinstanz habe bezüglich Vorhandensein der Weisungsbefugnis Beweise gewürdigt, obwohl der Sachverhalt in dieser Hinsicht von der Beklagten gar nicht bestritten worden sei (Urk. 36 S. 8 Rz 26 und S. 18 f. Rz 67 f.). Die Rüge geht fehl. Die Weisungsbefugnis (bzw. das Subordinationsverhältnis) beschlägt ein Element der rechtlichen Subsumtion des Sachverhalts, den die Klägerin zu behaupten und zu beweisen hat, wenn sie aus einem (bestrittenen) Arbeitsverhältnis Ansprüche geltend macht. Die rechtliche Subsumtion ist von Amtes wegen vorzunehmen (Art. 57 ZPO). Ob die Beklagte diese bestritten hat, ist irrelevant. c) Für die Klägerin ergibt sich die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation (d.h. das Subordinations- oder Unterordnungsverhältnis) bereits aus dem nicht unterzeichneten Vertragsdokument vom 3. September 2018 (Urk. 36 S. 11 Rz 40 i.V.m. S. 7 f. Rz 24; Urk. 4/2). Sie habe geltend gemacht, dass die Parteien einen mündlichen Arbeitsvertrag abgeschlossen hätten, welcher exakt den Konditionen dieses Vertrags entsprochen habe. Die Beklagte habe nur behauptet, nach Ablauf des Praktikumsvertrags sei mit der Klägerin kein neuer Vertrag vereinbart worden; es sei lediglich beidseits abgemacht worden, dass die Klägerin als Freelancerin für die Beklagte arbeiten solle. Die Anwendbarkeit der Konditionen gemäss dem nicht signierten Arbeitsvertrag habe die Beklagte jedoch nicht in Abrede gestellt bzw. substantiiert bestritten. Die Klägerin habe die Zeugenbefragung der Filialleiterin D.\_\_\_\_\_ offeriert, welche hätte bestätigen können, dass sie diesen Arbeitsvertrag auf Geheiss von C.\_\_\_\_\_ entworfen und der Klägerin ausgehändigt habe. Entsprechend sei die Vorinstanz zu Unrecht nicht auf die Konditionen in diesem Arbeitsvertrag eingegangen (Urk. 36 S. 9 ff.).

- 9 - Der Begriff "Freelancer" oder "freier Mitarbeiter" ist normativ nicht eindeutig. Typische Merkmale des freien Mitarbeiters sind die persönliche Leistungspflicht, die (weitgehende) Weisungsfreiheit, die fehlende Eingliederung in eine Arbeitsorganisation, keine vorgegebenen Arbeitszeiten, keine örtliche Bindung, die Übernahme des Unternehmerrisikos und die Erfolgs- oder Leistungspflicht (Harder, Freie Mitarbeit und ähnliche Formen freier Zusammenarbeit, 2. A., Bern 2002, S. 6 und 13 ff.). Gemäss Bundesgericht ist das entscheidende Kriterium, das zwischen einem Arbeitsvertrag und einem Auftrag zu unterscheiden erlaubt, ob die betreffende Person in einem Unterordnungsverhältnis steht, das den Arbeitnehmer in die Abhängigkeit des Arbeitgebers in zeitlicher, räumlicher und hierarchischer Hinsicht versetzt (BGer 4P.36/2005 vom 24.05.2005, E. 2.3; BGer 4A\_500/2018 vom 11.04.2019, E. 4.1). Mit der Behauptung, nach Ablauf des Praktikumsvertrags sei mit der Klägerin kein neuer Vertrag vereinbart worden, doch sei abgemacht worden, dass sie lediglich als Freelancerin bei der Beklagten arbeite (Urk. 12 S. 1; Urk. 21 S. 1), hat letztere stillschweigend in Abrede gestellt, dass die Konditionen des nicht unterzeichneten Arbeitsvertrags für die Zeit nach Ablauf des Praktikumsvertrags vereinbart worden seien. Eine ausdrückliche Bestreitung des klägerischen Vorbringens war angesichts der Sachdarstellung der Beklagten entbehrlich. Da D.\_\_\_\_\_ lediglich zur Frage, ob sie den Arbeitsvertrag auf Geheiss von C.\_\_\_\_\_ entworfen und der Klägerin ausgehändigt habe, als Zeugin befragt werden soll, kann auf diese Einvernahme verzichtet werden. Entscheidend wäre nämlich, dass die Klägerin die Übernahme der Vertragskonditionen des nicht unterzeichneten Vertrages für ihre Weiterbeschäftigung beweisen könnte. Dazu wurde aber D.\_\_\_\_\_ nicht als Zeugin angerufen. Die Klägerin beruft sich daher vergeblich auf den nicht unterzeichneten Arbeitsvertrag, um darzulegen, dass zwischen den Parteien auch nach dem 2. September 2018 ein Arbeitsverhältnis bestand (Urk. 36 S. 14 f.). Im Übrigen räumt sie selber ein, dass

sie C.\_\_\_\_\_ mehrmals darum gebeten habe, eine unterzeichnete Version des Arbeitsvertrages zu erhalten (recte wohl: auszuhändigen), worauf dieser ihr jedoch stets mitgeteilt habe, dass ein Vertrag in der Schweiz auch mündlich gültig sei und sie sich diesbezüglich keine Sorgen machen müsse (Urk. 36 S. 9 f. Rz 32). Daraus kann nicht auf einen Kon-

- 10 - sens zwischen den Parteien geschlossen werden, dass der Inhalt des mündlichen Vertrags dem nicht unterzeichneten Vertrag entsprechen sollte. d) Die Klägerin bringt weiter vor, die Vorinstanz habe ausser Acht gelassen, dass sie die Arbeitsleistung stets in den Räumlichkeiten der Beklagten erbracht habe, nämlich während des Praktikums und bis zum 23. Januar 2018 im Büro an der E.\_\_\_\_\_ -strasse ... in Zürich und vom 24. Januar 2018 bis zum 31. März 2019 im Büro an der F.\_\_\_\_\_ -strasse ... in G.\_\_\_\_\_. Sie habe an den von der Beklagten festgelegten Arbeitszeiten von 8.00 bzw. 8.30 bis 18.00 Uhr anwesend sein müssen. Sie habe eine fixe Vergütung von Fr. 3'600.– brutto pro Monat erhalten, der sich auch aus der Lohnmeldung der Beklagten bei der Ausgleichskasse Zug ergebe (Urk. 36 S. 15 f.; Urk. 2 S. 13 f.; vgl. auch Prot. I S. 12). Die Beklagte macht im Berufungsverfahren nicht geltend, diese Sachdarstellung bestritten zu haben, weshalb von ihr auszugehen ist. Die Behauptung der Beklagten vor Vorinstanz, die Lohnabrechnungen seien von der Klägerin selbst rekonstruiert worden (Urk. 12 S. 1; Urk. 21 S. 1), blieb unsubstantiiert und beweislos, wobei die Beklagte keinerlei Beweismittel bezeichnet hatte. Die Klägerin war daher zumindest zeitlich und räumlich weisungsgebunden. Sie macht zudem zu Recht geltend, dass ihr Lohn (offensichtlich) nicht von der Anzahl vermittelter bzw. abgeschlossener Verträge abhängig war und das wirtschaftliche Risiko daher bei der Beklagten lag, wiewohl die Klägerin jeweils die Anzahl abgeschlossener Verträge an C.\_\_\_\_\_ rapportierte (Urk. 36 S. 17; Prot. I S. 12). Das Zurverfügungstellen eines Arbeitsplatzes, die Pflicht zur Einhaltung von vorgeschriebenen Arbeitszeiten, Arbeitszeitkontrollen und die Pflicht zu regelmässigem Erscheinen sprechen für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages (vgl. JAR 2005 S. 377 Ziff. 2.5). Eine regelmässige Entschädigung, also eine fixe oder periodische Vergütung, kann ebenfalls auf einen Arbeitsvertrag hindeuten. Beim Arbeitsvertrag ist weiter typisch, dass der Arbeitgeber das Unternehmensrisiko trägt. Der Arbeitnehmer verzichtet mithin auf eine Marktteilnahme als Unternehmer unter Tragung des Wirtschaftsrisikos. Vielmehr überlässt er – im Gegenzug für ein gesichertes Einkommen – den Nutzen aus seiner Leistung einem anderen (BGer 4A\_64/2020 vom 06.08.2020, E. 6.3.2, 6.3.4 und 6.3.5, m.w.H.). Das Bundesge-

- 11 - richt betont, dass die Vertragsqualifikation jeweils unter Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalls vorzunehmen ist. Weil dabei vielfach Merkmale zu Tage träten, die sowohl für als auch gegen einen Arbeitsvertrag sprächen, müsse sich der Richter danach richten, was im konkreten Fall überwiege (a.a.O., E. 6.5). Vorliegend sind keine Merkmale ersichtlich bzw. von der Beklagten dargelegt worden, welche gegen einen Arbeitsvertrag und für eine freie Mitarbeit der Klägerin sprechen. Diese erbrachte Arbeit während fixen Arbeitszeiten an der ihr zugewiesenen Örtlichkeit gegen einen festen Monatslohn, wobei sie jeweils über die abgeschlossenen Verträge dem Geschäftsführer der Beklagten rapportierte (Prot. I S. 12). Damit ist von einem Arbeitsvertrag auszugehen.

### **E. 3**

Wie bereits erwähnt (vorn E. I/2), machte die Beklagte mit Schreiben vom 24. August 2021 geltend, sie stehe in keiner geschäftlichen Beziehung zur Klägerin. Sie habe auch vor dem Bezirksgericht Bülach belegen können, dass sie gegenüber der Klägerin keine

Verpflichtung habe (Urk. 42). Die Beklagte weist nicht nach, wo sie diese Behauptung vor Vorinstanz vor- gebracht und belegt hat, und genügt damit den Anforderungen an eine Beru- fungsantwort nicht. Selbst wenn man berücksichtigen wollte, dass die Beklagte im Schlussvortrag behauptete, nichts mit dem vorliegenden Fall zu tun zu haben, vielmehr sei die Klägerin in einem Vertragsverhältnis mit der B.\_\_\_\_\_ Finanz Group AG gestanden (Prot. I S. 15), wäre das Vorbringen unzulässig. Die Vo- rinstanz hatte nämlich einen doppelten Schriftenwechsel durchgeführt, weshalb neue Vorbringen anlässlich der Hauptverhandlung nur noch im Rahmen von Art. 229 Abs. 1 ZPO zulässig waren (Art. 229 Abs. 2 ZPO). Dass diese Voraussetzun- gen erfüllt waren, machte die Beklagte nicht geltend: Sie legte weder dar, dass es sich um eine neue Tatsache handelte, welche erst nach Abschluss des Schriften- wechsels entstanden war, noch dass es sich um eine Tatsache handelte, die be- reits vor Abschluss des Schriftenwechsels vorhanden war, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnte.

#### **E. 4**

Es wird vorgemerkt, dass die Klägerin einen Kostenvorschuss von Fr. 5'350.– geleistet hat.

#### **E. 5**

Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

- 13 - Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

#### **E. 6**

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 Be- schwerde 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). Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Es handelt sich um eine

vermögensrechtliche arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt rund Fr.

47'500.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 8. März 2022 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Der Gerichtsschreiber: Dr. O. Hug versandt am: jo

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