

# ZH\_OBERGERICHT LA210037 vom 1. November 2022

ZH Obergericht, 2022-11-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LA210037](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LA210037)

FR: ZH\_OBERGERICHT LA210037 du 1 novembre 2022

IT: ZH\_OBERGERICHT LA210037 del 1 novembre 2022

## Erwägungen

### E. 1

März bis 30. November 2020 eine Salärforderung von Fr. 36'000.- geltend und setzte der Beklagten eine Zahlungsfrist bis am Montag, 23. November 2020, an (Urk. 50/20 S. 3). Nachdem diese Frist unbenutzt verstrichen war, leitete der Kläger am 8. Dezember 2020 eine weitere Betreuung für einen Betrag von Fr. 55'000.- nebst Zins unter dem Titel Rückabwicklung Zahlung gemäss Beteiligungs- und Aktionärsbindungsvertrag (ABV), Fr. 20'000.- nebst Zins für die Abgeltung von Projektleistungen gemäss ABV und Fr. 36'000.- nebst Zins als Lohnforderung aus dem Arbeitsverhältnis im Zeitraum 01.01.2020-30.11.2020 ein, wogegen die Beklagte am 11. Dezember 2020 Rechtsvorschlag erhob (Urk. 5/4).

#### E. 1.1

Strittig ist primär, ob zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis bestand und somit die Zuständigkeit des Arbeitsgerichtes zur Beurteilung der Sache gegeben ist oder nicht.

#### E. 1.2

Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass der Kläger nicht ausdrücklich als Arbeitnehmer in die Beklagte eingetreten sei, sondern sich seit Ende Dezember 2019 als "strategischer Investor, Partner und Aktionär" präsentiert habe, welcher eine namhafte Kapitaleinlage geleistet habe, was ihm einen Einsitz in die Geschäftsleitung ermöglicht habe. All dies spreche bereits gegen ein Unterordnungsverhältnis des finanziell nicht unerheblich an der Gesellschaft beteiligten Klägers. Dass sich der Kläger im Beteiligungsvertrag damals zu unentgeltlichen Dienstleistungen auf Honorarbasis verpflichtet habe und die Parteien hinsichtlich weiteren Kundenberatungen keine konkreten Arbeitsbedingungen festgeschrieben hätten, spreche ebenfalls gegen eine Ein- und Unterordnung dieses Gesellschafters in den Geschäftsbetrieb (Urk. 25 S. 8 f. Ziff. 3.6.). Zudem seien dem der Gesellschaft finanziell verbundenen Kläger bei der Bearbeitung von Mandaten weitgehende Freiheiten belassen worden. Das Zusammenwirken der Parteien sei nicht als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren (Urk. 25 S. 10). Mangels sachlicher Zuständigkeit trat die Vorinstanz auf die Klage nicht ein (Urk. 25 S. 11).

#### E. 1.3

Der Kläger macht berufsweise zusammengefasst eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts bezüglich des "Letter of Appointment" und des Umfangs seiner Tätigkeit geltend (Urk. 24 S. 6 ff. Rz 26-33). Er rügt zudem eine unrichtige Rechtsanwendung, indem die Vorinstanz die allgemeinen Grundsätze zur

- 12 - Vertragsauslegung lückenhaft wiedergebe und anwende (Urk. 24 S. 9 f. Rz 38-41). Weiter habe die Vorinstanz das Recht betreffend Vertragsqualifikation unrichtig

angewendet (Urk. 24 S. 11 f. Rz 44-48) und das rechtliche Gehör verletzt, indem sie nicht begründet habe, nach welchen Grundsätzen die Vertragsauslegung erfolge (Urk. 24 S. 10 Rz 42 f.).

#### **E. 1.4**

Bei der Beurteilung der Zuständigkeit ist primär auf den vom Kläger eingeklagten Anspruch und dessen Begründung abzustellen. Die vom Kläger behaupteten Tatsachen, die sowohl für die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts als auch die Begründetheit der Klage erheblich sind (sog. doppelrelevante Tatsachen), sind für die Beurteilung der Zuständigkeit als wahr zu unterstellen. Sie werden grundsätzlich erst im Moment der materiellen Prüfung des eingeklagten Anspruchs untersucht (BGE 137 III 32 E. 2.3; BGE 136 III 486 E. 4). In Bezug auf die rechtliche Würdigung der klägerischen Vorbringen ist das Gericht nicht an die Auffassung des Klägers gebunden. Soweit sich die Unzuständigkeit des Gerichts schon aus den Vorbringen des Klägers selbst ergibt, ist unerheblich, ob die tatsächlichen Behauptungen zutreffen (vgl. BGer 4P.104/2006 vom 25. September 2006, E. 2.3.; BGer 4A\_31/2011 vom 11. März 2011, E. 2). Hängt die Zuständigkeit, wie vorliegend, vom Bestand eines Arbeitsvertrages zwischen den Parteien ab, sind die klägerischen Tatsachenvorbringen im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung von Amtes wegen daraufhin zu überprüfen, ob sich aus ihnen auf das Bestehen eines solchen Vertrages schliessen lässt. Erscheint eine derartige rechtliche Qualifikation als ausgeschlossen, ist auf die Klage nicht einzutreten (vgl. BGE 137 III 32 E. 2.2. S. 34; BGer 4A\_407/2011 vom 5. Dezember 2011 E. 2.1.; OGer ZH LA190019 vom 24.04.2020, E. 3.4; ZR 111/2012 S. 16, 18).

#### **E. 1.5**

Nach diesen Grundsätzen ist im Folgenden zu prüfen, ob die Vorinstanz gestützt auf den vom Kläger vorgebrachten Sachverhalt zu Recht zum Ergebnis gelangt ist, das Vertragsverhältnis der Parteien sei rechtlich nicht als Arbeitsvertrag zu qualifizieren, mit der Folge der sachlichen Unzuständigkeit der Vorinstanz zu Beurteilung der vorliegenden Klage.

#### **E. 1.6**

Die Ausführungen der Vorinstanz zu den wesentlichen Begriffsmerkmalen des Arbeitsvertrages und zur Abgrenzung des Arbeitsvertrages von anderen Ver-

- 13 - trägen auf Arbeitsleistung, insbesondere zum Auftrag (Urk. 25 S. 2 ff. E. 2.2.-2.4.), entsprechen den von der einschlägigen Literatur und der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen (vgl. BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 319 N 42 ff.; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl. 2012, Art. 319 N 2 ff.). Hervorzuheben ist, dass sich aus den massgeblichen materiellen Kriterien, wie insbesondere die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation, Weisungsgebundenheit des Arbeitnehmers und die Tragung des Unternehmerrisikos durch die Arbeitgeberin, keine einheitlichen, schematisch anwendbaren Lösungen ableiten lassen, wann ein Vertragsverhältnis als Arbeitsvertrag zu qualifizieren ist. Die Vertragsqualifikation ist jeweils unter Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalls vorzunehmen. Weil dabei vielfach Merkmale zu Tage treten, die sowohl für als auch gegen einen Arbeitsvertrag sprechen, muss sich der Entscheid des Gerichts danach richten, was im konkreten Fall überwiegt. Entscheidend ist dabei die Würdigung des Gesamtbildes nach dem Massstab der Verkehrsanschauung (vgl. BGE 129 III 664 E. 3.2., S. 668; BGE 128 III

129 E. 1 a/aa, S. 132; BGer 4A\_61/2012 vom 15. Mai 2012 E. 2.1.; BGer 4A\_64/2020 vom 6. August 2020 E. 6.4.).

### **E. 1.7**

Bei den Akten liegt eine zwischen den Parteien sowie C.\_\_\_\_\_ abgeschlossene Beteiligungsvereinbarung und Aktionärbindungsvertrag (ABV) vom 30. Dezember 2019 (Urk. 5/7). Die Vorinstanz hat den entsprechenden Inhalt richtig zusammengefasst, weshalb darauf verwiesen werden kann (Urk. 25 S. 6 f. Ziff. 3.2.).

### **E. 1.8**

Zu dem vom Kläger eingereichten Entwurf eines "Letter of Appointment", den dieser gemäss seiner Darstellung im Auftrag von C.\_\_\_\_\_ für seine eigene Situation ausgearbeitet haben will (Urk. 1 S. 4 Rz 11), hielt die Vorinstanz fest, dass sich dieser bei näherer Betrachtung nicht auf den Kläger beziehe. Vielmehr handle es sich um ein für die Beklagte entworfenes Musterformular für allfällige Stellenbewerber. Anhaltspunkte für einen Zusammenhang mit dem Kläger bestünden keine (Urk. 25 S. 7 Ziff. 3.3).

### **E. 1.9**

Der Kläger rügt diese Ausführungen und macht in diesem Zusammenhang eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz geltend:

- 14 -

#### **E. 1.9.1**

Die Vorinstanz halte in E. 3.3 fest, dass der sog. "Letter of Appointment" bzw. Arbeitsvertragsentwurf als Musterformular für allfällige Stellenbewerber erstellt worden sei. Korrekterweise sei dieser Vertrag vom Kläger auf Aufforderung der Beklagten hin für seine eigene Situation ausgearbeitet worden. Die Beklagte habe sich nicht dahingehend geäußert, dass es sich dabei um ein Musterformular für allfällige Stellenbewerber handle. Wenn die Vorinstanz davon ausgehe, es handle sich um ein Musterformular für allfällige Stellenbewerber, obwohl keine der Parteien dies behauptet habe, stelle sie den Sachverhalt offensichtlich unrichtig fest (Urk. 24 S. 6 Rz 26).

#### **E. 1.9.2**

Die Beklagte lässt dazu in der Berufungsantwort ausführen, dass ein schriftlicher, unterzeichneter Arbeitsvertrag nicht existiere. Ein Arbeitsvertrag sei eben gerade nicht vereinbart worden. Den vom Kläger vorgelegten "Draft" eines "Letter of Appointment" habe die Beklagte bis zur Klage vom 20. Mai 2021 nicht in den Akten gehabt. Die Beklagte und der Kläger hätten zu keinem Zeitpunkt einen "Letter of Appointment" oder einen Arbeitsvertrag verhandelt oder beabsichtigt, einen solchen abzuschliessen. Das eingereichte Dokument sei mit "Draft" bezeichnet und "(Keine Festanstellung)", was das vom Kläger behauptete Arbeitsverhältnis mit Festanstellung in den ersten drei Zeilen widerlege (Urk. 31 S. 5).

#### **E. 1.9.3**

Richtig ist, dass keine der Parteien behauptet hat, dass es sich bei Urk. 5/8 um ein Musterformular handelt. Ob dieses Dokument vom Kläger auf Aufforderung der Beklagten hin für seine eigene Situation ausgearbeitet wurde oder ob es sich dabei um ein Musterformular für allfällige Stellenbewerber handelt, kann indes offenbleiben, denn der Kläger legte im erstinstanzlichen Verfahren selber dar, dass es von den Parteien nicht

unterzeichnet wurde (Urk. 1 S. 4 Rz 11). Ferner machte er nicht geltend, dass dessen Inhalt zwischen den Parteien trotz fehlender Unterzeichnung Rechtsverbindlichkeit erlangt hätte. Damit lässt sich aus diesem nicht unterzeichneten Dokument von vornherein nichts zu seinen Gunsten ableiten, wovon der Kläger vor Vorinstanz wohl auch selber ausging (vgl. Urk. 1 S. 7 Rz 24; Urk. 19 S. 4 Rz 9).

### **E. 1.10**

Der Kläger rügt weiter, dass die Vorinstanz den Sachverhalt betreffend Umfang seiner Tätigkeit unrichtig festgestellt habe. Die Vorinstanz habe in E. 3.4

- 15 - eine Stundenaufstellung der verrechenbaren Stunden für den Zeitraum Februar und März 2020 gemacht, diese mit 21:01 Stunden beziffert und den Schluss daraus gezogen, dass der Kläger nur punktuell (in zeitlicher Hinsicht) und unregelmässig für die Beklagte tätig geworden sei und die wenigen geleisteten Arbeitsstunden und die daraus folgende frei einteilbare Arbeit für ein Auftragsverhältnis sprechen würden. Die Vorinstanz lasse damit ausser Acht, dass der Kläger bei der Beklagten im Januar 2020 mit einem 50%-Pensum und Februar 2020 mit einem 75%-Pensum (und ab dem März 2020 mit einem 100%-Pensum) angestellt gewesen sei und die entsprechende Zeit auch tatsächlich für die Beklagte eingesetzt habe. Dies sei von der Beklagten im Rahmen des Verfahrens vor Arbeitsgericht auch nicht substantiiert bestritten worden (Urk. 24 S. 7 Rz 27). Neben den verrechenbaren Stunden habe der Kläger von Januar bis März 2020 zahlreiche weitere Arbeiten für die Beklagte verrichtet - und zwar im Rahmen des geltend gemachten Arbeitsverhältnisses. Diese weiteren Arbeiten seien namentlich mit dem Time Sheet vom Januar 2020, das 30.8 verrechenbare und 52 interne Stunden, total also 82.8 Stunden zeige, hinreichend dargelegt. Das Time Sheet Februar 2020 enthalte ausschliesslich verrechenbare Stunden, der Kläger sei auch im Februar 2020 zu einem Pensum von mindestens 75% im Büro anwesend gewesen. Er habe täglich seine ihm zugewiesene Arbeit in den Büroräumlichkeiten der Beklagten an der D.\_\_\_\_-strasse ... verrichtet, bis er krankheitsbedingt ausgefallen sei. Die Auflistung der Vorinstanz in E. 3.4 sei folglich keineswegs eine vollständige Auflistung sämtlicher Tätigkeiten des Klägers, welche er für die Beklagte erbracht habe. Bei den vorstehend erwähnten weiteren Arbeiten, welche sich für den Januar 2020 auch aus dem Time Sheet ergäben, handle es sich nicht um Projektleistungen gemäss Ziff. 4 der Beteiligungsvereinbarung und Aktionärsbindungsvertrag; die Vorinstanz habe dies in E. 3.4 falsch festgestellt. Dies werde durch den Vergleich der Liste der unentgeltlichen Leistungen mit den Leistungen auf dem Time Sheet deutlich. Als unentgeltliche Tätigkeiten gemäss Ziff. 4 ABV seien Arbeiten betreffend Businessplan, Webseite, ITC-Konzept, Umstellung der Buchhaltung und interne Kostenrechnung vereinbart gewesen. Solche Arbeiten seien auf dem Time Sheet nicht aufgeführt. Wenn die Vorinstanz festhalte, der Kläger sei bloss punktuell (in zeitlicher Hinsicht) unregelmässig von Januar bis

- 16 - März 2020 für die Beklagte tätig gewesen und der Kläger habe sich nur zeitweise in den Büroräumlichkeiten der Beklagten aufgehalten und dabei einzig auf die verrechenbaren Stunden aus der Klageantwortbeilage 7 abstelle, stelle sie den Sachverhalt nachweislich unrichtig fest. Vielmehr sei der Kläger täglich zu den üblichen Bürozeiten in den Büroräumen der Beklagten anwesend gewesen und habe die ihm zugewiesene Arbeit verrichtet (Urk. 24 S. 7 f. Rz 27-30).

### **E. 1.10.1**

Die Beklagte wendet diesbezüglich ein, dass der erste Eintrag vom 6. Januar 2020 im Time Sheet von Januar 2020 die Bezeichnung "Businessplan [...] (intern)" trage. Das sei nicht der einzige derartige Eintrag auf dem Time Sheet von Januar 2020 [jeweils im Time Sheet grau hinterlegt bzw. mit "(intern)" bezeichnet]. So gebe es beispielsweise Einträge mit der Bezeichnung "Amberlo Office Management", so z.B. vom 9./15. Januar 2020. Amberlo sei ein Zeiterfassungsprogramm, das für die Buchhaltung eingesetzt werde. Es handle sich damit also auch um eine unentgeltlich zu erbringende Arbeit (Urk. 31 S. 9).

#### **E. 1.10.2**

Der Kläger behauptet in seiner Berufung neu drei Kategorien von Tätigkeiten: (i) Solche mit verrechenbaren Stunden, (ii) interne Leistungen und (iii) solche, die gemäss ABV unentgeltlich zu leisten waren (Urk. 24 S. 7 Ziff. 2.2). Die zweite und dritte Kategorie wurden von der Vorinstanz - nach dem Dafürhalten des Klägers zu Unrecht - als identisch betrachtet (vgl. Urk. 25 S. 8 ff. E. 3.4-3.9). Dabei hat die Vorinstanz auf die Behauptungen des Klägers in der Klagebegründung abgestellt, wonach er neben den unentgeltlichen Projektleistungen im Rahmen seiner gewöhnlichen Arbeit in den Büroräumlichkeiten der Beklagten im Wesentlichen Rechtsberatungen mit Klienten durchgeführt habe (Urk. 1 S. 4 Rz 13 und Urk. 1 S. 7 Rz 27 f.), nachdem sich auch aus seiner Stellungnahme vom 23. August 2021 (Urk. 19) nichts anderes ergab. Von weiteren Tätigkeiten, die neben den Rechtsberatungen wahrgenommen wurden und nicht unter die Kategorie "Projektleistungen" fallen, war im erstinstanzlichen Verfahren nicht die Rede. Der diesbezügliche Verweis des Klägers in der Berufungsbegründung (vgl. Urk. 24 S. 7 Rz 28) auf seine Klageschrift vom 20. Mai 2021 (Urk. 1 S. 7 Rz 27) und die Stellungnahme vom 23. August 2021 (Urk. 19 S. 3 Rz 7) ist nicht richtig. Die Vorinstanz stellte somit zur

Recht darauf ab, dass es im Wesentlichen nur zwei Kategorien von Tätigkeiten gab. Die diesbezüglichen neuen, die Ausführungen im erstinstanzlichen Verfahren korrigierenden Behauptungen des Klägers, wonach es drei Kategorien von Tätigkeiten gegeben haben soll, sind nach Art. 317 ZPO verspätet und können daher nicht berücksichtigt werden. Zudem zeigt der Kläger, sollten die zweite und dritte Kategorie von Tätigkeiten nicht identisch sein, nicht auf, dass er die Kategorie "interne Leistungen" nur als Arbeitnehmer erbringen konnte (vgl. dazu die Vorinstanz in Urk. 25 S. 8, E. 3.4). Vielmehr nimmt auch er in diesem Zusammenhang nur Bezug auf die Tätigkeiten im Rahmen der Rechtsberatungen (Urk. 24 S. 8 f. Rz 35). Die Rügen des Klägers sind somit nicht stichhaltig.

#### **E. 1.10.3**

Wenn die Vorinstanz aufgrund der Aktenlage zum Schluss gelangte, dass der Kläger für den Monat Januar 2020 30.8 verrechenbare Stunden und für die Monate Februar und März 2020 solche von total 21:01 aufgelistet habe, hat sie den entscheiderelevanten Sachverhalt richtig festgestellt.

#### **E. 1.10.4**

Die Vorinstanz erwog dazu zutreffend, dass der Kläger diese stundenweisen Dienstleistungen grundsätzlich sowohl als Arbeitnehmer als auch im Auftragsverhältnis, vor dem Hintergrund des gemeinsamen Zweckes, welcher die Gesellschafterverband, habe erbringen können (Urk. 25 S. 8 Ziff. 3.5).

#### **E. 1.11**

In der Folge würdigte die Vorinstanz die weiteren Umstände der gesamten Zusammenarbeit der Parteien und hielt fest, dass sich der Kläger im Beteiligungsvertrag zu unentgeltlichen Dienstleistungen auf Honorarbasis verpflichtet habe und die Parteien hinsichtlich weiterer Kundenberatungen keine konkreten Arbeitsbedingungen festgeschrieben hätten, was gegen eine Ein- und Unterordnung dieses Gesellschafters, d.h. des Klägers, in den Geschäftsbetrieb spreche (Urk. 25 S. 8 f. Ziff. 3.6). Diese Ausführungen der Vorinstanz blieben unbestritten. Ergänzend ist festzuhalten, dass der Kläger nicht behauptet hat, dass er eine Arbeitsverpflichtung gehabt habe.

- 18 -

#### **E. 1.12**

Die Vorinstanz hielt weiter fest, soweit der Kläger aus dem eingereichten E-Mail-Verkehr mit C.\_\_\_\_\_ (Urk. 5/11) auf eine arbeitnehmerische Weisungsbundenheit schliessen wolle, sei dem nicht zuzustimmen. Denn eine Mandatsbeschreibung und eine Strategiebesprechung seien auch bei Mandatsübergaben nötig, ebenso seien Zeitvorgaben regelmässig zu beachten. Beachtlich sei vorliegend jedoch, dass für all seine Tätigkeiten weder feste Arbeitszeiten noch Arbeitszeitkontrollen erkennbar seien. Konkrete Anhaltspunkte für eine Übernahmepflicht von Kunden-Beratungen lägen ebenfalls nicht vor (Urk. 25 S. 9 Ziff. 3.7). Diese Ausführungen der Vorinstanz wurden vom Kläger nicht bestritten. Der Kläger war somit in der Gestaltung seiner Arbeitstätigkeit weitgehend selbständig und auch in zeitlicher Hinsicht bestand keine Abhängigkeit von der Beklagten. Diese Regelung erscheint eher atypisch für ein Arbeitsverhältnis im Sinne von Art. 319 OR. Es gibt zwar Arbeitsverhältnisse, bei denen die Arbeitnehmer ihre Arbeitszeit in einem gewissen Rahmen selbst wählen können, doch auch sie sind in der Regel zur Erbringung eines gewissen Pensums in einem gewissen Zeitraum im Dienste des Arbeitgebers verpflichtet, was vorliegend nicht der Fall war. Angesichts dieser Freiheit kann nicht von einer hinreichend ausgeprägten Einordnung des Klägers in die Betriebsorganisation der Beklagten ausgegangen werden.

#### **E. 1.13**

Die Vorinstanz erwog weiter, soweit in den Geschäftsleitungssitzungen vom 22. Januar und 26. Februar 2020 bei C.\_\_\_\_\_ und beim Kläger Bruttolöhne vermerkt seien, sei vorab darauf hinzuweisen, dass der formellen Terminologie keine massgebliche Bedeutung zukomme. Abgesehen davon habe der Kläger selber nicht behauptet, C.\_\_\_\_\_, bei dem ebenfalls von einem "Bruttolohn" die Rede sei, sei ein Arbeitnehmer. In diesem Zusammenhang sei beachtlich, dass auch im Auftragsverhältnis Pauschal-Vergütungen vorzukommen pflegten. Daraus könne der Kläger nichts für sich ableiten. Als über die Vergütung mitentscheidendes Geschäftsleitungsmitglied könne der Kläger jedenfalls nicht dartun, die für das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses vorausgesetzte Subordination liege vor (Urk. 25 S. 9 Ziff. 3.8). Der Kläger mache auch nicht geltend, er sei als Arbeitnehmer bei den Sozialversicherungsanstalten gemeldet worden (Urk. 25 S. 9 Ziff.

- 19 -

#### **E. 1.14**

Demzufolge fehlt es am für den Arbeitsvertrag typischen Subordinationsverhältnis sowie an der Pflicht zur Arbeitsleistung.

#### **E. 1.15**

Der Kläger beanstandet im Weiteren eine unrichtige Rechtsanwendung und eine Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz, indem diese die allgemeinen Grundsätze zur Vertragsauslegung lückenhaft wiedergegeben und angewendet und zudem nicht begründet habe, nach welchen Grundsätzen die Vertragsauslegung erfolgt sei (Urk. 24 S. 9 ff. Rz 38 ff.). Die Vorinstanz ging davon aus, dass kein Abschluss eines Arbeitsvertrages im Sinne von Art. 320 Abs. 1 OR vorliegt, was, wie sich auch aus den vorstehenden Erwägungen, insbesondere aus E. III. 1.9.3., ergibt, nicht zu beanstanden ist: Dahingehende Willenserklärungen der Parteien sind weder behauptet noch ersichtlich. Als Folge davon prüfte die Vorinstanz, ob das Vorliegen eines Arbeitsvertrages - jedenfalls im Ergebnis - gestützt auf Art. 320 Abs. 2 OR bejaht werden könne. In diesem Zusammenhang ging sie einerseits auf den ABV vom 30. Dezember 2019 ein, von dem der Kläger selber nicht behauptet, dass er einen Arbeitsvertrag darstellt oder beinhaltet, sondern, dass daraus eine Absicht zum Abschluss eines solchen ersichtlich sei (Urk. 1 S. 7 Rz. 25 f.), und andererseits auf die näheren Umstände des Zusammenwirkens zwischen den Parteien. Dazu gehört auch das, was der Kläger als "nachvertragliches Partieverhalten" bezeichnet (vgl. Urk. 24 S. 10 Rz 40 und 43). Die Vorinstanz tat dies aber nicht im Zusammenhang mit der Prüfung eines tatsächlichen oder normativen Konsenses, sondern zur Abklärung von Anhaltspunkten, die für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages gestützt auf Art. 320

- 20 - Abs. 2 OR sprechen würden. Wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat, kommt es in diesem Zusammenhang für die Frage, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt oder nicht, allein auf die objektiven Umstände an und nicht auf den tatsächlichen oder nach dem Vertrauensprinzip ermittelten Willen der Parteien (vgl. Urk. 25 S. 3 E. 2.2; Portmann/Wildhaber, Schweizerisches Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2020 N 100). Der diesbezügliche Einwand des Klägers ist unberechtigt.

#### **E. 1.16**

Der Kläger bemängelt sodann die Ausführungen der Vorinstanz betreffend formelle Terminologie in E. 3.8. des angefochtenen Entscheids. Er setzt sich jedoch mit ihren eigentlichen Erwägungen, insbesondere damit, dass der Ausdruck "Bruttolohn" auch mit Bezug auf C.\_\_\_\_\_ verwendet werde, der Kläger aber selber nicht behauptete, dass dieser Arbeitnehmer sei, nicht auseinander (Urk. 24 S. 10 Rz 41). Damit genügt der Kläger insoweit seiner Rügeobliegenheit nicht, weshalb darauf nicht näher einzugehen ist.

#### **E. 1.17**

Weiter macht der Kläger geltend, dass die Praxis bei freien Berufen stark auf die betriebliche Einordnung abstelle. Wer ausschliesslich in den Diensten einer Unternehmung stehe, in die Firmenstruktur integriert sei, ein fixes Gehalt erhalte und die Arbeit laufend zugeteilt bekomme, falle unter das Arbeitsrecht, auch wenn er einem freien Berufsstand angehöre. Dabei stehe die fachliche Weisungsfreiheit der Annahme eines Arbeitsvertrages nicht entgegen, solange eine Weisungsgebundenheit hinsichtlich der betrieblichen Einordnung und der zu verfolgenden Ziele vorliege. Indem die Vorinstanz diese Lehre und Rechtsprechung bei der Beurteilung der Vertragsqualifikation nicht berücksichtigt habe, habe sie das Recht unrichtig angewendet (Urk. 24 S. 11 Rz 45). Wie vorstehend ausgeführt (E. III. 1.14.), fehlt es vorliegend an einem Subordinationsverhältnis und damit an einer betrieblichen Einordnung, weshalb der Einwand des Klägers fehl geht.

#### **E. 1.18**

Der Kläger rügt, dass die Vorinstanz ihren Entscheid auf die Lehrmeinung von Rehbinder stütze, ohne diese richtig wiederzugeben und anzuwenden. Die Aussage von Manfred Rehbinder/Jean-Fritz Stöckli, Art. 319 N 51, im Zweifel liege kein Arbeitsvertrag, sondern ein Auftrag vor, beschränke sich auf die besondere Situation, in der bereits Indizien wie die Stellung von Werkzeugen und Material und die Versicherung der Risiken durch den Beauftragten für das Vorliegen eines

- 21 - Auftrages sprächen. Eine allgemeine Anwendung auf jegliche Abgrenzungsprobleme zwischen Auftrag und Arbeitsvertrag lasse sich daraus nicht ableiten. Im vorliegenden Fall lägen auch keine solche Indizien vor. Nichts dergleichen ergebe sich aus der Begründung des angefochtenen Entscheids (Urk. 24 S. 11 Rz 46). Entgegen der Behauptung des Klägers hat die Vorinstanz ihre Ausführungen zur Abgrenzung des Arbeitsvertrages vom Auftrag (Urk. 25 S. 3 Ziff. 2.3.) nicht auf diese Lehrmeinung gestützt. Die Erwähnung dieser Lehrmeinung erfolgte unter dem Titel Vertragsauslegung (Urk. 25 S. 5 Ziff. 2.5). Abgesehen davon zeigt der Kläger nicht auf, dass die Vorinstanz auf diese allgemeine Ausführung in der Folge abgestellt hätte, und solches ist auch nicht ersichtlich. Der Einwand des Klägers ist unberechtigt.

#### **E. 1.19**

Soweit der Kläger geltend macht, die Vorinstanz scheine zu verkennen, dass die Stellung als Geschäftsleitungs-, Verwaltungsratsmitglied und/oder Gesellschafter ein arbeitsvertragliches Verhältnis nicht ausschliesse (Urk. 24 S. 11 Rz 47), nimmt er keinen Bezug auf die Ausführungen der Vorinstanz, wonach der Kläger nicht ausdrücklich als Arbeitnehmer in die Beklagte eingetreten sei, sondern sich seit Ende Dezember 2019 als "strategischer Investor, Partner und Aktionär" präsentiert und zudem eine namhafte Kapitaleinlage geleistet habe, was ihm einen Einsitz in die Geschäftsleitung ermöglicht habe. Die Vorinstanz ist abgesehen davon nicht nur gestützt auf diese konkreten Umstände zum Schluss gekommen, dass kein Unterordnungsverhältnis des finanziell nicht unerheblich an der Gesellschaft beteiligten Klägers bestand, sondern hat auf weitere Umstände abgestellt (Urk. 25 S. 8 Ziff. 3.6 ff.). Der Einwand des Klägers geht fehl.

#### **E. 1.20**

Der Kläger rügt, die Vorinstanz habe ihm vorgehalten, nicht geltend gemacht zu haben, dass er als Arbeitnehmer bei den Sozialversicherungsanstalten gemeldet worden sei, und verkenne damit, dass der sozialversicherungsrechtliche Begriff des Arbeitnehmers nicht zwingend mit dem zivil- bzw. vertragsrechtlichen Begriff übereinstimme. Zudem liege die Verantwortung zur korrekten Deklaration beim Arbeitgeber und eine unterlassene Deklaration könne nicht dem Arbeitnehmer angerechnet werden. Indem sich die Vorinstanz bei der Verneinung eines Ar-

- 22 - beitsverhältnisses auf diese Begründung stütze, wende sie das Recht unrichtig an (Urk. 24 S. 12 Rz 48). Der Kläger hatte vor Vorinstanz nicht geltend gemacht, dass er im Rahmen einer unselbständigen Erwerbstätigkeit bei den Sozialversicherungsanstalten gemeldet gewesen sei oder hätte gemeldet werden müssen. Er verkennt indessen, dass die Vorinstanz dies nicht ansprach, um daraus etwas zu seinen Ungunsten abzuleiten. Vielmehr erwähnte sie dies, weil sie, hätte es sich anders verhalten, daraus allenfalls etwas zu seinen Gunsten hätte ableiten können. Die diesbezügliche Kritik des Klägers ist demzufolge unberechtigt. 2. Fazit Aufgrund einer Gesamtwürdigung sämtlicher gegebener Umstände kann das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien nicht als Arbeitsvertrag

qualifiziert werden. Die Vorinstanz hat ihre Zuständigkeit zur Beurteilung der vorliegenden Klage daher im Ergebnis zu Recht verneint. Die Berufung ist somit abzuweisen und die angefochtene Verfügung, auf die Klage nicht einzutreten, ist zu bestätigen. IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Die Vorinstanz ist zu Recht von der Kostenlosigkeit des erstinstanzlichen Verfahrens ausgegangen. Die vorinstanzliche Entschädigungsregelung erscheint als angemessen und ist somit zu bestätigen.

## **E. 2**

Berufungsverfahren

### **E. 2.1**

Der Streitwert für das Berufungsverfahren beträgt Fr. 30'000.-. Das zweitinstanzliche Verfahren ist ebenfalls kostenlos (Art. 114 lit. c ZPO).

### **E. 2.2**

Hingegen richten sich die Entschädigungsfolgen nach Obsiegen und unterliegen der Parteien (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die nicht vertretene Beklagte hat eine 16-seitige Berufungsantwort verfasst (Urk. 31), weshalb es sich rechtfertigt, den

- 23 - Kläger zur Bezahlung einer Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 300.- an die Beklagte zu verpflichten. Es wird beschlossen: 1. Die Berufung wird abgewiesen und die Verfügung des Arbeitsgerichtes Zürich, 1. Abteilung, vom 3. September 2021 wird bestätigt. 2. Für das Berufungsverfahren werden keine Kosten erhoben.

### **E. 2.3**

Das Berufungsverfahren stellt keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens dar, sondern ist nach der gesetzlichen Konzeption als eigenständiges Verfahren ausgestaltet (BGE 142 III 413 E. 2.2.1 m.H. auf die Botschaft zur Schweizerischen ZPO, BBl 2006 S. 7374). Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine vollständige Überprüfungsbefugnis der Streitsache, d.h. über unbeschränkte Kognition bezüglich Rechts- und auch Tatfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung. In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist, d.h. an einem der genannten Mängel leidet. Das setzt (im Sinne einer Eintretensvoraussetzung) voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anführt, sich inhaltlich mit diesen auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Pauschale Verweisungen auf frühere Rechtsschriften oder Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen hierfür grundsätzlich nicht. Sie sind namentlich dann unzureichend, wenn sich die Vorinstanz mit den betreffenden Ausführungen des Berufungsklägers auseinandergesetzt hat (vgl. im Einzelnen BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A\_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3.2; 5A\_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Stützt sich der angefochtene Entscheid 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.). In rechtlicher Hinsicht ist das Berufungsgericht, in Anwendung des Grundsatzes *iura novit curia*, bei seiner Prüfung weder an die Erwägungen der ersten Instanz noch an die mit den Rügen vorgetragene Argumente der Par-

- 8 - teien gebunden. In tatsächlicher Hinsicht ist es nicht an die Feststellungen des erstinstanzlichen Gerichts gebunden, auch wenn mangels entsprechender Sachverhaltsrügen der Parteien im Berufungsverfahren der erstinstanzliche Entscheid nach dem Gesagten in der Regel als Grundlage des Rechtsmittelverfahrens dient (vgl. zum Ganzen BGE 144 III 394 E. 4.1.4 m.H. auf BGE 142 III 413 E. 2.2.4 und weitere Entscheide). Das Berufungsgericht kann die Rügen der Parteien folglich auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen (sog. Motivsubstitution; BGer 2C\_124/2013 vom 25. November 2013, E. 2.2.2; für das Verfahren vor Bundesgericht: BGE 138 III 537 E. 2.2 und BGE 137 III 385 E. 3). Die eben genannten Anforderungen an eine Berufungsbegründung gelten auch im vereinfachten Verfahren (vgl. BGer 4A\_659/2011 vom 7. Dezember 2011, E. 3; OGer ZH LA120023 vom 19.11.2012, E. 4a). Die Berufungsinstanz hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der Berufungsschrift (oder in der Berufungsantwort) in rechtsgenügender Weise erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.H.; BGer 5A\_111/2016 vom 6. September 2016, E. 5.3).

#### **E. 2.4**

Neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) können im Berufungsverfahren nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO berücksichtigt werden, d.h. wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht wurden (lit. a) und trotz zutunmüßiger Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Dabei hat, wer sich auf (unechte) Noven beruft, deren Zulässigkeit darzutun und ihre Voraussetzungen notwendigenfalls zu beweisen (BGE 143 III 42 E. 4.1; BGer 5A\_86/2016 vom 5. September 2016, E. 2.1, je m.H.). Diese Einschränkung bezüglich des Novenrechts gilt auch im Anwendungsbereich der eingeschränkten Untersuchungsmaxime (BGE 138 III 625; 142 III 413 E. 2.2). Werden Tatsachenbehauptungen oder Beweisanträge im Berufungsverfahren bloss erneuert, ist unter Hinweis auf konkrete Aktenstellen aufzuzeigen, dass und wo sie bereits vor Vorinstanz eingebracht wurden; andernfalls gelten sie als neu.

- 9 -

#### **E. 3**

Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 300.- zu bezahlen.

##### **E. 3.1**

Der Kläger macht berufsungsweise geltend, die Vorinstanz habe ihm die Klageantwort der Beklagten zugestellt und ihm Gelegenheit gegeben, zur strittigen Frage nach dem Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses und der Zuständigkeit des Arbeitsgerichts Stellung zu nehmen. Er habe davon Gebrauch gemacht und eine entsprechende Stellungnahme am 23. August 2021 eingereicht. Direkt im Anschluss an diese Stellungnahme habe das Arbeitsgericht Zürich den angefochtenen Entscheid erlassen. Im ordentlichen Verfahren habe das Bundesgericht erkannt, dass die Parteien zweimal die Gelegenheit haben

müssten, sich unbeschränkt zu äussern, während sie danach nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO gehört werden könnten (unter Verweis auf BGE 140 III 312 E. 6.3.2.). Dies gelte sinngemäss auch für das vereinfachte Verfahren (unter Verweis auf BGE 140 III 450 E. 3.2.; BGer 4A\_557/2017 vom 21. Februar 2018, E. 2.2). Vorliegend sei den Parteien weder die Gelegenheit für einen zweiten Schriftenwechsel gegeben noch sei eine Hauptverhandlung durchgeführt worden; die Parteien hätten auch nicht auf die Durchführung der Hauptverhandlung verzichtet. Sie hätten folglich keine zweimalige Gelegenheit gehabt, sich unbeschränkt zu äussern. Mit diesem Vorgehen habe die Vorinstanz Art. 229 ZPO verletzt (Urk. 24 S. 4 f. Rz 17-19).

### **E. 3.2**

Die Beklagte macht geltend, dass dem Kläger schon bei Erhalt der Verfügung des Arbeitsgerichts vom 20. Juli 2021 hätte klar sein müssen, dass es im arbeitsgerichtlichen Verfahren gegebenenfalls zu keinem zweiten Schriftenwechsel und auch zu keiner Hauptverhandlung kommen würde. Ein Nichteintretensentscheid sei bereits zu diesem Zeitpunkt sehr klar im Raum gestanden. Der Kläger hätte die in der Berufung behaupteten Verfahrensfehler schon in seiner freiwilligen Eingabe und Stellungnahme vom 23. August 2021 rügen müssen, was er nicht getan habe (Urk. 31 S. 10). Es fehle dem Kläger im Berufungsverfahren am erforderlichen Rechtsschutzinteresse für die Berufung gegen den Nichteintretensentscheid des Arbeitsgerichts (unter Verweis auf Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO), da er sich nicht bereits mit seiner Stellungnahme vom 23. August 2021 dem vom Arbeitsgericht mit Verfügung vom 20. Juli 2021 angekündigten Nichteintretens-

- 10 - scheid widersetzt habe, sondern einen Nichteintretensentscheid in Kauf genommen habe, um dagegen vor Obergericht Berufung einzulegen. Auf die Berufung des Klägers sei aus diesem Grund nicht einzutreten (Urk. 31 S. 11).

### **E. 3.3**

Bei der Zulassung eines Verfahrens prüft das Gericht von Amtes wegen, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 60 ZPO). Das Gericht hat dabei unter anderem zu prüfen, ob es sachlich und örtlich zuständig ist (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO). Gemäss Art. 124 Abs. 1 ZPO leitet das Gericht den Prozess und erlässt die notwendigen prozessleitenden Verfügungen zur zügigen Vorbereitung und Durchführung des Verfahrens. Zur Vereinfachung des Prozesses kann das Gericht insbesondere das Verfahren auf einzelne Fragen oder auf einzelne Rechtsbegehren beschränken (Art. 125 lit. a ZPO). Über die Anwendung von prozessvereinfachenden Instrumenten entscheidet das Gericht nach seinem Ermessen (BSK ZPO-Gschwend, Art. 125 N 1), wobei den Parteien zuvor das rechtliche Gehör zu gewähren ist (Art. 53 Abs. 1 ZPO; BSK ZPO-Gschwend, Art. 125 N 4). Wird die Einrede der sachlichen Unzuständigkeit erhoben, so kann das Gericht das Verfahren vorerst auf die Frage der Zuständigkeit beschränken (Art. 125 lit. a ZPO), ist aber gehalten, der Gegenpartei das rechtliche Gehör zu gewähren (Art. 53 Abs. 1 ZPO).

### **E. 3.4**

In der schriftlichen Stellungnahme vom 5. Juli 2021 (Urk. 12) bestritt die Beklagte zusammenfassend, dass zwischen ihr und dem Kläger ein Arbeitsverhältnis bestanden habe, worauf die Vorinstanz dem Kläger mit Verfügung vom 20. Juli 2021 Gelegenheit gab, zur strittigen Frage nach dem Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses und der Zuständigkeit des Arbeitsgerichtes Stellung zu nehmen (Urk. 15 S. 2). Die Stellungnahme des Klägers datiert vom 23. August 2021 (Urk. 19). Dem Kläger wurde somit das rechtliche Gehör

gewährt und weitere Stellungnahmen seitens der Parteien erübrigten sich damit. Die Rüge des Klägers ist unbegründet.

### **E. 3.5**

Entgegen dem Einwand der Beklagten konnte der Kläger die Verfügung vom 20. Juli 2021 nicht anfechten, weil es sich dabei um eine prozessleitende Verfügung handelt, die nur in den vom Gesetz bestimmten Fällen oder wenn

- 11 - durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht, mit Beschwerde angefochten werden kann (Art. 319 lit. b Ziff. 1 und 2 ZPO). Eine solche Voraussetzung war vorliegend nicht erfüllt, weshalb gegen die fragliche Verfügung kein Rechtsmittel zur Verfügung stand. Der Einwand der Beklagten ist damit unberechtigt. III. 1. Frage des Vorliegens einer Streitigkeit aus einem Arbeitsverhältnis im Sinne von § 20 GOG

### **E. 3.8**

und 3.9). Weiter erwog die Vorinstanz, dass C.\_\_\_\_\_ den Kläger am 30. März 2020 zum Thema Regelung und Weiterführung der Mandate angeschrieben habe, dass dieser ihm raschmöglichst mitteilen solle, welche Kunden er zuletzt betreut habe, bei welchen Kunden Handlungsbedarf bestehe und bei welchen Kunden der Kläger nicht mehr federführend tätig seien (Urk. 5/14). Daraus erhelle einmal mehr, dass dem der Gesellschaft finanziell verbundenen Kläger bei der Bearbeitung von Mandaten weitgehende Freiheiten gelassen worden sei (Urk. 25 S. 9 f. Ziff. 3.9). Diese zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz wurden vom Kläger nicht beanstandet.

### **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). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche (arbeitsrechtliche) Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 30'000.-. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

- 24 - Zürich, 1. November 2022 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. S. Notz versandt am: Im

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