

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LA130022-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. R. Blesi Keller

## Beschluss vom 12. Februar 2014

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Kläger und Berufungskläger

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 1. Abteilung, vom 13. Juni 2013 (AN100978-L)**

**Rechtsbegehren:**

(Urk. 1 S. 1 sinngemäss; Urk. 10 S. 1)

Der Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger Fr. 105'191.25, zuzüglich 5 % Zins seit 22. November 2010 zu bezahlen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zulasten des Beklagten.

**Urteil des Arbeitsgerichts Zürich (1. Abteilung) vom 13. Juni 2013:**

1. Die Klage aus Arbeitsverhältnis wird abgewiesen.

2. Die Entscheidunggebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 8'958.– ; die weiteren Kosten betragen:

Fr. 1'200.– Übersetzungskosten

Fr. 250.– Zeugenentschädigungen

Fr. 10'408.– Total

Die Kosten werden vollumfänglich dem Kläger auferlegt, jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachzahlung gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

3. Der Kläger wird verpflichtet, dem Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 200.– zu bezahlen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten unter Beilage des Doppels von act. 50.

5. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, Postfach 2401, 8021 Zürich, Berufung erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

**Berufungsanträge:**

**Des Klägers (Urk. 55 S. 2):**

"1. Die Ziffern 1, 2 und 3 des Dispositivs des Urteils vom 13. Juni 2013 seien aufzuheben;

2. Der Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger Fr. 105'921.25 netto zuzüglich Zins zu 5% ab 22. November 2010 zu bezahlen;

3. Die erstinstanzlichen Gerichtskosten seien dem Beklagten aufzuerlegen;
4. Der Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger für das erstinstanzliche Verfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 11'200.00 plus 8% MwSt zu bezahlen;
5. Eventuell seien die Ziffern 1, 2 und 3 des Dispositivs des Urteils vom 13. Juni 2013 aufzuheben und der Prozess an das Arbeitsgericht zurückzuweisen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten des Beklagten."

Des Beklagten (Urk. 69 S. 2):

- "1. Die Berufung gegen das Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich vom 13. Juni 2013 sei abzuweisen.
2. Eventualiter seien Ziff. 1, 2 und 3 des Dispositivs aufzuheben und der Prozess an das Arbeitsgericht Zürich zurückzuweisen mit der verbindlichen Weisung, einen Nichteintretensentscheid zu fällen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich gesetzlicher Mehrwertsteuer zulasten des Klägers und Berufungsklägers."

**Erwägungen:**

1. Sachverhalt

1.1. Die Parteien sind portugiesische Staatsangehörige und kennen sich seit Mitte der achtziger Jahre. Im Mai 2007 war der Kläger auf Stellensuche. In der Folge kamen die Parteien überein, dass der Kläger für den Beklagten auf dessen verschiedenen Baustellen als Bauarbeiter und Chauffeur arbeiten werde. Der Kläger wurde am 21. Mai 2007 für den Beklagten erstmals tätig und blieb das bis Ende Juni 2009. Gemäss unbestrittener Sachdarstellung des Klägers kündigte er das Vertragsverhältnis auf Ende Juni 2009.

1.2. Der Beklagte ist im Handelsregister seit dem tt. März 2005 als Einzelunternehmen mit Sitz Zürich eingetragen. Als Geschäftszweck ist im Register "... [Tätigkeit]" vermerkt (Urk. 75). Er beschäftigt sich mit der Erstellung von Toiletten und

Bädern, Natursteinmauern, Fenstersimsen und Plattenlegerarbeiten (vgl. Urk. 10 S. 2; Prot. I S. 7 ff.). Aber auch der Kläger liess sich als Einzelunternehmen eintragen, und zwar nach seiner unbestritten gebliebenen Sachdarstellung auf Veranlassung des Beklagten. Auch das Einzelunternehmen des Klägers verzeichnete seinen Sitz in Zürich. Als Geschäftszweck wurde im Handelsregister "... [Zweck]" aufgeführt. Die Eintragung erfolgte am tt. Juni 2007. Am 26. Januar 2010 wurde das Einzelunternehmen im Handelsregister gelöscht, und zwar "infolge Nichtaufnahme des Geschäftsbetriebes" (Urk. 74).

## 2. Prozessgeschichte

2.1. Der Kläger stellt sich auf den Standpunkt, dass ihm gegen den Beklagten Ansprüche aus Arbeitsvertrag zustehen. Aus diesem Grunde machte er am 9. Dezember 2010 gegen den Beklagten eine Klage mit oben erwähntem Rechtsbegehren anhängig (Urk. 1). Seine Ansprüche errechnet der Kläger zwar auf insgesamt Fr. 144'732.33 (Urk. 10 S. 8); dennoch hält er am genannten, auf einen tieferen Betrag lautenden Rechtsbegehren fest (vgl. Urk. 10 S. 1). Hinsichtlich der Prozessgeschichte des erstinstanzlichen Verfahrens sei auf das angefochtene Urteil verwiesen (Urk. 56 S. 2 f.).

2.2. Mit Urteil vom 13. Juni 2013 wies die Vorinstanz die "Klage aus dem Arbeitsverhältnis" ab. Dieses Urteil wurde dem Kläger am 18. Juni 2013 zugestellt (Urk. 53). Mit Schriftsatz vom 15. August 2013 (Urk. 55) erhob er in der Folge rechtzeitig Berufung.

2.2.1. Das vom Kläger für das Berufungsverfahren gestellte Armenrechtsgesuch wurde von der Berufungsinstanz mit Beschluss vom 5. September 2013 zunächst abgewiesen. Allerdings wurde dem Kläger die Zahlung des Gerichtskostenvorschusses von Fr. 9'000.00 in Raten bewilligt (Urk. 60). In der Folge gingen am 16. September sowie am 14. Oktober 2010 Ratenzahlungen von je Fr. 1'000.00 ein (Urk. 63).

2.2.2. Ein weiteres Armenrechtsgesuch des Klägers bewilligte die Kammer indessen mit Beschluss vom 15. November 2013, und zwar mit Wirkung ab 13. No-

vember 2013 (Urk. 66). Dem Kläger wurde ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt, und es wurde vorgemerkt, dass er einen Kostenvorschuss von Fr. 2'000.00 geleistet hat.

### 3. Prozessuales

3.1. Die zu beurteilende Klage wurde noch im Jahre 2010 anhängig gemacht, weshalb das vorinstanzliche Verfahren nach dem früheren zürcherischen Prozessrecht durchzuführen war (Art. 404 Abs. 1 ZPO). Dagegen richtet sich das vorliegende Rechtsmittelverfahren nach neuem Recht (Art. 405 Abs. 1 ZPO).

3.2. In der vorliegenden den Streitwert von Fr. 30'000.00 überschreitenden Arbeitsstreitigkeit war im vorinstanzlichen Verfahren der soziale Untersuchungsgrundsatz gemäss Art. 343 aOR nicht zu beachten. Demgemäss war für das vorinstanzliche Verfahren die Verhandlungsmaxime gemäss § 54 ZPO/ZH massgebend. Gemäss § 119 Ziff. 3 ZPO/ZH war das Verfahren vor Arbeitsgericht entsprechend dem Vorgehen der Vorinstanz mündlich. Mit Tatsachenbehauptungen, welche sie mit ihrem zweiten erstinstanzlichen Vortrag nicht vorgebracht haben, sind die Parteien sodann gemäss § 114 ZPO/ZH grundsätzlich ausgeschlossen. Daran ändert auch das im Berufungsverfahren anzuwendende neue Prozessrecht nichts: Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO müssen neue Tatsachen einerseits "ohne Verzug vorgebracht werden". Und andererseits sind sie nur dann zulässig, wenn sie "trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten". Beide Voraussetzungen sind von derjenigen Partei, die sich auf sie beruft, darzutun.

### 4. Die sachliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichts bei doppelrelevanten Tatsachen

4.1. Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass zwischen den Parteien kein Arbeitsvertrag vorliege. Sie meint demgegenüber, dass zwischen den Parteien ein Auftragsverhältnis bestehe, aus welchem dem Kläger noch Fr. 31'469.55 zustünden. Weil gemäss § 13 GOG das Arbeitsgericht aber nur für Klagen aus dem Arbeitsverhältnis zuständig sei, sei die Klage abzuweisen. Und im Dispositiv des vo-

rinstanzlichen Urteils präzisiert die Vorinstanz, dass "die *Klage aus dem Arbeitsverhältnis*" abgewiesen werde (Urk. 56 S. 22 - 24).

4.2. Zu Recht beanstandet der Kläger dieses Vorgehen (vgl. Urk. 55 S. 3): Unter dem Gesichtspunkt der örtlichen oder sachlichen Zuständigkeit ist bereits dann von einer Arbeitsstreitigkeit auszugehen, wenn aus den blossen Tatsachenbehauptungen des Klägers auf das Vorliegen eines Arbeitsvertrages geschlossen werden muss. In diesem Sinne sind vom Kläger behauptete Tatsachen, welche sowohl für die örtliche oder sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts als auch für die Begründetheit der Klage erheblich sind (sog. *doppelrelevante Tatsachen*), für die Beurteilung der Zuständigkeit als wahr zu unterstellen. Es kommt daher einzig darauf an, ob die klägerischen Tatsachenbehauptungen, wenn sie sich in einem allfälligen Beweisverfahren als richtig herausstellen sollten, auf einen arbeitsrechtlichen Anspruch schliessen lassen. Die endgültige Vertragsqualifikation gehört demgegenüber zur materiellen Beurteilung. Eine Ausnahme gilt lediglich dort, wo die klägerischen Behauptungen auf Anhieb fadenscheinig oder inkohärent erscheinen und durch die Klageantwort sowie durch die von der Gegenseite produzierten Dokumente unmittelbar und eindeutig widerlegt werden. Nur wenn in diesem die vom Kläger behauptete rechtliche Qualifikation seines Anspruchs ausgeschlossen erscheint, ist auf die Klage mangels Zuständigkeit nicht einzutreten (ZR 111/2012 Nr. 6 E. 6.1. und 6.2. mit Hinweisen und sich abstützend namentlich auf BGE 137 III 32).

4.3. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf die folgenden Tatsachenbehauptungen des Klägers (teilweise vorgetragen anlässlich der Sühnverhandlung, auf die er anlässlich der Hauptverhandlung verwies, Prot. I S. 6):

- Der Beklagte habe vom Kläger zwar gewünscht, dass er als Selbständig-erwerbender arbeite; die Selbständigkeit des Klägers sei aber von der SUVA abgelehnt worden (Urk. 1 S. 1).
- Abgemacht worden sei ein "Anfangsgehalt von CHF 6'000.00 pro Monat, resp. CHF 35.00 pro Stunde" (Urk. 1 S. 1).
- Beim Beklagten habe der Kläger als Chauffeur und Bauarbeiter gearbeitet. Den Beklagten habe der Kläger jeweils zu Hause abgeholt und sei dann mit ihm zusammen auf die Baustellen gefahren. Ferner habe er mit dem "firmeneigenen Hyundai Lieferwagen" viele Transporte gemacht.

- Täglich habe der Kläger den Beklagten mit diesem Firmenwagen bei sich zu Hause abgeholt. Dann sei man gemeinsam zum Lager des Beklagten in ... gefahren und alsdann zur "jeweiligen Baustelle" (Urk. 10 S. 1).
- Auf Vorschlag des Beklagten hätten die Parteien ab Juli 2007 einen fixen Monatslohn von Fr. 6'000.00 vereinbart (Urk. 1 S. 1).
- Die Monatsabrechnungen (Urk. 2/8-2/10) seien in der Folge nur "pro forma" ausgestellt worden. Sie seien jeweils von 171 ½ Stunden pro Monat ausgegangen, was bei einem Stundenansatz von Fr. 35.00 einen Betrag von Fr. 6'000.00 [recte Fr. 6'002.50] ergeben habe (Urk. 10 S. 2).
- Die Arbeiten auf den Baustellen erledigten die Parteien zusammen, und nur selten seien Aushilfsmitarbeiter beigezogen worden (Urk. 10 S. 2).
- Der Beklagte habe für den Kläger regelmässig bei verschiedenen Lieferanten Material abholen müssen, so namentlich bei: ... AG, ..., ..., ..., ... AG (Urk. 10 S. 2 f.).
- Der Kläger sei für den Beklagten auf einer Reihe von Baustellen eingesetzt gewesen. Der Beklagte habe während der Zeit der Zusammenarbeit mit dem Kläger jeweils so viele Aufträge gehabt, dass der Kläger und der Beklagte stets voll ausgelastet gewesen seien und zu Spitzenzeiten auch Aushilfsarbeiter hätten beigezogen werden müssen (Urk. 10 S. 3; vgl. auch Urk. 18 S. 1 und Prot. I S. 7).
- Der Kläger habe in der Regel von 07.00 Uhr bis 12.00 Uhr und von 13.00 Uhr bis 17.00 Uhr gearbeitet. Oft sei der Arbeitsschluss aber erst um 18.00 Uhr oder 19.00 Uhr gewesen (Urk. 10 S. 4).
- Während der ganzen Zeit des Vertragsverhältnisses habe der Kläger voll für den Beklagten (Urk. 18 S. 1 f.) und für niemanden anders gearbeitet (Prot. I S. 16).

Demgegenüber führte der Beklagte im Wesentlichen Folgendes aus:

- Der Kläger sei nicht in einem Anstellungsverhältnis mit dem Beklagten gestanden. Verwiesen werde in diesem Zusammenhang auf den Handelsregistereintrag (Prot. I S. 7; vgl. dazu Urk. 74).
- Die Frage, ob er dem Kläger Anweisungen für seine Arbeit gegeben habe, beantwortete der Beklagte dahin, dass er eben mit allen Leuten, mit denen er arbeite, reden müsse (Prot. I S. 8).
- Die Aufträge seien ausschliesslich vom Beklagten akquiriert worden (Prot. I S. 8).
- Vereinbart gewesen sei ein Stundenlohn von Fr. 35.00. Auf einen Monatslohn von Fr. 6'000.00 habe man sich nicht geeinigt (Prot. I S. 8).
- Es sei richtig, dass der Beklagte am 14. März 2010 der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich sich als Arbeitgeber des Klägers bezeichnet habe und für die Jahre 2007 bis 2009 Lohnsummen von Fr. 84'829.55 des Klägers deklariert habe (vgl. dazu: Urk. 11/5, 2007: Fr. 28'899.50; 2008: Fr. 33'225.55; 2009: Fr. 22'704.50).

- Das Firmenauto sei dem Kläger vom Beklagten zur Verfügung gestellt worden. Der Kläger habe es auch für private Angelegenheiten benutzen dürfen. Indessen habe der Beklagte den Parkplatz bezahlt (Prot. I S. 13).
- Der Kläger habe auch noch für andere Arbeitgeber gearbeitet. Er könne sich aber nur noch an einen Herrn ... und an einen invaliden Nachbarn des Klägers erinnern (Prot. I S. 13 f.).

4.4. Gemäss Art. 319 Abs. 1 OR liegt ein Einzelarbeitsvertrag unter anderem dann vor, wenn sich der Arbeitnehmer auf unbestimmte Zeit zur Leistung von Arbeit im Dienst des Arbeitgebers und der Arbeitgeber sich zur Entrichtung eines Lohnes nach Zeitabschnitten verpflichtet hat. Gemäss Art. 319 Abs. 2 OR gilt das auch bei Teilzeitarbeit, d.h. bei regelmässigen Leistungen von stunden-, halbtage- oder tageweiser Arbeit.

Die Tatsachenbehauptungen des Klägers weisen klarerweise auf einen Arbeitsvertrag hin: Der Kläger war nach seiner Sachdarstellung während längerer Zeit vollzeitig für den Beklagten tätig. Dabei hat der Beklagte dem Kläger die Arbeit zugewiesen und hat für das Arbeitsmaterial gesorgt; der Kläger fuhr stets mit dem firmeneigenen Lieferwagen. Entschädigt wurde der Kläger nicht etwa von den einzelnen Auftraggebern, sondern ausschliesslich vom Beklagten, wobei sogar ein Monatslohn von Fr. 6'000.00 vereinbart gewesen sein soll. Die Gegendarstellung des Beklagten lassen die Tatsachenbehauptungen des Klägers keineswegs als inkohärent oder fadenscheinig erscheinen. Es ist daher im Sinne des Grundsatzes der Massgeblichkeit doppelrelevanter Tatsachen einstweilen von der Sachdarstellung des Klägers auszugehen. Nach dieser Sachdarstellung geht es um eine Streitigkeit aus dem Arbeitsverhältnis, weshalb gemäss § 13 Abs. 1 GVG/ZH die sachliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichts für die Beurteilung der Klage gegeben ist.

4.5. Ist das Arbeitsgericht für die Beurteilung der Klage aber sachlich zuständig, dann hat es die Klage ungeachtet der endgültigen Qualifikation des Vertragsverhältnisses zu beurteilen. Der vom Arbeitsgericht eingeschlagene Weg, die Klage nur unter arbeitsrechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen, ist unzulässig und verletzt die Rechtsweggarantie von Art. 29a BV: Ist das Gericht sachlich zuständig, dann hat es das Recht von Amtes wegen und umfassend anzuwenden (§ 57 Abs.

1 ZPO/ZH; heute: Art. 57 ZPO). Wenn sich ein Kanton dazu entschliesst, Arbeitsgerichte einzurichten, dann muss dieses Spezialgericht, wenn es einmal zuständig ist, die ihm unterbreiteten Klagen umfassend prüfen. Eine materielle Beurteilung der Klage, wie sie von der Vorinstanz vorgenommen wurde, führt zur materiellen Rechtskraft, und zwar ungeachtet darum, wie das Gericht rechtlich argumentiert. Es war daher nicht möglich, die Klage lediglich unter dem Gesichtspunkt eines Arbeitsverhältnisses abzuweisen, wie das die Vorinstanz unter Hinweis auf die kantonale Zuständigkeitsordnung getan hat (Urk. 56 S. 24 oben). Die Frage der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit des angerufenen Gerichts ist vielmehr gemäss Art. 59 Abs. 1 ZPO unter dem Gesichtspunkt der Prozessvoraussetzungen zu prüfen (§ 108 ZPO/ZH; heute Art. 59 ZPO). Die Verneinung einer Prozessvoraussetzung schliesst eine materielle Beurteilung aus und führt zum Nicht-eintreten auf die Klage (vgl. Art. 59 Abs. 1 ZPO e contrario) und damit zu einem Entscheid, der nicht in materielle Rechtskraft erwachsen kann.

5. Die rechtliche Qualifikation des Vertragsverhältnisses und die Folgerungen daraus

5.1. Im Sinne des Gesagten ist in einem zweiten Schritt das Vertragsverhältnis der Parteien nicht bloss vorläufig, sondern endgültig zu qualifizieren. Die Vorinstanz hat im angefochtenen Urteil die rechtlichen Rahmenbedingungen für einen Arbeitsvertrag richtig dargestellt; es kann darauf verwiesen werden (Urk. 56, E. III/1 S. 8 - 10).

5.2. In den wesentlichen Punkten stimmen die hier interessierenden erstinstanzlichen Sachdarstellungen der Parteien überein, so dass ein Beweisverfahren für die Vertragsqualifikation entbehrlich ist:

5.2.1. Zu Beginn ihrer Zusammenarbeit, gingen die Parteien in der Tat davon aus, dass der Kläger als selbständig Erwerbender tätig sein solle: Darauf wies der Kläger schon in seiner ersten, selbst verfassten Eingabe hin, indem er ausführte, dass der Beklagte gewünscht habe, dass er "als Selbständigerwerbender im Auftrage seiner Firma arbeite" (Urk. 1 S. 1 und Urk. 10 S. 1). Der Beklagte führte dazu aus, dass er seinerzeit dem Kläger auf dessen Anfrage hin gesagt habe, dass

es ihm nicht möglich sei, ihn anzustellen. Wenn er wolle, könne er aber als Selbständiger mit ihm zusammenarbeiten. Für eine feste Anstellung habe er aber "weder die Kompetenzen noch die notwendigen Mittel" (Prot. I S. 8). Im Übrigen legt der Beklagte entscheidendes Gewicht darauf, dass sich der Kläger am tt. Juni 2007 (vgl. Urk. 74) im Handelsregister als Einzelunternehmen hat eintragen lassen. Der Beklagte bestreitet nicht, dass dies auf seine Veranlassung geschah (vgl. Prot. I S. 8 oben).

Zum Abschluss eines Vertrages bedarf es der übereinstimmenden Willensäusserungen der Parteien, wobei diese Willensäusserungen ausdrücklich oder stillschweigend sein können (Art. 1 OR). Und nach Art. 18 Abs. 1 OR ist bei der Beurteilung eines Vertrages der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten, die von den Parteien entweder aus Irrtum oder in der Absicht gebraucht wird, die wahre Beschaffenheit des Vertrages zu verbergen. Sollten die ausdrücklichen oder konkludenten Willensäusserungen der Parteien auf einen Arbeitsvertrag hinweisen, dann würde eine rechtsirrtümliche Meinung des Beklagten oder auch beider Parteien, wonach der Kläger als Selbständiger Arbeit geleistet habe, ohne jeden Belang bleiben. Ohne Belang wäre in diesem Fall auch der Umstand, dass der Kläger ab dem tt. Juni 2007 als Einzelunternehmen im Handelsregister eingetragen war. Darauf hat im Ergebnis schon die Vorinstanz hingewiesen (Urk. 56 E. 1.2 S. 9).

5.3. Im vorliegenden Fall kann sich einzig die Frage stellen, ob das Vertragsverhältnis der Parteien als Arbeitsvertrag oder als Auftrag zu betrachten ist. Arbeitsvertrag und Auftrag können den gleichen Gegenstand haben. Für Arbeitsverträge typisch ist das Vorliegen eines Dauerschuldverhältnisses, die entgeltliche Tätigkeit und die Einordnung in die Arbeitsorganisation des Arbeitgebers (vgl. OGer Schaffhausen in ZBJV 2005 S. 131 ff.).

Hinsichtlich der Entgeltlichkeit ist zwischen den Parteien einzig strittig, ob anfänglich ein Stundenlohn von Fr. 35.00 oder aber ein Monatslohn von Fr. 6'000.00 vereinbart war. Fest steht weiter, dass der Kläger über zwei Jahre für den Beklagten hauptzeitlich tätig war. Der Beklagte, der vor Vorinstanz behauptet hatte, der Kläger sei auch für Dritte tätig gewesen, vermochte sich auf entspre-

chende Frage hin an einen einzigen konkreten Auftrag eines Dritten sowie an eine angebliche Dienstleistung des Klägers für seinen invaliden Nachbarn zu erinnern (Prot. I S. 14 oben). Damit kann nicht von einer nennenswerten Tätigkeit für Dritte ausgegangen werden. Davon abgesehen, wäre es durchaus denkbar, auch für verschiedene Arbeitgeber gleichzeitig teilzeitlich tätig zu sein. Die hauptzeitliche Tätigkeit des Klägers ergibt sich unter anderem aus den vom Beklagten eingereichten Stundenkarten für das erste Halbjahr 2009, wo pro Monat zwischen 126 und 181 Arbeitsstunden vermerkt sind (Urk. 12/21-6). Und auch aus den weiteren vom Beklagten eingereichten Unterlagen ergibt sich, dass die Parteien Monat für Monat abgerechnet haben, wobei die Guthaben des Klägers jeweils in der Regel zwischen Fr. 5'000.00 und Fr. 6'000.00 lagen (Urk. 12/3/1-13). Damit steht aber auch fest, dass der Kläger über eine lange Dauer den grössten Teil seiner Arbeitskraft für den Beklagten einsetzte. Daran ändert auch nichts, dass die Arbeitsbelastung gemäss der Darstellung des Beklagten nicht immer gleich war. Immerhin bestätigte er, dass der Kläger "dabei" gewesen sei, wenn es etwas zu tun gegeben habe. Es habe aber auch Zeit gegeben, "an denen wir nichts oder wenig zu tun hatten und wir beide zu Hause blieben" (Prot. I S. 12). Auch das steht der Annahme eines Arbeitsvertrages nicht entgegen.

Auf Grund der übereinstimmenden Darstellung der Parteien steht fest, dass die Akquisition der Aufträge seitens Dritter ausschliesslich der Beklagte besorgte, denn der Kläger hatte nach des Beklagten Sachdarstellung *"0,0% Kenntnisse im Bauwesen"* (Prot. I S. 8). Die Sachdarstellung der Parteien vor Vorinstanz (vgl. oben E. 4.3.) stimmen dahin überein, dass der Beklagte dem Kläger ein Firmenauto zur Verfügung gestellt hat, das stets vom Kläger geführt wurde. Mit diesem Firmenauto holte der Kläger jeweils am Morgen den Beklagten zu Hause ab, um gemeinsam mit ihm zur jeweiligen Baustelle zu fahren, auf der man ebenso gemeinsam jene Bauarbeiten ausführte, die der Beklagte zuvor akquiriert hatte (Prot. I S. 8). Der Kläger hatte ferner mit dem Firmenauto die notwendigen Materialtransporte zu bewerkstelligen und auch im Auftrage des Beklagten und auf dessen Rechnung die notwendigen Einkäufe zu tätigen (Prot. I S. 17 f., 20 f.). Dagegen gibt es keine Hinweise darauf, dass der Kläger auf eigene Rechnung Werkzeug oder Material für seine Arbeit hätte beschaffen müssen. Der Beklagte

bestätigte vor Vorinstanz, dass er in diesem Sinne zusammen mit dem Kläger auf sehr vielen Baustellen gearbeitet habe (Prot. I S. 9-11). Er legt sodann Wert auf den Umstand, dass der Kläger das Firmenauto auch privat haben benutzen dürfen; trotzdem habe der Beklagte den Parkplatz bezahlt (Prot. I S. 13).

Das alles spricht klar gegen ein blosses Auftragsverhältnis, bei dem der Auftragnehmer eigenständig bleibt und sein Handeln bestimmt. Die beschriebenen Vorgänge belegen vielmehr, dass sich der Kläger in die Arbeitsorganisation des Beklagten hat eingliedern müssen. Dem Kläger wurden vom Beklagten nicht einfach einzelne, spezifische Arbeiten zugewiesen, sondern jene, die im Geschäftsablauf des Beklagten während der Dauer der ganzen Tätigkeit des Klägers eben gerade anfielen. Sodann war es einzig der Beklagte, der die Arbeit akquirierte; nur er war der Vertragspartner der betreffenden Auftraggeber. Sodann war es einzig der Beklagte, der Kenntnisse im Bauwesen hatte. Wenn der Kläger geschäftliche Einkäufe tätigte, dann tat er das auf Grund der Instruktionen und auf Rechnung des Beklagten. Der Kläger war mithin im Hinblick auf die Ausübung seiner Arbeitstätigkeit in jeder Hinsicht auf den Beklagten angewiesen. Damit steht fest, dass der Beklagte ein Einzelunternehmen betrieb, wie es dem Eintrag im Handelsregister entspricht. Im Gegensatz zum Kläger nahm er während der ganzen Zeit von dritten Auftraggebern Aufträge an, was für den Kläger – jedenfalls im Rahmen der Zusammenarbeit der Parteien – nicht zutrifft.

Für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages spricht schliesslich auch, dass der Beklagte sich gegenüber der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich als "Arbeitgeber" bezeichnete und für die Jahre 2007 bis 2009 bestimmte Lohnsummen deklarierte (Urk. 11/5). Der Beklagte erklärt dieses Vorgehen einzig damit, dass die erwähnte Deklaration "obligatorisch" gewesen sei (Prot. I S. 12). Vor dem Hintergrund der geschilderten Zusammenarbeit der Parteien erscheint dieser Erklärungsversuch des Beklagten als blosser Ausflucht. Die vom Beklagten vorgenommene Deklaration bei der Sozialversicherungsanstalt war vielmehr zwingende Folge der Art und Weise, wie die Parteien zusammenarbeiteten.

Damit ergibt sich, dass von einem Arbeitsvertrag auszugehen ist. Besonderer Beweismassnahmen bedarf es in diesem Zusammenhang nicht.

5.4. Die Vorinstanz ist zwar auf Grund eines Beweisverfahrens zum Schluss gekommen, es liege ein Auftragsverhältnis vor. Der in diesem Zusammenhang massgebliche Beweissatz 1 des Beweisaufgabebeschlusses vom 18. Juli 2011 (Urk. 20) ist schon deshalb nicht zielführend, weil er nicht auf eine Tatfrage, sondern auf eine Rechtsfrage ausgerichtet ist (nämlich auf die Frage, ob der Kläger beim Beklagten *"als Arbeitnehmer angestellt"* war). Davon abgesehen, haben immerhin vier der von der Vorinstanz vernommenen Zeugen, die alle die Parteien bei ihrer gemeinsamen Zusammenarbeit beobachten konnten, den Beklagten ausdrücklich als "Chef" bezeichnet (Zeuge C.\_\_\_\_\_, Urk. 35 S. 2; Zeuge D.\_\_\_\_\_, Urk. 34 S. 3; Zeuge E.\_\_\_\_\_, Urk. 36 S. 2; Zeuge F.\_\_\_\_\_, Urk. 37 S. 1 ff.). So hatte der Zeuge D.\_\_\_\_\_ nie das Gefühl, dass der Kläger selbständig arbeite. Der Beklagte habe die Instruktionen erteilt. Und wenn der Kläger allein in den Baumarkt gekommen sei, um einzukaufen, dann sei er im Auftrage des Beklagten mit Zetteln gekommen. Der Zeuge E.\_\_\_\_\_ meinte, dass der Beklagte beim Einkaufen des Baumaterials jeweils das Sagen gehabt habe. Der Kläger habe gemacht, was ihm gesagt worden sei. Und der Zeuge F.\_\_\_\_\_ meinte, dass der Beklagte der Chef und der Kläger der Fahrer gewesen sei. Zwar ist der Vorinstanz darin zuzustimmen, dass die vorgängige Kontaktnahme des Klägers mit den Zeugen der Wahrheitsfindung nicht dienlich war. Und einzuräumen ist auch, dass die Zeugen die Art der Zusammenarbeit nicht umfassend würdigen können. Die erwähnten klaren Zeugenaussagen lassen sich aber dennoch nicht aus der Welt schaffen, was auch die Vorinstanz anerkennt (Urk. 56 S. 18). Jedenfalls weisen sie sehr deutlich darauf hin, dass die Parteien nicht wie zwei unabhängige und selbständige Unternehmer auftraten, sondern wie ein Arbeitnehmer und ein Arbeitgeber. Einer abschliessenden Beweiswürdigung bedarf es indessen nicht, weil bezüglich der hier interessierenden Frage erhebliche streitige Tatsachenbehauptungen im Sinne von § 133 ZPO/ZH nicht vorliegen.

5.5. Mit seiner Berufungsantwort hält der Beklagte an der Sichtweise des vorinstanzlichen Urteils fest (Urk. 69). Er vermag indessen keine Argumente vorzutragen, welche dazu dienen könnten, vom Gesagten abzuweichen. Dass die fehlenden Fachkenntnisse des Klägers im Baubereich für eine selbständige Tätigkeit des Klägers sprechen sollen, ist lebensfremd. Vielmehr trifft das Gegenteil zu,

weil der Kläger sich ohne Fachkenntnisse im Markt nicht hätte behaupten können. Dem Beklagten hilft auch nicht, dass für ihn die jederzeitige Kündbarkeit des Auftrages wichtig gewesen sei: Auch wenn die sofortige Kündbarkeit bei der Qualifikation des Vertragsverhältnisses der Parteien als Auftrag für den Beklagten angenehm gewesen wäre (vgl. Urk. 69 Rz 16 und Rz 43), kann dies kein entscheidender Punkt für die Qualifikation des Vertrages sein. Entscheidend ist vielmehr, wie die Parteien das Vertragsverhältnis effektiv ausgestaltet haben (vgl. Art. 18 OR).

5.6. Unter diesen Umständen werden die vom Kläger geltend gemachten Ansprüche unter arbeitsvertraglichen Gesichtspunkten zu prüfen sein. Dazu gehören insbesondere auch die geltend gemachten Lohnansprüche für Krankheitsperioden, Ferien und Überstunden. Zu prüfen wird auch sein, ob die Parteien im Sinne der Behauptungen des Klägers einen Monatslohn vereinbart haben. In diesem Zusammenhang wird auch die Frage von Belang sein, welche Bedeutung der Umstand hat, dass der Kläger dem Beklagten immer wieder Quittungen über den Erhalt eines einem bestimmten Monat zugewiesenen Betrages von Fr. 6'002.50 (entsprechend 171½ Stunden) ausgestellt hat. Auch die Behauptung des Klägers, dass gewisse vom Beklagten vorgelegte Quittungen gefälscht seien (Urk. 18 S. 2 f.), wird näher zu prüfen sein. Ferner wird auf das Argument des Klägers einzugehen sein, dass der Beklagte gemäss Gesamtarbeitsvertrag und ArGV 1 verpflichtet gewesen sei, die Arbeitszeit des Klägers zu erfassen. Gegebenenfalls wird die Vorinstanz auch zur Frage Stellung nehmen müssen, wie ein Fehlen einer solchen Dokumentation zu würdigen ist.

5.7. Nach dem Gesagten ergibt sich, dass die Vorinstanz wesentliche Teile der Klage nicht beurteilt hat. Ferner wird nach dem Gesagten der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu ergänzen sein. Das angefochtene Urteil ist daher in Anwendung von Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO aufzuheben und zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

## 6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Gemäss Art. 104 Abs. 4 ZPO ist der Vorinstanz die Verteilung der Gerichtskosten für das Berufungsverfahren (einschliesslich Festsetzung einer Parteientschädigung) zu überlassen. Für das Berufungsverfahren ist eine Gerichtsgebühr festzusetzen, die gemäss § 10 Abs. 1 GebV OG angemessen zu reduzieren ist. Die obergerichtlichen Kosten sind im Sinne von Art. 111 Abs. 1 ZPO mit dem vom Kläger geleisteten Vorschuss – soweit möglich – zu verrechnen ist. Es ist daran zu erinnern, dass die Berufungsinstanz dem Kläger das Armenrecht erst mit Wirkung ab 13. November 2013 erteilt hat.

### **Es wird beschlossen:**

1. Das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich (1. Abteilung) vom 13. Juni 2013 wird aufgehoben, und die Sache wird zur Ergänzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen sowie zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 4'000.00 und soweit möglich mit dem vom Kläger geleisteten Vorschuss verrechnet.
3. Die Verteilung der Prozesskosten des Berufungsverfahrens (einschliesslich der Einräumung des Rückgriffs für vorgeschossene Prozesskosten sowie der Festsetzung einer Parteientschädigung) wird dem neuen Entscheid der Vorinstanz überlassen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger unter Beilage des Doppels von Urk. 69 sowie an das Arbeitsgericht Zürich (1. Abteilung) unter Beilage der erst- und zweitinstanzlichen Akten, je gegen Empfangsschein.
5. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 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 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 105'191.25.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Zürich, 12. Februar 2014

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. R. Blesi Keller

versandt am:  
mc