

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA150027-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. M. Schaffitz und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiber Dr. M. Nietlispach

Beschluss vom 15. Mai 2016

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____ GmbH,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

Berufung gegen einen Beschluss des Arbeitsgerichtes Zürich, 1. Abteilung, vom 16. März 2015 (AN140044-L)

Rechtsbegehren:

des Klägers (Urk. 1 S. 2):

1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger brutto Fr. 54'667.-- nebst 5% Zins seit 1. Januar 2012 zu bezahlen. Die Beklagte hat die darauf entfallenden Sozialleistungen abzurechnen und abzuliefern.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zulasten der Beklagten.

der Beklagten (Urk. 16 S. 2):

Es sei die Klage vollumfänglich abzuweisen;
unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Klägers.

Beschluss des Arbeitsgerichts Zürich, 1. Abteilung, vom 16. März 2015:
(Urk. 31)

1. Auf die Klage wird nicht eingetreten.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'923.-- festgesetzt.
3. Die Kosten werden dem Kläger auferlegt und aus dem von diesem geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 9'900.-- zu bezahlen.
5. ... [Mitteilungssatz]
6. ... [Rechtsmittelbelehrung]

Berufungsanträge:

des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 30 S. 2):

1. Der Beschluss des Arbeitsgerichts Zürich, 1. Abteilung, vom 16. März 2015 sei aufzuheben.

2. In Gutheissung der Klage sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger brutto Fr. 54'667.-- nebst 5% Zins seit 1. Januar 2012 zu bezahlen. Die Beklagte hat die darauf entfallenden Sozialleistungen abzurechnen und abzuliefern.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zulasten der Beklagten für das erst- wie für das zweitinstanzliche Verfahren."

der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 35 S. 2):

Es sei die Berufung abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist, und es sei der Beschluss des Arbeitsgerichts Zürich vom 16. März 2015 zu bestätigen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zulasten des Berufungsklägers.

Erwägungen:

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Bei der Beklagten und Berufungsbeklagten (im Folgenden Beklagte) handelt es sich um eine GmbH mit dem im Handelsregister eingetragenen Zweck, Konzepte für Lichtplanung aller Art, Import und Export von Licht- und Leuchtkörpern, Gross- und Einzelhandel von Licht- und Leuchtkörpern sowie EDV-Dienstleistungen im Bereich Planungen anzubieten. Einziger Gesellschafter und Vorsitzender der Geschäftsführung ist C._____ (Urk. 5/3). Der Kläger und Berufungskläger (fortan Kläger), der – abgesehen von einer kurzen Zeit der Arbeitslosigkeit – hauptberuflich bei einem anderen Unternehmen der Lichtbranche angestellt war, war von Mai 2010 bis Mai 2012 sporadisch und stundenweise für die Beklagte tätig, wobei kein schriftlicher Vertrag geschlossen worden war (Urk. 1 S. 3 ff. Rz 6 f.; Urk. 16 S. 4 f.). Die Beschäftigung des Klägers bestand (unter anderem) darin, Bestellungen bei Lieferanten zu tätigen und andere administrative Arbeiten zu erledigen (Urk. 16 S. 5; Urk. 1 S. 12 Rz 11). Zwischen den Parteien ist strittig, wie ihre rechtliche Beziehung im genannten Zeitraum zu qualifizieren ist. Der Klä-

ger vertritt die Ansicht, es habe sich um ein Arbeitsverhältnis im Sinne von Art. 319 ff. OR gehandelt, was die Beklagte in Abrede stellt. Dementsprechend bejaht der Kläger die sachliche Zuständigkeit der Vorinstanz zur Beurteilung der Klage, während die Beklagte sie verneint.

2. Mit Eingabe vom 5. September 2014 machte der Kläger beim Arbeitsgericht Zürich, 1. Abteilung (Vorinstanz), gegen die Beklagte die vorliegende Forderungsklage über brutto Fr. 54'667.-- nebst 5% Zins seit 1. Januar 2012 anhängig (Urk. 1 und 3). Nach Eingang der schriftlichen Klageantwort vom 24. November 2014 (Urk. 16) und durchgeführter mündlicher Hauptverhandlung, anlässlich welcher die Parteien ihre Replik bzw. Duplik erstatteten (Prot. I S. 5 ff.; Urk. 21 und 24), beschloss die Vorinstanz am 16. März 2015, mangels sachlicher Zuständigkeit unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Klägers auf die Klage nicht einzutreten (Urk. 27 = Urk. 31).

3. Gegen den vorinstanzlichen Nichteintretensbeschluss erhob der Kläger mit Eingabe vom 29. Mai 2015 Berufung (Urk. 30). Damit beantragt er die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die Gutheissung seiner Klage (Urk. 30 S. 2). Mit Verfügung vom 3. Juni 2015 wurde dem Kläger für die zweitinstanzlichen Gerichtskosten ein Vorschuss von Fr. 6'000.-- auferlegt (Urk. 32), der am 16. Juni 2015 geleistet wurde (Urk. 33). Die fristwahrende Berufungsantwort mit dem Antrag auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheids datiert vom 21. Juli 2015 (Urk. 35; s.a. Urk. 34) und wurde dem Kläger mit Verfügung vom 23. Juli 2015 zur Kenntnisnahme zugestellt. Hierzu äusserte sich der Kläger mit spontaner Eingabe vom 6. August 2015 (Urk. 37), die der Beklagten am 10. August 2015 zur Kenntnis gebracht wurde (Urk. 37 und 38). Die dazu eingegangene spontane Stellungnahme der Beklagten vom 14. August 2015 (Urk. 39) wurde dem Kläger ebenfalls zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 39 und 40). Dessen daraufhin eingegangene Eingabe vom 26. August 2015 wurde der Beklagten am 1. September 2015 zugestellt (Urk. 41-42). Weitere Eingaben sind nicht erfolgt.

II. Prozessuales

1. Die Rechtsmittelvoraussetzungen sind erfüllt: Die Berufung richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid über eine vermögensrechtliche Streitigkeit, deren Streitwert Fr. 10'000.-- übersteigt (Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO). Sie wurde form- und fristgerecht erhoben (Art. 311 Abs. 1 und Art. 142 f. ZPO; Urk. 29/1), und der einverlangte Kostenvorschuss wurde rechtzeitig geleistet (Urk. 32 und 33). Unter dem Vorbehalt rechtsgenügender Begründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO und nachstehend E. II/2) ist auf die Berufung einzutreten. Der Berufungsentscheid kann aufgrund der Akten ergehen (Art. 316 Abs. 1 ZPO).

2. Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_184/2013 vom 26.4.2013 E. 3.1). Dabei ist in der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Das setzt voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anfiht, 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 (vgl. im Einzelnen BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_247/2013 vom 15.10.2013 E. 3.2; 5A_751/2014 vom 28.5.2015 E. 2.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht die Rechtsmittelinstanz nicht zu überprüfen. Das gilt zumindest solange, als ein Mangel nicht geradezu ins Auge springt (vgl. BGer 4A_258/2015 vom 21.10.2015 E. 2.4.3; 4A_290/2014 vom 1.9.2014 E. 3.1 und 5). Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) im Berufungsverfahren eine Relativierung. In diesem Rahmen ist insoweit auf die Parteivorbringen einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (BGE 134 I 83 E. 4.1 S. 88 m.w.Hinw.).

3. 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 werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Dabei hat, wer sich auf (insbesondere unechte) Noven beruft, deren Zulässigkeit darzutun (vgl. BGer 5A_330/2013 vom 24.9.2013 E. 3.5.1; 5A_266/2015 vom 24.6.2015 E. 3.2.2, je m.w.Hinw.).

4. Schliesslich ist vorzuschicken, dass die vorliegende Klage in Anbetracht des über Fr. 30'000.-- liegenden Streitwerts im ordentlichen Verfahren zu beurteilen ist. Das Verfahren untersteht somit der Verhandlungsmaxime. Danach ist es Sache der Parteien, dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel zu nennen (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Soweit es wie vorliegend jedoch um Tatsachen geht, welche die als Prozessvoraussetzung von Amtes wegen zu prüfende sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts begründen (Art. 59 Abs. 2 lit. b und Art. 60 ZPO), gilt nach herrschender Auffassung die beschränkte Untersuchungsmaxime (BK ZPO I-Zingg Art. 60 N 4; KUKO ZPO-Domej Art. 60 N 5; Zürcher, in: ZPO Komm. Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Art. 60 N 4 m.w.Hinw.; s.a. BGE 139 III 278 E. 4.3; OFK ZPO-Morf Art. 60 N 3; BSK ZPO-Gehri Art. 60 N 3 und N 10; DIKE Komm. ZPO-Müller Art. 60 N 1).

III. Materielle Beurteilung

1. Primärer Streitpunkt und (einziger) Gegenstand des Berufungsverfahrens bildet die Frage der rechtlichen Qualifikation des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrags und – als deren Folge – der sachlichen Zuständigkeit der Vorinstanz zur Beurteilung der Klage. Die diesbezüglichen Auffassungen der Parteien divergierten bereits im vorinstanzlichen Verfahren.

1.1. Der Kläger stellte sich vor Vorinstanz auf den Standpunkt, zwischen ihm und der Beklagten habe ein Arbeitsvertrag im Sinne von Art. 319 ff. OR bestanden. Seiner Ansicht nach war er auf Abruf für bestimmte Projekte stunden-

weise in einem Nebenerwerb teilzeitlich für die Beklagte tätig. Die Parteien hätten einen Brutto-Lohn von Fr. 100.-- pro Stunde vereinbart, zahlbar bei Abschluss des jeweiligen Projekts. Bis zur stillschweigenden Auflösung des Vertrags nach Mai 2012 sei der Kläger insgesamt 534.4 Stunden für die Beklagte tätig gewesen, woraus ein Lohnanspruch von Fr. 53'440.-- resultiere. Die Beklagte habe ihm jedoch nur einmal, kurz vor Jahresende 2011, Lohn in der Höhe von Fr. 5'000.-- netto bzw. Fr. 5'405.-- brutto bezahlt und diese Lohnzahlung am 9. März 2012 mit dem Lohnausweis 2011 bestätigt (Urk. 1 S. 3 ff. Rz 6-8). Neben der (Rest-)Lohnforderung von Fr. 48'035.-- habe er Anspruch auf Auslagenersatz im Betrag von insgesamt Fr. 6'632.-- (Fr. 3'032.-- Kilometergeld für mit dem Auto gefahrene Kilometer [3'790 km à Fr. 0.80] sowie Fr. 3'600.-- Auslagenpauschale [24 Monate à Fr. 150.--]). Die Beklagte schulde ihm somit Fr. 54'667.-- brutto (Urk. 1 S. 14 f. Rz 15-17).

1.2. Die Beklagte bestätigte im vorinstanzlichen Verfahren, dass der Kläger für sie tätig gewesen sei und dass er für seine sporadischen Einsätze angemessen entlohnt werden sollte. Entgegen dessen Darstellung habe sie aber nicht nur eine Einmalzahlung von Fr. 5'000.--, sondern insgesamt drei Zahlungen über Fr. 10'000.-- (März 2011), Fr. 7'500.-- (Mai 2011) und Fr. 5'000.-- (Dezember 2011) auf verschiedene, jeweils vom Kläger bestimmte Konti geleistet. Sodann bestritt sie jegliche Absicht, sich arbeitsvertraglich zu binden, und verneinte das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses. Ebenso bestritt sie den behaupteterweise vereinbarten Stundenansatz von Fr. 100.-- brutto, die angebliche Vielzahl der vom Kläger bedienten Kunden bzw. Projekte, den behaupteten (Gesamt-)Stundenaufwand sowie die geltend gemachten Spesen (Urk. 16 S. 4 ff.).

2. Die Vorinstanz nannte in ihrem Entscheid zunächst die vier wesentlichen Elemente, die den Einzelarbeitsvertrag im Sinne von Art. 319 OR auszeichnen: die Pflicht des Arbeitnehmers zur Arbeitsleistung (und nicht zu einem Arbeitserfolg), dessen Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation (und nicht eine eigenverantwortliche Tätigkeit), die Eingehung eines (privatrechtlichen) Dauerschuldverhältnisses sowie die Entgeltlichkeit. Wesentliches Unterscheidungsmerkmal des Arbeitsverhältnisses gegenüber anderen Vertragsverhältnissen, die

Arbeitsleistung gegen Entschädigung zum Gegenstand hätten, wie insbesondere das Auftragsverhältnis oder gesellschaftliche Rechtsverhältnisse, bilde das Merkmal der Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation. Anders als bei diesen anderen Rechtsverhältnissen entstehe mit dem Eintritt des Arbeitnehmers in die Dienste des Arbeitgebers ein Abhängigkeitsverhältnis, das den Arbeitnehmer im Arbeitsvollzug persönlich, betrieblich und zeitlich der Direktionsgewalt des Arbeitgebers unterstelle. Die Weisungsgewalt des Arbeitgebers führe zur rechtlichen Unterordnung des Arbeitnehmers als entscheidendes Merkmal des Arbeitsvertrags. Nach konstanter Rechtsprechung sei das Kriterium der Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation aber nicht aufgrund eines einzigen Merkmals, sondern aufgrund einer Würdigung aller Umstände des Einzelfalles vorzunehmen. Lehre und Praxis hätten verschiedene (in den vorinstanzlichen Erwägungen im Einzelnen dargelegte) Typuselemente entwickelt, die in einer Gesamtwürdigung stärkere oder eher zweitrangige Indizien für (oder gegen) das Vorliegen des einen oder anderen Vertrags bildeten (Urk. 31 S. 7 ff. E. IV/2).

Alsdann prüfte die Vorinstanz anhand dieser Merkmale bzw. Abgrenzungskriterien, ob das Rechtsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten typologisch als Arbeitsvertrag zu qualifizieren sei, indem sie die von den Parteien geltend gemachten Charakteristika dieser Rechtsbeziehung im Einzelnen würdigte (Urk. 31 S. 9 ff. E. IV/3). Dabei erwog sie mit Blick auf das Merkmal der Entgeltlichkeit, dass es offensichtlich an den für ein Arbeitsverhältnis wesentlichen regelmässigen Lohnzahlungen fehle. Die unregelmässigen Zahlungen sprächen eher für die Abgeltung verschiedener (selbstständiger) Projekte. Das decke sich mit den Ausführungen des Klägers, wonach dieser nur für diejenigen Projekte einen Lohn geltend mache, welche bei der Beklagten nachweislich zu Erträgen geführt hätten. Demgegenüber stellten die vom Lohn abgezogenen Sozialversicherungsleistungen ein Indiz für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses dar, welches allerdings nur von sekundärer Bedeutung sei. Auf der anderen Seite spreche der Umstand, dass der Kläger seine Tätigkeit bei der Beklagten während seiner Arbeitslosigkeit im Sommer 2010 nicht bei der Arbeitslosenkasse angegeben habe, eher gegen den Bestand eines arbeitsrechtlichen Vertragsverhältnisses (Urk. 31 S. 10 f. E. IV/3.1). Weiter fehle es an einer Vereinbarung hinsichtlich der

für einen Arbeitsvertrag typischen Kündigungsfrist. Mangels Beweisofferten für die Richtigkeit der klägerischen Behauptung, das Vertragsverhältnis sei im Mai 2012 in gegenseitigem Einverständnis aufgelöst worden, müsse von der jederzeitigen Auflösbarkeit des Rechtsverhältnisses ausgegangen werden, was für das Vorliegen eines anderen Vertragsverhältnisses (eines Auftragsverhältnisses) spreche (Urk. 31 S. 11 E. IV/3.2). Sodann seien keine festen Arbeitszeiten vereinbart worden; der Kläger sei hinsichtlich des Zeitmanagements (zu grossen Teilen) autonom gewesen. Nach eigenen Angaben habe es im Belieben des Klägers gestanden, ob er für die Beklagte habe arbeiten wollen oder nicht. Die Tatsache, dass der Kläger nur habe tätig werden müssen, wenn er dies gewollt habe, könne nicht mehr unter eine (allenfalls branchenübliche) freie Arbeitszeiteinteilung subsumiert werden. Vielmehr sei dies als klares Indiz für ein selbstständiges Tätigwerden des Klägers zu werten. Daran ändere auch der vom Kläger angerufene Entscheid des Bundesgerichts (U 335/04 vom 22.2.2005) nichts, dem ein Sachverhalt zugrunde gelegen habe, der mit dem vorliegenden nicht vergleichbar sei. Zudem zeige der Umstand, dass der Kläger aufgrund der geltend gemachten Stunden durchschnittlich nur rund fünf Stunden pro Woche für die Beklagte tätig gewesen sei, dass nicht nur keine (umfassende) zeitliche, sondern auch keine wirtschaftliche Abhängigkeit zur beklagten Partei bestanden habe. Als weiteres Indiz gegen das Vorliegen eines Arbeitsvertrags sei zu werten, dass die Parteien keine Regelung hinsichtlich der Ferien getroffen hätten und der Kläger soweit ersichtlich während des fraglichen Zeitraums auch keine Ferien bezogen habe (Urk. 31 S. 11 ff. E. IV/3.3).

Im Zusammenhang mit der Weisungsgebundenheit beim Ablauf eines bestimmten Projekts bzw. der Arbeitsweise führte die Vorinstanz aus, die beklagte Partei habe nicht bestritten, dass der Kläger ihr in Bezug auf die finanziellen Belange (Offerten, Margen) des Projekts Rechenschaft habe ablegen müssen und C._____ als Geschäftsführer der Beklagten hinsichtlich der Preise etc. ein Weisungsrecht gehabt habe. Unbestritten sei auch, dass der Kläger mit Kunden/Produkten an die Beklagte gelangt sei und Letztere jeweils entsprechend informiert habe. Gemäss Aussage des Klägers habe C._____ bzw. die Beklagte aber nicht in dem Sinne mitbestimmt, dass dem Kläger gesagt worden wäre, in einem bestimmten Fall sei ein bestimmtes Produkt oder eine bestimmte Vorge-

hensweise notwendig; insofern habe der Kläger seine Behauptung, wonach C._____ ihm Weisungen hinsichtlich der Produkte und Vorgehensweise erteilt habe, selbst widerlegt. Dass der Beklagten unter anderem die Kernkompetenz zustehe, ihre Finanzpolitik und Preisstruktur selber festzulegen und den für sie in diesem Bereich tätigen Personen Weisungen zu erteilen, brauche nicht weiter ausgeführt zu werden. Dies treffe indessen bei den verschiedensten Vertragsverhältnissen zu. Allein daraus lasse sich nicht auf eine umfassende Weisungsgebundenheit des Klägers schliessen, und eine weitergehende Weisungsgebundenheit als in finanzieller Hinsicht habe der Kläger nicht substantiiert dargelegt (Urk. 31 S. 13 f. E. IV/3.4). Im Weiteren habe zwar in gewissem Masse eine Eingliederung des Klägers in die Arbeitsorganisation der Beklagten stattgefunden. So habe die beklagte Partei dem Kläger für die Rechnungsstellung ihre Maske und als Arbeitsinstrument einen iMac zur Verfügung gestellt und der Kläger über die allgemeine E-Mailadresse der Beklagten kommuniziert. Der Kläger sei gegenüber den Kunden (und den Lieferanten) mithin als Teil der Beklagten aufgetreten. Allein aufgrund dieser Tatsachen könne aber noch nicht von einer umfassenden Integration in die Arbeitsorganisation der Beklagten und vom Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses gesprochen werden, sei es doch durchaus üblich, dass auch ein Auftraggeber mit den von der Auftraggeberin zur Verfügung gestellten Unterlagen arbeite (Urk. 31 S. 14 f. E. IV/3.5). Andererseits könne diesen Umständen aber auch nicht entnommen werden, dass der Kläger selbstständig tätig gewesen sei. Gegen ein selbstständiges Tätigwerden spreche denn auch das unbestritten gebliebene klägerische Vorbringen, wonach die Offerten jeweils von C._____ hätten abgesegnet werden müssen. Sämtliche Rechnungen an die Kunden sowie Rechnungen für bestellte Produkte seien sodann an die Beklagte adressiert gewesen. Der Kläger habe also in fremdem Namen und eindeutig auf fremde Rechnung gehandelt. Somit habe (grundsätzlich) die Beklagte das Unternehmensrisiko getragen. Immerhin habe der Kläger insofern ein finanzielles Risiko übernommen, als er nur den Aufwand für diejenigen Projekte geltend mache, welche bei der Beklagten zu einem Gewinn geführt hätten (Urk. 1 S. 11). Auch in Bezug auf dieses Abgrenzungskriterium könne deshalb nicht ohne Weiteres auf ein Arbeitsverhältnis geschlossen werden (Urk. 31 S. 15 E. IV/3.6).

Ausgangspunkt für die Gesamtwürdigung – so das vorinstanzliche Fazit – sei die eigene Angabe des Klägers, wonach es in dessen Willen gelegen habe, ob er für die Beklagte habe tätig werden wollen oder nicht. Dabei könne nicht mehr von einer freien Arbeitszeiteinteilung im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses gesprochen werden. Vielmehr sei der Kläger in zeitlicher wie auch wirtschaftlicher Hinsicht vollkommen unabhängig gewesen. Zudem fehle es an verschiedenen für ein Arbeitsverhältnis typischen Merkmalen: So seien nebst den fehlenden festen Arbeitszeiten keine Ferien vereinbart worden und habe es keine Regelung betreffend die Kündigung des Vertragsverhältnisses gegeben. Auch seien keine regelmässigen Lohnzahlungen erfolgt, und eine Weisungsgebundenheit habe nur in finanzieller Hinsicht bestanden. Hinsichtlich der Kriterien der Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation sowie der Tragung des unternehmerischen Risikos fänden sich Hinweise für das Vorliegen eines Arbeitsvertrags. Der Kläger sei in einem gewissen Masse in die Arbeitsorganisation integriert gewesen und habe grundsätzlich auf fremden Namen und fremde Rechnung gearbeitet. Gesamthaft betrachtet könne allein aufgrund dieser Indizien jedoch nicht von einem klaren – für ein Arbeitsverhältnis wesentlichen – Subordinationsverhältnis gesprochen werden. Daran vermöge auch die Tatsache, dass die Beklagte den Kläger "sozialversicherungstechnisch" als unselbstständig Erwerbenden behandelt habe, nichts zu ändern, zumal es sich diesbezüglich um ein Abgrenzungskriterium von zweitrangiger Bedeutung handle. In Abwägung der gesamten Umstände überwiegen die auftragsrechtlichen Elemente gegenüber den arbeitsvertraglichen, weshalb das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien nicht als Arbeitsverhältnis qualifiziert werden könne. Auf die Klage sei daher mangels sachlicher Zuständigkeit nicht einzutreten (Urk. 31 S. 15 f. E. IV/3.7-3.8).

3. Der Kläger wirft der Vorinstanz unrichtige Rechtsanwendung im Sinne von Art. 310 lit. a ZPO vor. Indem diese ungeachtet des namhaften (zeitlichen und umsatzmässigen) Umfangs seiner Tätigkeit, der unbestrittenen Entgeltlichkeit seiner Arbeitsleistung und deren Bezahlung als Lohn sowie dem von der Beklagten ausgestellten Lohnausweis, in welchem der Kläger als Arbeitnehmer und die Beklagte als Arbeitgeber aufgeführt sei, einen Arbeitsvertrag verneint habe und deshalb auf die Klage nicht eingetreten sei, habe sie Art. 319 und Art. 320 OR und

§ 20 Abs. 1 lit. a GOG verletzt. Statt dessen hätte die sachlich zuständige Vorinstanz auf die Klage eintreten müssen (Urk. 30 S. 3 f. Rz 2 f. und S. 11 Rz 11). Zur Begründung macht der Kläger im Wesentlichen geltend, die Erwägungen zur Vertragsqualifikation seien bereits im Ansatz falsch, da die Vorinstanz, statt die für und gegen einen Arbeitsvertrag sprechenden Elemente gleichwertig gegeneinander abzuwägen, primär von einem Auftrag ausgegangen sei und dann befunden habe, die für einen Arbeitsvertrag sprechenden Indizien vermöchten daran nichts zu ändern. Überdies habe die Vorinstanz im Rahmen ihrer Gesamtbetrachtung verschiedene Elemente des Vertragsverhältnisses unsachgemäss gewichtet (Urk. 30 S. 4 ff. Rz 4 ff.). Bei richtiger rechtlicher Würdigung aller wesentlichen Umstände des vorliegenden Falles sei der zwischen den Parteien bestehende Vertrag als Arbeitsvertrag im Sinne von Art. 319 ff. OR zu qualifizieren; klare Indizien hiergegen gebe es keine (Urk. 30 S. 10 f. Rz 10). Auf die im Einzelnen erhobenen Einwände ist nachfolgend (E. III/5.1-5.7) näher einzugehen.

Die Beklagte hält die vorinstanzlichen Erwägungen zur Vertragsqualifikation für überzeugend und den Nichteintretensentscheid für rechtmässig (Urk. 35 S. 2).

4. Die Ausführungen der Vorinstanz zu den wesentlichen Begriffsmerkmalen und zur Abgrenzung des Arbeitsvertrags (Art. 319 ff. OR) gegenüber anderen Verträgen auf Arbeitsleistung (Urk. 31 S. 7 ff. E. IV/2) entsprechen den von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen (vgl. etwa BK OR-Rehbinder/Stöckli Art. 319 N 42 ff.; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxis-kommentar zu Art. 319–362 OR, 7. A., Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 319 N 2 ff.; Brühwiler, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319–343 OR, 3. A., Basel 2014, Art. 319 N 10a). Sie sind zutreffend und werden in der Berufungsschrift auch nicht bemängelt. Darauf kann vorweg verwiesen werden. Besonders hervorzuheben ist, dass die Vertragsqualifikation aufgrund einer Gesamtwürdigung und -gewichtung der verschiedenen Typuselemente bzw. sämtlicher Elemente des konkreten Vertragsverhältnisses vorzunehmen ist (Vischer/Müller, Der Arbeitsvertrag, Schweizerisches Privatrecht Bd. VII/4, 4. A., Basel 2014, § 5 Rz 5; BSK OR I-Portmann/Rudolph Art. 319 N 15; BK OR-Rehbinder/Stöckli Art. 319 N 43;

Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 319 N 2; Brühwiler, a.a.O., Art. 319 N 10a).

5. Entgegen klägerischer Auffassung sind auch die von der Vorinstanz vorgenommene konkrete Würdigung der relevanten Umstände und die daraus abgeleitete rechtliche Qualifikation des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrags nicht zu beanstanden. Vielmehr ist den in weiten Teilen und jedenfalls im wesentlichen Kern überzeugenden und sachlich zutreffenden Erwägungen, mit denen die Vorinstanz eine Qualifikation als Arbeitsvertrag verworfen hat, im Ergebnis zuzustimmen. Daran vermögen die berufsungsweise erhobenen Einwände des Klägers nichts zu ändern.

5.1. Der Kläger rügt vorweg, angesichts des zeitlichen und umsatzmässigen Umfangs seiner Arbeitsleistung sei die Annahme einer Tätigkeit, die "im Sinne eines Freundschaftsdienstes" nur der Beklagten gedient habe, eine äusserst unwahrscheinliche Subsumption (Urk. 30 S. 3 Rz 3). Dabei scheint er zu verkennen, dass die Beklagte entgegen seinen Vorbringen nicht behauptet und die Vorinstanz auch nicht angenommen hat, der Kläger sei im Sinne eines – wenn auch angemessen zu entlohnenden – Freundschaftsdienstes für die Beklagte tätig gewesen. Die Beklagte hatte vielmehr behauptet, C._____ habe dem Kläger im Sinne eines Freundschaftsdienstes *angeboten*, gelegentlich (gegen Entgelt) für die Beklagte tätig sein zu können (Urk. 16 S. 4 Mitte und S. 7 oben). Dass der Kläger dieses ihm unterbreitete Angebot angenommen und mit der Beklagten einen Vertrag auf Arbeitsleistung gegen Entgelt geschlossen hat, ist unbestritten; ebenso wie der Umstand, dass die Parteien seine im Rahmen dieses Vertrags erbrachte Arbeitsleistung nicht als blossen Freundschaftsdienst verstanden, sondern als entgeltliche (Erwerbs-)Tätigkeit des Klägers betrachtet hatten. Strittig ist lediglich die rechtliche Qualifikation des zustande gekommenen Vertrags. Diese hängt aber nicht davon ab und wurde von der Vorinstanz auch nicht danach beurteilt, ob auslösendes Moment für den Vertragsschluss ein Freundschaftsdienst war oder nicht. Insoweit zielt die Berufung an der Sache vorbei.

5.2.a) Sodann wendet der Kläger ein, der Sinn der arbeitsvertraglichen Bestimmungen von Art. 319 ff. OR liege im Schutz des Arbeitnehmers und wolle

dem Kläger (Lohn-)Ansprüche verschaffen. Der Arbeitsvertrag komme deshalb auch ohne Einigung der Parteien über wesentliche Vertragsbedingungen und ungeachtet dessen, dass die Beklagte diesen Vertrag nicht gewollt habe, von Gesetzes wegen zustande (Art. 320 OR). Entsprechend sei bereits der Ansatz der Vorinstanz falsch, die "zu einem Arbeitsvertrag gegenläufigen Indizien" als Ausgangspunkt zu nehmen. Damit gehe die Vorinstanz zum Nachteil des Arbeitnehmers in erster Linie von einem Auftrag aus und befinde dann, die für den Arbeitsvertrag bestehenden Indizien vermöchten daran nichts zu ändern. Die nach Art. 319 und 320 OR notwendige Gesamtbetrachtung sei aus dem falschen Blickwinkel erfolgt und habe zu einer inadäquaten Gewichtung der vorhandenen Elemente geführt. Die Vorinstanz habe nicht zum Schutz des Arbeitnehmers primär für den Arbeitsvertrag sprechende Elemente berücksichtigt und auch nicht die Elemente pro Arbeitsvertrag oder pro Auftrag gleichwertig gewogen, sondern sei rechtsfehlerhaft wegen *eines* Indizes (freie Arbeitszeiteinteilung) von einem Auftrag ausgegangen und habe dann alle anderen Elemente pro Arbeitsvertrag "stückweise abgetan" (Urk. 30 S. 4 Rz 4).

b) Sollte der Kläger mit dem Hinweis auf den Arbeitnehmerschutzgedanken der Art. 319 ff. OR sinngemäss geltend machen, im Zweifel sei ein bestimmter Vertrag auf Arbeitsleistung als Arbeitsvertrag zu qualifizieren, kann seiner Ansicht nicht gefolgt werden. Die den Arbeitnehmer schützenden Vorschriften von Art. 319 ff. OR kommen nur dann zur Anwendung, wenn ein bestimmter Vertrag rechtlich als Arbeitsvertrag zu qualifizieren ist (Brühwiler, a.a.O., Art. 319 N 10b). Diese Qualifikation hat aber nicht aufgrund einer "Im Zweifel"-Regel, sondern anhand der von der Vorinstanz korrekt wiedergegebenen Kriterien aufgrund einer Gesamtwürdigung und -gewichtung der konkreten Umstände zu erfolgen (BSK OR I-Portmann/Rudolph Art. 319 N 15). Sie entscheidet sich allein danach, welche typologischen Kriterien letztlich überwiegen. Sind es die für eine Qualifikation als Arbeitsvertrag sprechenden Elemente, greifen die Art. 319 ff. OR und damit auch der gesetzlich statuierte Arbeitnehmerschutz; überwiegen demgegenüber die gegen eine solche Qualifikation sprechenden Kriterien, fällt die Anwendung dieser Vorschriften ausser Betracht (s.a. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 319 N 3; BK OR-Rehbinder/Stöckli Art. 319 N 42). Das Gesetz bezweckt mithin

keineswegs, generell den Arbeit Leistenden zu schützen, sondern nur denjenigen, der seine Arbeitsleistung im Rahmen eines Vertrags erbringt, der die Qualifikationsmerkmale eines Arbeitsvertrags im Sinne von Art. 319 OR erfüllt. Der (gegebene oder fehlende) Sozialschutz ist die Rechtsfolge der Vertragsqualifikation und nicht deren Grund (BSK OR I-Portmann/Rudolph Art. 319 N 15). Entgegen der klägerischen Auffassung sind deshalb auch nicht primär die *für* einen Arbeitsvertrag sprechenden Elemente zu berücksichtigen, sondern sämtliche massgeblichen und sachgerecht gewichteten Kriterien gegeneinander abzuwägen, was die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid getan hat.

c) Auch der Vorwurf, die vorinstanzliche Betrachtung sei aus dem falschen Blickwinkel erfolgt, ist unbegründet. So hat die Vorinstanz die von den Parteien vorgetragene Charakteristika der Vertragsbeziehung im Lichte der einschlägigen Abgrenzungskriterien gewürdigt und dargelegt, inwiefern und mit welchem Gewicht diese für oder gegen die Qualifikation als Arbeitsvertrag sprechen. Dabei ging sie zu Recht davon aus, ein zentrales (wenn nicht sogar *das* zentrale) Unterscheidungsmerkmal bilde die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation, welche den Arbeitnehmer im Arbeitsvollzug persönlich, betrieblich und zeitlich in hohem Mass der Direktionsgewalt des Arbeitgebers unterstelle (Subordinationsverhältnis). Das entspricht der gefestigten bundesgerichtlichen Praxis (vgl. insbes. BGer 4C.346/1999 vom 4.2.2000 E. 2.a: "Für die Abgrenzung [zwischen Arbeitsvertrag und Auftrag] ist grundsätzlich die unterschiedliche rechtliche Subordination massgebend." Ebenso z.B. BGer 4C.220/2003 vom 28.10.2003 E. 2.1; 2C_714/2010 vom 14.12.2010 E. 3.4.2; 4A_61/2012 vom 15.5.2012 E. 2.1; 4A_200/2015 vom 3.9.2015 E. 4.2.1; 4A_504/2015 vom 28.1.2016 E. 2.1.1; BGE 121 I 259 E. 3.a; 125 III 78 E. 4) und der einhelligen Lehre (vgl. Vischer/Müller, a.a.O., § 1 Rz 14, § 5 Rz 5, Rz 7 und Rz 24; BSK OR I-Portmann/Rudolph Art. 319 N 14; CHK-Emmel Art. 319 OR N 6; Portmann/Stöckli, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. A., Zürich/St. Gallen 2013, Kap. 1 Rz 10 und Rz 18; Brühwiler, a.a.O., Art. 319 N 2b, N 5b, N 10c-e; KUKO OR-Pietruszak Art. 319 N 7; ZK OR-Staehelin Art. 319 N 26, N 30 und N 32; BK OR-Rehbinder/Stöckli Art. 319 N 18, N 49). Ebenfalls zu Recht sah die Vorinstanz im Umstand, dass es nach eigenen Angaben des Klägers in dessen eigenem Belieben stand, ob und in welchem Um-

fang er für die Beklagte tätig sein wollte oder nicht, ein entscheidendes und gewichtiges Indiz für das Fehlen eines derartigen Subordinationsverhältnisses und mithin gegen die Qualifikation als Arbeitsvertrag, sondern gegenteils ein klares Indiz für eine selbstständige Tätigkeit (vgl. nachstehende E. III/5.3). Insofern hat sie die massgeblichen Kriterien nicht inadäquat, sondern durchaus sachgerecht gewichtet. Wenn sie bei ihrer Gesamtbetrachtung dieses zentrale, klar gegen einen Arbeitsvertrag sprechende Kriterium in den Mittelpunkt stellte und hernach prüfte, ob und inwiefern die übrigen, weniger gewichtigen Elemente geeignet sein könnten, diese Würdigung in Frage zu stellen oder insgesamt dennoch zu einer Qualifikation als Arbeitsvertrag zu führen, und Letzteres im Ergebnis verneinte, ist darin kein methodischer Fehler, sondern die für die Abgrenzung notwendige (gesamthafte) Abwägung und Gewichtung der entscheidungsrelevanten Elemente zu erblicken. Dies umso mehr, als sie ihren Entscheid keineswegs nur auf ein einziges Indiz (Übernahmefreiheit) stützte, sondern daneben weitere Merkmale nannte, die ihrer Ansicht nach gegen einen Arbeitsvertrag sprechen (vgl. insbes. Urk. 31 S. 16 E. IV/3.7). Insoweit ist keine unrichtige Rechtsanwendung auszumachen.

5.3.a) Gegen das vorinstanzliche Argument, die Freiheit des Klägers hinsichtlich der Arbeitszeiteinteilung und dessen damit einhergehende zeitliche und wirtschaftliche Unabhängigkeit sprächen gegen einen Arbeitsvertrag, lässt der Kläger berufungsweise vorbringen, dass seine Aussage, wonach es in seinem Belieben gestanden habe, ob er für die Beklagte arbeiten wolle oder nicht (Prot. I S. 11), *seine* alleinige und *nachträgliche* Einschätzung für eine in der massgeblichen Zeit tatsächlich nie eingetretene Situation sei. Eine damalige, objektiviert rechtsbegründende Übereinkunft pro Auftrag lasse sich daraus nicht ableiten. Darüber hinaus könne einerseits schon deshalb nicht entscheidend auf das Weisungsrecht des Arbeitsempfängers abgestellt werden, weil ein solches sowohl dem Arbeitgeber (Art. 321d OR) als auch dem Auftraggeber (Art. 397 OR) zustehe. Andererseits sei auch das Mass der Selbstständigkeit des Klägers nicht aussagekräftig, könne der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer bei der Verrichtung der Arbeiten doch nach Belieben mehr oder weniger Freiraum gewähren. Entgegen der vorinstanzlichen Auffassung lasse deshalb der Umstand, dass der Kläger vorliegend noch weitergehende Freiheiten bei der Zeiteinteilung gehabt habe als der

Kläger im Entscheid U 335/04 des Bundesgerichts vom 22. Februar 2005, keinen Schluss auf Auftragsrecht zu. Hinzu komme schliesslich, dass der Kläger – wie die Beklagte gewusst habe – neben seiner Tätigkeit bei der Beklagten meist in einem vollzeitlichen unselbstständigen Arbeitsverhältnis mit Drittfirmen gestanden habe. Eine erhöhte Flexibilität bei der Ausführung von Arbeiten für die Beklagte sei daher Grundlage des vorliegenden Arbeitsverhältnisses gewesen. Im Übrigen herrsche in der Branche der Parteien ohnehin eher eine freie Arbeitszeiteinteilung und könnten aus praktischen Gründen keine fixen Arbeitszeiten vereinbart werden (Urk. 30 S. 5 f. Rz 5).

b) Die Beklagte behauptete sowohl in der schriftlichen Klageantwort (Urk. 16 S. 10) als auch in ihrer mündlich erstatteten Duplik, der Kläger sei völlig frei gewesen, für sie tätig zu werden; er habe gänzlich autonom entschieden, ob, wann und wie lange er Dienstleistungen für die Beklagte habe erbringen wollen (Prot. I S. 6 i.V.m. Urk. 24 S. 2 oben). Auch der Kläger selbst, der diese beklagti-sche Sachdarstellung in seinen Parteivorträgen unbestritten liess, führte anlässlich seiner Befragung vor Vorinstanz aus, er hätte jeweils auch "Nein" sagen können, wenn die Beklagte ihn angefragt habe, ob er ein Projekt übernehmen wolle; es habe in seinem Belieben gestanden, ob er für die Beklagte habe arbeiten wollen oder nicht (Prot. I S. 11). Obschon diese Aussage des Klägers erst nach Er-stattung der Duplik erfolgte, ist sie aufgrund der im vorliegenden Kontext gelten-den beschränkten Untersuchungsmaxime bei der Entscheidfindung mitzuberic-kichtigen (vgl. vorne, E. II/4). Dabei mag es zutreffen, dass sie die alleinige und nachträgliche Einschätzung des Klägers darstellt und dieser nie von der behaup-teten Möglichkeit, ein Angebot der Beklagten abzulehnen, Gebrauch gemacht hat-te, soweit diese neuen Behauptungen unter dem Aspekt von Art. 317 Abs. 1 ZPO überhaupt zu hören sind (vgl. vorne, E. II/3). Auf der anderen Seite behauptete vor Vorinstanz keine der Parteien, der Kläger habe diese Freiheit nicht gehabt, sondern sei verpflichtet gewesen, die ihm angebotenen Arbeiten auszuführen. Solches wird in der Berufung jedenfalls weder geltend gemacht noch unter Hin-weis auf konkrete Aktenstellen nachgewiesen. Bei dieser Sachlage durfte die Vor-instanz aufgrund der Aussagen des Klägers, welche letztlich nur die unbestritten gebliebene Sachdarstellung der Beklagten bestätigten, ohne Weiteres annehmen,

es habe keine Verpflichtung des Klägers zur Übernahme von Projekten bestanden, deren Bearbeitung die Beklagte ihm anbot, sondern es habe im Belieben des Klägers gestanden, ob er für die Beklagte tätig werden wollen oder nicht. Daraus wiederum lässt sich ohne Rechtsverletzung ableiten, es habe (schon damals) an der für einen Arbeitsvertrag wesentlichen Unterwerfung des Klägers unter die Weisungsgewalt der Beklagten (rechtliche Subordination) gefehlt, was für eine Qualifikation des Vertrags als Auftrag oder auftragsähnlicher Vertrag spricht. Die gegenteilige Ansicht des Klägers geht fehl.

c) Weiter trifft es zwar zu, dass sowohl dem Arbeitgeber als auch dem Auftraggeber ein Weisungsrecht bezüglich der zu leistenden Arbeiten zusteht. Auch kann sowohl der Arbeitgeber wie der Auftraggeber dem Arbeitnehmer oder Beauftragten bei der Verrichtung der Arbeiten nach Belieben mehr oder weniger Freiraum gewähren (BGer 4C.346/1999 vom 4.2.2000 E. 2.b und c). Das Ausmass der Weisungsgebundenheit indiziert jedoch häufig das qualifikationsrelevante Mass der rechtlichen Subordination. Insofern kann das Weisungsrecht bzw. sein Umfang durchaus ein taugliches Abgrenzungskriterium sein. Überdies beziehen sich die Weisungen und der gewährte Freiraum nur auf Tätigkeiten, zu deren Vornahme der Vertragspartner vertraglich verpflichtet ist. Das Weisungsrecht und der Grad der Selbstständigkeit in der Arbeitsausführung setzen mit anderen Worten voraus, dass der Weisungsgeber gegenüber dem Weisungsempfänger einen vertraglichen Anspruch auf Erbringung der Arbeitsleistungen hat. Das ist nicht der Fall, wenn es im Belieben des Arbeit Leistenden steht, überhaupt für den Anderen tätig zu werden. Ohne Verpflichtung zu einer bestimmten Arbeitsleistung besteht weder ein Weisungsrecht noch ein wie auch immer gearteter Freiraum bezüglich der Art der Erbringung dieser Leistung. Deshalb lässt sich auch aus den vom Kläger angeführten Entscheiden des Bundesgerichts (BGer 4C.346/1999 vom 4.2.2000 und BGer U 335/04 vom 22. Februar 2005) nichts zu dessen Gunsten ableiten (zumal der zweitgenannte Entscheid den sozialversicherungsrechtlichen Begriff der unselbstständigen Erwerbstätigkeit betraf, der sich nicht mit dem privat- bzw. arbeitsrechtlichen deckt). Im Unterschied zum Sachverhalt in jenen Fällen bezog sich die Freiheit des Klägers vorliegend nicht bloss auf die Einteilung der Arbeitszeit und die Art und Weise der Erbringung seiner Arbeitsleistung, d.h.

auf die Frage, wie und wann er Tätigkeiten ausführte, zu denen er dem Vertragspartner gegenüber verpflichtet war, sondern auf die Entscheidung darüber, ob und inwieweit er überhaupt für die Beklagte tätig sein wollte. Diese Entscheidungsfreiheit geht weit über eine erhöhte Flexibilität bei der Ausführung von vertraglich geschuldeten Arbeiten hinaus und ist qualitativ nicht mit einer solchen vergleichbar. Angesichts dieser Freiheit und der damit verbundenen Unabhängigkeit des Klägers kann nicht von einer (hinreichend ausgeprägten) Einordnung desselben in die Betriebsorganisation und unter die Direktionsgewalt der Beklagten ausgegangen werden. Der Kläger war eben nicht dem für einen Arbeitsvertrag typischen, in persönlicher, organisatorischer und zeitlicher Hinsicht umfassenden Weisungsrecht der Beklagten unterworfen und erbrachte seine Tätigkeit nicht in rechtlicher Abhängigkeit zur Beklagten. Zumindest hat er eine derartige Weisungsgebundenheit trotz an ihn gerichteter Substantiierungshinweise (Prot. I S. 5) nicht rechtsgenügend dargetan. Damit fehlt es am für den Arbeitsvertrag charakteristischen Subordinationsverhältnis. Ob daneben – wie die Vorinstanz annahm und der Kläger als rechtsverletzend rügt (Urk. 30 S. 5 f. Anm. 20) – auch die fehlende wirtschaftliche Abhängigkeit des Klägers von der Beklagten gegen eine Qualifikation als Arbeitsvertrag spricht, kann offenbleiben (vgl. dazu immerhin BK OR-Rehbinder/Stöckli Art. 319 N 42 [verneinend]; CHK-Emmel Art. 319 OR N 6). Selbst wenn diese im vorliegenden Fall kein (zusätzliches) Indiz gegen einen Arbeitsvertrag darstellen sollte, bietet sie im Ergebnis jedenfalls auch keinen Anhaltspunkt für einen solchen.

5.4. Mit Recht weist der Kläger im Zusammenhang mit den vorinstanzlichen Erwägungen zur fehlenden Vereinbarung einer Kündigungsfrist (Urk. 31 S. 11 E. IV/3.2 und S. 16 E. IV/3.7) darauf hin, dass die Vorinstanz das Vorbringen, das Vertragsverhältnis sei im Mai 2012 (stillschweigend) einvernehmlich aufgelöst worden, zu Unrecht als reine Parteibehauptung betrachtet habe (Urk. 30 S. 6 Rz 6). Die Beklagte hat diese klägerische Sachdarstellung nicht bestritten, sondern implizit als richtig anerkannt (vgl. Urk. 1 S. 11 Rz 8; Urk. 16 S. 9 oben; Prot. I S. 33). Das ändert indessen nichts daran, dass die Parteien (ungeachtet der einvernehmlich erfolgten Vertragsauflösung) unbestrittenermassen keine Kündigungsregelung vereinbart haben (vgl. Prot. I S. 9). Gegenteiliges wird in der Beru-

fung auch nicht geltend gemacht. Entgegen vorinstanzlicher Ansicht darf aus dem Fehlen einer entsprechenden Vereinbarung aber nicht ohne Weiteres geschlossen werden, der fragliche Vertrag sei jederzeit auflösbar gewesen. Sollte die für unbestimmte Zeit geschlossene (vgl. Prot. I S. 9) Vereinbarung aufgrund ihrer konkreten Ausgestaltung nämlich als Arbeitsvertrag zu qualifizieren sein, greifen vielmehr die gesetzlichen Kündigungsbestimmungen (Art. 335 ff. OR). Die Regelung der Kündigung folgt mithin der Vertragsqualifikation und nicht umgekehrt. Wie der Kläger zu Recht rügt (Urk. 30 S. 6 f. Rz 6), stellt das Fehlen einer Vereinbarung betreffend Kündigungsfrist somit keinen Umstand dar, welcher gegen die Qualifikation als Arbeitsvertrag spricht. Auf der anderen Seite liegt in der Vereinbarung einer Kündigungsfrist aber ein Merkmal, welches (positiv) auf einen Arbeitsvertrag hindeuten kann (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 319 N 6; ZK OR-Staehelin Art. 319 N 33). Nachdem die Parteien indessen keine entsprechende Abrede getroffen hatten, lässt sich unter diesem Gesichtspunkt im Ergebnis nichts zu Gunsten des klägerischen Standpunkts ableiten. Stattdessen ist mit der Vorinstanz (Urk. 31 S. 16 E. IV/3.7) festzuhalten, dass eine (allenfalls) für einen Arbeitsvertrag sprechende Regelung betreffend Kündigung nicht vereinbart wurde.

5.5. Ähnlich verhält es sich mit Bezug auf das in der Berufungsschrift (Urk. 30 S. 7 Rz 7) ebenfalls als rechtsverletzend beanstandete vorinstanzliche Argument, die Parteien hätten keine vertragliche Regelung hinsichtlich Ferien getroffen und der Kläger habe während der gesamten Zeit, in der er für die Beklagte tätig war, keine Ferien bezogen, was als Indiz gegen das Vorliegen eines Arbeitsvertrags zu werten sei (Urk. 31 S. 13 E. IV/3.3 a.E. und S. 16 E. IV/3.7). Auch diesbezüglich gilt grundsätzlich, dass das Recht auf Ferien (als Ausfluss des Arbeitnehmerschutzgedankens) der aufgrund einer Gesamtwürdigung der konkreten Umstände vorzunehmenden Vertragsqualifikation folgt und nicht umgekehrt. Insofern kann der Umstand, dass Ferien weder vereinbart noch bezogen wurden, nicht per se als Indiz gegen das Vorliegen eines Arbeitsvertrags herangezogen werden (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 319 N 2). Dennoch kann nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung durchaus gegen einen Arbeitsvertrag sprechen, wenn typische arbeitsrechtliche Ansprüche wie insbesondere der

Anspruch auf Ferien nie geltend gemacht wurden (BGer 4A_573/2010 vom 28.3.2011 E. 7.2; CHK-Emmel Art. 319 OR N 9 a.E.). Andererseits sind eine vertraglich getroffene Ferienregelung oder die Gewährung bzw. der Bezug von Ferien als Umstände zu werten, die *für* die Qualifikation als Arbeitsvertrag sprechen können (Vischer/Müller, a.a.O., § 5 Rz 5; BSK OR I-Portmann/Rudolph Art. 319 N 16; Portmann/Stöckli, a.a.O., Kap. 1 Rz 13; BK OR-Rehbinder/Stöckli Art. 319 N 44; ZK OR-Staehelin Art. 319 N 33; Brühwiler, a.a.O., Art. 319 N 10a; s.a. CHK-Emmel Art. 319 OR N 9). Dementsprechend trägt der Umstand, dass in casu Ferien weder vereinbart waren noch bezogen wurden, zwar nicht zwingend, aber tendenziell doch eher zur Entkräftung der klägerischen Auffassung bei; er hilft dem Kläger jedenfalls nicht weiter, da sich daraus kein Argument zugunsten einer Qualifikation als Arbeitsvertrag ergibt. Solche Argumente wären angesichts der Entscheidungsfreiheit des Klägers, für die Beklagte tätig zu sein oder nicht, sowie der weiteren gegen einen Arbeitsvertrag sprechenden Merkmale aber unverzichtbar, um den klägerischen Rechtsstandpunkt zu stützen.

5.6.a) Nicht gelten lassen will der Kläger ferner das vorinstanzliche Argument, die unregelmässigen Zahlungen sprächen eher für die Abgeltung verschiedener (selbstständiger) Projekte, was sich insofern mit seinen eigenen Ausführungen decke, wonach er nur für diejenigen Projekte einen Lohn geltend mache, die bei der Beklagten nachweislich zu Erträgen geführt hätten (so Urk. 31 S. 10 E. IV/3.1 und S. 16 E. IV/3.7). Dass die Beklagte unregelmässige Lohnzahlungen getätigt habe, spricht nach klägerischer Ansicht nicht gegen, sondern vielmehr *für* einen Arbeitsvertrag, weil eben – wenn auch unregelmässig – ausdrücklich Lohn im Sinne von Art. 319 OR bezahlt worden sei (vgl. dazu auch nachstehende E. III/5.7.c). Eine im vorinstanzlichen Beschluss angeführte "Abgeltung verschiedener (selbstständiger) Projekte" habe die Beklagte nicht behauptet, weshalb eine solche schon grundsätzlich keine Entscheidungsgrundlage sein könne (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Und die Tatsache, dass der Kläger heute mit einer Teilklage (Art. 86 ZPO) nur den Lohn für Projekte "geltend" mache, die bei der Beklagten zu Erträgen geführt hätten, habe mit der besseren Nachvollziehbarkeit seiner Ansprüche und seiner Klagerisikoallokation zu tun, nicht jedoch mit früheren Lohnzahlungen, welche die Beklagte während seiner früheren Arbeitstätigkeit und für diese getätigt

habe. Umso weniger habe der Kläger *damals* ein finanzielles Risiko übernommen, wie die Vorinstanz bezüglich der Projekte andeute. Vielmehr wolle er *heute* sein Klagerisiko senken. Indem die Vorinstanz den prozessualen Aspekt, dass der Kläger heute nur einen Teil des Lohnes geltend mache, mit dem materiell-rechtlichen Aspekt gleichsetze, der Kläger habe damals zugunsten der Beklagten das finanzielle Risiko für nicht zustande gekommene Aufträge übernommen (was in tatsächlicher Hinsicht nirgends behauptet sei), führe sie ein falsches Element gegen den Arbeitsvertrag an. Dies führe zur unrichtigen Rechtsanwendung in Bezug auf das Zustandekommen des Arbeitsvertrags, könne ein Arbeitsvertrag gemäss Art. 320 Abs. 2 OR doch auch dann bestehen, wenn der Arbeitgeber gar keinen Lohn bezahlt habe (Urk. 30 S. 7 f. Rz 7).

b) Der Kläger selbst trug in der Klagebegründung vor, dass er zur Entlastung von C._____ für bestimmte Projekte für die Beklagte tätig gewesen sei, wobei er die betreffenden Projekte, für welche er Lohn verlange, im Einzelnen auflistete (Urk. 1 S. 3 ff. Rz 6). Weiter behauptete er, es sei ein Bruttolohn von Fr. 100.- pro Stunde vereinbart worden, "zahlbar bei Abschluss des jeweiligen Projektes" (Urk. 1 S. 10 Rz 7). In den beiden Jahren, in denen er für die Beklagte tätig gewesen sei, habe er allerdings nur einmal eine Lohnzahlung erhalten (Urk. 1 S. 11 Rz 8). Die Beklagte bestritt nur die Vielzahl der Projekte, an denen der Kläger mitgewirkt haben will, nicht hingegen, dass er jeweils im Zusammenhang mit bestimmten Projekten für sie tätig war. Unterschiedliche Aussagen wurden zudem hinsichtlich der Frage gemacht, ob nur der Kläger mit entsprechenden Projekten auf die Beklagte zugegangen sei oder ob auch die Beklagte solche Projekte an ihn herangetragen habe (vgl. Prot. I S. 10 und S. 30 f.). Überdies machte die Beklagte geltend, dem Kläger insgesamt drei Zahlungen geleistet zu haben (Urk. 16 S. 7). Wofür die behauptete(n) Zahlung(en) erfolgt war(en), wurde von keiner Partei präzisiert. Gegenteiliges wird im Berufungsverfahren zumindest nicht dargetan (vgl. vorne, E. II/2). Wenn die Vorinstanz aufgrund dieser Sachdarstellungen annahm, die unregelmässigen Zahlungen deuteten eher auf die Abgeltung verschiedener selbstständiger Projekte hin, liegt darin kein Verstoss gegen die Verhandlungsmaxime (Art. 55 ZPO). Dies umso weniger, als die Frage nach dem Zahlungszweck eine zuständigkeitsbegründende Tatsache betrifft, welche als solche

ohnehin der beschränkten Untersuchungsmaxime unterliegt (vgl. vorne, E. II/4). Die vorinstanzliche Würdigung korreliert zudem mit der herrschenden Meinung in Lehre und Praxis, die in der Vereinbarung oder Leistung eines festen periodischen Entgelts ein Indiz für das Vorliegen eines Arbeitsvertrags sieht (vgl. CHK-Emmel Art. 319 OR N 7; BSK OR I-Portmann/Rudolph Art. 319 N 16; Portmann/Stöckli, a.a.O., Kap. 1 Rz 13; BK OR-Rehbinder/Stöckli Art. 319 N 44; ZK OR-Staehelin Art. 319 N 33; Brühwiler, a.a.O., Art. 319 N 10a; BGer 4A_194/2011 vom 5.7.2011 E. 5.6.1; 4A_602/2013 vom 27.3.2014 E. 3.2; 4A_200/2015 vom 3.9.2015 E. 4.2.3). Diesbezüglich ist der vorinstanzlichen Würdigung zuzustimmen und die Berufung unbegründet.

c) Sodann legt der Kläger erstmals in der Berufungsschrift dar, aus welchen Gründen (Nachvollziehbarkeit der eingeklagten Ansprüche/Eingrenzung des Klagerisikos) er mit seiner Klage nur für diejenigen Projekte Lohn verlange, mit denen die Beklagte nachweislich Erträge erzielt habe. Ebenso macht er geltend, bei seiner Klage handle es sich um eine blosser Teilklage im Sinne von Art. 86 ZPO. Jedenfalls zeigt er nicht mittels Hinweisen auf konkrete Stellen in den vorinstanzlichen Akten auf, dass und wo er bereits vor Vorinstanz auf diese Umstände hingewiesen habe. Es ist nicht ersichtlich, dass und weshalb die klägerischen Vorbringen zu den Gründen für die Beschränkung der eingeklagten Lohnforderung (auf ertragbringende Projekte) bei zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor Vorinstanz hätten vorbracht werden können; der Kläger macht in der Berufung auch keine Ausführungen zu deren Zulässigkeit. Sie sind deshalb als unzulässige Noven zu betrachten. Als solche können sie bei der Entscheidungsfindung von vornherein keine Berücksichtigung finden (Art. 317 Abs. 1 ZPO und vorne, E. II/3). Mit diesen Einwänden lässt sich die geltend gemachte Rechtsverletzung somit nicht begründen. Unter den gegebenen Umständen ist auch nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz aufgrund der Ausführungen des Klägers, er mache nur denjenigen Arbeitsaufwand geltend, welcher bei der Beklagten nachweislich zu Erträgen geführt habe (vgl. Urk. 1 S. 11 Rz 9), annahm, der Kläger habe ein gewisses Geschäftsrisiko selber getragen (Urk. 31 S. 15 E. IV/3.6). Einer expliziten dahingehenden Tatsachenbehauptung (vgl. Urk. 30 S. 8 Anm. 33) bedurfte es ange-

sichts der Geltung der beschränkten Untersuchungsmaxime im Übrigen nicht (vgl. vorne, E. II/4).

5.7.a) Weiter wirft der Kläger der Vorinstanz vor, das Element der sozialversicherungsrechtlichen Behandlung des Vertragsverhältnisses durch die Parteien selbst unsachgemäss und damit rechtsverletzend gewürdigt zu haben. Die Beklagte habe für sämtliche getätigten Zahlungen zugunsten des Klägers Sozialversicherungsbeiträge abgezogen, diese zusammen mit den Arbeitgeberbeiträgen abgeliefert und auf dem ausgestellten Lohnausweis (Urk. 5/4) bescheinigt. Wenn die Vorinstanz darin ein formales Merkmal von nur zweitrangiger Bedeutung erblicke, übersehe sie zweierlei: Einerseits betreffe die in Lehre und Praxis einhellig vertretene Ansicht, wonach die sozialversicherungsrechtliche Qualifizierung des Rechtsverhältnisses von untergeordneter Bedeutung sei, den umgekehrten Fall, in welchem der Arbeitgeber den Arbeitnehmer als selbstständig Erwerbenden sehen wolle, um den Aufwand und die Kosten sozialversicherungsrechtlicher Abrechnung zu umgehen. Das werde dem vom Arbeitsrecht angestrebten Schutz des Arbeitnehmers jedoch nicht gerecht, weshalb dem Element (der sozialversicherungsrechtlichen Behandlung) in dieser umgekehrten Konstellation kaum Bedeutung zugemessen werde. Soweit aber die die Arbeit zuweisende Partei Sozialversicherungsbeiträge überweise, sei das ein Indiz zugunsten eines Arbeitsvertrags. Die genau entgegengesetzte Gewichtung dieses Elements durch die Vorinstanz stelle eine unrichtige Rechtsanwendung zum Nachteil des Klägers dar. Auf der anderen Seite übergehe die Vorinstanz, dass die von der Beklagten während des Vertragsverhältnisses vorgenommenen Abrechnungen sozialversicherungsrechtlicher Natur nach Treu und Glauben auch deren damaliges Verständnis der Rechtslage widerspiegeln. Wie der Kläger sei insbesondere auch die Beklagte stets vom Vorliegen eines Arbeitsvertrags im Sinne von Art. 319 ff. OR ausgegangen. Dagegen komme der erst im vorliegenden Prozess vorgetragene beklagte Behauptung, der Kläger sei selbstständig gewesen, kein relevantes Gewicht zu. Indem die Vorinstanz diesem Element, das für einen Arbeitsvertrag spreche, fälschlicherweise gar keine Bedeutung zugemessen habe, habe sie die Bestimmungen über das Zustandekommen des Arbeitsvertrags unrichtig angewendet (Urk. 30 S. 8 f. Rz 8 und S. 9 f. Rz 9; s.a. Urk. 37 S. 7 Rz 8).

b) Der Einwand, die Abrechnung von Sozialversicherungsbeiträgen dokumentiere, dass beide Parteien das Vertragsverhältnis stets als Arbeitsvertrag im Sinne von Art. 319 ff. OR aufgefasst hätten, ist unbehelflich. Bei der Qualifikation eines Vertrags, d.h. der Subsumption eines konkreten Vertrags unter die Legaldefinitionen der gesetzlichen Vertragstypen, handelt es sich um eine Rechtsfrage (BGer 4A_200/2015 vom 3.9.2015 E. 4.1.3; 4A_602/2013 vom 27.3.2014 E. 3.1; 4A_491/2010 vom 30.8.2011 E. 2.3). Sie erfolgt unabhängig vom (selbst übereinstimmenden) Willen oder der Vorstellung der Parteien und richtet sich einzig nach der typologischen Ausgestaltung resp. den konkreten Merkmalen des Vertrags und mithin nach objektiven Kriterien. Ob sich die Parteien der entsprechenden Qualifikation bewusst waren oder einen entsprechenden Vertrag(styp) abschliessen wollten, ist ohne Belang (BGer 4A_200/2015 vom 3.9.2015 E. 4.1.3; 4A_602/2013 vom 27.3.2014 E. 3.1; 4A_491/2010 vom 30.8.2011 E. 2.3). Ein bestimmter Vertrag kann also auch dann als Arbeitsvertrag zu qualifizieren sein, wenn die Parteien dies gerade nicht wollten. Umgekehrt können bei einem konkreten Vertrag die typenbestimmenden Merkmale eines Arbeitsvertrags fehlen, auch wenn die Parteien (subjektiv) davon ausgingen, es liege ein solcher vor (vgl. BGer 4C.39/2005 vom 8.6.2005 E. 2.2). Aus der subjektiven Vorstellung der Parteien bzw. dem Umstand, dass (behaupteterweise) beide Parteien vom Vorliegen eines Arbeitsvertrags im Sinne von Art. 319 ff. OR ausgegangen sein sollen, kann der Kläger daher nichts zu seinen Gunsten ableiten. Anderes fiele höchstens dann in Betracht, wenn die Parteien ausdrücklich ihren Willen erklärt hätten, ein Arbeitsverhältnis begründen zu wollen (vgl. BK OR-Rehbinder/Stöckli Art. 319 N 44). Das wurde indessen nicht behauptet und trifft nach der Aktenlage nicht zu. Der Vorwurf, dem Vertragsverständnis der Parteien sei zu Unrecht keine Bedeutung zugemessen worden, geht somit fehl.

c) Auch die formelle Bezeichnung der Parteien als "Arbeitgeber" und "Arbeitnehmer" im Lohnausweis für das Jahr 2011 sowie des bezahlten Entgelts als "Nettolohn" (vgl. Urk. 5/4 und Urk. 5/5; s.a. Urk. 18/3 S. 2 und Urk. 18/4) stellt – ebenso sowie der Umstand, dass dem Kläger (wie einem Arbeitnehmer) ein "Lohnausweis" ausgestellt wurde – kein (oder bestenfalls ein nur sehr beschränkt) relevantes Abgrenzungskriterium dar (BGer 4A_200/2015 vom 3.9.2015 E. 4.2.2;

2C_714/2010 vom 14.12.2010 E. 3.4.2; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. A., Basel 2005, Art. 319 N 6; Brühwiler, a.a.O., Art. 319 N 1b und N 2b; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 319 N 13 m.w.Hinw.; s.a. Portmann/Stöckli, a.a.O., Kap. 1 Rz 14; BSK OR I-Portmann/Rudolph Art. 319 N 16; ZK OR-Staehelin Art. 319 N 30). Der Kläger misst diesen Umständen zu Unrecht entscheidende Bedeutung für die Vertragsqualifikation zu (Urk. 30 S. 3 f. Rz 3 a.E., S. 7 Rz 7; s.a. Urk. 37 S. 2 f. Rz 2 und S. 6 f. Rz 8). Dies umso mehr, als der im Lohnausweis angeführte Betrag von Fr. 5'405.-- gar nicht als "Lohn" unter Ziffer 1, sondern als "Honorarzahlung" unter Ziffer 3 ("Unregelmässige Leistungen") deklariert wurde (Urk. 5/4). Indem die Vorinstanz nicht auf die betreffenden Bezeichnungen abgestellt bzw. dieselben nicht in die Gesamtbetrachtung miteinbezogen hat, hat sie das Recht nicht unrichtig angewendet (Art. 320 lit. a ZPO). Insoweit ist die Berufung unbegründet.

d) Zutreffenderweise wertete die Vorinstanz den unbestrittenen Umstand, dass die Beklagte für den Kläger Sozialversicherungsleistungen abgerechnet (und ihm einen Lohnausweis ausgestellt) hatte, als Indiz für das Vorliegen eines Arbeitsvertrags (vgl. BGer 4A_573/2010 vom 28.3.2011 E. 7.2; 4C.66/2006 und 4C.64/2006 vom 28.6.2006, je E. 2.1.2; CHK-Emmel Art. 319 OR N 9; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 319 N 2). Zu Recht sah sie darin jedoch ein bloss untergeordnetes formales Kriterium (Urk. 31 S. 10 E. 3.1 und S. 16 E. 3.7). Auch Lehre und Rechtsprechung messen diesem Kriterium lediglich untergeordnete Bedeutung zu, und zwar nicht nur im Zusammenhang mit öffentlich-rechtlichen Ansprüchen resp. der sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung des Vertragsverhältnisses, sondern auch mit Bezug auf die privatrechtliche Abgrenzung zwischen dem Arbeitsvertrag im Sinne von Art. 319 ff. OR und den anderen Verträgen auf Arbeitsleistung (BGer 4A_573/2010 vom 28.3.2011 E. 7.2; 4A_200/2015 vom 3.9.2015 E. 4.2.2 und BGer 2C_714/2010 vom 14.12.2010 E. 3.4.2 ["Les critères formels, tels ... les déductions aux assurances sociales, ne sont pas déterminants."]; Vischer/Müller, a.a.O., § 5 Rz 5; BK OR-Rehbinder/Stöckli Art. 319 N 45; Brühwiler, a.a.O., Art. 319 N 10a). Das gilt entgegen den Vorbringen in der Berufungsschrift nicht nur in jenen Fällen, in denen keine Sozialversicherungsbeiträge abgerechnet werden. Der Grundsatz, wonach diesem Kriterium nur be-

schränkte Relevanz für die Vertragsqualifikation zukommt, gilt vielmehr auch dann, wenn solche Beiträge geleistet und abgezogen werden (vgl. insbes. BGer 4A_573/2010 vom 28.3.2011 E. 7.2 und 7.3). Es ist somit nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz der Abrechnung von Sozialversicherungsbeiträgen durch die Beklagte weit weniger Bedeutung zumass, als der Kläger dies tut. Die berufsweise bemängelte vorinstanzliche Gewichtung dieses Elements im Rahmen der Gesamtwürdigung verletzt kein Recht (Art. 320 lit. a ZPO).

6. Zusammenfassend ergibt sich, dass der Kläger mit seinen Einwänden nicht darzutun vermag, dass die vorinstanzliche Qualifikation des zwischen den Parteien bestehenden Vertragsverhältnisses im Ergebnis auf unrichtiger Rechtsanwendung beruht. Zwar deuten, wie die Vorinstanz zutreffend festhielt, verschiedene Merkmale des Vertrags auf einen Arbeitsvertrag im Sinne von Art. 319 ff. OR hin. Entgegen der berufsweise vertretenen Ansicht (Urk. 30 S. 10 Rz 10) gibt es aber auch klare und bei der Gesamtwürdigung überwiegende Indizien, die gegen eine Qualifikation als Arbeitsvertrag sprechen. Von entscheidender Bedeutung ist namentlich, dass es stets im eigenen Belieben des Klägers stand, ob er für die Beklagte arbeiten wollte oder nicht. Damit fehlte es (auch im Verbund mit den übrigen Vertragsmerkmalen) an dem für einen Arbeitsvertrag charakteristischen Subordinationsverhältnis, d.h. der notwendigen Intensität der Eingliederung des Klägers in zeitlicher, persönlicher und organisatorischer Hinsicht in die Arbeitsorganisation der Beklagten. Diesen Umstand vermögen die für einen Arbeitsvertrag sprechenden Kriterien nicht aufzuwiegen.

Bestand zwischen den Parteien aber kein Arbeitsverhältnis, fehlt es der Vorinstanz an der sachlichen Zuständigkeit zur Beurteilung der Klage (§ 20 GOG). Sie ist demnach zu Recht auf die Klage nicht eingetreten. Die Berufung ist abzuweisen und der angefochtene Entscheid zu bestätigen. Dabei ist erneut auf Art. 63 Abs. 1 ZPO hinzuweisen, wonach die Rechtshängigkeit der Klage erhalten bleibt, wenn diese innert Monatsfrist beim zuständigen Gericht eingereicht wird (vgl. dazu BGE 138 III 471 E. 6).

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Bei diesem Ausgang ist die nicht selbstständig angefochtene Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens (Urk. 31 S. 17 Disp.-Ziff. 2-4) ohne Weiteres zu bestätigen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

2. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind ebenfalls vollumfänglich dem mit seinen Rechtsmittelanträgen unterliegenden Kläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist gestützt auf § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 6'000.-- festzusetzen (Art. 105 Abs. 1 ZPO) und mit dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Ausserdem ist der Kläger zu verpflichten, der anwaltlich vertretenen Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine nach den Vorschriften der AnwGebV zu bemessende (volle) Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 105 Abs. 2 und Art. 111 Abs. 2 ZPO). Deren Höhe ist in Anwendung von § 4 Abs. 1, § 11 Abs. 1 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf insgesamt Fr. 4'320.-- (Fr. 4'000.-- zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) festzusetzen. Für die im Rahmen des sog. Replikrechts erstattete spontane und freiwillige Stellungnahme vom 14. August 2015 (Urk. 39) ist kein Zuschlag zu gewähren (vgl. § 11 Abs. 2 AnwGebV).

Es wird beschlossen:

1. Auf die Klage wird nicht eingetreten.
2. Die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung (Dispositiv-Ziffern 2-4) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 6'000.-- festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.

5. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 4'320.-- zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

7. 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 Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 54'667.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 12. Mai 2016

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

Dr. M. Nietlispach

versandt am:

jc