

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA160017-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker-Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichterin Dr. M. Schaffitz sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Notz

Beschluss vom 5. Juli 2016

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____ (Switzerland) SA,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Y. _____

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

Berufung gegen einen Beschluss des Arbeitsgerichtes Zürich, 3. Abteilung, vom 10. Mai 2016 (AN150114-L)

Rechtsbegehren:

(sinngemäss, vgl. Urk. 1 S. 1 f.; Urk. 25 S. 8)

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin Fr. 41'211.88 Lohn zu bezahlen.
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin Fr. 1'600.00 Telefonschädigung zu bezahlen.
3. Die Beklagte sei zu verpflichten, ihre unbestrittene Forderung von Fr. 5'818.60 (Gebühr C._____) dem Personalkonto der Klägerin bei der Beklagten zu belasten.
4. Es sei zu prüfen, ob der Klägerin eine Ferienentschädigung für die Periode ab 2. Quartal 2013 bis 1. Quartal 2015 zusteht.
5. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin einen Lohnausweis von CHF 72'774.40 netto für das Jahr 2013, einen Lohnausweis von CHF 133'393.10 netto für das Jahr 2014, einen Lohnausweis von CHF 41'114.85 netto für das Jahr 2015 und einen Lohnausweis von CHF 41'211.88 für das Jahr 2016, auszustellen.
6. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin detailliert und schriftlich Abrechnung über die Lohnzahlungen vom 2. Quartal 2013 bis 1. Quartal 2015 zu erstellen.
7. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin ein Arbeitszeugnis für die Zeit vom 2. Quartal 2013 bis 1. Quartal 2015 aus- und zuzustellen.
8. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.

Beschluss des Arbeitsgerichts Zürich (3. Abteilung) vom 10. Mai 2016

(Urk. 40):

1. Auf die Klage wird mangels sachlicher Zuständigkeit des Arbeitsgerichtes nicht eingetreten.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'750.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden der Klägerin auferlegt. Sie werden aus dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss bezogen. Im Mehrbetrag ist der geleistete Vorschuss der Klägerin von der Gerichtskasse zurück zu erstatten.

4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 3'100.– zuzüglich 8% MWSt zu bezahlen.
5. [Mitteilungen].
6. [Rechtsmittelbelehrung].

Berufungsanträge:

der Klägerin und Berufungsklägerin (Urk. 39 S. 2):

1. Der Beschluss des Arbeitsgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 10. Mai 2016 (Geschäfts-Nr.: AN150114) sei vollumfänglich aufzuheben und die Sache zur Beurteilung in der Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. Mehrwertsteuer-Ersatz) zu Lasten der Berufungsbeklagten.

der Beklagten und Berufungsbeklagten:

--

Erwägungen:

1. Sachverhalt

1.1. Die Beklagte ist die Tochtergesellschaft einer ausländischen Bank. Ihren schweizerischen Hauptsitz hat sie in Genf; in Zürich betreibt sie eine Zweigniederlassung.

1.2. Die am tt. März 1948 geborene Klägerin war Mitglied der Direktion der Beklagten und vom 1. März 1989 bis zum 31. März 2013 in deren Diensten. Es stand ihr die Kollektivunterschrift zu zweien zu. Gemäss Arbeitszeugnis vom 31. März 2013 betreute sie als "Senior Kundenberaterin" europäische Privatkundschaft im Bereiche Anlageberatung und Vermögensverwaltung (Urk. 1 S. 2 mit Hinweis auf Urk. 5/2). Das Arbeitszeugnis (Urk. 5/2) schliesst wie folgt:

"Frau A._____ verlässt unser Bankinstitut infolge der Pensionierung. Sie bleibt an die Wahrung unseres Bank- und Geschäftsgeheimnisses weiterhin gebunden.
Wir danken Frau A._____ bei dieser Gelegenheit bestens für ihre langjährige, wertvolle Mitarbeit und wünschen ihr für den neuen Lebensabschnitt Zufriedenheit, gute Gesundheit und alles Gute."

1.3. Im Hinblick auf die Zeit nach der Pensionierung der Klägerin schlossen die Parteien in englischer Sprache einen sehr detaillierten Vertrag, datiert vom 15. November 2012 (Urk. 5/3; deutsche Übersetzung Urk. 11/13) und überschrieben mit "Clients referral and loyalty building agreement". Im Vertrag wurde die Klägerin als "Referral" und die Beklagte als "Bank" bezeichnet. Mit dem Vertrag wurde im Wesentlichen Folgendes festgelegt:

- Die seit dem 3. März 1989 bei der Beklagten angestellte Klägerin geht per 1. April 2013 in Pension; ab diesem Zeitpunkt sind die Parteien durch keinen Arbeitsvertrag mehr gebunden (Präambel B).
- Die weitere Zusammenarbeit der Parteien wird abgewickelt "on a non-exclusive basis" (Art. 1.2).
- Die Klägerin kann der Beklagten neue Kunden zuführen bzw. den Kontakt mit bisherigen Kunden im Interesse der Bank pflegen (Art. 2.1-2.9).
- Die Klägerin ist eine unabhängige Vertragspartei der Bank ("independent contractual counterparty of the Bank") ohne Vertretungsvollmacht (Art. 3.2). Sie darf für ihre Tätigkeit weder den Namen der Bank noch deren Logo benutzen (lit. b) noch Kunden in den Räumlichkeiten der Bank allein empfangen (lit. e). Schliesslich ist die Klägerin gehalten, die potentiellen Kunden darüber zu informieren, dass sie nicht im Namen der Bank zu handeln befugt ist.
- Als Honorar wurde pro Jahr 0,1% der Vermögenswerte vereinbart, welche die betreffenden Kunden bei der Bank halten, zahlbar viermal pro Jahr am Ende jedes Quartals, wobei das erste Quartal den Zeitraum vom 1. April 2013 bis zum 30. Juni 2013 und das letzte Quartal den Zeitraum vom 1. Januar 2015 bis zum 31. März 2015 umfassen soll (Art. 6.1; "the first quarter starting on April 1, 2013 to June 30, 2013 and the last quarter starting on January 1, 2015 to March 31, 2015").
- Der Vertrag soll per 1. April 2013 in Kraft treten und automatisch per 1. April 2015 auslaufen (Art. 10.1). Er kann aber von jeder Partei aus gemäss Treu und Glauben nachvollziehbaren Gründen ("case of just cause") jederzeit aufgelöst werden (Art. 10.2).
- Der Vertrag wurde schweizerischem Recht unterstellt (Art. 11.1).
- Im Hinblick auf Streitigkeiten wurde die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts vereinbart (Art 11.2).

2. Prozessverlauf

2.1. Das Schlichtungsverfahren wurde von der Klägerin am 21. September 2015 anhängig gemacht. An der Schlichtungsverhandlung bestritt die Beklagte die Zuständigkeit der angerufenen Schlichtungsbehörde. Am 20. Oktober 2015 wurde darauf die Klagebewilligung erteilt (Urk. 3).

2.2. Die Klageschrift der durch ihren Ehemann vertretenen Klägerin an die Vorinstanz datiert vom 19. November 2015 (Urk. 1). Nachdem mit Verfügung vom 4. Januar 2016 der Beklagten die Frist zur Klageantwort angesetzt worden war (Urk. 15), stellte die Beklagte mit Schriftsatz vom 22. Januar 2016 einen Nichteintretensantrag und begründete diesen (Urk. 17). In der Folge setzte die Vorinstanz der Klägerin mit Verfügung vom 26. Januar 2016 Frist an, um zur Unzuständigkeitseinrede der Gegenpartei Stellung zu nehmen (Urk. 22). Die Klägerin tat das mit Eingabe vom 26. Februar 2016 (Urk. 25), worauf die Vorinstanz der Beklagten am 14. März 2016 Frist ansetzte, um ihrerseits zur erwähnten Eingabe der Klägerin Stellung zu nehmen (Urk. 30). Diese Stellungnahme erfolgte am 12. April 2016 (Urk. 32).

2.3. In der Folge verneinte das Arbeitsgericht seine sachliche Zuständigkeit und trat mit Beschluss vom 10. Mai 2016 auf die Klage nicht ein (Urk. 40). Gegen den am 13. Mai 2016 eröffneten Entscheid erhob die Klägerin mit Berufungsschrift vom 13. Juni 2016 (zur Post gegeben gleichentags) rechtzeitig Berufung (Urk. 39). Im Sinne von Art 312 Abs. 1 ZPO wurde auf das Einholen einer Berufungsantwort verzichtet.

3. Formelles

3.1. Allgemeines. Das Berufungsverfahren ist ein eigenständiges Verfahren (BGer 4A_619/2015 vom 25.5.2016, E. 2.2.1., zur Publikation bestimmt). Die Berufung ist gemäss Art. 311 ZPO zu begründen. Begründen im Sinne dieser Vorschrift bedeutet aufzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft erachtet wird. Dies setzt voraus, dass der Berufungskläger im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anführt, sich mit diesen argumentativ

auseinandersetzt und die Aktenstücke nennt, auf denen seine Kritik beruht. Das vorinstanzliche Verfahren wird nicht einfach fortgeführt oder gar wiederholt, sondern es geht um die Überprüfung des vom Erstgericht getroffenen Entscheids aufgrund von erhobenen Beanstandungen. Unzulässig sind Verweisungen auf die erstinstanzlichen Rechtsschriften (BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375; BGer 4A_580/2015 vom 11. April 2016, zur Publikation bestimmt, E. 2.2; BGer 4A_263/2015 vom 29.9.2015, E. 5.2.2 mit Hinweisen und BGer 4A_382/2015 vom 4.1.2016, E. 11.3.1.).

Von vornherein unzulässig und damit unbeachtlich ist es, wenn die Klägerin mit ihrer Berufung den Sachverhalt unter Nennung von Beweismitteln neu darstellt (vgl. Urk. 39 Rz 17-36).

3.2. Kassatorischer Antrag. Die Berufung ist ein reformatorisches Rechtsmittel, weshalb grundsätzlich ein materieller Antrag zu stellen ist. Nur ausnahmsweise ist ein kassatorischer Antrag, wie er von der Klägerin gestellt wird, zulässig. Ein solcher Ausnahmefall ist hier gegeben: Im Ergebnis hat die Vorinstanz mit ihrer Verfügung vom 26. Januar 2016 (Urk. 22) das weitere erstinstanzliche Verfahren auf die Frage ihrer Zuständigkeit beschränkt. Würde zweitinstanzlich anders entschieden als dies die Vorinstanz getan hat, müsste die Sache zwingend zur Ergänzung des erstinstanzlichen Verfahrens und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen werden. Unter diesen Umständen ist ein lediglich kassatorischer Berufungsantrag zulässig.

3.3. Novum. Die Klägerin ruft im Berufungsverfahren mehrere Zeugen an. Nur bezüglich einer Zeugin, nämlich D._____, legt sie mit der Berufung dar, warum dies novenrechtlich zulässig sein soll (Urk. 39 Rz 11-13). Diese Zeugin habe sie vor erster Instanz "aus Rücksicht auf die Loyalitätspflicht" nicht benennen wollen, denn zur Zeit des erstinstanzlichen Verfahrens sei D._____ noch bei der Beklagten angestellt gewesen. In der Zwischenzeit habe sie aber die Stelle bei der Beklagten verlassen, "weshalb ihr eine Zeugenaussage im vorliegenden Prozess nun zugemutet werden kann".

Der neue Beweisantrag ist gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO unzulässig. Bei prozessualen Auseinandersetzungen ist es die Regel, dass Zeugen angerufen werden müssen, die über den Prozessgegenstand Aussagen machen können, aber zur einen oder andern Partei in einem Vertrauens- oder Abhängigkeitsverhältnis stehen. Der Umstand, dass D. _____ seinerzeit bei der Beklagten in einem Anstellungsverhältnis stand, hätte die Klägerin jedenfalls nicht davon abhalten dürfen, sie bereits im vorinstanzlichen Verfahren als Zeugin zu benennen. Zeugenbefragungen sind für die angerufenen Zeugen nie angenehm. Wenn die Klägerin es vor Vorinstanz aus blosser Rücksichtnahme auf die Zeugin unterliess, einen notwendigen Beweisantrag zu stellen, dann führte sie das erstinstanzliche Verfahren nicht mit jener Sorgfalt, die ihr hätte zugemutet werden dürfen. Vor Berufungsinstanz ist der Beweisantrag daher unzulässig.

3.4. Aktenschluss. Zur Frage der sachlichen Zuständigkeit der Vorinstanz haben sich die Parteien im vorinstanzlichen Verfahren je zweimal äussern können, nämlich die Klägerin mit ihrer Klageschrift vom 19. November 2015 (Urk. 1) sowie mit ihrer Stellungnahme vom 26. Februar 2016 (Urk. 25) und die Beklagte mit ihrer uneinlässlichen Klageantwort vom 22. Januar 2016 sowie mit ihrer Stellungnahme vom 12. April 2016 (Urk. 32). Bezüglich der Frage der sachlichen Zuständigkeit der Vorinstanz trat der Aktenschluss daher nach diesem doppelten Schriftwechsel ein (vgl. BGE 140 III 312).

4. Schiedsvereinbarung

4.1. Art. 11.2 des Vertrages der Parteien enthält die folgende Schiedsvereinbarung:

"The Parties agree to confer together in order to settle their differences, disputes or allegations amicably. Failing an amicable settlement, all disputes, differences or allegations arising from this contract or in relation to it, including its scope, its validity, its nullity, its execution, or arising from any eventual breaches or its termination, shall be adjudicated by arbitration in accordance with the Swiss Rules of International Arbitration for Swiss Chambers of Commerce in force at the date at which the notice of arbitration is filed in accordance with these Rules.

The number of arbitrators is fixed at one or three. The seat of the arbitration is Geneva. The arbitration will be conducted in French or in English. If the Parties fail to

agree on one or other of these languages, the arbitral tribunal will decide in which of these languages the proceedings will be conducted.

Notwithstanding the foregoing provisions, if both Parties belong to the E. _____ group, the arbitration of any possible disputes, differences or allegations which they may have and which have not been settled amicably will be submitted to the Head of Private Banking within the E. _____ group."

Diese Schiedsvereinbarung wurde im Sinne von Art. 358 ZPO in einer Form abgeschlossen, die den Nachweis durch Text ermöglicht. Sie ist daher formgültig.

4.2. Die Beklagte hält das von der Klägerin angerufene staatliche Gericht schon wegen dieser Schiedsklausel für unzuständig. Das sieht die Vorinstanz allerdings nicht so. In diesem Zusammenhang wies sie auf BGE 136 III 467 und BGer 4A_515/2012 hin. Gemäss dieser Rechtsprechung können gemäss Art. 341 Abs. 1 OR zwingende Ansprüche des Arbeitnehmers nicht durch eine Schiedsvereinbarung im Arbeitsvertrag der Beurteilung eines Schiedsgerichts unterstellt werden (Urk. 40 S. 12-15). Die Beklagte hält die Schiedsvereinbarung demgegenüber selbst dann für verbindlich, wenn das Vertragsverhältnis der Parteien als Arbeitsvertrag qualifiziert werden sollte (Urk. 17 Rz 10-13). Dem ist nicht zu folgen. Die Vorinstanz hat die Rechtslage richtig dargestellt: Sollte ein Arbeitsvertrag vorliegen, dann wäre die Schiedsvereinbarung nicht verbindlich. Die von der Vorinstanz erwähnte Rechtsprechung liegt im Übrigen auch auf der Linie von Art. 35 Abs. 1 lit. d ZPO, nach welcher Bestimmung ein Arbeitnehmer weder zum Voraus noch durch Einlassung auf das vom Gesetz für Arbeitsstreitigkeiten örtlich als zuständig vorgesehene Gericht verzichten kann.

4.3. Liegt kein Arbeitsvertrag vor, dann ist die Schiedsvereinbarung gemäss Vertrag für die Parteien allerdings verbindlich. Die Vorinstanz prüfte diese Frage, allerdings unter dem Gesichtspunkt, ob die Klägerin doppelrelevante Tatsachen geltend gemacht habe (Urk. 40 S. 3). Das indessen ist unrichtig: Für die Frage der Gültigkeit einer Schiedsklausel kommt es darauf an, ob sie ein bestimmtes Rechtsverhältnis erfasst oder nicht. Lediglich gestützt auf einseitig behauptete doppelrelevante Tatsachen lässt sich eine formgültige Schiedsvereinbarung nicht aus der Welt schaffen (BGE 121 III 495 E. 6d; BK ZPO-Pfisterer, Art. 257 N 27; Spühler/Dolge/Gehri, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 9. A., § 62 Rz 41). Viel-

mehr kann von einer gültigen Schiedsvereinbarung nur dann ausgegangen werden, wenn feststeht, dass kein Arbeitsvertrag vorliegt. Unter Umständen muss dazu über streitige und rechtserhebliche Tatsachen Beweis abgenommen werden. Die Frage, ob eine Arbeitsstreitigkeit vorliegt oder nicht, ist daher vorfrageweise zu prüfen.

4.4. Gemäss Art. 319 OR liegt ein Arbeitsvertrag dann vor, wenn sich der Arbeitnehmer "auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Leistung von Arbeit im Dienst des Arbeitgebers" verpflichtet, während sich der Arbeitgeber zur Entrichtung eines Lohnes verpflichtet, der "nach Zeitabschnitten (Zeitlohn) oder nach der geleisteten Arbeit (Akkordlohn) bemessen wird". Mithin weisen vier wesentliche Kriterien auf einen Arbeitsvertrag hin (BK OR-Rehbinder, Art. 319 N 42; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Art. 319 OR, N 2 S. 71 ff.):

- Geschuldet wird vom Arbeitnehmer eine Arbeitsleistung und nicht ein Arbeitserfolg.
- Im Sinne einer Subordination ist der Arbeitnehmer in eine fremde Arbeitsorganisation eingegliedert, wobei er gegenüber seinen Vorgesetzten weisungsgebunden ist.
- Es besteht ein Dauerschuldverhältnis auf (bestimmte oder unbestimmte) Zeit. Während des Arbeitsverhältnisses ist der Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung verpflichtet.
- Unter Vorbehalt eines hier von vornherein nicht interessierenden Akkordlohns ist das dem Arbeitnehmer zukommende Entgelt grundsätzlich als Zeitlohn geschuldet.

Gemäss Art. 394 Abs. 2 OR unterstehen demgegenüber "Verträge über Arbeitsleistung, die keiner besonderen Vertragsart dieses Gesetzes unterstellt sind", dem Auftragsrecht. Darunter fallen namentlich solche Geschäftsbesorgungen, bei denen eine Unterordnung fehlt, indem sich beide Parteien auf Augenhöhe begegnen. Im Gegensatz zum Arbeitnehmer hat der Beauftragte keinen Vorgesetzten, der ihm Weisungen erteilt.

4.5. Für die rechtliche Qualifikation des strittigen Vertrages sind sowohl der Vertragstext als auch die Parteibehauptungen der Parteien von Belang. Es ergibt sich Folgendes:

4.5.1. Mit lit. B der Präambel hielten die Parteien fest, dass die Klägerin ab dem 1. April 2013 im Ruhestand sei und dass die Parteien nicht mehr durch einen Arbeitsvertrag ("employment contract") gebunden seien. An anderer Stelle des Vertrages wird bestimmt (Art. 3.2.), dass die Klägerin eine unabhängige Vertragspartei der Bank ("independent contractual counterparty of the Bank") ohne Vertretungsvollmacht sei. Und gemäss Art. 1.1 des Vertrages soll mit dem Vertrag die Kooperation der Parteien geregelt werden, wobei ausdrücklich bestimmt wird, dass mit der hier interessierenden Vereinbarung das Rechtsverhältnis zwischen der Klägerin und den von ihr empfohlenen Kunden nicht geregelt werde. Vielmehr soll der Vertrag gemäss seinem Wortlaut weder die eine noch die andere Partei darin einschränken, ihre Dienste anzubieten. Das sind Bestimmungen, die klar gegen eine Eingliederung der Klägerin in die Arbeitsorganisation der Beklagten sprechen. Gemäss Vertragstext ist daher im Sinne von Art. 394 Abs. 2 OR von einem Auftrag auszugehen. Allerdings kommt es gemäss Art. 18 Abs. 1 OR bei der Beurteilung eines Vertrages auf den übereinstimmenden wirklichen Willen und nicht auf die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise an. Ein solcher übereinstimmender wirklicher Wille muss aber durch klare Tatsachenbehauptungen der Klägerin unterlegt sein, wenn vom Vertragswortlaut abgewichen werden soll.

4.5.2. Aus dem Vertrag ergibt sich sodann klar, dass die Pensionierung der Klägerin in dem Sinne eine Zäsur brachte: Gemäss lit. B. der Präambel sollte die Pensionierung der Klägerin per 1. April 2013 die Beziehung Arbeitgeberin - Arbeitnehmerin auflösen. In diesem Sinne wurde im Arbeitszeugnis vom 31. März 2013 festgehalten, dass die Klägerin "unser Bankinstitut infolge der Pensionierung" verlasse (Urk. 5/2).

4.5.3. Unbestritten geblieben ist die Behauptung der Klägerin, wonach es den Parteien mit dem Vertrag nicht etwa um die Akquisition neuer Kunden ging, sondern um die "Bestandes-Sicherung" der Depots solcher Kunden, welche die Klägerin vor ihrer Pensionierung betreut hatte (Urk. 1 Ziff. 6.1). Es ist dies eine Arbeitsleistung, die grundsätzlich sowohl Gegenstand eines Arbeitsvertrages als auch eines Auftrages sein könnte.

4.5.4. Wichtigstes Abgrenzungskriterium zwischen Auftrag und Arbeitsvertrag ist die Subordination des Arbeitnehmers unter den Arbeitgeber beim Arbeitsvertrag. Die Klägerin legte im vorinstanzlichen Verfahren mit keinem Wort dar, inwiefern sie bei der Ausübung ihrer Tätigkeit weisungsgebunden und von Vorgesetzten abhängig gewesen sein soll. Demgegenüber weist die Beklagte darauf hin, dass die Klägerin gemäss Art. 2.1 des Vertrages nicht zu Arbeitsleistungen verpflichtet gewesen sei. Vielmehr sei es einzig ihre Sache gewesen, *"ob, wie viel, wann und wo sie etwas unternehmen wollte"* (Urk. 17 S.5). Die Klägerin bestreitet dies zwar, ohne aber unter Nennung von Beweisanträgen aufzuzeigen, wie sie denn nach ihrer Pensionierung immer noch in die Arbeitsorganisation der Beklagten eingegliedert gewesen sein soll (Urk. 25 S. 3 f.). Aus dem Vertrag ergibt sich solches jedenfalls nicht, wie das die Beklagte zu Recht hervorhebt. Im Ergebnis lässt die Klägerin überdies die einschlägigen Tatsachenbehauptungen der Beklagten unbestritten, wiewohl ihr in dieser Hinsicht die Behauptungs- und Beweislast zukommt. Das sind jedenfalls deutliche Hinweise für das Bestehen eines blossen Auftragsverhältnisses. Die Klägerin hätte im erstinstanzlichen Verfahren dartun müssen, in welcher Art sie in die Arbeitsorganisation der Beklagten eingegliedert war, wer ihre Vorgesetzten bei der Beklagten waren, welches Pflichtenheft für sie gegolten hat und nach welchen Regeln sie ihre Zeit – unter Berücksichtigung der Ferien – der Arbeitgeberin hätte zur Verfügung stellen sollen. All dies hat die Klägerin aber unterlassen. Vor Obergericht vermag sie die vorinstanzliche Argumentation namentlich nicht mit dem Hinweis zu entkräften, Art. 2.1 des Vertrages ("may introduce") beziehe sich nur auf neue Kunden (Urk. 39 Rz 62). Auch Art. 2.2, welcher die bestehenden Geschäftsbeziehungen erfasst, ist so allgemein gefasst, dass die konkrete Abwicklung der Arbeitsleistung im ausschliesslichen Ermessen der Klägerin lag. Eine Pflicht der Klägerin zur Arbeitsleistung ist daraus jedenfalls nicht abzuleiten. Es wäre der Klägerin mit andern Worten jederzeit freigestanden, auf die Bearbeitung ihres früheren Kundenstammes zu verzichten, ohne dass sie vertragsbrüchig geworden wäre. Sie hätte einzig riskiert, dass die Provisionen weniger reichlich geflossen wären.

4.5.5. Fest steht im Übrigen, dass die Klägerin die eigentliche Arbeitsleistung nicht in den Räumen der Beklagten erbrachte, sondern offensichtlich bei sich zu Hause. So weist die Klägerin darauf hin, dass sie gewünscht habe, für die Erfüllung ihrer Aufgaben das Finanzinformationssystem "C._____" bei sich "zu Hause" zur Verfügung zu haben. Die Kosten dafür habe die Beklagte allerdings nicht übernehmen wollen und die entsprechende Rechnung von "C._____" der Klägerin belastet (Urk. 25 S. 4). Das zeigt, dass die Klägerin ein wichtiges Arbeitsinstrument auf eigene Kosten zu beschaffen hatte.

4.5.6. Unbestritten ist, dass die Klägerin Kunden in den Räumlichkeiten der Bank getroffen hat (vgl. Urk. 1 Ziff. 6.3, und Urk. 25 S. 4). Das lag schon deshalb auf der Hand, weil die Bemühungen der Klägerin darauf hinauslaufen sollten, dass ihr früherer Kundenstamm möglichst nicht von der Beklagten abwandern sollte. Daraus kann – entgegen der Klägerin (Urk. 39 Rz 46) – aber nicht geschlossen werden, dass die Bank ihr die wesentliche Infrastruktur für ihre Tätigkeit (Arbeitsplatz, Räumlichkeiten) zur Verfügung gestellt hätte. Die entscheidende Arbeit lag in der Vorbereitung dieser Sitzungen; und dies geschah bei der Klägerin zu Hause.

4.5.7. In zeitlicher Hinsicht begrenzten die Parteien mit Art. 10.1 des Vertrages das Vertragsverhältnis auf die Zeitdauer zwischen dem 1. April 2013 bis zum 31. März 2015, behielten sich aber in Art. 10.2 die jederzeitige Vertragsauflösung in einem "case of just cause" vor, namentlich wenn das Verhalten der Gegenpartei das Vertrauen zerstört ("serious reason hindering in any way whatsoever the maintenance of a relationship of trust"). Das liegt jedenfalls schon sehr nahe beim jederzeit möglichen Widerruf eines Auftrages gemäss Art. 404 OR. Auch das weist auf ein Auftragsverhältnis hin.

4.5.8. Vereinbart wurde sodann kein Zeitlohn. Vielmehr erfolgte die Entschädigung der Klägerin, wie sie das ausdrücklich darlegt, "*allein aufgrund der Depotwerte der gelisteten Kunden*" (Urk. 25 S. 3). Dergestalt verkaufte die Klägerin der Beklagten jedenfalls nicht ihre Zeit, wie das bei einem Arbeitsvertrag die Regel ist, sondern ihre Leistung. Daraus erklärt sich auch, dass der im Übrigen ausgesprochen detaillierte Vertrag der Parteien keine Ferienregelung enthält. Entgegen der

Meinung der Klägerin (Urk. 39 Rz 49) kommt eine Lohnzahlung einzig in der blossen Form einer Provision bei Arbeitsverträgen kaum vor (BK OR-Rehbinder, Art. 322b N2). Die Entschädigung der Klägerin durch blosser Provisionen führte jedenfalls dazu, dass bezüglich des strittigen Vertrages in der Tat alleine sie und nicht etwa die Beklagte das Unternehmerrisiko trug, wie das die Beklagte denn auch zu Recht geltend macht (Urk. 17 S. 5). Wenn die Klägerin dem entgegenhält, dass sie kein "echtes Unternehmerrisiko" getragen habe, weil sie "einen langjährigen, grossen und treuen Kundenstamm" gehabt habe (Urk. 25 S. 4), dann argumentiert sie an der sich stellenden Frage vorbei. Ihr – notabene ohne Beweisantrag – gemachter Hinweis, die Parteien seien davon ausgegangen, der Kundenstamm werde nicht wegbrechen (vgl. Urk. 25 S. 4), ist blosser Spekulation. Hätten ihre Kunden aus irgendeinem Grunde auf die Dienstleistungen der Bank verzichtet – z.B. wegen eines Ereignisses, das ausserhalb des Machtbereichs der Parteien lag –, dann wäre damit auch die Entschädigung für die Klägerin entfallen, und zwar auch dann, wenn die Klägerin viel Zeit investiert hätte, um die Kunden dennoch bei der Beklagten zu halten.

4.5.9. Für die Klägerin ist sodann von Bedeutung, dass die Beklagte die mit ihrer Tätigkeit verbundenen Spesen (Telefonkosten, Reisespesen usw.) übernommen hat (vgl. Urk. 25 S. 4). Das sind indessen Auslagen, die sowohl nach Arbeitsvertragsrecht als auch nach Auftragsrecht auf die Gegenpartei überwält werden können (Art. 327a bzw. Art. 402 Abs. 1 OR). Der Klägerin hilft diese Argumentation daher nichts. Das gilt auch für Auslagen, welche die Beklagte direkt (d.h. nicht über die Klägerin) bezahlt hat. Auch der Umstand, dass das von der Klägerin benutzte Mobiltelefon auf den Namen der Beklagten registriert gewesen sein soll (vgl. Urk. 25 S. 4), kann keine entscheidende Rolle spielen, war dies doch für die Klägerin ein Instrument, um im Sinne des Vertrages mit den Kunden der Bank in Kontakt zu treten.

4.5.10. Die Klägerin brachte vor Vorinstanz sodann auch den Hinweis an, dass die Beklagte ihr für die Zeit ihrer Tätigkeit einen Computer zur Verfügung gestellt habe, "welcher direkt mit ihr [scil. der Beklagten] vernetzt" gewesen sei (Urk. 1

Ziff. 6.5). Das allein weist noch nicht auf einen Arbeitsvertrag hin, war doch der Computer mit dem System der Beklagten vernetzt und diente der Klägerin zur Erbringung ihrer Arbeitsleistung im Interesse der Beklagten, und zwar ungeachtet darum, ob von einem Arbeitsvertrag oder einem Auftrag auszugehen ist. Auf diese Weise erleichterte bzw. ermöglichte der Computer der Klägerin die Betreuung ihres früheren Kundenstammes, was im beidseitigen Interesse war.

4.5.11. Keine Rolle für das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien spielt der Umstand, dass die Klägerin gegenüber den Kunden nicht in eigenem Namen aufgetreten sein soll (vgl. Urk. 1 Ziff. 3 mit Hinweis auf Urk. 5/9; vgl. auch Urk. 39 Rz 66) und dies gemäss Vertrag notabene auch nicht durfte. Für die Kunden spielte keine Rolle, ob die Klägerin ihnen als Arbeitnehmerin der Beklagten oder als deren Beauftragte entgegetrat. In diesem Sinne spielt auch keine Rolle, dass sich die Klägerin gegenüber den Kunden nie als externe Vermögensverwalterin geriert haben soll und dass die Kundenkontakte nie bei der Klägerin zu Hause, sondern stets in Begleitung eines Mitarbeiters der Bank stattgefunden hätten (vgl. Urk. 1 Ziff. 6.3, Urk. 25 S. 2). Das wurde im Übrigen durch den Vertrag ausdrücklich so geregelt.

4.5.12. Haltlos sind die blossen Behauptungen der Klägerin, sie sei weder mehrwertsteuerpflichtig gewesen noch habe sie eine "Selbständigkeit nach AHV-Recht erwirken können" (Urk. 1 Ziff.3 und 4). Die Klägerin schliesst dies aus von ihr willkürlich markierten Passagen einer aus dem Internet bezogenen "Kurzinfo" zur Mehrwertsteuer sowie aus einem Fragebogen der AHV (Urk. 5/9-10). Die aufgeworfenen Fragen sind Rechtsfragen; mit ihnen setzt sich die Klägerin weder erst- noch zweitinstanzlich auseinander. Dazu kommt, dass die steuer- und AHV-rechtliche Lage der Klägerin bestenfalls ein Indiz für die privatrechtliche Qualifikation des Vertrages der Parteien sein könnte.

4.5.13. Die Klägerin macht geltend, die Beklagte habe von ihr nicht den in Art. 4.1 des Vertrages vorgesehenen Nachweis über ihre Zugehörigkeit zu einer selbstregulierenden Organisation gemäss GwG verlangt (Urk. 25 S. 3), wie das dort für unabhängige Vermögensverwalter ("independent wealth manager") vorgesehen

ist. Auch das ist unerheblich. Zum einen tut die Klägerin nicht dar, dass sie bei ihren Betreuungsaufgaben für ihren Kundenstamm als "independent wealth manager" tätig geworden ist. Und zum andern wäre der Umstand, dass der Nachweis entgegen bestehenden Vorschriften nicht verlangt wurde, nicht entscheidend für die Qualifikation des Vertragsverhältnisses der Parteien.

4.5.14. Mit ihrem zweiten vorinstanzlichen Schriftsatz vom 26. Februar 2016 erweiterte die Klägerin die Klage in dem Sinne, dass sie von der Beklagten die Vorlagen von Lohnausweisen für die Jahre 2013-2016 verlangte (Urk. 25 S. 8). Damit bestätigte die Klägerin die Behauptung der Gegenpartei in deren Stellungnahme vom 22. Januar 2016, wonach die Klägerin nach Abschluss des hier in Frage stehenden Vertrages weder für das Jahr 2013 noch für das Jahr 2016 einen Lohnausweis verlangt habe (Urk. 17 Rz 8). Durch ihre Klageerweiterung kann sie sich indessen einer Stellungnahme zur Behauptung der Beklagten nicht entziehen. Es fragt sich in der Tat, wie denn die Klägerin vor ihrer Klageerweiterung ihre Obliegenheiten als Steuerzahlerin ohne Lohnausweis hätte erfüllen wollen, wenn sie der Meinung gewesen wäre, sie sei nicht selbständig tätig. Eine Erklärung dafür lieferte sie mit dem erwähnten zweiten Schriftsatz aber nicht.

4.5.15. Damit ergibt sich, dass im Falle der Parteien klarerweise nicht von einem Arbeitsvertrag, sondern von einem Auftragsverhältnis im Sinne von Art. 394 Abs. 2 OR auszugehen ist. Namentlich ist darauf hinzuweisen, dass zwischen den Parteien kein Subordinationsverhältnis bestand, dass die Klägerin keine Arbeitspflicht traf und dass auch kein Zeitlohn vereinbart war.

4.6. Auch das, was die Klägerin mit ihrer Berufung vorträgt, erlaubt den Schluss auf das Vorliegen eines Arbeitsvertrages nicht:

4.6.1. Die Klägerin listet mit ihrer Berufung nicht weniger als 21 Punkte auf, die sie im Sinne von Behauptungen bereits im vorinstanzlichen Verfahren in den Prozess eingeführt haben will (Urk. 39 Rz 40). Zunächst ist festzuhalten, dass gemäss Art. 8 ZGB die Klägerin die Behauptungs- und Beweislast trifft. Werden solche Behauptungen von der Gegenpartei bestritten, so bleiben sie allerdings ohne

Belang, soweit ihnen nicht im Sinne von Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO konkrete Beweisangebote zugeordnet wurden. Im vorinstanzlichen Verfahren stellte die Klägerin jedenfalls nur ganz vereinzelte Beweisangebote. Zu den einzelnen Punkten ist, soweit sie überhaupt von Bedeutung und noch nicht behandelt worden sind, Folgendes zu sagen:

- Urk. 39 Rz 40, Punkt IV: Die Klägerin hat vor Vorinstanz nicht behauptet, dass sie ausschliesslich für die Beklagte gearbeitet habe (vgl. Urk. 1 Ziff. 4). Davon abgesehen, spielt dieser Umstand für die Qualifikation des Rechtsverhältnisses keine Rolle. Die Klägerin hätte sowohl mehrere Arbeitsverträge als auch mehrere Auftragsverhältnisse begründen können.
- Urk. 39 Rz 40, Punkt VI: Die Beklagte hat vor Vorinstanz nicht behauptet, dass "sie der direkten Weisungsbefugnis der Berufungsbeklagten unterlag" (vgl. Urk. 1 Ziff. 4). Vielmehr ging sie mit ihrem zweiten Schriftsatz vom 26. Februar 2015 auf die entsprechenden Vorbringen der Beklagten (vgl. Urk. 17 S. 5) nicht einmal ein (Urk. 25 S. 3 f.).

4.6.2. Die Klägerin schliesst aus dem Umstand, dass sie Besprechungstermine sowohl mit Kunden als auch mit Bankmitarbeitern habe koordinieren müssen, dass sie sich in die Arbeitsorganisation der Beklagten habe eingliedern müssen (Urk. 39 Rz 42). Das ist abwegig. Terminabsprachen mit ihren Mandanten und deren Geschäftspartnern haben auch freiberuflich Tätige vorzunehmen, ohne dass sie sich dadurch in die Arbeitsorganisation ihrer Mandanten eingliederten.

4.6.3. Weiter meint die Klägerin, sie sei weisungsgebunden gewesen, denn sonst hätte ihre Tätigkeit nicht den gewünschten Erfolg bringen können (Urk. 39 Rz 43). Auch diese Argumentation ist nicht stichhaltig. In jedem Mandatsverhältnis erteilt der Mandant gewisse Instruktionen, ohne dass der Mandatar damit zum Arbeitnehmer würde. Im vorliegenden Vertragsverhältnis stand gemäss Vertragsüberschrift das "loyalty building" gegenüber dem früheren Kundenstamm der Klägerin im Vordergrund. Dazu brauchte es wohl Absprachen; wie die Klägerin aber das "loyalty building" bewerkstelligte, war ihre Sache.

4.7. Zusammenfassend ergibt sich, dass das Vertragsverhältnis der Parteien nicht als Arbeitsvertrag qualifiziert werden kann. Die Klägerin traf namentlich keine Arbeitsverpflichtung und sie stand auch nicht in einem Subordinationsverhältnis zur Beklagten. Lag aber kein Arbeitsvertrag vor, ist die Klägerin an die Schiedsvereinbarung gebunden. Sie hätte daher gemäss Art. 11.2 des Vertrages das Schiedsgericht anrufen müssen. Da sie das nicht getan hat und da die Beklagte auf der Beurteilung der Streitigkeit durch das Schiedsgericht besteht, war die Zuständigkeit der Vorinstanz gemäss Art. 61 ZPO nicht gegeben. Der Nichteintretensentscheid der Vorinstanz erweist sich daher bereits unter diesem Gesichtspunkt als richtig. Die Klägerin hätte sich ans Schiedsgericht wenden müssen.

5. Die Frage der Zuständigkeit des Arbeitsgerichts gemäss GOG

5.1. Gemäss Art. 3 ZPO ist die Organisation der Gerichte Sache der Kantone. § 20 Abs. 1 GOG/ZH sieht für Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden die Zuständigkeit des "Bezirksgerichts als Arbeitsgericht" vor. Unter dem Gesichtspunkt der sachlichen Zuständigkeit des Arbeitsgerichts 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 von der Klägerin 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 Sinne die von der Klägerin be-

hauptete rechtliche Qualifikation ihres 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).

5.2. Hinsichtlich der Frage, welche Elemente für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages sprechen, ist auf das bereits Gesagte zu verweisen. Zunächst ist auch hier festzuhalten, dass der Vertragswortlaut nach dem oben Ausgeführten für ein Auftragsverhältnis und nicht für ein Arbeitsverhältnis spricht. Unter diesen Umständen bedarf es klarer klägerischer Tatsachenbehauptungen, wenn sie das Vorliegen eines Arbeitsvertrages stützen sollen. Solche klaren Behauptungen fehlen auf der ganzen Linie: Namentlich stellte die Klägerin in ihren beiden erstinstanzlichen Rechtsschriften (Urk. 12 und 25) keine tatsächlichen Behauptungen auf, die für ein Subordinationsverhältnis sprechen. Weder weist sie darauf hin, von welchen Vorgesetzten sie hätte Weisungen entgegennehmen sollen, noch darauf, wie sie ihre Aufgaben betreffend die Betreuung ihres Kundenstammes nach der Willenseinigung der Parteien konkret hätte umsetzen sollen. Auch ist ausgehend von der klägerischen Sachdarstellung vor erster Instanz nicht erkennbar, wie die Klägerin nach ihrer Pensionierung in der Arbeitsorganisation der Beklagten hätte eingegliedert bleiben sollen. Die Vereinbarung reiner Provisionszahlungen ist im Arbeitsrecht jedenfalls die Ausnahme. Mit ihrem Rechtsbegehren verlangt die Klägerin zwar eine Ferienentschädigung. Im detaillierten Vertrag ist von einer solchen aber nicht die Rede. Es hätte daher auch in dieser Hinsicht tatsächlicher Behauptungen bedurft. Andere Behauptungen (AHV, Mehrwertsteuer, Selbstregulierungsorganisation usw., Computer) belegen einen privatrechtlichen Arbeitsvertrag nicht. Unter diesen Umständen muss auch ausgehend von den klägerischen Behauptungen die Qualifikation des Rechtsverhältnisses der Parteien als Arbeitsvertrag ausgeschlossen sein. Selbst wenn die Schiedsvereinbarung nicht greifen sollte, wäre mithin auf die Klage mangels sachlicher Zuständigkeit des angerufenen Arbeitsgerichts nicht einzutreten gewesen.

6. Bestätigung des angefochtenen Entscheides; Kosten- und Entschädigungsfolgen

6.1. Der angefochtene Entscheid erweist sich nach dem Gesagten in jeder Hinsicht als richtig, auch bezüglich der Kosten- und Entschädigungsfolgen. Er ist daher in Anwendung von Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO zu bestätigen.

6.2. Bei diesem Prozessausgang hat die Klägerin auch die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens zu tragen. Mangels Umtrieben ist der Beklagten aber keine Parteientschädigung zuzusprechen. Die Klägerin verlangt von der Beklagten einen Betrag Fr. 48'630.48, Ferienlohn, Lohnausweise für drei Jahre (mit einem durchschnittlichen Monatsbetreffnis von ca. Fr. 10'300.00) sowie ein Arbeitszeugnis. Den Ferienlohn beziffert die Klägerin mit rund Fr. 24'000.00 (Urk. 9). Zusammen mit Arbeitszeugnis und Lohnausweisen ergibt sich ein Streitwert von rund Fr. 85'000.00.

Es wird beschlossen:

1. Die Berufung wird abgewiesen, und der Beschluss des Arbeitsgerichts Zürich, 3. Abteilung, wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'500.00 festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet. Im Mehrbetrag wird die Gerichtskasse Rechnung stellen.
4. Für das zweitinstanzliche Verfahren wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage des Doppels von Urk. 39 (Berufungsschrift) sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

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

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche (arbeitsrechtliche) Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 85'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 5. Juli 2016

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Notz

versandt am:

mc