

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA180032-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. S. Janssen und Oberrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. C. Faoro

Beschluss vom 17. Oktober 2019

in Sachen

A._____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

B.____ AG [Bank],

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1.____ und/oder Rechtsanwalt MLaw

Y2.____,

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

**Berufung gegen einen Beschluss des Arbeitsgerichtes Zürich, 1. Abteilung,
vom 23. August 2018 (AN170050-L)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 1 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger einen Betrag von CHF 295'060.00 brutto nebst Zins zu 5% seit dem 1. November 2016 und CHF 203.30 Zahlungsbefehlskosten zu bezahlen.
2. Der Rechtsvorschlag der Beklagten in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Basel-Stadt (Zahlungsbefehl vom 9. Januar 2017) sei vollumfänglich aufzuheben, und dem Kläger sei Rechtsöffnung zu erteilen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

Zirkulationsbeschluss des Arbeitsgerichts Zürich, 1. Abteilung, vom

23. August 2018:

(Urk. 42 S. 15)

- "1. Auf die Klage wird nicht eingetreten.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 11'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden dem Kläger auferlegt und aus dem vom Kläger geleisteten Vorschuss bezogen. Im Mehrbetrag ist der geleistete Vorschuss dem Kläger von der Gerichtskasse zurückzuerstatten.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 12'800.– (exkl. MwSt.) zu bezahlen.
5. [Mitteilung]
6. [Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist 30 Tage]"

Berufungsanträge:

des Klägers (Urk. 41 S. 2):

- "1. Der Zirkulationsbeschluss des Arbeitsgerichts Zürich vom 23. August 2018 sei aufzuheben.
2. Das Arbeitsgericht Zürich sei anzuweisen, auf die Klage vom 21. August 2017 einzutreten und diese materiell zu entscheiden.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten der Beklagten."

der Beklagten (Urk. 49 S. 2):

- "1. Es sei die Berufung des Klägers im Verfahren mit der Geschäfts-Nr. LA180032-O abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist, und es sei der Zirkulationsbeschluss des Arbeitsgerichts Zürich vom 23. August 2018 im Verfahren mit der Geschäfts-Nr. AN170050-L vollumfänglich zu bestätigen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers."

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

1. Am 21. August 2017 reichte der Kläger und Berufungskläger (nachfolgend: Kläger) bei der Vorinstanz die Klagebewilligung des Friedensrichteramtes C._____ vom 31. März 2017 sowie die Klageschrift ein (Urk. 1 und 3). Der weitere Verfahrensverlauf vor Vorinstanz kann dem angefochtenen Beschluss entnommen werden (Urk. 39 S. 2 f. = Urk. 42 S. 2 f.). Der das erstinstanzliche Verfahren abschliessende Zirkularbeschluss der Vorinstanz datiert vom 23. August 2018 (Urk. 42).
2. Mit Eingabe vom 1. Oktober 2018 erhob der Kläger fristgerecht Berufung gegen das vorinstanzliche Urteil und stellte die eingangs aufgeführten Anträge (Urk. 41). Mit Verfügung vom 17. Oktober 2018 wurde dem Kläger Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens einen Vorschuss von Fr. 16'600.– zu leisten (Urk. 45). Dieser Vorschuss ging innert erstreckter Frist bei der Obergerichtskasse ein (Urk. 46 und 47). Mit Verfügung vom 13. November 2018 wurde der Beklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend: Beklagte) Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten (Urk. 48). Die rechtzeitig erstattete Berufungsantwort datiert vom 17. Dezember 2018 (Urk. 49). Am 7. Juni 2019

wurde die Berufungsantwort dem Kläger zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 49). Weitere Eingaben erfolgten nicht.

3. Das Verfahren ist spruchreif.

II. Prozessuales

1. Die Berufung hemmt die Rechtskraft des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die Berufung des Klägers richtet sich gegen den gesamten vorinstanzlichen Entscheid (Urk. 41 S. 2), weshalb dieser in keinem Punkt in Rechtskraft erwachsen ist.

2. Der Kläger hält in der Berufungsbegründung zutreffend fest, dass die Berufung ein reformatorisches Rechtsmittel ist, weshalb grundsätzlich ein materieller Antrag zu stellen ist (Urk. 41 Rz. 4). Nur ausnahmsweise ist ein lediglich kassatorischer Antrag, wie er vom Kläger gestellt wird, zulässig. Ein solcher Ausnahmefall liegt hier aber vor: Die Vorinstanz hat mit Präsidialverfügung vom 28. November 2017 (Urk. 19) das erstinstanzliche Verfahren nach Eingang der Klageantwortschrift auf die Frage ihrer Zuständigkeit beschränkt und ist mit Zirkularbeschluss vom 23. August 2018 auf die Klage mangels sachlicher Zuständigkeit nicht eingetreten (Urk. 42 S. 15, Dispositiv-Ziffer 1). Würde zweitinstanzlich anders entschieden als dies die Vorinstanz getan hat, wäre die Sache daher zur Ergänzung des erstinstanzlichen Verfahrens und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO). Unter diesen Umständen ist ein lediglich kassatorischer Berufungsantrag zulässig.

3.1. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine umfassende Überprüfungsbefugnis über die Streitsache, d.h. über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten

ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). 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 der Entscheid des Erstgerichts aufgrund von erhobenen Beanstandungen überprüft. Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht die Rechtsmittelinstanz nicht zu überprüfen. Das gilt zumindest, solange ein Mangel nicht geradezu offensichtlich ist (BGer 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3).

3.2.1. Im Berufungsverfahren sind neue Tatsachen und Beweismittel – resp. über den insoweit zu engen Wortlaut hinaus neue Tatsachenbehauptungen, neue Bestreitungen von Tatsachenbehauptungen, neue Einreden (rechtlicher Art) und neue Beweismittel (ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 31) – nach Art. 317 Abs. 1 ZPO nur noch zulässig resp. zu berücksichtigen, wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Mit dieser Regelung hat der Gesetzgeber für das Berufungsverfahren ein Novenrecht statuiert, das nur unter restriktiven Voraussetzungen ausnahmsweise Noven zulässt. Der ZPO liegt die Idee zugrunde, dass alle Tatsachen und Beweismittel in erster Instanz vorzubringen sind und der Prozess vor dem erstinstanzlichen Gericht grundsätzlich abschliessend zu führen ist. Das Berufungsverfahren dient nicht der Vervollständigung des vorinstanzlichen Verfahrens, sondern der Überprüfung und Korrektur des erstinstanzlichen Entscheids im Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen (BGer 4A_619/2015 vom 25. Mai 2016, E. 2.2.2 m.w.H.). Jede Partei, welche neue Tatsachen geltend macht oder neue Beweismittel benennt, hat zunächst zu behaupten und zu beweisen, dass dies ohne Verzug geschieht. Will eine Partei unechte Noven geltend machen, so trägt sie die Beweislast für die Zulässigkeit der Noven. Sie muss zusätzlich Behauptungen aufstellen und Beweise benennen, aus denen sich ergibt, dass sie umsichtig und sorgfältig gehandelt hat, aber dennoch keine frühere

Kenntnis von den neu vorgebrachten Tatsachen und Behauptungen oder Beweismitteln hatte. Der anderen Partei steht der Gegenbeweis offen (vgl. zum Ganzen auch BGer 5A_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1 m.w.H.). Eine Ausnahme von den dargelegten Grundsätzen besteht insoweit, als erst der Entscheid der Vorinstanz Anlass dazu gibt, Noven vorzubringen (BGE 139 III 466 E. 3.4).

3.2.2. Die Beklagte weist in ihrer Berufungsantwortschrift zu Recht darauf hin, dass der Kläger im Berufungsverfahren erstmals geltend macht, bei der Beklagten *Vorgesetzte* gehabt zu haben (vgl. Urk. 41 Rz. 29 und 33; Urk. 49 Rz. 16, 36 und 81). Vor erster Instanz hatte der Kläger zwar ausgeführt, dem Weisungsrecht des Geschäftsbereichsleiters Private Banking unterstanden zu haben (Urk. 1 Rz. 14; Urk. 25 Rz. 6 f.), nicht jedoch, dass dieser sein Vorgesetzter gewesen sei oder andere Personen seine Vorgesetzte gewesen seien. Dies lässt sich aus den Vorbringen des Klägers auch nicht sinngemäss ableiten. Mit dem Vorbringen, Vorgesetzte gehabt zu haben, ist der Kläger daher nicht zu hören. Nicht zutreffend ist dagegen das Vorbringen der Beklagten, die Behauptung "Auftritt und Vertretung als Direktor der Beklagten" werde vom Kläger erstmals im Berufungsverfahren vorgebracht (Urk. 41 Rz. 28; Urk. 49 Rz. 16). Der Kläger behauptete in der Klagebegründung, er sei im Rahmen des Beratervertrages vom 29. November 2004 (nachfolgend: "Beratervertrag") resp. der Spezialvereinbarung vom 21. Juni 2010 (nachfolgend: "Spezialvereinbarung") als Executive Director Private Banking tätig gewesen (Urk. 1 Rz. 14), was als "Auftritt und Vertretung als Direktor der Beklagten" im Sinne der Berufungsbegründung zu verstehen ist. Unbeachtlich sind allerdings mutatis mutandis auch Ausführungen der Beklagten in ihrer Berufungsantwort, soweit sie die dargelegten Voraussetzungen nicht erfüllen (vgl. einzelne Behauptungen in Urk. 49 Rz. 18 ff. und Rz. 90; Rz. 94 Abs. 2 und 3).

4. In Anbetracht des über Fr. 30'000.– liegenden Streitwerts ist die vorliegende Klage im ordentlichen Verfahren zu beurteilen. 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 jedoch wie vorliegend 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 und hat das Gericht das ihm vorliegende Material darauf zu prüfen, ob dieses Anhaltspunkte für das Fehlen einer Prozessvoraussetzung enthält (Müller, DIKE-Komm-ZPO, Art. 60 N 1; ZK ZPO-Zürcher, Art. 60 N 4 m.w.H.; BK ZPO I-Zingg Art. 60 N 4; KUKO ZPO-Domej Art. 60 N 5; Morf, OFK-ZPO, ZPO 60 N 3; BSK ZPO-Gehri Art. 60 N 3 und N 10; s.a. BGE 139 III 278 E. 4.3). An der Anwendbarkeit von Art. 317 ZPO (dazu vorstehend unter Erw. II./3.2.1. f.) ändert dies aber nichts (BGE 144 III 349 E. 4.2.1; BGE 142 III 413 E. 2.2.2; BGE 138 III 625 E. 2.2; BGer 4A_239/2019 vom 27. August 2019 E. 2.2.2; BSK ZPO-Spühler, Art. 317 N 2 m.w.H.).

5. Die Beklagte erklärt in ihrer Berufungsantwort abschliessend, "Entsprechend ist nach zutreffender Würdigung der Vorinstanz davon auszugehen, dass das fehlende Subordinationsverhältnis nur den Schluss zulässt, dass das Rechtsverhältnis der Parteien *nicht als Auftrag* qualifiziert werden kann" (Urk. 49 Rz. 96, Hervorhebung beigefügt). Nachdem sich die Beklagte im vorliegenden Verfahren – wie schon im Verfahren vor Vorinstanz – durchwegs auf den Standpunkt stellt, dass die Parteien in einem Auftragsverhältnis zueinander standen, handelt es sich bei diesem Vorbringen offensichtlich um ein Versehen und ist vor dem Hintergrund des Grundsatzes von Treu und Glauben (Art. 52 ZPO) davon auszugehen, dass die Beklagte darlegen wollte, das Rechtsverhältnis der Parteien könne *nicht als Arbeitsverhältnis* qualifiziert werden.

6. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-40). Auf die Parteivorbringen ist nur insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung notwendig ist.

III. Sachliche Zuständigkeit

1. Einziger Gegenstand des Berufungsverfahrens bildet die Frage der rechtlichen Qualifikation des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages und – als

Folge – der sachlichen Zuständigkeit der Vorinstanz, des Arbeitsgerichtes Zürich, zur Beurteilung der Klage. Nachdem die Beklagte vor Vorinstanz in der Klageantwort die Einrede der sachlichen Unzuständigkeit des vom Kläger angerufenen Arbeitsgerichts erhoben und geltend gemacht hatte, das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien sei als Auftrag zu qualifizieren (Urk. 16 Rz. 7 ff.; Urk. 34 Rz. 8 ff.), was vom Kläger in Abrede gestellt wurde (Urk. 25 S. 2 ff.), folgte die Vorinstanz der Argumentation der Beklagten und trat mangels sachlicher Zuständigkeit auf die Klage nicht ein.

2. Vorweg kann festgehalten werden, dass die Ausführungen der Vorinstanz zu den wesentlichen Begriffsmerkmalen und zur Abgrenzung des Arbeitsvertrages von anderen Verträgen auf Arbeitsleistung (Urk. 42 S. 4-7) den von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen entsprechen (vgl. etwa BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 319 N 42 ff.; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl. 2012, Art. 319 N 2 ff.; Brühwiler, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319–343 OR, 2014, Art. 319 N 10). Sie sind zutreffend und werden von den Parteien denn auch nicht bemängelt. Zwecks Vermeidung von Wiederholungen kann vollumfänglich darauf 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, 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 10).

3.1. Die Vorinstanz führte in ihren Erwägungen einleitend aus, gemäss § 20 Abs. 1 lit. a GOG entscheide das Arbeitsgericht erstinstanzlich Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden. Als Voraussetzung für die sachliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichts sei gestützt auf Art. 60 ZPO das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses von Amtes wegen zu prüfen und das Gericht gemäss Art. 57 ZPO nicht an die rechtliche Qualifikation des betreffenden Vertragsverhältnisses durch die Parteien gebunden. Es habe vielmehr

eine eigene rechtliche Prüfung vorzunehmen. Die vom Kläger behaupteten Tatsachen, die sowohl für die sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts als auch die Begründetheit der Klage erheblich seien (doppelrelevante Tatsachen), seien für die Beurteilung der Zuständigkeit als wahr zu unterstellen, da sie weder als offensichtlich fadenscheinig noch inkohärent erschienen und von der Beklagten auch nicht unmittelbar und eindeutig hätten widerlegt werden können (Urk. 42 S. 3 f. und S. 7).

3.2.1. Konkret erwog die Vorinstanz im Zusammenhang mit der Prüfung der Frage der sachlichen Zuständigkeit im Wesentlichen Folgendes:

3.2.2. Der Kläger habe bis zu seiner Pensionierung während 34 Jahren im Private Banking bei der B1. _____ AG [Bank] gearbeitet, davon lange Zeit im Range eines Direktors als Leiter Wealth Management. Am 29. November 2004 hätten der Kläger und die B1. _____ AG einen Beratervertrag abgeschlossen, der am 1. März 2005 in Kraft getreten und vorerst für die Dauer von zwei Jahren befristet gewesen, hernach aber immer wieder verlängert worden sei. Prof. Dr. D. _____ habe mit der B1. _____ AG eine geschäftliche Beziehung unterhalten und sei vom Kläger in Steuer- sowie in Anlage- und Finanzplanungsbelangen betreut und beraten worden. Im öffentlich beurkundeten Testament vom 12. Dezember 2002 habe Prof. Dr. D. _____ die B1. _____ AG als Willensvollstreckerin bestimmt, wobei der Vollzug des Mandats ausdrücklich in der Person des Klägers, der die Familie seit über 20 Jahren umfassend gekannt habe, habe erfolgen sollen. Die Willensvollstreckerin sei im Testament überdies für berechtigt erklärt worden, ihr Honorar (1%) und weitere Auslagen den Nachlassaktiven zu belasten. Prof. Dr. D. _____ sei am 11. April 2010 verstorben. Der Einzelrichter in Erbschaftssachen habe der B1. _____ AG am 17. Juni 2010 das Willensvollstreckerzeugnis ausgestellt und in diesem präzisierend festgehalten, dass die Mandatsführung durch den Kläger erfolge. Gleiches sei in der Erbescheinigung vom 19. Juli 2010 festgehalten worden. Die B1. _____ AG habe mit dem Kläger am 21. Juni 2010 eine Spezialvereinbarung zum Beratervertrag abgeschlossen. Die Parteien hätten festgehalten, dass für die Ausübung der Willensvollstreckung im Zusammenhang mit der Erbteilung der Familie D. _____ gemäss Ziff. 6.2 "Honorare für Spezialaufträge" des

Beratervertrages folgende Entschädigung zur Anwendung gelange: "CHF 200.00 pro Stunde. Der Stundenaufwand wird von Ihnen anhand eines Protokolls erfasst und durch den Sitzleiter Zürich visiert". Das Konto des Erblassers sei im Rahmen der Nachlassabwicklung am 26. Juli 2011 und am 28. November 2011 mit je CHF 540'000.00, insgesamt also mit CHF 1'080'000.00, zugunsten der B1. _____ AG belastet worden. Der Kläger habe der B1. _____ AG am 2. September 2011 für seine Aufwendungen für den Zeitraum vom 28. April 2010 bis zum 31. August 2011 Rechnung über den Betrag von CHF 239'215.60 gestellt und diese habe ihm diese Summe ausbezahlt. Der Kläger habe der B1. _____ AG ferner am 1. Dezember 2012 für seine Aufwendungen für den Zeitraum vom 1. September 2011 bis zum 30. November 2012 Rechnung über den Betrag von CHF 276'287.20 gestellt, und die Bank habe dem Kläger auch diese Summe ausbezahlt. Ca. Mitte mm. 2013 sei eine Fusion der Beklagten abgeschlossen worden; die Beklagte trete seither unter der Firma B. _____ AG auf. Der Kläger habe den Nachlass des Erblassers in dessen Sinne ge- und verteilt. Die Schlusszahlungen seien am 19. September 2016 erfolgt – der unverteilter Nachlass-Saldo von CHF 134'789.33 sei vergütet und die Kontoverbindung bei der B. _____ AG aufgehoben worden. Der Kläger habe der Beklagten mit Schreiben vom 30. September 2016 eine Aufstellung seines Aufwands für den Zeitraum vom 1. April 2013 bis zum 14. Oktober 2016 zukommen lassen und einen Anspruch in der Höhe von CHF 295'060.00 geltend gemacht. Er habe der Beklagten am 21. Oktober 2016 sämtliche Akten übergeben und ihr seine Schlussbemerkungen zukommen lassen. Der vom Kläger geltend gemachte Aufwand für den Zeitraum vom 1. April 2013 bis zum 14. Oktober 2016 sei in der Folge von der Beklagten nicht bezahlt worden (Urk. 42 S. 7-9).

3.2.3. Im Beratervertrag hätten die Parteien die Bezeichnungen "Auftraggeber" und "Berater" verwendet, das Vertragsverhältnis aber zugleich auch als "Arbeitsvertrag" bezeichnet. Die Spezialvereinbarung enthalte keine derartigen Bezeichnungen. Weder der Beratervertrag noch die Spezialvereinbarung sähen ein bestimmtes Pensum vor. Der Beratervertrag halte fest, "[d]er Umfang und die Einteilung von Arbeitszeit liegen im Ermessen des Beraters", wobei "[f]ür die Erfüllung von Spezialaufträgen [...] gesonderte Regelungen betreffend die Arbeitszeit ver-

einbart" würden. In der Spezialvereinbarung sei keine bestimmte Arbeitszeit festgelegt, sondern lediglich vereinbart worden, dass der Stundenaufwand anhand eines Protokolls zu erfassen sei. Ferienansprüche seien im Beratervertrag ausdrücklich ausgeschlossen und in der Spezialvereinbarung nicht erwähnt worden. Beide Verträge seien befristet abgeschlossen worden. Während der Beratervertrag eine Kündigungsfrist von sechs Monaten jeweils auf ein Monatsende vorsehe, enthalte die Spezialvereinbarung keine Kündigungsfrist. Die Spezialvereinbarung sehe keinen festen Monatslohn, sondern eine Entschädigung nach Stundenaufwand vor. Gestützt auf die gewählte Vertragsterminologie und die gewählte Vertragsausgestaltung könne die Spezialvereinbarung insgesamt weder klar als Arbeitsvertrag noch klar als Auftrag qualifiziert werden. Das Fehlen einer Regelung betreffend die Ferien sowie das Fehlen einer ordentlichen Kündigungsmöglichkeit in der Spezialvereinbarung sprächen eher gegen die Qualifikation als Arbeitsvertrag. Der Kläger mache geltend, dass die Parteien den Beratervertrag und die Spezialvereinbarung zu Recht als Arbeitsvertrag qualifiziert hätten. Zumindest soweit sich diese Tatsachenbehauptung auf eine ausdrückliche Qualifikation der Spezialvereinbarung im Vertragstext selbst beziehen sollte, werde die Behauptung durch die eingereichten Verträge jedoch unmittelbar widerlegt (Urk. 42 S. 9 f.).

3.2.4. Der Kläger sei für keinen anderen "Auftraggeber" tätig gewesen, was auf das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses hindeute. Allerdings sei er im vorliegend relevanten Zeitraum bereits pensioniert gewesen, sodass er aufgrund der ihm gemäss allgemeiner Lebenserfahrung zustehenden Rente nicht massgeblich wirtschaftlich von der Beklagten abhängig gewesen sei (Urk. 42 S. 10).

3.2.5. Die Beklagte habe Sozialversicherungsbeiträge für den Kläger bezahlt. Zudem seien die in den Jahren 2011 und 2012 an den Kläger geleisteten Zahlungen auf den Lohnausweisen als Lohn qualifiziert worden. Dabei handle es sich um Indizien für einen Arbeitsvertrag, denen gemäss Lehre und Rechtsprechung jedoch lediglich zweitrangige Bedeutung zukomme. Das Argument des Klägers, dass die Bezahlung von Spesen ein zusätzliches Indiz für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages sei, sei sodann nicht überzeugend. Gemäss Art. 327a bzw.

Art. 402 Abs. 1 OR seien Auslagen sowohl nach Arbeitsvertragsrecht als auch nach Auftragsrecht zu ersetzen (Urk. 42 S. 10).

3.2.6. Bis September 2014 habe der Kläger ein Einzelbüro sowie einen fixen Parkplatz und danach einen Arbeitsplatz im Grossraumbüro in den Büroräumlichkeiten der Beklagten gehabt. Er habe zudem über einen Zutrittsbadge für Räumlichkeiten der Beklagten und über ein eigenes Tischtelefon verfügt, sei im internen Telefonbuch eingetragen und bis Mitte Oktober 2016 auch im Intranet der Beklagten aufgeführt gewesen. Die Erbeninformationssitzungen hätten in Sitzungszimmern der Beklagten stattgefunden. Zudem sei der Kläger immer wieder für Kundenanlässe eingeladen und mit dem Namensschild "A._____, B._____ AG" ausgestattet worden. Materialbestellungen habe er, wie die anderen Mitarbeiter der Beklagten auch, bei der Abteilung Dienste in Zürich einreichen können. Das Arbeitsmaterial sei, wie auch die gesamte Infrastruktur, von der Beklagten bezahlt worden. Er habe auch über eine E-Mail-Adresse bei der Beklagten sowie die entsprechenden Visitenkarten, die ihn als Arbeitnehmer der Beklagten ausgewiesen hätten, verfügt. Er habe ein Geschäftsmobile und einen eigenen Zugangs-Code für alle Kundendaten auf dem Avaloq-System besessen. Des Weiteren habe er das Recht gehabt, intern bei der Abteilung Wealth Management Steuerverzeichnisse (z.B. wegen der Rückforderung der Verrechnungssteuer) einzufordern und den internen Support eines Prokuristen für die Erstellung diverser Listen (z.B. Einnahmen und Ausgaben Liegenschaftenunterhalt) beanspruchen dürfen. Die Assistentin des Head of Private Banking habe als Protokollführerin an den Erbeninformationssitzungen mitgewirkt. Der Postversand des Klägers sei durch die interne Post der Beklagten erledigt und frankiert worden, inkl. der eingeschriebenen Briefe. Er habe für die Abwicklung des Erbfalls überdies unbeschränkt Fotokopien anfertigen dürfen. Die Zuweisung eines Arbeitsplatzes sowie die Bereitstellung von Arbeitsgeräten oder -material seien Indizien für das Bestehen eines Arbeitsvertrages. Allerdings seien diese Indizien nicht von entscheidender Bedeutung. Der dem Kläger zur Verfügung gestellte Arbeitsplatz sowie die ihm von der Beklagten zur Verfügung gestellten personellen und materiellen Ressourcen hätten ihm zur Erbringung seiner Arbeitsleistung im Interesse der Beklagten gedient, und zwar ungeachtet dessen, ob von einem Arbeitsvertrag oder einem Auftrag auszu-

gehen sei. Die Nutzung der Infrastruktur der Beklagten sei im beidseitigen Interesse gewesen, und zwar insbesondere auch deshalb, weil die Beklagte an einer raschen Abwicklung des Willensvollstrecker-Mandates interessiert gewesen sei. Keine Rolle für das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien spiele, wie der Kläger gegenüber Kunden aufgetreten sei bzw. welchen Eindruck Visitenkarten oder auch Namensschilder an Kundenanlässen erweckt haben könnten (Urk. 42 S. 11 f.).

3.2.7. In der Spezialvereinbarung sei kein fester Lohn, sondern eine Entschädigung nach Stundenaufwand vorgesehen gewesen. Diese Entschädigung sei sodann äusserst unregelmässig erfolgt. Am 2. September 2011 – über ein Jahr nach Abschluss der Spezialvereinbarung – habe der Kläger Rechnung für den Zeitraum vom 28. April 2010 bis zum 31. August 2011 gestellt. Über ein Jahr später, am 1. Dezember 2012, habe der Kläger Rechnung für den Zeitraum vom 1. September 2011 bis zum 30. November 2012 gestellt. Die nächste Rechnung sei vom Kläger schliesslich erst mehrere Jahre später, am 30. September 2016, gestellt worden. Diese unregelmässige Entschädigung des Klägers spreche gegen das Vorliegen eines Arbeitsvertrages. Erst nach dem Abschluss des Willensvollstrecker-Mandates bzw. dessen Rückgabe an die Beklagte habe der Kläger Rechnung für seine Arbeitsleistung während mehrerer Jahre gestellt. Bei einem Arbeitsvertrag sei der Lohn hingegen gemäss Art. 323 Abs. 1 OR grundsätzlich am Ende jedes Monats auszurichten (Urk. 42 S. 12).

3.2.8. In Bezug auf das Unternehmensrisiko seien den Ausführungen des Klägers nur vereinzelt Hinweise zu entnehmen. Aufgrund der Vereinbarung eines fixen Stundenlohnes sei aber nicht davon auszugehen, dass er das wirtschaftliche Risiko selbst getragen habe (Urk. 42 S. 12).

3.2.9. Der Kläger mache geltend, dass er Weisungen zu befolgen gehabt und dem Weisungsrecht des Geschäftsleiters Private Banking unterstanden habe. Er habe Weisungen entgegengenommen und sei in die Arbeitsorganisation der Beklagten eingebunden gewesen. Weisungen habe aber grundsätzlich auch der Auftragnehmer zu beachten, da sie den Vertragsinhalt konkretisieren würden. Zudem bestehe auch im Auftragsverhältnis eine Pflicht zur Rechenschaftsablegung (unter

Verweis auf Art. 400 OR). Nur ein hohes Mass an Weisungsgebundenheit sei als Indiz für ein Arbeitsverhältnis zu werten. Es müsse mithin ein Abhängigkeitsverhältnis bestehen, das den Arbeitnehmer im Arbeitsvollzug persönlich, betrieblich und zeitlich der Direktionsgewalt des Arbeitgebers unterstelle. Gemäss den als wahr zu unterstellenden Tatsachenbehauptungen des Klägers sei er rechen- schaftspflichtig gewesen und habe er das Controlling in regelmässigen Abstän- den, das heisst monatlich, informieren müssen. Er sei zudem von Seiten der Be- klagten mehrfach aufgefordert worden, sie über den aktuellen Stand zu informie- ren und habe regelmässig über den Stand der Nachlassabwicklung rapportieren müssen. Der Kläger habe die Protokolle der Erbeninformationssitzungen erstellt und sie der Beklagten zur Verfügung gestellt. Die Beklagte hätte intervenieren können, wenn sie mit irgendeinem Aspekt der Nachlassabwicklung nicht einver- standen gewesen wäre. Das sei jedoch nicht der Fall gewesen. Sie habe sich schlicht und ergreifend in keiner Weise für die Abwicklung des Willensvollstrecker- Mandats interessiert. Der Kläger habe seine Arbeitszeit selbst organisiert. Er sei selber für die Einhaltung und die aufgabengerechte Verteilung seiner Arbeitszeit verantwortlich und lediglich gehalten gewesen, den Stundenaufwand in einer Zu- sammenstellung zu erfassen. Die vom Kläger behaupteten und vorliegend als wahr zu unterstellenden Tatsachen wiesen nicht auf eine hohe Weisungsgebun- denheit hin. Er habe keine Weisungen durch die Beklagte detailliert. Vielmehr ha- be er über weitgehende organisatorische Freiheiten verfügt. Die Beklagte schein während des mehrere Jahre andauernden Vertragsverhältnisses eben gerade nicht interveniert bzw. Weisungen zur Art und Weise des Arbeitsvollzugs erteilt zu haben. Diese Indizien sprächen somit ebenfalls gegen das Vorliegen eines Ar- beitsverhältnisses (Urk. 42 S. 13 f.).

3.3. Im Sinne eines Fazits hielt die Vorinstanz fest, der Kläger sei – gemäss sei- nen als wahr zu unterstellenden Tatsachenbehauptungen – weitgehend frei in der Gestaltung seiner Arbeitstätigkeit gewesen. Eine hohe Weisungsgebundenheit sei nicht ersichtlich. Die Entschädigungszahlungen seien sehr unregelmässig erfolgt, was eher einer projektbezogenen Arbeitstätigkeit bzw. einem Auftragsverhältnis entspreche. Somit habe es am für den Arbeitsvertrag typischen Subordinations- verhältnis gefehlt. Unter Würdigung aller vorstehend erwähnten Umstände und

Indizien könne das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien nicht als Arbeitsverhältnis qualifiziert werden. Auf die Klage sei demnach aufgrund fehlender sachlicher Zuständigkeit nicht einzutreten (Urk. 42 S. 14).

4.1.1. Der Kläger macht berufsungsweise als ersten Punkt geltend, die Vorinstanz hätte die doppelrelevanten Tatsachen bei der Begründetheit der Klage prüfen müssen (Urk. 41 S. 11). Doppelrelevante Tatsachen würden nur in diesem Verfahrensstadium geprüft. Bei der Beurteilung der Zuständigkeit sei primär auf den von der klagenden Partei eingeklagten Anspruch und dessen Begründung abzustellen. Die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts hänge von der gestellten Frage ab, nicht von deren Beantwortung, die im Rahmen der materiellen Prüfung zu erfolgen habe. Für die Zulässigkeit der Klage genüge es, wenn der Kläger die doppelrelevanten Tatsachen schlüssig behaupte. Dies habe er in seiner Klage und in der Replik zur sachlichen Zuständigkeit getan. Diesbezügliche Einwände der Gegenpartei seien im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung unbeachtlich. Eine Ausnahme bestehe, wie die Vorinstanz richtig ausführe, nur dann, wenn der klägerische Tatsachenvortrag auf Anhieb fadenscheinig oder inkohärent erscheine sowie durch die Klageantwort und die von der Gegenseite produzierten Dokumente unmittelbar und eindeutig widerlegt werden könne. Sein Tatsachenvortrag könne aufgrund seiner Ausführungen im vorinstanzlichen Verfahren mitnichten auf Anhieb fadenscheinig oder inkohärent erscheinen. Ebenso wenig sei er durch die Klageantwort unmittelbar und eindeutig widerlegt worden. Daher hätte die Vorinstanz auf die Klage eintreten und die doppelrelevanten Tatsachen bei der Begründetheit des Anspruchs prüfen müssen. Dies gelte umso mehr, als dass die sachliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichts als "weit" interpretiert werde (Urk. 41 Rz. 21-23 und Rz. 34).

4.1.2. Die Beklagte ist dagegen der Ansicht, dass die Vertragsqualifikation vorliegend keine doppelrelevante Tatsache darstelle. Sei die Frage, ob es sich um eine arbeitsvertragliche Streitigkeit handle oder nicht, nur für die Zuständigkeit relevant (einfachrelevante Tatsachen), so habe das Gericht die Frage von Amtes wegen zu prüfen und den Sachverhalt vor dem Entscheid über die Zuständigkeit zu klären. Sei die Vertragsqualifikation für den geltend gemachten Anspruch nicht rele-

vant, handle es sich um eine bloss für die Zuständigkeit relevante Tatsache und seien die Sachverhaltsbehauptungen bereits beim Eintreten und von Amtes wegen zu klären, nicht erst im Beweisverfahren. Den vorinstanzlichen Ausführungen lasse sich nicht entnehmen, weshalb die Qualifikation des Rechtsverhältnisses in casu sowohl für die sachliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichts als auch für die Begründetheit der Klage erheblich sei. Dies ergebe sich auch nicht aus den Eingaben des Klägers. Dieser habe im vorinstanzlichen Verfahren einen (bestrittenen) Anspruch auf Entschädigung für von ihm angeblich erbrachte Leistungen im Zeitraum vom Frühjahr 2013 bis im Oktober 2016 geltend gemacht. Dabei habe er sich auf den (bestrittenen) Standpunkt gestellt, dass zwischen den Parteien vertraglich vereinbart worden sei, dass der Nachweis der von ihm geleisteten Stunden mit der Abgabe von Stundenzusammenstellungen erbracht sei. Weder für den Nachweis der vom Kläger angeblich geleisteten Stunden noch für den Beweis seiner Genehmigungsthese sei die Vertragsqualifikation als Auftrag oder Arbeitsvertrag massgebend. Der klägerische Vortrag sei damit nicht doppelrelevant (Urk. 49 Rz. 28 und Rz. 41-44).

4.1.3.1. Gemäss Art. 3 ZPO ist die Organisation der Gerichte Sache der Kantone, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt. Den Kantonen steht somit eine Rechtsetzungskompetenz nur zu, soweit der Bund von seiner Gesetzgebungskompetenz keinen Gebrauch macht (BGE 140 III 155 E. 4.3). In diesem Sinne hat der Kanton Zürich in § 20 Abs. 1 lit. a GOG bestimmt, dass für den erstinstanzlichen Entscheid über "Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden" das Arbeitsgericht zuständig ist.

4.1.3.2. Es liegt auf der Hand, dass es immer wieder Grenzfälle gibt, in denen die Frage, ob das Fachgericht zuständig ist oder nicht, nicht leicht zu beantworten ist. Die Rechtsprechung hat in diesem Zusammenhang die "Theorie der doppelrelevanten Tatsachen" entwickelt, mit der sie dem Rechtsuchenden entgegenkommt. Bei den Tatsachen, die mit Blick auf die Prüfung der Zuständigkeit massgebend sind, handelt es sich entweder um "einfachrelevante" oder um "doppelrelevante" Tatsachen. Tatsachen sind einfachrelevant, wenn sie lediglich im Hinblick auf die Zuständigkeit massgebend sind. Diese Tatsachen müssen im Stadium der Zu-

ständigkeitsprüfung bewiesen werden, sofern die beklagte Partei die Unzuständigkeitseinrede erhebt und die Vorbringen des Klägers bestreitet. Demgegenüber sind Tatsachen doppelrelevant, wenn sie nicht nur für die Zuständigkeit des Gerichts, sondern auch für die Begründetheit der Klage massgebend sind, was namentlich der Fall ist, wenn die Zuständigkeit auf der Rechtsnatur des behaupteten Anspruchs beruht, beispielsweise, wenn sie von einer widerrechtlichen Handlung oder von einem Vertrag abhängt (BGE 141 III 294 E. 5.2 = Pra 2017 Nr. 5 E. 5.2 m.w.H.). Auf solche Tatsachen findet die Theorie der doppelrelevanten Tatsachen Anwendung (BGE 141 III 294 E. 5.1 = Pra 2017 Nr. 5 E. 5.1 m.w.H.). Im Zusammenhang mit der Frage der sachlichen Zuständigkeit des Arbeitsgerichts einfach-relevante Tatsachen sind die örtlichen Faktoren, d.h. der Wohnsitz oder Sitz des Beklagten und der Ort der gewöhnlichen Arbeitsverrichtung (vgl. BGE 137 III 32 E. 2.3 [noch unter Geltung des GestG ergangen]; Bloch, Die Prüfung der örtlichen Zuständigkeit von Amtes wegen und die Folgen bei örtlicher Unzuständigkeit gemäss Art. 34 GestG, 2003, S. 83 und 93). Für die Frage der sachlichen Zuständigkeit des Arbeitsgerichts doppelrelevante Tatsachen sind demgegenüber jene, die auf das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses schliessen lassen, wie Tatsachen zum Zustandekommen, zur Gültigkeit oder zur Auflösung eines Arbeitsvertrages (vgl. BGE 137 III 32 E. 2.3; Bloch, a.a.O.).

4.1.3.3. Nach der angesprochenen Theorie prüft das angerufene Gericht bei doppelrelevanten Tatsachen seine Zuständigkeit auf der Grundlage des eingeklagten Anspruchs sowie seiner Begründung, ohne die Einwände der beklagten Partei zu prüfen. Die Beweisabnahme betreffend doppelrelevante Tatsachen wird auf diejenige Phase des Prozesses verschoben, in der die Begründetheit des eingeklagten Anspruchs geprüft wird (BGE 141 III 294 E. 5.2 = Pra 2017 Nr. 5 E. 5.2 m.w.H.). Somit sind vom Kläger behauptete Tatsachen, die sowohl für die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts als auch für die Begründetheit der Klage erheblich sind, für die Beurteilung der Zuständigkeit des angerufenen Gerichts zunächst als wahr zu unterstellen. Auch sind in diesem Fall im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung materiell-rechtliche Einwendungen bzw. Einreden des Beklagten gegen die Begründetheit des Anspruchs nicht zu hören. Insoweit erfährt der Grundsatz, wonach die sachliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichts von Am-

tes wegen zu prüfen ist und die beschränkte Untersuchungsmaxime gilt (dazu vorne unter Erw. II./4.), eine Einschränkung. Jedoch ist es dem angerufenen Gericht nicht verwehrt, aufgrund des von der klägerischen Partei vorgebrachten Sachverhalts von Amtes wegen zu prüfen, ob der behauptete Anspruch effektiv in demjenigen Rechtsbereich anzusiedeln ist, der seine Zuständigkeit begründet, und gegebenenfalls – in Abweichung von der rechtlichen Betrachtungsweise der klägerischen Partei – seine sachliche Zuständigkeit zu verneinen (Kass.Ger. ZH AA040140 vom 1. März 2005, Erw. 3b, m.w.H.; BGE 141 III 294 E. 6.1; BGE 137 III 32 E. 2.2 mit Verweis auf BGer 4P.104/2006 vom 25. September 2006 E. 2.3; Hoffmann-Nowotny, Doppelrelevante Tatsachen in Zivilprozess und Schiedsverfahren, Diss. Zürich 2009, Rz. 130). Zudem gilt, wie die Vorinstanz zutreffend dargelegt hat (Urk. 41 S. 3), eine Ausnahme dort, wo die klägerischen Behauptungen auf Anhieb fadenscheinig oder inkohärent erscheinen oder durch die Klageantwort sowie die von der Gegenseite produzierten Dokumente unmittelbar und eindeutig widerlegt werden (BGE 141 III 294 E. 5.3 = Pra 2017 Nr. 5 E. 5.3 m.w.H.; BGE 137 III 32 E. 2.3; BGE 136 III 486 E. 4). Ein solcher Fall liegt namentlich vor, wenn der Kläger sich bei seinen Vorbringen auf einen in den Akten befindlichen Vertrag stützt, aus dem sich ergibt, dass es sich entgegen seinen Vorbringen nicht um einen Arbeitsvertrag handelt (vgl. Bloch, a.a.O., S. 85). In solchen Fällen entfällt die Anwendbarkeit der Theorie der doppelrelevanten Tatsachen. Die Überprüfung der doppelrelevanten Parteivorbringen auf ihre Schlüssigkeit erfolgt im Rahmen der rechtlichen Würdigung dieser Vorbringen durch das Gericht, die ihrerseits Teil der Zuständigkeitsprüfung bildet (Bloch, a.a.O., S. 85).

4.1.3.4. Vorliegend sind die vom Kläger behaupteten Tatsachen zum Vorliegen eines Arbeitsvertrages und der daraus geforderten Lohnzahlung sowohl für die Frage der Zuständigkeit des angerufenen Gerichts als auch für die Begründetheit der Klage erheblich. Entgegen der Ansicht der Beklagten muss es genügen, dass die Frage, ob doppelrelevante Tatsachen vorliegen, für das behauptete Klagefundament insgesamt – hier das Vorliegen eines Arbeitsvertrages und einer darauf gestützten Lohnforderung – geprüft wird. Die Argumentation der Beklagten, weder für den Nachweis der vom Kläger angeblich geleisteten Stunden noch für den Beweis seiner Genehmigungsthese sei die Vertragsqualifikation massgebend,

weshalb der klägerische Vortrag nicht doppelrelevant sei, greift zu kurz. Selbst wenn dies der Fall wäre, was offen bleiben kann, wäre nämlich in der vorliegenden Konstellation ohne Weiteres möglich, dass die Vertragsqualifikation aus einem anderen Grund relevant ist, beispielsweise aufgrund von Einwendungen der Beklagten. Die Beklagte argumentiert denn auch, soweit der Kläger das Willensvollstreckermandat nicht sorgfältig abgewickelt habe, sei er vertragsbrüchig geworden und habe er entsprechend keinen Anspruch auf Ersatz eines Stundenaufwandes (Urk. 49 Rz. 89). Die Beklagte spricht damit die in der Rechtsprechung beim Auftrag vorherrschende Meinung an, dass ein Honorar nur bei korrekter und sorgfaltsgemässer Auftragsausführung geschuldet ist, eine relevante Unsorgfalt also zum Wegfall oder zur Reduktion der Honorarforderung führt und nicht bloss zur Geltendmachung von Schadenersatz berechtigt (vgl. BSK OR I-Weber, Art. 394 N 43 m.w.H.). Der Arbeitnehmer hat die ihm übertragene Arbeit zwar ebenfalls sorgfältig auszuführen (Art. 321a Abs. 1 OR). Tut er dies nicht, ist eine Kürzung des Lohnes aber ausgeschlossen, weil der Lohn die vereinbarte Gegenleistung zur Erbringung der Arbeitsleistung in der vereinbarten Arbeitszeit ist. Möglich bleibt in den Grenzen von Art. 323b Abs. 2 OR die Lohntilgung durch Verrechnung mit Schadenersatz nach Art. 321e OR (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 321a N 3 m.w.H.). Die Unterscheidung zwischen einzel- und doppelrelevanten Tatsachen kann vor diesem Hintergrund nicht so weit gehen, dass die Doppelrelevanz für jede Behauptung zum Klagefundament einzeln zu prüfen ist. Vielmehr stellt sich diese Frage für das behauptete Klagefundament insgesamt, d.h. auf Grundlage des eingeklagten Anspruchs sowie seiner Begründung (BGE 141 III 294 E. 5.2 = Pra 2017 Nr. 5 E. 5.2 m.w.H.). Auf die diesbezügliche Argumentation der Beklagten ist daher nicht weiter einzugehen.

4.1.3.5. Das Vorgehen der Vorinstanz ist indes aus einem anderen Grund nicht ganz konform mit der dargelegten Theorie. Die Vorinstanz ging zwar davon aus, dass die klägerischen Behauptungen nicht auf Anhieb fadenscheinig oder inkohärent erschienen und auch von der Beklagten nicht unmittelbar und eindeutig hätten widerlegt werden können (Urk. 42 S. 7), berücksichtigte aber dennoch über den Tatsachenvortrag des Klägers hinaus auch Argumente, die sich einzig aus den Akten, nämlich aus dem Beratervertrag und der Spezialvereinbarung, erge-

ben (Urk. 42 S. 9 f.). Sie beschränkte sich somit nicht darauf, die doppelrelevanten Tatsachenbehauptungen des Klägers als wahr zu unterstellen.

4.1.3.6. Im Ergebnis ist das Vorgehen der Vorinstanz, für die Prüfung ihrer sachlichen Zuständigkeit auch auf die Akten abzustellen, aber richtig. Die Vorinstanz ist nämlich zu Unrecht davon ausgegangen, dass die vom Kläger vorgebrachten Argumente für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses nicht auf Anhieb faden-scheinig und inkohärent erscheinen. Seine Vorbringen sprechen teilweise bereits für sich allein klar gegen das Vorliegen eines Arbeitsvertrages und widersprechen darüber hinaus in wesentlichen Punkten auch der Aktenlage. Wie sich aus den nachfolgenden Ausführungen ergibt, fehlt es an der Schlüssigkeit des klägerischen Parteivortrags mit Bezug auf die Qualifikation der Vereinbarung der Parteien als Arbeitsvertrag, weshalb die Theorie der doppelrelevanten Tatsachen keine Anwendung findet.

4.2.1. Der Kläger macht in diesem Zusammenhang geltend, er habe im vorinstanzlichen Verfahren dargetan und Beweise offeriert, dass ihn eine umfassende Rechenschaftspflicht getroffen habe, dass er dem Weisungsrecht des Geschäftsbereichsleiters Private Banking unterstanden habe (unter Verweis auf Ziff. 4 des Beratervertrages), dass eine Pflicht zur Arbeitsleistung bestanden habe, nämlich die Abwicklung des Willensvollstreckermandats, andernfalls er vertragsbrüchig geworden wäre, dass die Parteien selber das Vertragsverhältnis als Arbeitsvertrag betrachtet hätten, dass er Lohn für seine Leistung – und kein Honorar – erhalten habe, auf dem sozialversicherungsrechtliche Abzüge getätigt worden seien, und dass er in die Arbeitsorganisation der Beklagten eingebunden gewesen und als Arbeitnehmer der Beklagten aufgetreten sei (eigenes Büro in den Büroräumlichkeiten der Beklagten, Telefon, Internet und Intranet, Parkplatz, Zutrittsbadge, Visitenkarten, Zugriff auf Systeme mit hochsensiblen Daten und Geschäftsgeheimnissen, Auftritt im Namen der Beklagten, Vertretung der Beklagten, Verwendung von Arbeitsmaterial auf Kosten der Beklagten, Willensvollstreckerhonorar sei an die Beklagte gegangen etc.). Bereits die Vertragstexte des Beratervertrages und der Spezialvereinbarung sprächen für das Vorliegen eines Arbeitsvertrags. Es möge, wie die Vorinstanz ausführe, sein, dass das Fehlen einer

Regelung für die Ferien eher gegen die Qualifikation als Arbeitsvertrag spreche. Das Fehlen einer ordentlichen Kündigungsfrist spreche hingegen entgegen den Ausführungen der Vorinstanz nicht gegen ein Arbeitsverhältnis; die Befristung bis zum Abschluss des Willensvollstreckermandats spreche vielmehr mehr für ein Arbeitsverhältnis als für einen Auftrag. Ebenfalls für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages sprächen das Vorliegen eines Dauerschuldverhältnisses, die exklusive Tätigkeit für die Beklagte sowie die Bezahlung eines Lohns, von dem sozialversicherungsrechtliche Abzüge erhoben worden seien. Auch die Zuweisung eines Arbeitsplatzes und die Bereitstellung von Arbeitsgeräten oder -material seien Indizien für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses und nicht für das Vorliegen eines Auftrags. Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz spreche sodann die Unregelmässigkeit der Lohnzahlung nicht gegen das Vorliegen eines Arbeitsvertrages. Er habe seine Zeit "verkauft", nicht eine Leistung. Zudem seien von den Parteien vereinbarte Abweichungen von der gesetzlichen Regelung, wonach der Lohn gemäss Art. 323b Abs. 1 OR (recte: Art. 323 Abs. 1 OR) am Ende des Monats ausbezahlt werde, zulässig. Das Fehlen eines Unternehmerrisikos, von dem auch die Vorinstanz ausgegangen sei, spreche ebenfalls für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages. Bezüglich Subordination argumentiert der Kläger, dass, wie sich auch aus dem Beratervertrag ergebe, Weisungsgebundenheit bestanden habe und er rechenschaftspflichtig gewesen sei. Er habe das Controlling monatlich informieren müssen und sei von Seiten der Beklagten mehrfach aufgefordert worden, sie über den aktuellen Stand zu informieren resp. über den Stand der Nachlassabwicklung zu rapportieren. Eine andere Frage sei, ob er häufig Weisungen erhalten habe. Nur weil dies nicht der Fall gewesen sei, heisse dies nicht, dass keine Weisungsgebundenheit bestanden habe. Richtig sei einzig, dass er in der Einteilung seiner Arbeitszeit frei gewesen sei, wie das aber heutzutage sehr viele Mitarbeitende insbesondere auf Managerstufe seien. Allein daraus könne nicht auf ein Auftragsverhältnis geschlossen werden. Es sei unzutreffend, dass er – gemäss seinen als wahr zu unterstellenden Tatsachenbehauptungen – weitgehend frei in der Gestaltung der Arbeitstätigkeit gewesen sei. Es gebe nicht ein einziges Indiz, das klar für das Vorliegen eines Auftrags spreche, und alle anderen Indizien, die für das Vorliegen eines Arbeitsvertrags sprächen, würden klar

überwiegen. Die Vorinstanz hätte daher auf die Klage eintreten müssen (Urk. 41 Rz. 23 und Rz. 28 ff.).

4.2.2. Die Beklagte entgegnet, sie habe die bestrittenen Behauptungen des Klägers vor Vorinstanz widerlegt und dargetan, dass das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien als Auftragsverhältnis zu qualifizieren sei (Urk. 49 Rz. 28 und 41). Zusammengefasst macht sie geltend, der Kläger habe sowohl im vorinstanzlichen Verfahren als auch im Rahmen der Berufungsschrift nicht darlegen können, dass er bei der Durchführung des Willensvollstreckermandates für sie in einem Subordinationsverhältnis zu ihr gestanden sei. Vielmehr habe er behauptet, dass sie nicht interveniert und sich nach seiner Ansicht in keiner Weise für die Abwicklung dieses Mandates interessiert habe, dass er seine Arbeitszeit selber organisiert habe und dass er lediglich gehalten gewesen sei, den Stundenaufwand zu erfassen. Hinzu komme, dass er in seinen Rechtsschriften keine einzige konkrete Weisung der Beklagten behauptet habe. Die Vorinstanz habe gestützt darauf zu Recht festgestellt, dass selbst nach den (bestrittenen) Ausführungen des Klägers ein arbeitsrechtliches Subordinationsverhältnis fehle (Urk. 49 Rz. 27). Namentlich habe die Vorinstanz zutreffend festgehalten, dass der Kläger über weitgehende organisatorische Freiheit verfügt und die Beklagte selbst nach dessen Behauptungen gerade nicht interveniert bzw. keine Weisungen erteilt habe. Die klägerischen Vorbringen gegen diese zentralen Feststellungen der Vorinstanz würden nicht überzeugen. Der Kläger habe auch in seiner Berufungsschrift nicht ansatzweise dargetan, inwiefern er in zeitlicher, sachlicher und örtlicher Hinsicht nicht völlig frei gewesen wäre und weshalb die vorinstanzliche Würdigung, dass keine hohe Weisungsgebundenheit bestanden habe, unzutreffend sei. Selbst wenn man die (bestrittenen) Behauptungen des Klägers als wahr unterstellen würde, liesse sich dementsprechend bei der Durchführung des Willensvollstreckermandates kein Subordinationsverhältnis zwischen den Parteien erkennen (Urk. 49 Rz. 35 ff.; vgl. auch Urk. 49 Rz. 96). Der Behauptung des Klägers, dass er "umfassende Rechenschaftspflichten" zu erfüllen gehabt habe, hält sie entgegen, auch der Beauftragte habe solche. Entsprechend könne nur eine sehr intensive Rechenschaftsablage für ein Arbeitsverhältnis sprechen. Die (bestrittenen) klägerischen Behauptungen zur Rechenschaftspflicht würden jedoch nicht einmal den Anforderungen

einer auftragsrechtlichen Rechenschaftspflicht genügen (Urk. 49 Rz. 38). Somit könne bereits aufgrund des fehlenden rechtlichen Subordinationsverhältnisses kein Arbeitsvertrag vorliegen, weshalb die Berufung des Klägers vollumfänglich abzuweisen sei. Daran würden auch die weiteren klägerischen Behauptungen zu vermeintlich für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages sprechenden Indizien nichts ändern (Urk. 49 Rz. 40). Namentlich macht die Beklagte in diesem Zusammenhang unter Verweis auf Art. 402 Abs. 1 OR geltend, die Abrechnung der Spesen stelle kein Indiz für einen Arbeitsvertrag dar (Urk. 49 Rz. 67). Sodann sei nicht verständlich, was der Kläger daraus, dass es ihm frei gestanden sei, bei ihr verschiedene Materialien zu beziehen, zu seinen Gunsten ableiten wolle, da sie aufgrund der getroffenen Spesenvereinbarung ein Interesse daran gehabt habe, dass er keine vermeidbaren Spesen generiere (Urk. 49 Rz. 69). Dass sie dem Kläger ihre Infrastruktur zur Verfügung gestellt habe, habe keine Einbindung in ihre Arbeitsorganisation bewirkt (Urk. 49 Rz. 70), und dass er einen Badge und beschränkten Zugriff auf das Avaloq-System gehabt habe sowie weitere Dienstleistungen habe in Anspruch nehmen können, sei durch das Zur Verfügung Stellen der Infrastruktur begründet gewesen (Urk. 49 Rz. 71). Sodann macht sie geltend, entgegen den Behauptungen des Klägers bedeute der Umstand, dass sie ihm ihre Infrastruktur zur Verfügung gestellt habe, nicht, dass er kein Unternehmerrisiko getragen habe, und führe auch die – insoweit unzutreffende – Ausführung der Vorinstanz, dies sei der Fall gewesen, weil ein fester Stundenlohn vereinbart worden sei, nicht dazu (Urk. 49 Rz. 94). Dass der Kläger eine E-Mail-Adresse, eine Telefonnummer und eine Geschäftsmobile-Nr. zur Verfügung gestellt erhalten habe und im Intranet aufgeführt gewesen sei, habe seine Erreichbarkeit sichergestellt und seinen Auftritt im Rahmen des Willensvollstreckermandates ermöglicht (Urk. 49 Rz. 71). Dass der Kläger offenbar (unbewilligte) Visitenkarten der Beklagten bestellt habe, ändere nichts daran, dass er bei der Ausübung des Willensvollstreckermandates in zeitlicher, sachlicher und örtlicher Hinsicht völlig frei gewesen sei (Urk. 49 Rz. 72 f.). Aus dem Umstand, dass die Parteien die Bezahlung der Unfallversicherung durch die Beklagte vereinbart hätten, lasse sich keine Einbindung des Klägers in die Arbeitsorganisation der Beklagten ableiten. Der Kläger habe sodann nie dargetan, dass er für die Teilnahme an Anlässen der Beklagten

entschädigt worden sei oder verpflichtet gewesen wäre, daran teilzunehmen (Urk. 49 Rz. 76). Es sei ferner nicht nachvollziehbar, weshalb das Fehlen einer ordentlichen Kündigungsfrist in der Spezialvereinbarung für ein Arbeitsverhältnis spreche, handle es sich doch offensichtlich um einen projektbezogenen Auftrag, der aufgrund der Vertrauensstellung bei der Ausführung des Willensvollstreckermandates im Rahmen von Art. 404 OR eine jederzeitige Kündigung erforderlich gemacht habe (Urk. 49 Rz. 85). Sodann hätten die Parteien konsequent von einem "Honorar" und nicht von "Lohn" gesprochen (Urk. 49 Rz. 86) und spreche die fehlende Ferienregelung deutlich für ein Auftragsverhältnis (Urk. 49 Rz. 87), und schliesslich bestreite der Kläger zu Recht nicht, dass er nicht massgebend von ihr abhängig gewesen sei (Urk. 49 Rz. 90).

4.2.3.1. Zwar ist die rechtliche Qualifikation eines Vertrages, d.h. die Subsumption eines konkreten Vertrages unter die Legaldefinitionen der gesetzlichen Vertragstypen, als Rechtsfrage dem Parteiwillen entzogen und erfolgt sie unabhängig vom (selbst übereinstimmenden) Willen oder der Vorstellung der Parteien. Sie richtet sich einzig nach der typologischen Ausgestaltung resp. den konkreten Merkmalen des Vertrages und mithin nach objektiven Kriterien. Daher kann auch aus den von den Parteien verwendeten Bezeichnungen allein noch nichts abgeleitet werden. Schon nur die Einleitung des Vertrages vom 29. November 2004 macht aber klar, dass die offensichtlich geschäftserfahrenen Parteien entgegen der Darstellung des Klägers mit grosser Wahrscheinlichkeit einen Auftrag, nicht einen Arbeitsvertrag abschliessen wollten, hätten sie doch sonst diesen Vertrag wohl kaum als "Beratervertrag" und sich selber als "Auftraggeber" und "Berater" bezeichnet, sondern die Ausdrücke "Arbeitsvertrag", "Arbeitgeber" und "Arbeitnehmer" verwendet. Vielmehr wird die Bezeichnung "Arbeitsvertrag", auf die der Kläger sich beruft (Urk. 41 Rz. 28), in diesem Vertrag nur ein einziges Mal verwendet (in Ziff. 1 Abs. 2), und werden die Ausdrücke "Arbeitgeber", "Arbeitnehmer" und "Arbeitsvertrag" abgesehen von dieser Ausnahme gerade *nicht* gebraucht, was den Anschein erweckt, als handle es sich bei der einmaligen Verwendung um ein Versehen. Dass im Beratervertrag von "Arbeitsort" und "Arbeitszeit" die Rede ist (vgl. Ziff. 3 und 5), kann nicht als auf einen Arbeitsvertrag hin deutend betrachtet werden, da im Auftragsverhältnis durchaus die gleichen Ter-

mini gebräuchlich sind. In einem Arbeitsvertrag würde man aber hinsichtlich der Vergütung typischerweise von "Lohn", "Salär" etc. sprechen, während der Ausdruck "Honorar", wie er im Beratervertrag stattdessen verwendet wird (vgl. Ziff. 2 Abs. 2, Ziff. 6.2 Abs. 2), im Auftragsbereich gebräuchlich ist. Wie die Beklagte zutreffend darlegt, wurde zudem nicht nur im Beratervertrag konsequent der Terminus "Honorar" verwendet, sondern machte der Kläger dies auch selber in seinen Stundenaufstellungen (Urk. 5/15-16). Auch diese Gegebenheiten sprechen dafür, dass die Parteien den Abschluss eines Auftrags und nicht eines Arbeitsvertrags anstrebten. Darüber hinaus wird im Beratervertrag bezeichnenderweise nicht auf den früheren Arbeitsvertrag zwischen den Parteien Bezug genommen, was den Eindruck erweckt, als sollte das Verhältnis zwischen den Parteien auf eine neue Basis gestellt werden, und wurden Exklusivität und Konkurrenzverbot ausdrücklich vereinbart (Ziff. 10). Es handelte sich offensichtlich um eine Anschlusslösung nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger infolge Pensionierung, wie sie in der Praxis häufiger vorkommt, namentlich wenn ein Unternehmen verhindern möchte, dass Know-how, Erfahrung und Kunden nach dem Ausscheiden von ranghohen Mitarbeitenden zur Konkurrenz abwandern. Der Vertragswortlaut spricht somit insoweit klar für das Vorliegen eines Auftrages.

4.2.3.2. Sodann steht entgegen der Behauptung des Klägers im Berufungsverfahren (Urk. 41 Rz. 28 und 30) im Beratervertrag nicht, dass seine Entschädigung durch die Beklagte als Lohn erfolge, sondern ist Ziff. 6.1 zu entnehmen, dass die Auszahlung der *Kommissionen* anlässlich der Lohnzahlungen der Lohnläufe Juli / Januar erfolge. Damit sollte offenkundig festgehalten werden, dass die Auszahlung der Kommissionen an den Kläger im Zeitpunkt erfolgen sollte, in dem die Beklagte in den Monaten Juli und Januar die Lohnzahlungen an ihre Mitarbeiter tätigte, nicht, dass dem Kläger ein "Lohn" ausbezahlt werde. In diesem Zusammenhang ist ferner dem Kläger zwar zuzustimmen, dass von der gesetzlichen Regelung abweichende Vereinbarungen, wonach der Lohn gemäss Art. 323 Abs. 1 OR am Ende des Monats ausbezahlt werde, zulässig sind (Urk. 41 Rz. 31). Dies ändert aber nichts daran, dass die Unregelmässigkeit der Auszahlung der Entschädigung gegen das Vorliegen eines Arbeitsvertrags spricht. Es ist mit der Beklagten festzuhalten, dass die vorliegende Konstellation, während 3 Jahren und

10 Monaten keine Abrechnung zu verlangen, auch vor dem Hintergrund, dass betreffend Lohnauszahlung abweichende Regelungen möglich sind, für ein Arbeitsverhältnis gänzlich unüblich ist (vgl. Urk. 49 Rz. 93). Die diesbezügliche Argumentation der Vorinstanz in Erw. 3.6. (Urk. 42 S. 12) ist daher zutreffend. Dass für die Jahre 2011 und 2012 die an den Kläger geleisteten Zahlungen auf den Lohnausweisen als Lohn qualifiziert wurden, stellt, wie die Vorinstanz zutreffend festhielt, ein Indiz dafür dar, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelte. Im vorinstanzlichen Entscheid wurde jedoch zu Recht darauf hingewiesen, dass diesem Indiz gemäss Lehre und Rechtsprechung lediglich zweitrangige Bedeutung zukommt (Urk. 42 S. 10 Ziff. 3.4). Ferner ist es bei näherer Betrachtung nicht so, dass die Vereinbarung über den Abzug der Sozialversicherungsbeiträge resp. deren je hälftige Tragung für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses spricht, wie der Kläger geltend macht (Urk. 41 Rz. 28 und 30). Grundsätzlich ist zwar mit der Vorinstanz – und insoweit auch mit dem Kläger – davon auszugehen, dass die Abrechnung der Sozialbeiträge durch die Beklagte ein Indiz für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages darstellt (vgl. Urk. 42 S. 10). Dass im Beratervertrag ausdrücklich festgehalten wurde, dass die Sozialbeiträge aufgrund der Exklusivität der Tätigkeit des Klägers vom *Auftraggeber* abgerechnet und *direkt der Ausgleichskasse* zugeführt würden (Ziff. 7 Abs. 1), zeigt aber, dass vorliegend eine vom Grundsätzlichen abweichende Regelung getroffen werden sollte, was nicht der Fall wäre, läge ein Arbeitsvertrag vor. Vielmehr spricht dieser Umstand für das Vorliegen eines Auftragsverhältnisses. Beim Arbeitsverhältnis hat sodann der Arbeitgeber dafür besorgt zu sein, dass eine Berufsunfallversicherung – und bei einem Arbeitspensum von 8 Wochenstunden oder mehr auch eine Nichtberufsunfallversicherung – besteht; er kann dies nicht an den Arbeitnehmer delegieren. Letzteres ist aber im Beratervertrag in Ziff. 7 Abs. 2 vorgesehen. Auch das spricht für das Vorliegen eines Auftragsverhältnisses.

4.2.3.3. Was die Behauptungen des Klägers zum Arbeitsplatz bei der Beklagten inkl. Parkplatz und Zutrittsbadge und zur Bereitstellung von Arbeitsgeräten und -material angeht (Urk. 41 Rz. 23, 28 und 30), mag es zwar so sein, dass ein Auftragnehmer in der Regel keinen Arbeitsplatz etc. bei einem Auftraggeber bezieht und auch keine Arbeitsgeräte und kein Arbeitsmaterial zur Verfügung gestellt er-

hält, sondern dies, wovon auch die Vorinstanz ausging (Urk. 42 S. 11 Erw. 3.5), für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages spricht; undenkbar ist dies aber auch bei einem Auftragsverhältnis keineswegs. Hinzu kommt, dass in Ziff. 3 des Beratervertrages festgehalten wird, der Arbeitsplatz samt Infrastruktur werde *unentgeltlich zur Verfügung gestellt*. Dies ist aber bei Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses und Erbringung der Arbeitsleistung in den Räumlichkeiten des Arbeitgebers selbstverständlich. Somit stellt auch diese Regelung bei genauerer Betrachtung nicht ein Indiz für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses, sondern ein solches für das Vorliegen eines Auftragsverhältnisses dar. Das vom Kläger aus der Regelung betreffend Arbeitsplatz, Arbeitsgeräten und Arbeitsmaterial abgeleitete, grundsätzlich zutreffende Argument, dass diesbezüglich kein Unternehmerrisiko bestanden habe und dies für das Vorliegen eines Arbeitsvertrags spreche (Urk. 41 Rz. 32), erfährt daher bereits insoweit eine Relativierung. Im Übrigen ist es – entgegen der Erw. 3.7 der Vorinstanz (Urk. 42 S. 12) und der Darstellung des Klägers (Urk. 41 Rz. 32) – keineswegs so, dass der Kläger kein Unternehmerrisiko getragen hätte. Im Rahmen des Beratervertrages wurde er grundsätzlich mit einer variablen Kommission, die sich anhand des Ertrags der von ihm akquirierten Kundenvermögen berechnete, entschädigt, für Spezialmandate, zu denen auch das Willensvollstreckermandat gehörte, mit einer Tagespauschale resp. mit einem Stundenhonorar (Urk. 5/4 Ziff. 6.1-2; Urk. 5/14 S. 1). Seine Entschädigung war damit im Rahmen der Akquisition ausschliesslich abhängig von seinem Erfolg und im Rahmen der Spezialmandate ausschliesslich davon, dass die Beklagte ihm solche Spezialmandate erteilte, wobei er offensichtlich lediglich im Rahmen des Willensvollstreckermandates ein Stundenvolumen praktisch "auf sicher" hatte. Klammert man dieses Mandat aus, trug somit der Kläger das Risiko, keine Entschädigung generieren zu können. Darüber hinaus kann nicht einmal gesagt werden, dass der Kläger hinsichtlich des Willensvollstreckermandats kein Risiko getragen habe, wäre doch ein Wegfall dieses Mandats, wenngleich unwahrscheinlich, so doch nicht ausgeschlossen gewesen, und in diesem Fall die Möglichkeit der Leistung von Arbeitsstunden dafür entfallen.

4.2.3.4. Dass die Beklagte die mit der Tätigkeit des Klägers verbundenen Spesen übernahm, stellt entgegen der Ansicht des Klägers kein Indiz für das Vorliegen ei-

nes Arbeitsvertrages dar, denn die fraglichen Auslagen können sowohl nach Arbeitsvertragsrecht als auch nach Auftragsrecht auf die Gegenpartei überwältzt werden (Art. 327a OR; Art. 402 Abs. 1 OR). Die entsprechende Argumentation der Vorinstanz in Erw. 3.4 (Urk. 42 S. 10) trifft daher zu. Hinzu kommt, dass gemäss insoweit unbestrittener Sachverhaltserstellung der Vorinstanz die B1. _____ AG [Bank] – resp. die Beklagte – berechtigt war, die Spesen dem Nachlass zu belasten (vgl. Urk. 42 S. 8), weshalb die vereinbarte Regelung auch naheliegend war.

4.2.3.5. Sodann spricht die Exklusivität der Tätigkeit des Klägers für die Beklagte im vorliegenden Fall nicht für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages (so aber der Kläger in Urk. 41 Rz. 28 und 30). Grundsätzlich kann dies zwar als Kriterium für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages betrachtet werden. Wie schon die Vorinstanz in Erw. 3.3 ausführte und vom Kläger unwidersprochen blieb, war er aber zum vorliegend relevanten Zeitraum bereits pensioniert, weshalb er aufgrund der ihm gemäss allgemeiner Lebenserfahrung zustehenden Rente nicht massgeblich wirtschaftlich von der Beklagten abhängig war (vgl. Urk. 42 S. 10). Dies zeigt sich im Übrigen gerade auch darin, dass der Kläger Entschädigungen für seine Tätigkeit nur sporadisch einforderte.

4.2.3.6. Die Regelung gemäss Ziff. 1 Abs. 4 des Beratervertrages ist für einen Arbeitsvertrag ebenfalls untypisch – soweit überhaupt zulässig (vgl. Art. 335c OR und Art. 337 OR) – und liegt nahe beim jederzeit möglichen Widerruf eines Auftrags gemäss Art. 404 Abs. 1 OR, weist also auf ein Auftragsverhältnis hin. Die vom Kläger als Argument für das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses angeführte Befristung des Willensvollstreckermandats deutet weder darauf noch auf das Bestehen eines Auftrages hin – befristete Verträge kommen bei beiden Varianten vor. Der Ausschluss von Ferienansprüchen resp. der Auszahlung von Ferienansprüchen gemäss Ziff. 5 Abs. 2 des Beratervertrages spricht hingegen gegen das Vorliegen eines Arbeitsvertrages, denn ein Ferienanspruch steht einem Arbeitnehmer auch dann zu, wenn er unregelmässig oder auf Stundenlohn-Basis tätig ist (vgl. Art. 329a OR; Art. 329d OR; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 329d N 3 und N 15 f. zur Ferienabgeltung und Ferienlohnabgeltung).

4.2.3.7. Sodann verfängt der Hinweis des Klägers darauf, dass er gemäss dem Vertrag als Direktor der Beklagten aufgetreten sei und diese in dieser Funktion vertreten habe (Urk. 41 Rz. 28), nicht. Aus Ziff. 9 des Beratervertrages ergibt sich, dass es sich dabei um einen "Repräsentationsstatus" handelte, der Kläger für die Beklagte nur gegenüber potentiellen Kunden mit dem Titel eines Direktors auftreten und diese vertreten durfte und dieser Titel keine operative oder geschäftsführende Bedeutung hatte. Im Gegenteil spricht die Regelung zum Repräsentationsstatus gegen das Vorliegen eines Arbeitsvertrages, denn läge ein solcher vor, wäre einerseits das Auftreten im Namen des Arbeitgebers gegenüber Kunden selbstverständlich und andererseits eine Beschränkung der Verwendung des Titels eines Direktors auf den Auftritt gegenüber potentiellen Kunden gänzlich unüblich. Angesichts der angesprochenen Vereinbarung lässt sich ferner daraus, dass der Kläger über entsprechende Visitenkarten, Namensschilder oder eine E-Mail-Adresse bei der Beklagten verfügte (Urk. 41 Rz. 23), nichts zugunsten des Klägers ableiten (vgl. dazu auch die Vorinstanz in Urk. 42 S. 12 Erw. 3.5).

4.2.3.8. Dass die Parteien unbestrittenermassen in einem Dauerschuldverhältnis standen, spricht entgegen der Ansicht des Klägers weder für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages noch für das Vorliegen eines Auftrags, denn auch ein Auftragsverhältnis ist regelmässig als Dauerschuldverhältnis ausgestaltet (vgl. BGE 138 III 659 E. 3.4). Zudem geht die Argumentation des Klägers betreffend Pflicht zur Arbeitsleistung ins Leere, denn der Auftragnehmer wird ebenfalls vertragsbrüchig, wenn er die vereinbarte Tätigkeit nicht ausführt. Zudem kann entgegen der sich implizit aus seinen Ausführungen ergebenden Ansicht des Klägers auch ein Auftragnehmer seine Zeit "verkaufen".

4.2.3.9. Wichtigstes Kriterium für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages stellt jedoch gemäss einhelliger Lehre und Praxis die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation dar (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 319 N 2 S. 73 m.w.H.; *OGer ZH LA150027-O/U vom 15. Mai 2016 S. 15* m.w.H.). Dies ist zu bejahen, wenn die betreffende Person im Arbeitsvollzug persönlich, betrieblich und zeitlich in hohem Mass der Direktionsgewalt des Arbeitgebers unterstellt ist. Die Subordination des Arbeitnehmers begründet das für den Arbeitsvertrag typi-

sche Abhängigkeitsverhältnis in persönlicher, betrieblicher und wirtschaftlicher Hinsicht, welches seinerseits durch ein umfassendes Weisungsrecht des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer in diesen Bereichen geprägt ist. Dies ist anhand der praktischen Gestaltung der Arbeit in zeitlicher und sachlicher Hinsicht zu beurteilen. Massgebend ist dabei, wie frei der Ausführende in der Gestaltung seiner Arbeit in zeitlicher und sachlicher Hinsicht und wie stark er in eine fremde Betriebsorganisation eingebunden ist, wie weit er einer Kontrolle unterliegt und ob er für sein Tun Weisungen entgegennehmen muss (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 319 N 2 S. 73 m.w.H.). Zutreffend ist in diesem Zusammenhang die Erwägung der Vorinstanz, wonach Berichterstattungspflicht und Weisungsgebundenheit auch beim Auftrag gegeben sind und nur ein hohes Mass an Weisungsgebundenheit als Indiz für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses zu werten ist (Urk. 42 S. 13, Erw. 3.8; Vischer/Müller, Der Arbeitsvertrag, a.a.O., § 5 Rz. 5; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 319 N 6).

Der Kläger führte vor Vorinstanz namentlich aus, die Beklagte habe sich schlicht und ergreifend in keiner Weise für die Abwicklung des Willensvollstreckermandats interessiert (Urk. 1 Rz. 28). Ferner machte er geltend, er habe seine Arbeitszeit selber eingeteilt, er sei selber für die Einhaltung und die aufgabengerechte Verteilung seiner Arbeitszeit verantwortlich gewesen und er habe lediglich den Stundenaufwand in der Zusammenstellung erfassen müssen, wobei es keine Substantiierungsaufgabe gegeben habe (Urk. 1 Rz. 15). Er argumentiert daher in der Berufungsschrift widersprüchlich, wenn er nunmehr geltend macht, dass er nicht weitgehend frei gewesen sei in der Gestaltung seiner Arbeitstätigkeit (Urk. 41 Rz. 33 f.). Abgesehen davon ergibt sich aus dem Beratervertrag, dass der Kläger bei Spezialmandaten über die Freiheit verfügte, diese anzunehmen oder abzulehnen, was gänzlich gegen das Vorliegen eines Arbeitsvertrages spricht. Was die vom Kläger geltend gemachte Rechenschaftspflicht angeht, hat schon die Vorinstanz unter Verweis auf Art. 400 OR zutreffend festgehalten, dass eine solche im Auftragsverhältnis ebenfalls gegeben ist. Auch wenn man mit dem Kläger und der Vorinstanz (Urk. 42 S. 13 Erw. 3.8) davon ausgeht, dass der Kläger rechenschaftspflichtig war und das Controlling in regelmässigen Abständen resp. monatlich informieren musste, ist die Feststellung der Vorinstanz, die vom Kläger be-

haupteten Tatsachen würden nicht auf eine hohe Weisungsgebundenheit hinweisen (Urk. 42 S. 13 Erw. 3.8), angesichts der dargelegten Ausführungen des Klägers im vorinstanzlichen Verfahren nicht zu beanstanden.

Der Beurteilung der Vorinstanz, das Vorliegen des für den Arbeitsvertrag typischen Subordinationsverhältnisses sei zu verneinen, weil es am für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages erforderlichen Mass an Weisungsgebundenheit fehle (Urk. 42 S. 13 f. Erw. 3.8), kann ohne Weiteres gefolgt werden. Das Vorliegen einer gewissen Weisungsgebundenheit, wie sie die Vorinstanz zu Recht annahm, reicht nicht für die Annahme eines Arbeitsverhältnisses, denn in jedem Mandatsverhältnis erteilt der Auftraggeber gewisse Instruktionen, ohne dass der Auftragnehmer damit zum Arbeitnehmer würde. Dass ein Auftragnehmer einen Auftrag grundsätzlich gemäss den Vorschriften des Auftraggebers auszuführen hat, ist im Auftragsrecht denn auch ausdrücklich statuiert (Art. 397 Abs. 1 OR).

5.1. Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass die Argumentation des Klägers, es liege ein Arbeitsvertrag vor, nicht nur durch seine eigenen Vorbringen untergraben wird, sondern auch in entscheidenden Punkten in klarem Widerspruch namentlich zum bei den Akten liegenden Beratervertrag steht. Damit ist begründet, weshalb die Theorie der doppelrelevanten Tatsachen keine Anwendung findet. Zugleich ergibt sich daraus, dass die Beurteilung der Vorinstanz, das Rechtsverhältnis der Parteien sei nicht als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren, nicht zu beanstanden ist. Es fehlt am für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses massgeblichen Subordinationsverhältnis, was in Kombination mit den übrigen zahlreichen Argumenten, die für ein Auftragsverhältnis sprechen, nur den Schluss zulässt, dass es sich um ein Auftragsverhältnis handelte. Daran ändern die Indizien, welche (auch) auf das Vorliegen eines Arbeitsvertrages hindeuten, nichts, zumal sie von untergeordneter Bedeutung sind und das Vorliegen eines Auftragsverhältnisses nicht ausschliessen. Liegt kein Arbeitsverhältnis vor, fehlt es aber an der sachlichen Zuständigkeit des vom Kläger angerufenen Arbeitsgerichts für die Beurteilung seiner Klage (§ 20 GOG), und damit an einer Prozessvoraussetzung im Sinne von Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO. Die Vorinstanz ist aus diesem Grund zu Recht auf die Klage nicht eingetreten.

5.2. Somit ist, dem Entscheid der Vorinstanz folgend, auf die Klage nicht einzutreten. Der Kläger ist erneut auf Art. 63 ZPO hinzuweisen, wonach die Rechtshängigkeit seiner 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. Beim vorliegenden Ausgang des Verfahrens ist der vorinstanzliche Entscheid auch hinsichtlich Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen zu bestätigen.

2.1. Ausgangsgemäss hat der Kläger die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens zu tragen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Streitwert beträgt Fr. 295'060.–. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist gestützt auf § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und § 10 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 11'000.– festzusetzen (Art. 105 Abs. 1 ZPO) und mit dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

2.2. Ferner ist der Kläger zu verpflichten, der anwaltlich vertretenen Beklagten eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Diese ist in Anwendung von § 13 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 11 Abs. 1 AnwGebV auf Fr. 9'000.– festzusetzen. Mangels eines entsprechenden Antrags (vgl. Urk. 49) ist die Parteientschädigung ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Auf die Klage wird nicht eingetreten.
2. Die erstinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen (Dispositiv-Ziffern 2-4) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 11'000.– festgesetzt.

4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
5. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 9'000.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

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 arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 295'060.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 17. Oktober 2019

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. C. Faoro

versandt am:
am