

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA190022-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Kriech
und Oberrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Gerichtsschreiberin lic. iur.
L. Stünzi

Urteil vom 17. April 2020

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____ **AG**,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Horgen vom 14. Januar 2019
(AH170013-F)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 2 S. 2 f.)

- „1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger folgendes Arbeitszeugnis aus- und zuzustellen.
...‘ [Text des Arbeitszeugnisses]
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich MwSt von 8 %) zulasten der Beklagten.“

Urteil des Arbeitsgerichtes Horgen vom 14. Januar 2019:

(Urk. 57 S. 34)

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 5'000.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

(4./5. Mitteilungen, Rechtsmittelbelehrung)

Berufungsanträge:

Des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 56 S. 2 f.):

- „1. Das Urteil des Bezirksgerichtes Horgen vom 14. Januar 2019 sei aufzuheben und es sei die Berufungsbeklagte zu verpflichten, dem Kläger folgendes Arbeitszeugnis aus- und zuzustellen.
...‘ [Text des Arbeitszeugnisses]
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich MwSt) zulasten der Berufungsbeklagten.“

Der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 61 S. 2):

„Es sei die Berufung vollumfänglich abzuweisen und das Urteil des Arbeitsgerichts Horgen vom 14. Januar 2019 sei vollumfänglich zu bestätigen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zulasten des Berufungsklägers.“

Erwägungen:

I.

Die Beklagte ist eine im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragene Aktiengesellschaft, welche gemäss Eintrag ...[Beschrieb Unternehmenszweck] bezweckt. Der Kläger war seit dem 15. Dezember 2008 für die Beklagte tätig. Am 31. Mai / 1. Juni 2010 schlossen die Parteien einen „Vermögensberater-Vertrag“ ab. Mit Aufhebungsvertrag vom 7. August 2013 [sic!] beendeten die Parteien das „Agenturverhältnis“ in beidseitigem Einvernehmen per 31. Juli 2013. Der Kläger verlangt mit der vorliegenden Klage die Ausstellung eines Arbeitszeugnisses. Die Vorinstanz hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, es habe kein Arbeitsverhältnis vorgelegen.

II.

Der Kläger machte die Klage mit Einreichen der Klagebewilligung und der Klageschrift am 24. April 2017 bei der Vorinstanz anhängig (Urk. 1 und 2). Der Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann dem angefochtenen Urteil entnommen werden (Urk. 57 S. 2 f.). Gegen das Urteil vom 14. Januar 2019 hat der Kläger nach Zugang des begründeten Entscheids mit Berufungsschrift vom 12. Juni 2019 fristgerecht Berufung erhoben (Urk. 56). Die Berufungsantwort datiert vom 8. August 2019 (Urk. 61) und wurde mit Verfügung vom 12. August 2019 dem Kläger zugestellt (Urk. 63). Weitere Eingaben der Parteien sind nicht erfolgt.

III.

Mit der Berufung kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der Berufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Zudem muss sie – im Gegensatz zur Klageschrift – nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten (ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 311 N 36). Der Berufungskläger hat mittels klarer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo er die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben hat. Die Parteien haben die von ihnen kritisierten Erwägungen des angefochtenen Entscheids wie auch die Aktenstücke, auf die sie ihre Kritik stützen, genau zu bezeichnen (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 4A_580/2015 vom 11.04.2016, E. 2.2 [nicht publiziert in BGE 142 III 271]). Was nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden. Es ist nämlich nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und die Rechtsschriften der Vorinstanz zu durchforsten, um festzustellen, was welche Partei wo ausgeführt hat. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist das Berufungsgericht nicht gehalten, von sich aus wie eine erstinstanzliche Gerichtsbehörde alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn keine entsprechenden Rügen der Parteien vor der zweiten Instanz vorliegen. Abgesehen von offensichtlichen Mängeln hat sich das Berufungsgericht grundsätzlich auf die Beurteilung der in der Berufung und Berufungsantwort gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen zu beschränken. Die Rügen der Parteien geben mithin das Prüfungsprogramm der Berufungsinstanz vor; der angefochtene Entscheid ist grundsätzlich nur auf die gerügten Punkte hin zu überprüfen. In rechtlicher Hinsicht ist das Berufungsgericht, in Anwendung des Grundsatzes *iura novit curia*, bei dieser Prüfung jedoch weder an die Erwägungen der ersten Instanz noch an die Argumente der Parteien gebunden. In tatsächlicher Hinsicht ist es nicht an die Feststellungen des erstinstanzlichen Gerichts gebunden, auch wenn mangels entsprechender Sachverhaltsrügen der Parteien im Berufungsverfahren der erstinstanzliche Entscheid nach dem Gesagten in der Regel

als Grundlage des Rechtsmittelverfahrens dient (BGE 144 III 394 E. 4.1.4, m.w.H.).

IV.

1. Die Vorinstanz hat zutreffend erwogen, bei der rechtlichen Qualifikation eines Vertrages sei zunächst in tatsächlicher Hinsicht der Inhalt der vertraglichen Vereinbarungen zu bestimmen bzw. festzustellen und dann auf dieser Grundlage die rechtliche Qualifikation des Vertragstyps vorzunehmen. Bezüglich des Vertragsinhalts sei die tatsächliche Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses, die gelebte Vertragswirklichkeit, ausschlaggebend (Urk. 57 S. 5 f., m.w.H.). Auch für die gesetzliche Definition des Arbeitsvertrages und seine Abgrenzung vom Agenturvertrag kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 57 S. 6 f.). Sie sind zutreffend und werden von keiner Partei bemängelt. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass entscheidend darauf abzustellen ist, ob zwischen den Parteien ein Subordinationsverhältnis besteht, wenn einzelne Elemente auf einen Arbeitsvertrag, andere aber auf einen Auftrag oder Agenturvertrag hindeuten. Unter der Subordination des Arbeitnehmers wird die rechtliche Unterordnung in persönlicher, betrieblicher und wirtschaftlicher Hinsicht verstanden. Es kommt einerseits auf die Selbständigkeit der Tätigkeit und andererseits auf die Tragung des Geschäftsrisikos an. Entsprechend ist entscheidend, in welchem Ausmass die eine Vertragspartei der anderen Weisungen erteilt und in welchem Ausmass die Arbeitsorganisation fremdbestimmt ist (BGer 4C.276/2006 vom 25.01.2007, E. 4.1, 4.3.1 und 5).

2. a) Der Kläger rügt, das angefochtene Urteil enthalte eine unzulässige Vermengung zwischen „Sachverhalts- und Rechtsfrage“. Die Vorinstanz führe als zentrale Würdigung und Schlussfolgerung aus, es sei dem Kläger nicht gelungen, „den Beweis für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses zu erbringen“. Diese Betrachtung und Schlussfolgerung leide an einem grundlegenden Überlegungsfehler. Derselbe Überlegungsfehler offenbare sich dort, wo die Vorinstanz ausführe, dass der Kläger gemäss Art. 8 ZGB die Beweislast für das Zustandekommen des Arbeitsvertrages trage. Es seien, so der Kläger, die rechtserheblichen Tatsachen

zu behaupten und zu beweisen, aus denen der Bestand des Arbeitsvertrages abgeleitet werden könne oder müsse. Die Ableitung selber, d.h. die rechtliche Qualifikation, sei nicht Beweisthema. Bei der Rechtsfrage gebe es deshalb kein Beweislastrisiko zu Lasten des Klägers. Dem Urteil könne, weil darin doch von einer Gesamtwürdigung gesprochen werde, nicht klar entnommen werden, dass es ausschliesslich auf dieser unzulässigen Vermengung beruhe und sonst zweifelsfrei anders ausgefallen wäre (Urk. 56 S. 5 f.).

b) Die Vorinstanz hat sehr wohl erkannt, dass die Vertragsqualifikation eine Rechtsfrage ist und aufgrund der tatsächlichen Ausgestaltung, der gelebten Vertragswirklichkeit, zu entscheiden ist (Urk. 57 S. 5 f.). Sie hat auch zutreffend erwogen, dass die Beweislast für die tatsächlichen Grundlagen, welche auf einen Arbeitsvertrag schliessen lassen, nach Art. 8 ZGB derjenige trägt, der daraus Rechte ableitet (Urk. 57 S. 7 f.). Sie hat entsprechend dem Kläger den Hauptbeweis auferlegt, dass (Prot. I S. 10 ff.)

- C._____ auf den unterschiedlichen Hierarchiestufen der Beklagten jeweils sein direkter Vorgesetzter war
- C._____ seinerseits Arbeitnehmer der Beklagten war und eng durch seinen Vorgesetzten, D'._____ [recte: D._____; vgl. z.B. Urk. 10 S. 2, Urk. 17/16], geführt worden war
- er durch C._____ eng geführt und überwacht worden war, namentlich indem ... [es folgen Spezifizierungen]
- die Beklagte in E._____ (6-8 vollständige Arbeitsplätze mit PC und Telefon sowie viele weitere Arbeitsplätze für Arbeit am Laptop) und F._____ (Arbeitsplätze für Arbeit am Laptop) Büroräumlichkeiten (beschriftet mit „B._____ AG – Direktion C._____“) zur Verfügung stellte und [der Kläger; vgl. Urk. 2 S. 13 ff.] – abgesehen von einem Laptop – keine Infrastrukturinvestitionen tätigte und auch keine Fixkosten für Infrastruktur oder Mitarbeitende zu tragen hatte.

Die Vorinstanz gelangte zum Schluss, dass es dem Kläger insbesondere nicht gelungen sei, eine arbeitsrechtlich relevante Subordination in persönlicher, zeitlicher und organisatorischer Hinsicht zu beweisen. Typische arbeitsvertragliche Elemente wie Festlohn, Geschäftslokalitäten, Zurverfügungstellung von Arbeitsmaterial, Vorgaben betreffend Arbeitszeit, Arbeitsort und Ferien, Präsenzpflicht, Vorgesetzte mit entsprechender Weisungsbefugnis, laufende Arbeitszuteilung, laufende Überwachung, Rechenschafts- und Rapportierungspflichten, Spesenvergütung und fehlendes Unternehmerrisiko habe der Kläger nicht zu beweisen vermocht. Vielmehr überwögen in der tatsächlich gelebten Vertragswirklichkeit die agenturvertraglichen Elemente in diesen Punkten klar; der Kläger sei nicht im arbeitsrechtlichen Masse gebunden gewesen (Urk. 57 S. 33). Wenn die Vorinstanz in diesem Zusammenhang schreibt, es sei dem Kläger nicht gelungen, den Beweis für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses zu erbringen, so kann dies nur die Meinung haben, es sei ihm nicht gelungen, diejenigen Tatsachen zu beweisen, welche aus Sicht der Vorinstanz hätten bewiesen werden müssen, um das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien als Arbeitsvertrag zu qualifizieren (vgl. Urk. 61 S. 4).

3. a) Die Vorinstanz hat nach Durchführung des Beweisverfahrens folgende Feststellungen in tatsächlicher Hinsicht getroffen (Urk. 57 S. 27 ff.):

aa) Im Vermögensberater-Vertrag (Urk. 4/1 Ziff. III.1) finde sich unter der Rubrik "Karriere" die Bestimmung, wonach der Vermögensberater aufsteige, wenn und soweit er die in der Anlage A (Aufstiegsbedingungen und Provisionsstufen) definierten Leistungen erbracht habe und jeweils einen entsprechenden Antrag stelle. Die Gesellschaft sei berechtigt, eine Höherstufung rückgängig zu machen, falls sich nachträglich zeige, dass die erforderlichen tatsächlichen Voraussetzungen nicht vorgelegen hätten. Die Anlage A (Urk. 4/2) weise entsprechende Aufstiegsbedingungen, Ausbildungsvoraussetzungen und Provisionsstufen aus. Die Beklagte bestätige, dass es Hierarchiestufen gegeben habe, und die Aussagen C.____s bestätigten, dass die Beklagte ein Strukturvertrieb mit Hierarchiestufen und das Jobprofil innerhalb der verschiedenen Hierarchiestufen unterschiedlich gewesen sei. Die Beklagte weise ihrerseits jedoch darauf hin, dass die

Hierarchiestufen rein pekuniär motiviert bzw. monetär incentiviert gewesen seien. Ebenso schienen der Vermögensberater-Vertrag sowie die Anlage A nahezulegen, dass einerseits die Pflichten innerhalb der jeweiligen Hierarchiestufe einzig das Einhalten bzw. zum Aufstieg das Erreichen der entsprechenden überwiegend umsatzorientierten Bedingungen beinhaltet habe und andererseits die erworbenen Rechte einzig in der steigenden Provisionsstufe bzw. erhöhten Vergütung bestanden hätten. So regle denn auch der Vermögensberater-Vertrag, dass eine Rückstufung nur erfolgen könne, sofern die erforderlichen tatsächlichen Voraussetzungen nicht vorgelegen hätten. Auch C._____ bestätige, dass Beförderungen durch den Karriereplan vorgegeben gewesen seien und er den Kläger nicht etwa hätte entlassen oder degradieren können. Gleiches räume denn auch der Kläger ein. Aus dem Bestehen einer Hierarchie innerhalb der (Agenten-) Organisation der Beklagten alleine könne der Kläger zum Nachweis eines Arbeitsverhältnisses demnach nichts für sich ableiten. Entscheidend sei auch hier die mit den Hierarchiestufen einhergehende Weisungsgebundenheit bzw. -befugnis. Hierzu enthielten der Vermögensberater-Vertrag und der Anhang A keine Bestimmungen.

bb) Zum Weisungsrecht im Allgemeinen finde sich im Vermögensberater-Vertrag im Wesentlichen unter Ziff. I die Verpflichtung des Vermögensberaters, sich bei der Vermittlung der konkreten Verträge an die Richtlinien und Weisungen der Gesellschaft zu halten, sowie unter Ziff. II die Verpflichtung, neben den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen auch die berufs- und branchenspezifischen Regeln einzuhalten. Weiter sei festgehalten, dass die Beklagte gegenüber ihren Vermögensberatern ein Weisungsrecht habe, soweit es für die Sicherstellung einer ordnungsgemässen Beratungs- und Vermittlertätigkeit erforderlich sei. Im Beweisverfahren habe sich gezeigt, dass ein Coaching des Klägers durch C._____ stattgefunden habe, wobei letzterer unzählige Anlässe (Berufsinformationstage/Starterseminare/Powerdays/Aktivabende/Schulungen etc.) organisiert und die Teilnahme des Klägers erwartet sowie diesem auch entsprechende Aufgaben übertragen habe. Interessant sei jedoch, dass C._____ übereinstimmend mit der Beklagten aussage, keine Weisungskompetenzen gegenüber dem Kläger gehabt zu haben. Sämtliche Druckmittel seien monetär indiziert gewesen. Hätte der Kläger den Weisungen C._____s keine Folge geleistet, hätte er ihn hierfür

nicht bestrafen können. Eine eigentliche Präsenzpflcht habe es nicht gegeben. Das Fernbleiben hätte sich einzig auf den Umsatz des Klägers ausgewirkt und hätte entsprechend sinkende Provisionsvergütungen nach sich gezogen. Auch die Teilnahme an den von der Beklagten organisierten regulatorischen Schulungen habe nicht erzwungen werden können und es seien keine entsprechenden Anweisungen erteilt worden. Der Besuch der Schulungen sei vielmehr Voraussetzung gewesen, im Karriereplan bzw. in den jeweiligen Hierarchiestufen aufzusteigen. Damit könne auch die Teilnahme an Schulungen als intrinsisch motiviert angesehen werden. Schliesslich räume auch der Beklagte [recte: Kläger; vgl. Prot. I S. 22 und 32] ein, dass er seinen Tag frei habe gestalten, sein Team frei habe führen, Kunden nach Eigenregie frei habe ansprechen und zu verkaufende Produkte aus der Produktpalette der Beklagten frei habe wählen können. Insofern sei die Aussage C.____s schlüssig, wenn er meine, dass man in der Ausführung der Arbeit sehr selbständig gewesen sei und einzig gewisse Rahmenbedingungen habe einhalten müssen, zu welchen die Vorgaben der Produktesparten und das durch den Karriereplan vorgegebene Vergütungs- und Beförderungsmodell gehört hätten. Dass er im realen Berufsalltag eine gewisse Erwartungshaltung auch in Bezug auf Präsenz gehabt und innerhalb seiner Direktion auch mit dem Erlass gewisser Devisen gearbeitet sowie Qualitätskontrollen durchgeführt habe, räume C.____ ein. Entscheidend sei in dieser Hinsicht jedoch wiederum das fehlende weisungsbedingte Handeln C.____s und dessen fehlende – einem arbeitsrechtlichen Subordinationsverhältnis typischerweise immanente – Druckmittel zur Durchsetzung seiner Vorgaben. Dies zeige sich auch deutlich hinsichtlich der Ferien. Der Kläger führe zwar aus, dass er C.____ über einen Ferienbezug habe informieren müssen, der Nachweis einer Ferienbewilligungspflicht oder eines bestimmten Feriensaldos gelinge ihm jedoch nicht. C.____ schildere schliesslich auch plausibel, dass er seine internen Richtlinien zusammen mit seinen Führungskräften erarbeitet habe, um diese ins Boot zu holen und damit die Richtlinien auch tatsächlich gegen unten weitergegeben würden. Es leuchte ein, dass die Richtlinien dazu dienten, Qualitätsstandards durchzusetzen, eine solide Beratung sicherzustellen und dadurch Stornierungen zu vermeiden, was wiederum direkte Auswirkungen auf den Umsatz und damit die Provision eines jeden Einzelnen so-

wie des Teams gezeitigt habe. Untermauert werde dies durch die unabhängige Aussage der Beklagten, wonach die Einführung eines Qualitätsstempels für Anträge die Idee C.____s gewesen sei, was dieser bestätige. Insgesamt sei daher den Ausführungen der Beklagten und C.____s Glauben zu schenken, wonach die beklagtischen Vorgaben betreffend Abwicklung der Anträge sowie die Überprüfung derselben monetär motiviert gewesen seien bzw. durch regulatorische Bestimmungen und Vorgaben des Vertragspartners mit Bezug auf die Anträge vorgegeben gewesen seien. Eine darüber hinausgehende Kontrolle und Auskunftspflicht habe vom Kläger nicht nachgewiesen werden können. Es bleibe nur der Schluss übrig, dass C.____ in seiner Arbeitsweise und der Art, wie er seine Führungsaufgaben wahrgenommen habe, völlig frei gewesen sei. Dasselbe räume übrigens auch der Kläger in Bezug auf sein Team ein. Druckmittel und Weisungsbefugnisse habe es keine gegeben. Vielmehr habe der intrinsische Motivator eines jeden Mitarbeiters in der eigenen Provision gelegen. Dadurch erkläre sich auch die Übernahme gewisser Führungsaufgaben durch den Kläger sowie dessen Anleiten anderer Mitarbeiter durch Schulungen und Workshops. Der Teamumsatz bzw. die Qualität der Arbeit seiner "Unterstellten" habe jeweils direkte Auswirkungen auf seine eigene Provision gehabt. Eine weisungsgebundene Pflichtenübernahme im Sinne eines Arbeitsverhältnisses könne nicht erkannt werden.

cc) Selbiges Muster zeige sich schliesslich auch zwischen C.____ und der Geschäftsleitung der Beklagten, namentlich dem damaligen Geschäftsführer D.____. Übereinstimmend mit dem Kläger führe C.____ zwar aus, dass in regelmässigen Abständen (grundsätzlich zweiwöchentlich, in stressigen Zeiten auch wöchentlich) sogenannte Direktionsmeetings stattgefunden hätten, anlässlich welcher er sich mit der Geschäftsleitung der Beklagten bzw. dem damaligen Geschäftsführer D.____ getroffen und Informationen ausgetauscht habe. Glaubhaft schildere er jedoch, dass es sich bei den Informationen um provisionsabhängige Informationen, regulatorische Informationen, Informationen betreffend Ausbildungen und Zertifizierung sowie Informationen der Produktpartner gehandelt habe. So habe die Beklagte sicherstellen müssen, dass Geldwäschereivorschriften eingehalten und der Verkauf gewisser Produkte nur durch speziell hierfür zertifizierte

Agenten vorgenommen worden seien, was durchaus einleuchte. Insgesamt habe, entgegen den Behauptungen des Klägers, das Beweisverfahren auch hier keine arbeitsrechtliche Subordination zum Vorschein gebracht. Eine Einflussnahme auf Agenten aufgrund regulatorischer Vorschriften sowie entsprechende Kontrollen seien auch im Agenturverhältnis zulässig und qualifizierten ein solches noch lange nicht als Arbeitsvertrag. Eine darüber hinausgehende Auskunftspflicht habe vom Kläger nicht nachgewiesen werden können. Illustrativ könne an dieser Stelle auf die Ausführungen C.____s verwiesen werden, wonach D.____ einmal versucht habe, ihn zu verpflichten, in regelmässigen Abständen gewisse Informationen zu liefern. Dies habe er sich aber nicht gefallen lassen. Oder die Aussage, wonach er und der Kläger frei gewesen seien, jederzeit Kundenevents durchzuführen, und die Durchführung nicht habe von der Geschäftsleitung genehmigt werden müssen.

dd) Die klägerische Behauptung, wonach die Beklagte in E.____ und F.____ Arbeitsplätze zur Verfügung gestellt und darüber hinaus sämtliche Infrastruktur bereitgestellt habe, sei nicht zutreffend. Die Beklagte räume zwar ein, ihren Agenten ein EDV-System sowie Hilfsmaterialien für die Beratertätigkeit und Visitenkarten mit dem Logo der Beklagten zur Verfügung gestellt zu haben. Die zur Verfügung gestellten Hilfsmaterialien hätten jedoch nur gegen eine entsprechende Vergütung (Selbstkostenpreis) bezogen werden können. Die in E.____ und F.____ mit "B.____ AG – Direktion C.____" beschrifteten Büroräumlichkeiten seien nicht durch die Beklagte, sondern durch C.____ zur Verfügung gestellt worden. Der Kläger habe sich bei diesem eingemietet, was er im Rahmen des Beweisverfahrens entgegen seinen Vorbringen in den Parteivorträgen schliesslich auch eingeräumt habe. Auch habe C.____ bestätigt, dass der diesbezüglich ausbezahlte Büroorganisationszuschuss eine fixkostenunabhängige Provision dargestellt habe und (büro-)umsatzabhängig gewesen sei. Damit sei die arbeitsrechtstypische, von klägerischer Seite behauptete provisionsunabhängige Spesenvergütung widerlegt. Die Beklagte weise indes zu Recht darauf hin, dass auch einem Agenten bei entsprechender Regelung Auslagen im Rahmen von Art. 418n OR ersetzt werden könnten. Schliesslich räume der Kläger ein, seinen Laptop – notabene sein Hauptarbeitstool – selbst gekauft und nicht von der Beklagten

zur Verfügung gestellt erhalten zu haben. Es sei dem Kläger misslungen, seine diesbezüglichen ein Arbeitsrechtsverhältnis indizierenden Behauptungen nachzuweisen, wonach er in eine fixe Firmenstruktur mit entsprechender vollständig definierter Arbeitsorganisation und Infrastruktur integriert worden sei.

ee) Es könne dem Kläger auch nicht gefolgt werden, wenn er behaupte, keinerlei unternehmenstypische Risiken getragen zu haben. Aus dem Umstand, dass er selbst für sich keine Betriebsbuchhaltung geführt habe, lasse sich nichts zu seinen Gunsten ableiten. Vielmehr lege die Vertragswirklichkeit nahe, dass er zur Führung einer solchen gehalten gewesen wäre, seien denn auch Berufsauslagen in Form von Büro(unter)miete, Arbeitsutensilien wie Beratungsmaterialien und Laptop, etc. angefallen. C._____, der mit selbigem Vermögensberater-Vertrag bei der Beklagten angestellt gewesen sei, gebe bei seiner Befragung denn auch zu Protokoll, dass er seine eigene Betriebsbuchhaltung geführt habe. Immerhin mute seltsam an, dass die Beklagte für ihre Agenten Sozialversicherungsbeiträge geleistet habe. Schliesslich sei jedoch der Beklagten zuzustimmen, wonach für die Beurteilung des Vertragsverhältnisses von sehr untergeordneter Bedeutung sei, ob Sozialversicherungen den Betreffenden als selbständig oder unselbständig erwerbend einstufen. Gleichsam sei eine Einstufung durch die Steuerbehörden für den Zivilrichter nicht bindend.

ff) Schliesslich sei dem Kläger insofern zuzustimmen, als die im Vermögensberater-Vertrag verwendete Terminologie verwirrend sei, teilweise aus der arbeitsrechtlichen Begrifflichkeit herrühre, und der Vertrag insgesamt auch hin und wieder Bestimmungen enthalte, die einem reinen Auftragsverhältnis bzw. einem Agenturvertrag fremd seien. Die Schwierigkeit liege dabei indes mangels gegenständlicher Unterscheidung des Arbeitsvertrags vom Agenturvertrag in der Natur der Sache.

Die Vorinstanz schliesst ihre Erwägungen mit dem bereits wiedergegebenen Fazit, dem Kläger sei es nicht gelungen, eine arbeitsrechtlich relevante Subordination in persönlicher, zeitlicher und organisatorischer Hinsicht sowie typische arbeitsvertragliche Elemente zu beweisen (s. vorn IV/2/b a.E.).

b) aa) Laut Kläger ist die Feststellung der Vorinstanz falsch, dass der intrinsische Motivator eines jeden Mitarbeiters in der eigenen Provision gelegen habe. Beförderungen, Wettwerbe, Titel, Preise, interne Ranglisten, Aufnahmemöglichkeit, ins A-Team aufsteigen zu können, und das Hausmagazin „G.____“ seien allesamt starke emotionale Motivatoren (Urk. 56 S. 10).

Dies mag zutreffen. Die Vorinstanz hat ihre Feststellung aber im Zusammenhang mit der Erkenntnis gemacht, dass C.____ in seiner Arbeitsweise und der Art, wie er seine Führungsaufgaben wahrnahm, völlig frei war und dem Kläger dasselbe in Bezug auf sein Team einräumte. „Druckmittel und Weisungsbefugnisse gab es keine.“ Dies schliesst nicht aus, neben finanziellen Anreizen auch emotionale Mittel zur Einsatzsteigerung einzusetzen.

bb) Richtig ist, wie der Kläger vorbringt (Urk. 56 S. 11), dass H.____, Geschäftsführer bei der Beklagten, aussagte, C.____ habe Vorschriften und Weisungen machen können. Er fügte aber sogleich an, der Kläger habe die Weisungen nicht befolgen müssen. Die Nichtbefolgung habe absolut keine Konsequenzen gehabt. C.____ habe dem Kläger nicht kündigen können. Er hätte genau gleich weiterarbeiten können. Der Hierarchiebegriff sei mit Vorsicht zu benutzen. Der Vorgesetzte sei mehr ein Coach. Es sei alles monetär motiviert (Prot. I S. 36).

Art. 321d Abs. 2 OR hält fest, dass der Arbeitnehmer die allgemeinen Anordnungen des Arbeitgebers und die ihm erteilten besonderen Weisungen nach Treu und Glauben zu befolgen hat. Die Verletzung der Befolgungspflicht stellt eine Vertragsverletzung dar und kann arbeitsrechtliche Sanktionen nach sich ziehen (vgl. ZK OR-Staehelin, Art. 321d N 23). Weisungen, die nicht befolgt werden müssen, sind keine arbeitsvertragstypischen Weisungen. Daher geht der Einwand des Klägers ins Leere. Dieser sieht aber das Druckmittel darin, dass er sehr schwerwiegende wirtschaftliche Folgen zu tragen gehabt hätte, wenn sich das Nichtbefolgen von Weisungen und das Fernbleiben an Anlässen sich auf seinen Umsatz ausgewirkt und sinkende Provisionsvergütungen nach sich gezogen hätte (Urk. 56 S. 11). C.____, auf den sich der Kläger beruft (Urk. 56 S. 11), sagte in diesem Zusammenhang, es habe so etwas wie einen Newsletter gegeben, in welchem neben dem ordentlichen Vertrag gewisse Grundlagen für weitere Entschä-

digungen geregelt gewesen seien, sogenannte Ausführungsbestimmungen. Diese seien meistens auch im Intranet abrufbar gewesen. Wenn man gegen diese Bestimmungen verstossen habe, habe man weniger Geld erhalten (Prot. I S. 53 f.). Über das Ausmass der Einbusse ist nichts Näheres bekannt, weshalb auch nichts darüber gesagt werden kann, inwiefern Weisungen durch die Androhung finanzieller Konsequenzen durchgesetzt werden konnten.

Dass ein Linienvorgesetzter wie C. _____ regelmässig nicht befugt ist, eigenmächtig einen ihm unterstellten Mitarbeitenden zu entlassen (Urk. 56 S. 11), ist korrekt. Wesentlich ist aber, dass er dem Kläger auch keine anderen Sanktionen androhen konnte, wenn dieser seine Weisungen nicht befolgte.

cc) Die Vorinstanz hat nicht geschrieben, die Tatsache, dass das Weisungsrecht im Vermögensberater-Vertrag und seinem Anhang nicht umfassend geregelt sei, sei ein Indiz für einen Agenturvertrag (Urk. 61 S. 11 f.). Vielmehr wird im angefochtenen Urteil lediglich festgehalten, entscheidend sei auch hier die mit den Hierarchiestufen einhergehende Weisungsgebundenheit bzw. -befugnis. Hierzu enthielten der Vermögensberater-Vertrag und der Anhang A keine Bestimmungen (Urk. 57 S. 28). Dies wird vom Kläger nicht in Frage gestellt.

dd) Der Kläger relativiert das Argument, dass er seinen Laptop selber gekauft habe. Einen günstigen Laptop gebe es für unter Fr. 500.–. Das sei nicht relevant (Urk. 56 S. 12).

Der Kläger hat nicht nur seinen Laptop finanziert. Auch Hilfsmaterialien konnten nur gegen entsprechende Vergütung bezogen werden (Urk. 57 S. 31). Indiz für die betriebliche Abhängigkeit ist aber die Zurverfügungstellung der Arbeitsgeräte und des Materials durch den Arbeitgeber (ZK OR-Staehelin, Art. 319 N 28).

ee) Nicht relevant ist, dass die Vorinstanz den Kläger einmal als Mitarbeiter bezeichnet sowie C. _____ und H. _____ von „Mitarbeitern“ gesprochen haben (Urk. 56 S. 10 und 12). Daraus kann nichts für die Vertragsqualifikation gewonnen werden.

c) Zusammenfassend vermag der Kläger mit seiner Kritik an den unter vorangehender lit. a wiedergegebenen Erwägungen im angefochtenen Entscheid nicht durchzudringen.

4. Der Kläger rügt eine unvollständige und unrichtige Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz in folgenden Punkten:

a) Die Vorinstanz scheine nicht berücksichtigt zu haben, dass die Beklagte auf den Lohnausweisen gegenüber den Steuerbehörden erklärt habe, die Vergütungen an den Kläger seien „auf Grund eines (unselbständigen) Arbeitsverhältnisses entrichte[t] worden“. Die Lohnausweise wären ein deutliches Zeichen dafür, dass die Beklagte gemäss eigenem Dafürhalten Lohn ausbezahlt habe. Zudem habe sie monatliche „Lohnabrechnungen“ erstellt. Auf I._____.ch habe sie Arbeitnehmer anzuwerben versucht. Die Beklagte habe sich offenbar als Arbeitgeberin gesehen und sei als solche in Erscheinung getreten (Urk. 56 S. 7). In der Arbeitsbestätigung heisse es, der Kläger habe ein Team von 11 Mitarbeitern geführt (Urk. 56 S. 9).

Gemäss Beklagter sind Lohnausweise ausgestellt worden, weil diese dem Buchhaltungssystem entnommen worden seien und kein eigenes Provisionsabrechnungssystem verwendet worden sei. Gleiches gelte für die Lohnabrechnung. In Urk. 4/11 S. 1 [recte: Urk. 10] zum Vermögensberater-Vertrag sei klar festgehalten worden, dass die Lohnausweise keine Angestelltenabrechnungen darstellen würden. Auf der Plattform I._____.ch gebe die verwendete Terminologie die Verwendung des Begriffs „Arbeitgeber“ vor. „Führen“ heisse eigentlich „Coachen“ (Urk. 61 S. 8 und 10).

Die Vorinstanz hat sehr wohl gesehen, dass der Kläger geltend gemacht hatte, die Beklagte habe eine arbeitsrechtliche Terminologie verwendet, auch wenn sie dies nicht weiter ausführte (Urk. 57 S. 11). Dabei handelt es sich um einen untergeordneten Aspekt, wurden doch sowohl Begriffe aus dem Arbeitsrecht verwendet als auch Bezug auf den Agenturvertrag genommen. So verweist der Vermögensberater-Vertrag ausdrücklich auf den Agenturvertrag (Urk. 4/1 Ziff. I Abs. 1). Gemäss Aufhebungsvertrag wird das „Agenturverhältnis“ beendet

(Urk. 13/4 Ziff. 1). Im Lohnausweis wird unter „15 Bemerkungen“ „kein vertragliches Fixum aus Agenturvertrag“ erwähnt (Urk. 4/4 S. 2). In der „Arbeitsbestätigung“ heisst es, der Kläger sei „im Agenturvertrag (Art. 418a ff. OR) beauftragt“ gewesen (Urk. 4/3). Im Anhang zum Schnellbrief vom 1. März 2013 (Urk. 10 „A. VB-Vertrag“ S. 1 heisst es, die Lohnausweise der Vermögensberater stellten keine Angestelltenabrechnung dar. Auf www.l.....com preist sich die Beklagte zwar als Arbeitgeber(in) an. Unter „Benefits“ heisst es aber auch, dass die Vermögensberater selbständige Unternehmer seien, die ihre Arbeitszeiten frei bestimmen könnten (Urk. 4/7). Was unter „Führen“ zu verstehen ist, hat sich durch das Beweisverfahren klar ergeben (vorn IV/3/a Abs. 2 f.).

b) Der Kläger vermisst im angefochtenen Entscheid die Berücksichtigung des Urteils des Sozialversicherungsgerichts vom 24. November 2015, worin der Vertrag als Arbeitsvertrag qualifiziert werde (Urk. 56 S. 15). Indessen hat die Vorinstanz zutreffend erwogen, dass für die Beurteilung des Vertragsverhältnisses von sehr untergeordneter Bedeutung ist, ob Sozialversicherungen den Betroffenen als selbständig oder unselbständig erwerbend einstufen (Urk. 57 S. 32 m.H.; vgl. auch ZK OR-Staehelin, Art. 319 N 38, wonach der Begriff des unselbständig Erwerbenden im Sozialversicherungsrecht weiter gefasst ist als derjenige des Arbeitnehmers im Arbeitsvertragsrechts). Im Übrigen war im Urteil des Sozialversicherungsgerichts die Qualifikation des Vertrags zwischen dem Kläger und der Beklagten nicht strittig, sondern nur die Höhe des versicherten Verdienstes (Urk. 4/10).

c) Der Kläger wirft der Vorinstanz vor, sich nicht mit der Frage auseinandergesetzt zu haben, ob es ihm sozialversicherungsrechtlich überhaupt möglich gewesen wäre, als selbständig Erwerbender anerkannt zu werden. Auch wenn die sozialversicherungsrechtliche Stellung für die Zivilgerichte nicht bindend sei, sei im Sinne der Einheit der Rechtsordnung zu fordern, dass durch die Zivilgerichte nicht ohne Zurückhaltung als selbständig beurteilt werde, wer sich sozialversicherungsrechtlich unmöglich als selbständig erwerbend einer Ausgleichskasse anschliessen könne (Urk. 56 S. 8). Die vom Kläger aufgeworfene Frage ist für die Qualifikation des Vermögensberater-Vertrags nicht relevant. Zudem ist es nicht

Aufgabe der Gerichte, einen Gleichlauf zwischen dem Zivil- und dem Sozialversicherungsrecht zu schaffen, wo der Gesetzgeber tätig werden müsste.

d) Weiter bemängelt der Kläger, es sei unberücksichtigt geblieben, dass er im Aussenauftritt als Mitarbeiter der Beklagten in Erscheinung getreten sei (Email-Adresse, Briefschaften, Visitenkarten; Urk. 56 S. 8). Dem hält die Beklagte zu Recht entgegen, dass die Verwendung einer Corporate Identity gerade im Vertrieb, z.B. von Versicherungen, Standard ist (Urk. 61 S. 9; Urk. 23 S. 8 f.). Der Aussenauftritt verfolgt denn auch andere Ziele als die konkrete Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses.

e) Nicht zu hören ist der Kläger mit dem Vorwurf, die Vorinstanz habe sich nicht mit der von der Beklagten verwendeten Terminologie von Funktions-, respektive Rangbezeichnungen (z.B. Regionalgeschäftsstellenleiter, Geschäftsstellenleiter, Hauptgeschäftsstellenleiter) auseinandergesetzt, obwohl die Vorgabe solcher Hierarchiestufen sowohl Eingliederung in die Organisation wie auch Subordination und Weisungsgebundenheit voraussetze (Urk. 56 S. 8). Wie gesehen, hat sich die Vorinstanz eingehend mit den Fragen der Subordination und Weisungsgebundenheit befasst (vorn IV/3/a/aa-cc). Auf die Terminologie kommt es dabei nicht an.

f) Der Kläger moniert, die Vorinstanz habe sich nicht damit auseinandergesetzt, dass er nicht über die notwendige Bewilligung verfügt habe, um als selbständiger Untervertriebsträger tätig zu sein (Urk. 56 S. 9). Ob dies zutrifft, ist indessen für die zivilrechtliche Qualifikation des Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien nicht relevant, wie die Beklagte zu Recht einwendet (Urk. 61 S. 10).

g) Gemäss Kläger hat die Vorinstanz die Planung, welche C._____ mit Wirkung für die ihm unterstellten Mitarbeitenden, also auch ihn, erlassen habe, nicht gewürdigt (Urk 56 S. 9).

Die Vorinstanz ist zwar nicht auf die vom Kläger ins Recht gelegten Semesterpläne (Urk. 17/18-22) eingegangen. Sie hat aber sehr wohl berücksichtigt, dass C._____ „unzählige Anlässe“ (Berufsinformationstage/Starterseminare/Po-

werdays/ Aktivabende/Schulungen etc.) organisiert und die Teilnahme des Klägers erwartet sowie diesem auch entsprechende Aufgaben übertragen hat (vorn IV/3/a/bb). Der Kläger legt nicht dar, welche Erwägungen der Vorinstanz sich aufgrund der Semesterpläne als falsch erweisen.

h) Der Kläger hatte vor Vorinstanz bestritten, dass das von den Steuerbehörden bewilligte Spesenreglement auch für selbständige Agenten galt, und dessen Edition beantragt (Urk. 16 S. 25). In seiner Berufungsschrift moniert er, dass das Spesenreglement nicht ediert und beurteilt worden sei (Urk. 56 S. 9).

Die Vorinstanz ist nach Durchführung des Beweisverfahrens zum Schluss gekommen, dass „die arbeitsrechtstypische, von klägerischer Seite behauptete provisionsunabhängige Spesenvergütung widerlegt“ sei (vorn IV/3/a/dd). Dies stellt der Kläger im Berufungsverfahren nicht in Abrede; er setzt sich mit den diesbezüglichen Erwägungen der Vorinstanz nicht auseinander. Ob die Steuerbehörden gestützt auf das Spesenreglement der Beklagten bestimmte Spesen bzw. Spesenpauschalen zum Abzug zulassen, ist daher nicht relevant, zumal die steuerrechtliche Behandlung des Erwerbseinkommens ohnehin nur zweitrangige Bedeutung hat (BK OR-Rehbinder, Art. 319 N 45).

i) Der Kläger kritisiert, dass die Vorinstanz die Erfolgsrechnungen der Beklagten nicht edieren liess (Urk. 56 S. 9). Vor Vorinstanz hatte er geltend gemacht, es sei zu vermuten, dass die Beklagte in ihren eigenen Büchern die Zahlungen an den Kläger und alle andern Personen, welche in einem gleichen Vertragsverhältnis gestanden seien, als Personalkosten verbucht und letztlich auch gegenüber den Steuerbehörden und Sozialversicherungen so ausgewiesen habe (Urk. 16 S. 25).

Die Vorinstanz hat zu Recht die tatsächliche Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses als ausschlaggebend für die Vertragsqualifikation bezeichnet (Urk. 57 S. 6). Dies wird denn auch von keiner Partei in Abrede gestellt. Die Vorinstanz durfte daher davon absehen, auf eine blosser Vermutung des Klägers hin die Erfolgsrechnungen der Beklagten edieren zu lassen, dies umso mehr, als die

Verbuchung der Provisionen an den Kläger als Personalkosten lediglich ein schwaches Indiz für die Annahme eines Arbeitsvertrages wäre.

j) Der Kläger beanstandet schliesslich, die Vorinstanz habe das Hausmagazin „G._____“ nicht edieren lassen. Dies hätte die Einordnung des Klägers in die Organisation der Beklagten aufzeigen können. Zudem seien zahlreiche Zeugen nicht einvernommen worden, welche die hierarchische Eingliederung des Klägers, die straffe Führung und die Arbeitsorganisation hätten bezeugen können (Urk. 56 S. 10).

Gemäss Art. 152 Abs. 1 ZPO hat jede Partei das Recht, dass das Gericht die von ihr form- und fristgerecht angebotenen tauglichen Beweismittel abnimmt. Das Gericht kann indessen die Abnahme weiterer Beweise unterlassen, wenn es seine Meinungsbildung abgeschlossen hat und überzeugt ist, dass seine Meinung durch die Abnahme weiterer Beweise nicht mehr erschüttert werde (Leu, DIKE-Komm-ZPO, Art. 152 N 107 m.w.H.; Passadelis, Stämpfli Handkommentar, ZPO, Art. 152 N 7; BK ZPO-Brönnimann, Art. 152 N 57; Staehelin/Staehelin/Grolimund, ZPR, 2. A., Zürich 2013, § 18 Rz 23).

Die Vorinstanz hat ihre Erkenntnisse in tatsächlicher Hinsicht hauptsächlich aufgrund der Aussagen des Klägers sowie von C._____ und H._____ gewonnen (Urk. 57 S. 17 ff.; vorn IV/3/a). Mit dem Kläger, dem Geschäftsführer der Beklagten (H._____) und von C._____, der der direkte Vorgesetzte des Klägers gewesen sein soll und ihn eng geführt und überwacht haben soll, hat die Vorinstanz die zentralen Personen zu den Beweisthemen, insbesondere zur Hierarchie, Führung und Überwachung befragt, wobei sie teilweise von beiden Parteien als Beweismittel angerufen worden waren. Die Erwägungen der Vorinstanz zur Glaubwürdigkeit dieser Personen (Urk. 57 S. 16) werden vom Kläger nicht beanstandet. Auch an der Würdigung derer Aussagen übt er – wie gesehen – praktisch keine und schon gar nicht berechnete Kritik. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz keine weiteren Beweismittel abgenommen hat.

5. Insgesamt vermag der Kläger mit seinen Rügen am vorinstanzlichen Entscheid nicht durchzudringen. Die Vorinstanz ist zutreffend davon ausgegangen,

dass eine arbeitsrechtlich relevante Subordination des Klägers in persönlicher, zeitlicher und organisatorischer Hinsicht nicht vorlag und zudem weitere Elemente, welche für einen Arbeitsvertrag typisch sind, fehlen, weshalb kein Arbeitsverhältnis vorlag. Die Berufung ist abzuweisen und der angefochtene Entscheid zu bestätigen.

V.

Das Berufungsverfahren ist kostenlos. Ausgangsgemäss hat der Kläger aber der Beklagten eine Parteientschädigung (inkl. MwSt.) zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO; § 13 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 und § 11 Abs. 1 AnwGebV). Der Streitwert beträgt weniger als Fr. 15'000.– (vgl. Urk. 4/4; Diggelmann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 91 N 50).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Arbeitsgerichtes Horgen vom 14. Januar 2019 wird bestätigt.
2. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Kosten erhoben.
3. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.– zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

5. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder

Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

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

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt weniger als Fr. 15'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 17. April 2020

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. D. Scherrer

lic. iur. L. Stünzi

versandt am:
mc