

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA210008-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichter
lic. iur. A. Huizinga und Ersatzoberrichterin lic. iur. V. Seiler
sowie Gerichtsschreiber Dr. Chr. Arnold

Urteil vom 19. Mai 2021

in Sachen

A._____, Dr. iur.,
Klägerin und Berufungsklägerin

gegen

B.____ **AG**,
Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

**Berufung gegen einen Beschluss des Arbeitsgerichtes Zürich, 1. Abteilung,
im ordentlichen Verfahren vom 1. Februar 2021 (AN200092-L)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 1)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 29'239.54 (netto) nebst Zins zu 5% seit 19. Februar 2020 zuzüglich Betreuungskosten von CHF 176.60 zu bezahlen.
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Zürich 4 vom 19. Februar 2020 sowie der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. 2 des Betreibungsamtes Zürich 4 vom 19. Februar 2020 sei aufzuheben.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten."

Beschluss des Arbeitsgerichts Zürich, 1. Abteilung, vom 1. Februar 2021:

(Urk. 10)

1. Auf die Klage wird nicht eingetreten.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 812.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden der Klägerin auferlegt.
4. Der Beklagten wird keine Umtriebsentschädigung zugesprochen.
5. [Mitteilung]
6. [Rechtsmittel]

Berufungsanträge der Klägerin:

(Urk. 9)

- "1. Es sei der im Verfahren mit der Geschäfts-Nr. AN200092-L ergangene Beschluss des Arbeitsgerichts Zürich vom 1. Februar 2021 aufzuheben und es sei die Sache zur materiellen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten."

Erwägungen:

I.

1. Die Klägerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Klägerin) ist Rechtsanwältin mit Patentjahr 2002. Seit 2010 ist sie als Rechtsanwältin im Kanton Zürich tätig und registriert, seit 2012 unter ihrer jetzigen Kanzleiadresse, Anwaltskanzlei Dr. iur. A._____, in C._____ [Ortschaft]. Diese Tätigkeit als selbständige Rechtsanwältin übte sie in Teilzeit aus. Hauptberuflich war die Klägerin bis zum 31. Juli 2019 in einem Pensum von 60-80% als juristische Übersetzerin bei der D._____ AG angestellt. Daneben ist sie Gründerin und Vorsitzende der Geschäftsführung der 2012 gegründeten E._____ GmbH (vgl. Urk. 1 Rz. 11).

2. Die Beklagte und Berufungsbeklagte (nachfolgend Beklagte) betreibt eine Anwaltskanzlei, bis Ende Februar 2020 noch unter dem Namen F._____ Rechtsanwälte AG, heute als B._____ AG. Einziger Gesellschafter ist nach dem Ausscheiden von G._____ gemäss SHAB-Publikation vom tt.mm.2021 Dr. H._____ (vgl. Urk. 4/5; Urk. 9 Rz. 2; <https://zh.chregister.ch/...xhtml?uid=CHE-1>).

3. Am 30. Juli 2019 schlossen die Parteien einen als "Zusammenarbeitsvereinbarung" bezeichneten Vertrag. Darin beschlossen sie eine temporäre Zusammenarbeit für die Dauer von zwei Monaten in Bezug auf die Erbringung von anwaltlichen Dienstleistungen durch die Klägerin als Konsultantin unter dem Label der F._____ Rechtsanwälte AG (Urk. 4/3 Präambel und Ziff. 1.1). In Ziff. 1.2 wurde vereinbart, dass die F._____ Rechtsanwälte AG der Klägerin einen Arbeitsplatz, ihr Label und die Infrastruktur sowie ihre Akquise-Kanäle zur Verfügung stellt und bei Bedarf bestehende Mandate an die Klägerin überträgt. In Ziff. 2.1 wurde dafür eine hälftige Teilung des auf Mandaten der F._____ Rechtsanwälte AG bzw. des über ihre Akquisitionskanäle akquirierte Mandate generierten Umsatzes der Klägerin vereinbart, wobei der Anteil der Klägerin auf maximal Fr. 15'000.– pro Monat begrenzt war. Ziff. 2.2 sah für von der Klägerin selbständig und ohne Nutzung der Akquise-Kanäle der F._____ Rechtsanwälte AG akquirierte Mandate für die Nutzung des Labels und der Infrastruktur eine Aufteilung des darauf generierten Umsatzes im Verhältnis von 80% zu Gunsten der Klägerin und 20% zu Gunsten der

Beklagten vor. Weiter wurde vereinbart, die Überweisung des Guthabens der Klägerin erfolge innert dreier Arbeitstage nach Genehmigung der Umsatzabrechnung (Urk. 4/3). Am 4. Oktober 2019 beschlossen die Parteien die Fortsetzung der Zusammenarbeit zu gleichbleibenden Konditionen (Urk. 4/4). Die Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich (SVA) verfügte am 19. Februar 2020, dass die Erwerbstätigkeit der Klägerin bei der F._____ Rechtsanwälte AG als unselbständig zu qualifizieren sei und lehnte daher das Gesuch der Klägerin um Registrierung als selbständig erwerbende Person in Bezug auf diese Tätigkeit ab (Urk. 4/29). Mit Schreiben vom 8. Februar 2020 kündigte Rechtsanwalt Dr. iur. G._____ namens der Beklagten das "Auftragsverhältnis" in Anwendung von Art. 404 Abs. 1 OR per sofort (Urk. 4/6). Mit Schreiben vom 4. März 2020 kündigte die Klägerin ihrerseits das "Arbeitsverhältnis" gemäss Zusammenarbeitsvereinbarung vom 30. Juli 2019 und vom 4. Oktober 2019 in Anwendung von Art. 337 OR fristlos (Urk. 4/7).

4. Die Klägerin machte am 4. Juli 2020 das Schlichtungsverfahren anhängig. Nach gescheiterter Schlichtungsverhandlung wurde ihr am 28. September 2020 die Klagebewilligung erteilt (Urk. 2). Die Klageschrift der Klägerin an die Vorinstanz datiert vom 23. Dezember 2020 (Urk. 1). Mit Beschluss vom 1. Februar 2021 verneinte die Vorinstanz ihre Zuständigkeit und trat auf die Klage nicht ein (Urk. 5 = Urk. 10).

5. Gegen den am 8. Februar 2021 (Urk. 6/1) eröffneten Beschluss erhob die Klägerin mit Schriftsatz vom 10. März 2021 rechtzeitig Berufung (Urk. 9). Nach entsprechender Verfügung vom 15. März 2021 leistete sie einen Kostenvorschuss von Fr. 2'000.- (Urk. 13, Urk. 14). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-8). Auf das Einholen einer Berufungsantwort wurde im Sinne von Art. 312 Abs. 1 ZPO verzichtet. Das Verfahren ist spruchreif.

II.

1. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der schriftlichen Berufungsbegründung ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erst-

instanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (vgl. BGE 142 I 93 E. 8.2, S. 94; BGE 138 III 374 E. 4.3.1, S. 375; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Die Berufungsinstanz hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der Berufungsschrift in rechtsgenügender Weise erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4, S. 417). In diesem Rahmen ist insoweit auf die Parteivorbringen einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (vgl. BGE 134 I 83 E. 4.1, S. 88).

2. Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass es die klägerischen Tatsachenbehauptungen und die eingereichten Urkunden nicht zuliessen, die zu beurteilende Forderung als Streitigkeit aus einem Arbeitsverhältnis im Sinne von § 20 GOG zu qualifizieren. Mangels sachlicher Zuständigkeit trat die Vorinstanz auf die Klage nicht ein (Urk. 10).

3. Die Klägerin macht berufsungsweise zusammengefasst geltend, die Vorinstanz komme in vorliegendem Fall zu einem rechtlich unhaltbaren Auslegungsergebnis, dem im Übrigen auch noch eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts bezüglich der von der Klägerin zu tragenden Ausfallrisiken zugrunde liege. Der streitige Vertrag sei unter Anwendung der massgeblichen Kriterien als Arbeitsvertrag zu qualifizieren (Urk. 9 Rz. 5 ff., 32).

4. Bei der Beurteilung der Zuständigkeit ist primär auf den von der Klägerin eingeklagten Anspruch und dessen Begründung abzustellen. Die von der Klägerin behaupteten Tatsachen, die sowohl für die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts als auch die Begründetheit der Klage erheblich sind (sog. doppelrelevante Tatsachen), sind für die Beurteilung der Zuständigkeit als wahr zu unterstellen. Sie werden grundsätzlich erst im Moment der materiellen Prüfung des eingeklagten Anspruchs untersucht (BGE 137 III 32 E. 2.3; BGE 136 III 486 E. 4). In Bezug auf die rechtliche Würdigung der klägerischen Vorbringen ist das Gericht nicht an die Auffassung der Klägerin gebunden. Soweit sich die Unzuständigkeit des Gerichts schon aus den Vorbringen der Klägerin selbst ergibt, ist unerheblich, ob die tatsächlichen Behauptungen zutreffen (vgl. BGer 4P.104/2006 vom 25. Septem-

ber 2006, E. 2.3; BGer 4A_31/2011 vom 11. März 2011, E. 2). Hängt die Zuständigkeit – wie vorliegend – vom Bestand eines Arbeitsvertrags zwischen den Parteien ab, sind die klägerischen Tatsachenbehauptungen im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung von Amtes wegen daraufhin zu überprüfen, ob sich aus ihnen auf das Bestehen eines solchen Vertrages schliessen lässt. Erscheint eine derartige rechtliche Qualifikation als ausgeschlossen, ist auf die Klage nicht einzutreten (vgl. OGer ZH LA190019 vom 24.04.2020, E. 3.4; BGE 137 III 32 E. 2.2, S. 34; BGer 4A_407/2011 vom 5. Dezember 2011, E. 2.1; ZR 111/2012 S. 16, 18).

5. Nach diesen Grundsätzen ist im Folgenden zu prüfen, ob die Vorinstanz gestützt auf den von der Klägerin vorgebrachten Sachverhalt zu Recht zum Ergebnis gelangt ist, das Vertragsverhältnis der Parteien sei rechtlich nicht als Arbeitsvertrag zu qualifizieren, mit der Folge der sachlichen Unzuständigkeit der Vorinstanz zur Beurteilung der vorliegenden Klage.

6. Vorab kann festgehalten werden, dass die Ausführungen der Vorinstanz zu den wesentlichen Begriffsmerkmalen und zur Abgrenzung des Arbeitsvertrages von anderen Verträgen auf Arbeitsleistung (Urk. 10 E. 3.2 und 3.3) den von der einschlägigen Literatur und der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen entsprechen (vgl. BK-Rehbinder/Stöckli, Art 319-330b OR, Der Einzelarbeitsvertrag; Bern 2010, Art. 319 N 42 ff.; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxis-kommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl. 2012, Art. 319 N 2 ff.). Besonders hervorzuheben ist, dass sich aus den massgeblichen materiellen Kriterien (wie insbesondere Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation; Weisungsgebundenheit der Arbeitnehmerin und die Tragung des Unternehmensrisikos durch die Arbeitgeberin) keine einheitlichen, schematisch anwendbaren Lösungen ableiten lassen, wann ein Vertragsverhältnis als Arbeitsvertrag zu qualifizieren ist. Die Vertragsqualifikation ist jeweils unter Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalls vorzunehmen. Weil dabei vielfach Merkmale zu Tage treten, die sowohl für als auch gegen einen Arbeitsvertrag sprechen, muss sich der Entscheid des Gerichts danach richten, was im konkreten Fall überwiegt. Entscheidend ist dabei die Würdigung des Gesamtbildes nach dem Massstab der Verkehrsanschauung (vgl. BGE 129 III 664 E. 3.2, S. 668; BGE 128 III 129 E. 1a/aa, S. 132; BGer

4A_61/2012 vom 15. Mai 2012 E. 2.1; BGer 4A_64/2020 vom 6. August 2020, E. 6.4).

7. Die Klägerin rügt zunächst eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts:

7.1. Die Vorinstanz irre doppelt und dreifach, wenn sie annehme, die Klägerin habe ein unternehmerisches Risiko getragen, weil sie Verluste der Beklagten habe mittragen müssen bzw. Ausfälle gemeinsam getragen worden seien (Urk. 9 Rz. 12, 20 ff., 28 ff.). Die Klägerin legt in diesem Zusammenhang Wert darauf, dass sie ein kalkuliertes Risiko eingegangen sei, indem sie sich auf eine erfolgsabhängige Vergütung eingelassen habe. Dies treffe auf jeden Arbeitsvertrag mit variabler Vergütung zu und stelle kein taugliches Abgrenzungskriterium dar. Die Vorinstanz verkenne, dass das wirkliche Risiko der Klägerin darin gelegen sei, dass sie auf eine Marktteilnahme verzichtet habe und ihre Honorareinnahmen an die F._____ Rechtsanwälte AG geflossen seien, im Gegenzug habe sie ein gesichertes Einkommen erwarten dürfen. Die Klägerin sei damit ein arbeitnehmertypisches Risiko eingegangen, nämlich das Risiko, dass der Lohn für die erbrachte Arbeit nicht bezahlt würde. Dies sei gerade kein unternehmertypisches Risiko. Die Klägerin führt in diesem Zusammenhang weiter aus, im Rahmen der Zusammenarbeit mit der F._____ Rechtsanwälte AG habe die Klägerin im fraglichen Zeitraum vom 17. Juli 2019 bis 16. Januar 2020 bezüglich der von ihr gestellten Rechnungen lediglich einen Zahlungsausfall gehabt: Ein Klient habe den Kostenvorschuss von CHF 484.65 nicht geleistet, worauf die Klägerin das Mandat niedergelegt habe. Die Vorinstanz nehme auf eine E-Mail der Sekretärin I._____ Bezug, in der diese schreibe: "J._____: müssen wir leider komplett abschreiben (0.3 h bei Dir)". Dass hier Ausfälle gemeinsam getragen worden seien, sei unzutreffend. Vielmehr habe Rechtsanwalt H._____ bei der Annahme des Mandats ca. Anfang Juli 2019 die elementarsten Vorsichtsmassnahmen unterlassen. Erstens habe er nicht gemerkt, dass die J._____ bereits am 4. Juli 2019 in Konkurs gefallen sei. Zweitens habe er die Klägerin während seiner Ferienabwesenheit gedrängt, sich des Mandats rasch anzunehmen, obgleich die Klientin auch den Kostenvorschuss schuldig geblieben sei, was die Klägerin zu diesem Zeitpunkt nicht habe wissen können. Dafür, dass die Klägerin durch eine rasche und umsichtige

Prüfung des Falles der Beklagten weitere Aufwendungen und unter Umständen eine Blamage vor Gericht erspart habe, sei sie damit belohnt worden, dass sie nun nach Ansicht der Vorinstanz auch noch den Ausfall mittragen solle, indem sie für ihre Arbeit keinen Lohn empfangen. Für die Annahme einer Pflicht, die Ausfälle der Beklagten mitzutragen, fehle sowohl eine vertragliche Grundlage als auch in tatsächlicher Hinsicht eine entsprechende Übung (vgl. Urk. 9 Rz. 20 ff., 28 ff.).

7.2. Richtig ist, dass sich aus den Zusammenarbeitsvereinbarungen vom 30. Juli und 4. Oktober 2019 (Urk. 4/3 und 4/4) keine umfassende Beteiligung der Klägerin an allfälligen Verlusten der F. _____ Rechtsanwälte AG ergibt. Die von der Vorinstanz angesprochene gemeinsame Tragung von Ausfällen bezieht sich ausschliesslich auf Zahlungsausfälle bei den von der Klägerin geführten Mandaten. Die Vorinstanz wies zutreffend darauf hin, dass in den Zusammenarbeitsvereinbarungen vom 30. Juli und 4. Oktober 2019 kein fixes Salär, wie bei angestellten Rechtsanwälten üblich, vereinbart wurde, sondern eine Abgeltung auf der Basis des *generierten* Umsatzes (Urk. 4/3 und 4/4 Ziff. 2.1 und 2.2), und die Klägerin der Beklagten dementsprechend Honorar- bzw. Umsatzabrechnungen stellte (vgl. Urk. 4/17). Dass die Umsatzabrechnung und Überweisung des jeweiligen Guthabens der Klägerin monatlich vorgesehen war (Urk. 4/4 und 4/4 Ziff. 2.3), ändert daran nichts. Weiter führte die Vorinstanz aus, angesichts dieser Abgeltungsregelung, welche sich nur auf die generierten Einnahmen beziehe, könne nicht gesagt werden, die Klägerin trage kein unternehmerisches Risiko, was in der E-Mail von I. _____ an die Klägerin vom 25. Oktober 2019 (Urk. 4/18) veranschaulicht werde (Urk. 10 E. 4.7). Aus der von der Vorinstanz angesprochenen E-Mail der Sekretärin I. _____ (Urk. 4/18) mit der Mitteilung: "J. _____: müssen wir leider komplett abschreiben (0.3 h bei Dir)", geht hervor, dass dieses Mandat abzuschreiben war und kein Zahlungseingang erwartet werden konnte, nachdem die Klientin J. _____ SA bereits am 4. Juli 2019 in Konkurs gefallen war und keinen Kostenvorschuss geleistet hatte (vgl. Urk. 9 Rz. 30). Die Klägerin weist auf ihr Risiko hin, dass der Lohn für die erbrachte Arbeit nicht bezahlt würde (Urk. 9 Rz. 21). Ein gesichertes Einkommen, insbesondere ein Mindestlohn, lässt sich weder aus den Zusammenarbeitsvereinbarungen noch aus den Tatsachenvorbringen der Klägerin ableiten. Die Klägerin anerkennt, dass sie sich auf eine erfolgsabhängige Vergütung

eingelassen habe und weist auf einen Zahlungsausfall eines Klienten im Betrag Fr. 484.65 hin, worauf sie das Mandat niedergelegt habe (Urk. 9 Rz. 20, 29). In der Klageschrift machte sie geltend, die Beklagte habe für Leistungen der Klägerin von Klienten über Fr. 45'000.– einkassiert und ihr davon lediglich CHF 14'035.63 weitergeleitet, und die Klägerin argumentierte mit durch die Beklagte unterschlagenen Zahlungseingängen (Urk. 1 Rz. 26, 31 ff.). So lässt sich ebenfalls aus ihren Tatsachenvorbringen ableiten, dass sich ihre Vergütung nach den effektiv erzielten, mithin eingegangenen Umsätzen richtete. Umsatzausfälle auf von ihr geführten Mandaten der F. _____ Rechtsanwälte AG hatte sie mithin selber zu tragen – zusammen mit der am Umsatz beteiligten Beklagten. Dass die Klägerin in der Klageschrift Lohnzahlungen der Beklagten auch für Leistungen ohne explizite Abrede forderte (vgl. Urk. 1 Rz. 43 ff.), ist keine Tatsachenbehauptung, sondern eine rechtliche Schlussfolgerung. Die Vorinstanz hat den entscheidungsrelevanten Sachverhalt richtig festgestellt.

8. Die Klägerin beanstandet im Weiteren eine unrichtige Rechtsanwendung im Sinne einer fehlerhaften Vertragsauslegung durch die Vorinstanz:

8.1. Zunächst sei laut der Klägerin die von der Vorinstanz vertretene Rechtsauffassung, die Behandlung im Rahmen des Sozialversicherungsrechts sei völlig unbeachtlich, schwer nachvollziehbar und unrichtig, da die von den Zivilgerichten und den Sozialversicherungsbehörden zur Abgrenzung von Arbeitsverhältnissen von anderen Dienstleistungsverträgen angewandten Kriterien nahezu deckungsgleich seien. Dies gelte namentlich bezüglich der Kriterien des Subordinationsverhältnisses und des Unternehmerrisikos, auf welche das SVA im vorliegenden Fall im Detail eingegangen sei (Urk. 9 Rz. 8, 14 ff.). In systematischer Hinsicht stelle sich die Frage, ob es sein könne, dass ein Vertrag von den Sozialversicherungsbehörden als Arbeitsvertrag qualifiziert werde, von einem Zivilgericht jedoch als Auftrag oder Gesellschaftsvertrag – mit der Folge, dass Sozialversicherungsabgaben umgangen werden könnten, indem die Parteien einen "Freelancer-Vertrag", "Independent Juicer-Vertrag", "Zusammenarbeitsvertrag" etc. abschliessen, um den Arbeitsvertrag zu kaschieren. Die Frage sei jedoch im vorliegenden Fall insofern müssig, als es eine unabdingbare Voraussetzung für die Tätigkeit

der Klägerin gewesen sei, dass die SVA sie aufgrund des geschlossenen Vertrages als selbständigerwerbend einstufen würde, was auch der Beklagten hinlänglich bekannt gewesen sei. Der Beklagten sei ebenfalls bekannt gewesen, dass die Klägerin ihre sozialversicherungsrechtlichen Pflichten nur auf provisorischer Basis über die E._____ GmbH abrechnen würde und dass sie bis zum 31. Juli 2019 in einem Pensum von 60-80% bei der D._____ AG angestellt und habe somit eine unselbständige Erwerbstätigkeit ausgeübt, habe also nicht auf einen Schlag eine Anerkennung als selbständige Rechtsanwältin herbeizaubern können (Urk. 9 Rz. 17 f.).

8.2. Die Vorinstanz hielt die Behandlung des Vertrages im Rahmen des Sozialversicherungsrechts nicht für unbeachtlich, sondern (nur) für nicht entscheidend (Urk. 10 E. 4.6). Die Einstufung der Tätigkeit als unselbständige Erwerbstätigkeit im Sozialversicherungsrecht weist – ebenso wie die Leistung von Sozialversicherungsbeiträgen – für die Qualifikation als Arbeitsvertrag nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur eine untergeordnete Bedeutung auf, insbesondere weil im Sozialversicherungsrecht von eigenen Begriffsbeschreibungen ausgegangen wird (vgl. BGE 128 III 129 E. 1a/aa, S. 132; BGer 4A_64/2020 vom 6. August 2020, E. 6.4). Nach der sozialversicherungsrechtlichen Rechtsprechung beurteilt sich die Frage, ob im Einzelfall eine selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit vorliegt, *nicht* aufgrund der Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien. Entscheidend sind hier vielmehr die wirtschaftlichen Gegebenheiten. Die zivilrechtlichen Verhältnisse vermögen dabei allenfalls gewisse Anhaltspunkte für die AHV-rechtliche Qualifikation zu bieten, ohne jedoch ausschlaggebend zu sein (vgl. Entscheid des Sozialversicherungsgerichts Zürich, IV. Kammer, vom 28. September 2018, AB.2017.00022, E. 4.1; BGE 144 V 111 E. 4.2, S. 112 f.; BGE 123 V 161 E. 1, S. 163). Im Sozialversicherungsrecht ist zudem der Blickwinkel ein Anderer. Wie in der Verfügung der SVA vom 19. Februar 2020 erwähnt wird, muss die Ausgleichskasse nämlich darauf achten, dass die Sozialversicherungsbeiträge gesetzeskonform bezahlt werden (Urk. 4/29). Dass die SVA die Erwerbstätigkeit der Klägerin bei der F._____ Rechtsanwälte AG als unselbständig qualifiziert hat (Urk. 4/29), ist daher, wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat (Urk. 10 E. 4.6), für die zivilrechtliche Vertragsqualifikation nicht

entscheidend. Dies gilt umso mehr, als dass die Begründung der SVA für die Einstufung der Klägerin als unselbständig Erwerbstätige im Wesentlichen aus pauschalen Verweisen auf die Ziffern 1., 2., 4. und 5. der genannten Zusammenarbeitsvereinbarungen besteht (Urk. 4/29 S. 2) und in ihrem Entscheid keine Auseinandersetzung mit den Kriterien der arbeitsorganisatorischen Abhängigkeit und des Unternehmerrisikos erfolgt. Eine differenzierte Auseinandersetzung mit diesen Kriterien unter dem Blickwinkel des Obligationenrechts führt, wie nachfolgend erläutert wird, zum gegenteiligen Schluss.

8.3. Die Klägerin weist darauf hin, dass das Weisungsrecht gegenüber einer Anwältin von vornherein beschränkt sei, da diese ihre Unabhängigkeit im Sinne von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA zu wahren habe, auch dann, wenn sie in einer Kanzlei angestellt sei. Aufgrund der gesetzlich verankerten Grenzen des Weisungsrechts auf fehlende Subordination zu schliessen, sei laut der Klägerin ein Fehlschluss (Urk. 9 Rz. 19).

8.4. Dazu ist vorab festzuhalten, dass die institutionelle Unabhängigkeit des Rechtsanwalts nach Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA verlangt, dass die Anwaltstätigkeit organisatorisch so strukturiert ist, dass sie unabhängig erfolgen kann. Darüber hinaus haben die Anwälte nach Art. 12 lit. b und c BGFA auch in jedem einzelnen Fall für eine unabhängige und von Interessenkonflikten freie Berufsausübung zu sorgen, die Verletzung dieser Berufsregel ist disziplinarisch zu ahnden (vgl. Fellmann, Anwaltsrecht, 2. Aufl., Bern 2017, N. 110 ff.). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die institutionelle Unabhängigkeit von Anwälten, die bei Anwaltsbüros angestellt sind, gewahrt, da in diesem Fall der Arbeitgeber selber an die Standesregeln gebunden und damit ebenso der Disziplinargewalt unterworfen ist (vgl. BGE 140 II 102 E. 4, S. 104 f.; BGE 138 II 440 E. 7, S. 447; BGer 2A.126/2003 vom 13. April 2004, E. 4.2 mit Hinweisen). Dabei sind sowohl organisatorische Weisungen als auch solche zur Mandatsübernahme und -führung seitens der im Register eingetragenen Arbeitgeberin zulässig, solange diese den Interessen des Klienten nicht widersprechen (vgl. Fellmann, Kommentar zum BGFA, 2. Aufl. 2011, N 65d-f S. 218 f.; BGer 5C.116/2005 vom 29. November 2005, E. 3.3.3). Das Ausmass der Weisungsgebundenheit bleibt insofern auch

gegenüber Rechtsanwälten ein taugliches Abgrenzungskriterium für Verträge über ihre Arbeitsleistung, es indiziert das qualifikationsrelevante Mass der rechtlichen Subordination.

8.5. Am 13. Juli 2019 schrieb die Klägerin an G._____ mit Blick auf den Vertragsabschluss per E-Mail, sie habe sich die ganze Woche Gedanken gemacht, wie die Zusammenarbeit geregelt werden könnte, damit für beide Partner eine Win-Win-Situation entstehe. Eine flexible Lösung bzw. längere Testphase ziele ihre Erachtens in die richtige Richtung (Urk. 4/2). Die angestrebte Zusammenarbeit wurde dann in den Zusammenarbeitsvereinbarungen fixiert. Die Parteien gingen, wie aus der Präambel der Zusammenarbeitsvereinbarungen ersichtlich ist (Urk. 4/3 und 4/4), eine Zusammenarbeit ein, damit die Klägerin ihre – bis anhin in Teilzeit als selbständige Rechtsanwältin ausgeübte – anwaltliche Tätigkeit ausbauen konnte. Die Anstellung der Klägerin bei der D._____ AG endete am 31. Juli 2019 (vgl. Urk. 1 Rz. 11). Der Grund zur Zusammenarbeit bestand somit in der Akquisition von Mandaten durch die Klägerin mit Hilfe des Labels der F._____ Rechtsanwälte AG. Die Klägerin macht keinen anderen Grund oder Anlass zum Abschluss der Zusammenarbeitsvereinbarungen mit der F._____ Rechtsanwälte AG geltend. Die Klägerin wollte sich nach ihren eigenen Ausführungen mit dem Abschluss dieser vertraglichen Vereinbarungen in ihrer bereits zuvor ausgeübten freiberuflichen Selbständigkeit nicht einschränken und nicht als Arbeitnehmerin in die Dienste dieser Anwalts-AG eintreten. Mit der Berufung weist die Klägerin sogar darauf hin, der Beklagten sei bekannt gewesen, dass es ein unabdingbare Voraussetzung für die Tätigkeit der Klägerin gewesen sei, dass die SVA sie aufgrund des geschlossenen Vertrages als selbständigerwerbend einstufen würde (Urk. 9 Rz. 18). Das Motiv der Parteien beim Abschluss des Vertrags war damit laut der Klägerin nicht die Begründung eines Arbeitsvertrags. Inwiefern es die Motivation der Parteien und ihr gemeinsames Vertragsverständnis beeinflusste, dass die SVA mit Verfügung vom 19. Februar 2020 das Gesuch der Klägerin um Registrierung als selbständig erwerbende Person ablehnte (Urk. 4/29), zeigt die Klägerin nicht auf. Der Entscheid der SVA erfolgte lange nach Ausbruch der Unstimmigkeiten zwischen den Parteien über die Vergütung der Klägerin (vgl. Urk. 4/19 und 4/20) und nach der Kündigung des Vertragsverhältnisses seitens der Beklag-

ten vom 8. Februar 2020 (vgl. Urk. 4/6). Bereits deshalb erscheint ein Einfluss des Entscheids der SVA auf den übereinstimmenden Parteiwillen ausgeschlossen. Ebenso wenig spielt es dafür eine Rolle, ob der Beklagten bekannt war, dass die Klägerin ihre sozialversicherungsrechtlichen Pflichten nur auf provisorischer Basis über die E._____ GmbH abrechnen würde. Die Klägerin strebte bei der Beklagten ausdrücklich eine selbständige Erwerbstätigkeit und kein Arbeitsverhältnis an.

8.6. Die Vorinstanz wies in diesem Zusammenhang zutreffend darauf hin (vgl. Urk. 10 E. 4.9), dass nach den eigenen Angaben der Klägerin der Telefondienst bzw. die Telefonberatung ein mit Blick auf den Ausbau ihrer Anwaltstätigkeit für sie wichtiger Akquise-Kanal war, weshalb es auch in ihrem Interesse lag, den Telefondienst reibungslos zu organisieren. Dass G._____ die Entgegennahme der Telefonate gemäss der Klägerin in einen Einsatzplan mit dem Titel "... " formalisierte (Urk. 4/14), beinhaltete somit keine auf ein Subordinationsverhältnis hindeutende Weisung. Der Vorinstanz ist auch darin beizupflichten (vgl. Urk. 10 E. 4.9), dass sich das von der Klägerin erwähnte Mitarbeiterhandbuch / Kanzlei-ABC (Urk. 4/11) auf eine allgemeine Auflistung organisatorischer Anliegen bei der Büro- und Infrastrukturnutzung sowie im Hinblick auf die Arbeitszeiterfassung beschränkt. Keine Rolle für das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien spielt ferner der Umstand, dass die Klägerin gegenüber den Klienten im Aussenverhältnis nicht in eigenem Namen auftrat. Die Klägerin wollte das Label der F._____ Rechtsanwälte AG und deren Infrastruktur für die Akquisition nutzen. Dass sie bei den über die F._____ Rechtsanwälte AG akquirierten Mandaten entsprechend unter dem Label dieser Gesellschaft agierte (Urk. 1 Rz. 56), begründet keine Unterordnung. Wie die Vorinstanz weiter zutreffend ausführte (Urk. 10 E. 4.8.), stellen die von der Klägerin übernommenen Ferienvertretungen (Urk. 1 Rz. 13 f.), kein relevantes Unterscheidungskriterium dar, da bei Ferienabwesenheiten eine Stellvertretung auch zwischen selbständigen Rechtsanwälten zu organisieren ist. Ohne administrative bzw. organisatorische Regeln für die Zusammenarbeit, die gemeinsame Nutzung der Infrastruktur, die Kontrolle der Post und die Stellvertretung kann eine Bürogemeinschaft von Rechtsanwälten nicht optimal funktionieren. Die von der Klägerin beanstandete Weisung, dass die Klientenzahlungen auf das Firmenkonto der F._____ Rechtsanwälte AG zu erfolgen hatten (vgl. Urk. 1 Rz. 74), ist eben-

falls eine administrative Vorgabe. Die Organisationsstruktur einer Anwalts-gemeinschaft soll ein effizientes Management und eine zielgerichtete Betreuung der Klienten sicherstellen. Als einheitliches Unternehmen verfügt die Anwalts-gemeinschaft in der Regel über gemeinschaftliche Bank- bzw. Klientenkonti (vgl. Fellmann, Anwaltsrevue 10/2003, S. 341). Zu alledem brauchte es Absprachen. Die dabei praktizierte organisatorische Einbindung der Klägerin beinhaltete keine Unterordnung irgendwelcher Art, sondern ist vor dem Hintergrund des von ihr gewünschten Mandatsausbaus unter Nutzung der Infrastruktur der F._____ AG zu sehen. Ein arbeitnehmertypisches Subordinationsverhältnis wird dadurch nicht begründet. Denn wie die Klägerin Mandate der F._____ Rechtsanwälte AG führte, war ihre Sache.

8.7. Die Klägerin brachte, wie auch von der Vorinstanz erwähnt wird (Urk. 10 E. 4.8) in der Klageschrift vor, sie habe, abgesehen von der Ferienvertretung und vereinzelt Fällen der Mithilfe, eine grosse Zahl eigener Mandate bewältigt, bei denen sich die Leistung der Beklagten im Wesentlichen auf das Zur-Verfügung-Stellen des telefonischen Akquisekanals beschränkt habe. Insbesondere Gerichtsverfahren habe sie unter eigener Adresse, eigener Vollmacht und vollumfänglich auf eigenes Risiko bewältigt, nachdem sich die Errichtung eines Zweitsitzes an der Kanzleiadresse der Beklagten als nicht praktikabel erwiesen habe und die Zürcher Gerichte eine c/o-Adresse nicht akzeptiert hätten (Urk. 1 Rz. 15 f., 58). Nach ihren eigenen Vorbringen hatte die Klägerin demnach – abgesehen von einzelnen Ausnahmen wie der Ferienvertretung – keine Pflicht, überhaupt Mandate der F._____ Rechtsanwälte AG zu führen. Ihre Unabhängigkeit bezog sich so zum überwiegenden Teil nicht bloss auf die Einteilung der Arbeitszeit und die Art und Weise der Erbringung ihrer Arbeitsleistung, d.h. auf die Frage, wie und wann sie für die F._____ Rechtsanwälte AG Mandate führte, sondern in den meisten Fällen auch auf die Entscheidung darüber, ob und inwieweit sie überhaupt unter dem Label dieser Gesellschaft tätig sein wollte. Diese Entscheidungsfreiheit geht weit über eine Flexibilität bei der Ausführung von vertraglich geschuldeten Arbeiten hinaus und ist qualitativ nicht mit einer solchen vergleichbar (vgl. *OGer ZH LA150027 vom 16.03.2015, E. 5.3c*). Angesichts dieser Freiheit kann nicht von

einer hinreichend ausgeprägten Einordnung der Klägerin in die Betriebsorganisation der F. _____ Rechtsanwälte AG ausgegangen werden.

8.8. So ergibt sich weder aus den Zusammenarbeitsvereinbarungen vom 30. Juli 2019 und 4. Oktober 2019 (Urk. 4/3 und 4/4) noch aus der von der Klägerin geschilderten "gelebten Vertragswirklichkeit" (vgl. Urk. 1 Rz. 40) eine Subordination der Klägerin. Ein Subordinationsverhältnis ist mithin nicht aufgrund der vorausgesetzten Unabhängigkeit nach Art. 8 BGFA zu verneinen, sondern weil die Klägerin nach ihrer eigenen Darstellung (vgl. Urk. 1 Rz. 15 ff.) im Wesentlichen frei war bei ihrer Tätigkeit, nämlich einerseits in der zeitlichen Bearbeitung und Art und Weise der Führung ihrer eigenen Mandate im Rahmen der Zusammenarbeitsvereinbarung mit der F. _____ Rechtsanwälte AG und andererseits in der Wahl bzw. Übernahme von Mandaten. Kein arbeitnehmertypisches, sondern ein unternehmerisches Risiko ergibt sich sodann daraus, dass die Klägerin bei Zahlungsausfällen auf den von ihr geführten Mandaten für die entsprechende Arbeit in diesem Umfang keine Vergütung erhielt (vgl. vorstehende Ziff. 7.2).

8.9. Insgesamt ist festzuhalten, dass die Klägerin mit den genannten Zusammenarbeitsvereinbarungen eine selbständige Tätigkeit nicht nur anstrebte, sondern sie auch tatsächlich selbständig und weitestgehend frei Mandate für die F. _____ Rechtsanwälte AG bearbeitete. Es bestand weder in persönlicher, sachlicher noch zeitlicher Hinsicht eine Abhängigkeit der Klägerin. Nach den Vorbringen der Klägerin akquirierte sie die Mandate selbst (vgl. Urk. 1 Rz. 14, 16) und sie partizipierte direkt am wirtschaftlichen Erfolg oder Misserfolg ihres eigenen Arbeitseinsatzes, indem sie als Abgeltung ihrer Leistungen den von ihr selbst erwirtschafteten Umsatz abzüglich des Anteils der F. _____ Rechtsanwälte AG als Einkommen erhalten sollte. Insofern hatte sie die Dispositionsmöglichkeit und das unternehmerische Verlustrisiko bezüglich des Einsatzes ihrer Arbeitskraft selbst inne. Die Klägerin war auch nicht in relevantem Mass in die Arbeitsorganisation der F. _____ Rechtsanwälte AG eingegliedert, sondern führte die Mandate nach ihrer Darstellung, nachdem sich die Errichtung eines Zweitsitzes an der Kanzleiadresse der Beklagten als nicht praktikabel erwiesen hatte, unter eigener Adresse und eigener Vollmacht (vgl. Urk. 1 Rz. 16, 58). Sie konnte ihre Arbeitsleistung

mithin wie eine Selbständigerwerbende anbieten und den Umfang ihrer Tätigkeit selbst bestimmen. All diese Umstände sprechen gegen einen Arbeitsvertrag. Dass die unternehmerische Freiheit der Klägerin dabei aufgrund gewisser organisatorischer Weisungsbefugnisse der F. _____ AG eingeschränkt war, nämlich hinsichtlich der Ferienvertretung, des Telefondienstes und gewisser Vorgaben für die Büro- und Infrastrukturnutzung, die Zeiterfassung und die Angabe des Firmenkontos der F. _____ Rechtsanwälte bei der Rechnungstellung gegenüber Klienten (vgl. Urk. 1 Rz. 13 f., 55 ff.), reicht zur Annahme des für den Arbeitsvertrag typischen Subordinationsverhältnisses nicht aus. Vorliegend fehlt es zudem an einer eigentlichen Pflicht zur Arbeitsleistung und an einem (Mindest-)Lohn. Aufgrund einer Gesamtwürdigung sämtlicher gegebener Umstände kann das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien nicht als Arbeitsvertrag qualifiziert werden. Eine unrichtige Rechtsanwendung der Vorinstanz liegt nicht vor.

9. Die Klägerin beanstandet schliesslich, dass die Vorinstanz nicht entschieden habe, von welchem Vertragsverhältnis vorliegend (wenn nicht von einem Arbeitsvertrag) auszugehen sei:

9.1. Die Vorinstanz sei auf halbem Weg stehen geblieben, indem sie eine Abgrenzung zum Auftragsverhältnis oder zum Gesellschaftsvertrag nicht einmal ansatzweise vorgenommen habe. Nachdem sie stellenweise von einem Auftragsverhältnis auszugehen scheine und darauf hinweise, ein Beauftragter habe im Rahmen der Abrechnung mit dem Auftraggeber gewisse Mitwirkungspflichten (Urk. 10 E. 4.14 in fine), komme sie in einem *obiter dictum* zum Ergebnis, es handle sich vorliegend um einen Abrechnungsstreit zwischen Anwälten, die in einer Anwalts-Aktiengesellschaft zusammengewirkt hätten (Urk. 10 E. 4.15), wobei offen bleibe, auf welcher Rechtsgrundlage dieses "Zusammenwirken" stattgefunden haben solle. Die dadurch von der Vorinstanz geschaffene Rechtsunsicherheit sei nicht nur von akademischen Interesse. Die Klägerin fragt, ob sie ihre Forderung nun beim Bezirksgericht Zürich als Forderung aus Auftragsrecht geltend machen solle mit dem Risiko, dass das Gericht am Ende befinde, es liege doch ein Arbeitsvertrag oder ein Gesellschaftsvertrag sui generis vor, oder ob sie ans Handelsgericht gelangen solle, mit dem Risiko, dass diese zum Schluss komme, es

liege ein Arbeitsvertrag oder ein Auftragsverhältnis vor. Oder es handle sich um einen komplett ungültigen Vertrag, womit sich die Klägerin an die Strafverfolgungsbehörden wenden müsste, um die unrechtmässig von der Beklagten vereinnahmten Honorare wiederzuerlangen (Urk. 9 Rz. 9 f., 24 f.).

9.2. Entgegen der Auffassung der Klägerin war die Vorinstanz nicht gehalten, im Rahmen der Prüfung der Frage der Zuständigkeit das vorliegende Vertragsverhältnis abschliessend zu qualifizieren, sondern durfte sich mit der Feststellung begnügen, dass die Klägerin mit dem streitigen Vertragsverhältnis kein Arbeitsverhältnis eingegangen sei. Zwangsläufig waren die Bemerkungen der Vorinstanz zu auftragsrechtlichen und gesellschaftsvertraglichen Elementen des streitigen Vertragsverhältnisses (Urk. 10 E. 4.7., 4.14 und 4.15) *obiter dicta*, nämlich für den Nichteintretensentscheid der Vorinstanz nicht tragend. Insoweit zielt die Berufung an der Sache vorbei. Auf die Ausführungen der Klägerin zu angeblich fehlenden Anhaltspunkten für einen Auftrag und einen Gesellschaftsvertrag (Urk. 9 Rz. 25 ff.), ist nicht näher einzugehen. Bemerket sei nur, dass der Auftrag zur Besorgung eines Geschäftes bezwecken kann, dass der Beauftragte im Namen des Auftraggebers, nicht nur auf dessen Rechnung, handelt (vgl. BK OR-Fellmann, Art. 396 N 11 S. 268; CHK OR-Gehrer Cordey/Giger, Art. 394 N 8), das Tätigwerden der Klägerin im Namen der F._____ Rechtsanwälte AG daher nicht gegen ein Auftragsverhältnis spricht. Wie die Klägerin sodann zu Recht festhält (Urk. 9 Rz. 7), ist eine Überweisung von Amtes wegen in der ZPO nicht vorgesehen. Wenn feststeht, dass die klagende Partei ihre Klage gerade durch das angerufene Gericht und in der von ihr gewählten Verfahrensart beurteilt haben möchte, hat dieses Gericht über die Zulässigkeit der Klage im entsprechenden Verfahren zu entscheiden. Kommt es zum Schluss, dass die Prozessvoraussetzungen nicht vorliegen, trägt es der zivilprozessualen Dispositionsbefugnis der klagenden Partei Rechnung, wenn auf ihre Klage nicht eingetreten und ihr damit die Wahl gelassen wird, ihr Begehren beim zuständigen Gericht neu einzureichen oder eben auch nicht (vgl. BGer 4A_332/2015 vom 10. Februar 2016, E. 4.2. und 4.4.2.). Der Klägerin erwächst daraus insofern kein Nachteil, da sie ihre Klage nach Art. 63 ZPO unter Wahrung der Rechtshängigkeit beim zuständigen Gericht neu einreichen kann.

10. Die Vorinstanz hat ihre Zuständigkeit zur Beurteilung der vorliegenden Klage im Ergebnis zu Recht verneint. Die Berufung ist abzuweisen. Der angefochtene Beschluss, auf die Klage nicht einzutreten, ist zu bestätigen.

III.

1. Die Berufung erweist sich im Ergebnis als unbegründet, weshalb auf das Einholen einer Berufungsantwort der Gegenpartei verzichtet werden kann (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Die Berufung ist abzuweisen und der vorinstanzliche Beschluss ist samt (an sich unbeanstandet gebliebener) Kostenfestsetzung und -auflage (Dispositivziffern 2 und 3) zu bestätigen.
2. Der Streitwert im Berufungsverfahren beträgt Fr. 31'357.15. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist auf Fr. 2'000.– festzusetzen (§ 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 4 Abs. 1 und § 10 Abs. 1 GebV OG).
3. Die Prozesskosten werden nach Obsiegen und Unterliegen bzw. nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Die Klägerin unterliegt, so dass ihr die Gerichtskosten aufzuerlegen und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen sind.
4. Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, der Klägerin zufolge Unterliegens (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und der Beklagten mangels relevanter Umtriebe (Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und der Beschluss des Arbeitsgerichts Zürich, 1. Abteilung, vom 1. Februar 2021 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.

4. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage des Doppels von Urk. 9 (Berufungsschrift) sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

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

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

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche (arbeitsrechtliche) Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 31'357.15.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 19. Mai 2021

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. D. Scherrer

Dr. Chr. Arnold

versandt am:
Im