

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LA210024-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichter  
Dr. M. Kriech und Oberrichterin lic. iur. Chr. von Moos Würgler sowie  
Gerichtsschreiber Dr. O. Hug

## Beschluss vom 8. März 2022

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

**B.**\_\_\_\_\_ **Finanz AG,**

Beklagte und Berufungsbeklagte

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Bülach im ordentlichen  
Verfahren vom 28. Mai 2021 (AN190020-C)**

**Rechtsbegehren:**

(Urk. 2 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin einen Betrag von (brutto) CHF 20'378.70 sowie (netto) CHF 2'000.00, beides zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 8. April 2019, zu bezahlen, vorbehaltlich der nachträglichen Reduktion der Klage im Falle des Antritts einer Stelle vor Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist.
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin einen Betrag von (netto) CHF 21'600.00 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 8. April 2019 zu bezahlen.
3. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin ein Endzeugnis gemäss Beilage B aus- und zuzustellen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MwSt.) zu Lasten der Beklagten."

**Urteil des Bezirksgerichts Bülach, Arbeitsgericht, vom 28. Mai 2021:**

(Urk. 33 S. 8 f. = Urk. 37 S. 8 f.)

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 5'350.– die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 277.50 Kosten Dolmetscher  
Fr. 525.– Kosten des Schlichtungsverfahrens (bereits bezogen)
3. Die Gerichtskosten werden der Klägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Vorschuss von Fr. 5'350.– verrechnet. Der Fehlbetrag von Fr. 277.50 wird von der Klägerin nachgefordert.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

(5./6. Mitteilungen, Rechtsmittelbelehrung)

### **Berufungsanträge:**

der Klägerin und Berufungsklägerin (Urk. 36 S. 2):

- "1. Dispositivziffer 1 des Urteils vom 28. Mai 2021 des Bezirksgerichts Bülach sei aufzuheben und es sei das vor erster Instanz gestellte Rechtsbegehren vollumfänglich gutzuheissen resp. die Beklagte zu verpflichten,
  1. der Klägerin einen Betrag von (brutto) CHF 20'378.70 sowie (netto) CHF 2'000.00, beides zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 8. April 2019, zu bezahlen;
  2. der Klägerin einen Betrag von (netto) CHF 21'600.00 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 8. April 2019 zu bezahlen;
  3. der Klägerin ein Endzeugnis gemäss Klagebeilage B aus- und zuzustellen.
2. Dispositivziffer 3 des Urteils vom 28. Mai 2021 des Bezirksgerichts Bülach sei aufzuheben und es seien die Gerichtskosten vollumfänglich der Beklagten aufzuerlegen.
3. Dispositivziffer 4 des Urteils vom 28. Mai 2021 des Bezirksgerichts Bülach sei aufzuheben und es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin eine angemessene Parteientschädigung (zzgl. MwSt.) zu bezahlen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zulasten der Beklagten und Berufungsbeklagten."

der Beklagten und Berufungsbeklagten:

Keine.

### **Erwägungen:**

I.

1. Die Klägerin war bei der Beklagten vom 2. Oktober 2017 bis zum 2. September 2018 als Praktikantin in der Funktion einer Kundenbetreuerin angestellt. Nach Darstellung der Klägerin war sie anschliessend als Sachbearbeiterin mit ei-

nem monatlichen Bruttolohn von Fr. 3'600.– für die Beklagte tätig. Am 8. April 2019 sei ihr mündlich fristlos gekündigt worden, obwohl sie zu diesem Zeitpunkt wegen Schwangerschaft zu 100 % arbeitsunfähig gewesen sei. Die Klägerin macht gegen die Beklagte Ansprüche wegen ungerechtfertigter Entlassung im Sinne von Art. 337c OR und wegen missbräuchlicher Kündigung im Sinne von Art. 336 OR geltend. Gemäss Beklagter arbeitete die Klägerin nach Ablauf des Praktikums lediglich als Freelancerin. Die Vorinstanz wies die Klage im Wesentlichen mit der Begründung ab, dass das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien mangels Subordinationsverhältnis nicht als Arbeitsvertrag zu qualifizieren sei.

2. Die Klägerin machte die Klage am 4. Dezember 2019 mit Einreichung der Klagebewilligung und der Klagebegründung bei der Vorinstanz anhängig (Urk. 1 und 2). Der weitere Verfahrensverlauf vor Vorinstanz kann dem angefochtenen Entscheid entnommen werden (Urk. 37 S. 3). Die Klägerin hat gegen das Urteil vom 28. Mai 2021 mit Eingabe vom 9. August 2021 fristgerecht Berufung erhoben (Urk. 36; vgl. Urk. 34) und einen Kostenvorschuss von Fr. 5'350.– geleistet (Urk. 44).

Gemäss Aktennotiz vom 24. August 2021 teilte Herr C.\_\_\_\_\_ von der Beklagten dem Obergericht telefonisch mit, diese habe nie eine Geschäftsbeziehung mit der Klägerin gehabt. Er werde dies auch noch schriftlich mitteilen (Urk. 41). Im Schreiben vom gleichen Tag wiederholte C.\_\_\_\_\_ (sic), Verwaltungsratspräsident der Beklagten, diese stehe in keiner geschäftlichen Beziehung zur Klägerin, weshalb die Beklagte sich nicht verpflichtet fühle, sich mit diesem Fall zu befassen. Sie habe auch vor dem Bezirksgericht Bülach belegen können, dass sie gegenüber der Klägerin keine Verpflichtung habe (Urk. 42). Eine Kopie dieses Schreibens wurde der Klägerin zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 43).

Mit Verfügung vom 22. September 2021 wurde der Beklagten Frist angesetzt, um eine Berufungsantwort einzureichen (Urk. 45). Da die Beklagte keine Berufungsantwort eingereicht hat, ist das Verfahren androhungsgemäss weiterzuführen und zufolge Spruchreife der Endentscheid gestützt auf die Akten zu fällen. Dabei ist auch auf das erwähnte Schreiben der Beklagten vom 24. August 2021 einzugehen (nachfolgend E. III/3).

## II.

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). Die Berufungsklägerin hat mittels klarer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo sie 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]). Pauschale Verweisungen auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften sind grundsätzlich nicht zulässig (so aber die Klägerin in Urk. 36 S. 9 Rz 30, S. 10 Rz 36). Was nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden. 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.).

Die Begründungsanforderungen gelten auch für die Berufungsantwort, wenn darin Erwägungen der Vorinstanz beanstandet werden, die sich für die im kanto-

nen Verfahren obsiegende Partei ungünstig auswirken können (BGer 4A\_258/2015 vom 21.10.2015, E. 2.4.2; BGer 4A\_580/2015 vom 11.04.2016, E. 2.2; BGer 4A\_496/2016 vom 08.12.2016, E. 2.2.2; Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 312 N 11).

Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO werden neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Beides hat derjenige zu substantiieren und zu beweisen, welcher sich auf neue Tatsachen bzw. Beweismittel beruft (ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 34).

### III.

1. Die Klägerin rügt zunächst, die Parteien seien von der Vorinstanz nicht rechtsgültig zur Hauptverhandlung vom 4. Dezember 2020 vorgeladen worden. Mit Schreiben vom 3. November 2020 sei zur Vergleichsverhandlung vorgeladen worden (Urk. 30). Anlässlich der Verhandlung seien zunächst erfolglos Vergleichsgespräche durchgeführt und die Parteien informell befragt worden. Hierauf habe das Gericht den Parteien eröffnet, dass es zum Schluss gekommen sei, der Fall sei spruchreif und die Parteien würden Gelegenheit erhalten, die Schlussvorträge zu halten und zum Beweisergebnis und zu den Anträgen Stellung zu nehmen. Die Klägerin habe mitgeteilt, sie habe sich nicht auf eine Hauptverhandlung mit Schlussvorträgen vorbereitet. Aufgrund ihres Inputs habe das Gericht mit ihr eine Parteibefragung durchgeführt. Danach seien die Schlussvorträge gehalten worden. Zwar habe sich die Klägerin bereit erklärt, an der Hauptverhandlung teilzunehmen, doch habe sie sich nicht adäquat vorbereiten können. Die nicht gehörige Vorladung und insbesondere die fehlende Vorbereitungsmöglichkeit auf das spontan durchgeführte Beweisverfahren und die Schlussvorträge dürften der Klägerin deshalb nicht zum Nachteil gereichen (Urk. 36 S. 5 ff.).

Die Klägerin räumt ein, dass sie sich vor Vorinstanz mit der Durchführung der Hauptverhandlung einverstanden erklärt hat. Dies stimmt mit der entsprechenden Protokollnotiz überein (Prot. I S. 8). Aus dieser geht nicht hervor, dass

die Klägerin ihr Einverständnis nur unter einem Vorbehalt abgab. Die (formlose; vgl. Müller, DIKE-Komm-ZPO, Art. 191 N 4) Parteibefragung wurde auf Anregung der Klägerin durchgeführt. Ein Vorbehalt, dass die Haupt- und Beweisverhandlung nicht zu ihrem Nachteil gereichen dürfe, wäre unzulässig gewesen, denn er hätte das Gleichbehandlungsgebot der Parteien verletzt (vgl. BSK BV-Waldmann, Art. 29 N 19; KUKO ZPO-Schenker, Art. 53 N 3; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, Einführung N 14). Ein solcher Vorbehalt hätte nämlich dazu geführt, dass die Klägerin bei einem für sie ungünstigen Verfahrensausgang darauf hätte beharren können, dass die Haupt- und Beweisverhandlung wiederholt werde, während diese bei einem für die Klägerin günstigen Verfahrensausgang Bestand gehabt hätte.

2. a) Strittig ist, ob zwischen den Parteien ab 3. September 2018 ein Arbeitsverhältnis bestand oder nicht.

Die Vorinstanz legte die gesetzlichen Elemente des Einzelarbeitsvertrags und das Merkmal der Subordination als eines dieser Elemente zutreffend dar, weshalb auf diese Ausführungen verwiesen werden kann (Urk. 37 S. 5 f., E. 3.3 und 3.3.1).

Gemäss Vorinstanz führte die Klägerin in Bezug auf das Subordinationsverhältnis einzig in allgemeiner Weise aus, dass sie dem Geschäftsführer C.\_\_\_\_\_ gegenüber weisungsgebunden gewesen sei. Die Klägerin verweise in diesem Zusammenhang auf eine SMS-Nachricht vom 3. April 2019, ohne jedoch näher zu substantiieren, inwiefern darin "klar hoheitliche Anweisungen" des Geschäftsführers zu erblicken sein sollten. Betriebsinterne Weisungen, ein Pflichtenheft oder konkrete Anweisungen von C.\_\_\_\_\_, die allenfalls auf das Mass der Weisungsgebundenheit schliessen liessen, lägen nicht im Recht. Anlässlich der Hauptverhandlung vom 4. Dezember 2020 habe die Klägerin ihre Angaben dahingehend präzisiert, dass sie dem Geschäftsführer jeweils habe mitteilen müssen, wie viele Verträge sie abgeschlossen habe. Auch daraus lasse sich jedoch nichts zugunsten der Klägerin ableiten, zumal der Nachweis der abgeschlossenen Verträge gerade charakteristisch für Auftragsverhältnisse sei, in welchen sich das Honorar nach der Zahl der vermittelten bzw. abgeschlossenen Verträge richte. Eine Wei-

sungsbefugnis des Geschäftsführers der Beklagten gegenüber der Klägerin, welche unmittelbar den Gang und die Gestaltung der Arbeit zu beeinflussen vermöge und dem Vorgesetzten eine entsprechende Kontrollbefugnis verleihe, bleibe demnach unbewiesen. Es fehle somit vorliegend am Merkmal des Subordinationsverhältnisses. Das streitige Vertragsverhältnis zwischen den Parteien sei daher nicht als Arbeitsvertrag zu qualifizieren (Urk. 37 S. 6 f.).

b) Die Klägerin rügt, die Vorinstanz habe bezüglich Vorhandensein der Weisungsbefugnis Beweise gewürdigt, obwohl der Sachverhalt in dieser Hinsicht von der Beklagten gar nicht bestritten worden sei (Urk. 36 S. 8 Rz 26 und S. 18 f. Rz 67 f.). Die Rüge geht fehl. Die Weisungsbefugnis (bzw. das Subordinationsverhältnis) beschlägt ein Element der rechtlichen Subsumtion des Sachverhalts, den die Klägerin zu behaupten und zu beweisen hat, wenn sie aus einem (bestrittenen) Arbeitsverhältnis Ansprüche geltend macht. Die rechtliche Subsumtion ist von Amtes wegen vorzunehmen (Art. 57 ZPO). Ob die Beklagte diese bestritten hat, ist irrelevant.

c) Für die Klägerin ergibt sich die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation (d.h. das Subordinations- oder Unterordnungsverhältnis) bereits aus dem nicht unterzeichneten Vertragsdokument vom 3. September 2018 (Urk. 36 S. 11 Rz 40 i.V.m. S. 7 f. Rz 24; Urk. 4/2). Sie habe geltend gemacht, dass die Parteien einen mündlichen Arbeitsvertrag abgeschlossen hätten, welcher exakt den Konditionen dieses Vertrags entsprochen habe. Die Beklagte habe nur behauptet, nach Ablauf des Praktikumsvertrags sei mit der Klägerin kein neuer Vertrag vereinbart worden; es sei lediglich beidseits abgemacht worden, dass die Klägerin als Freelancerin für die Beklagte arbeiten solle. Die Anwendbarkeit der Konditionen gemäss dem nicht signierten Arbeitsvertrag habe die Beklagte jedoch nicht in Abrede gestellt bzw. substantiiert bestritten. Die Klägerin habe die Zeugenbefragung der Filialleiterin D.\_\_\_\_\_ offeriert, welche hätte bestätigen können, dass sie diesen Arbeitsvertrag auf Geheiss von C.\_\_\_\_\_ entworfen und der Klägerin ausgehändigt habe. Entsprechend sei die Vorinstanz zu Unrecht nicht auf die Konditionen in diesem Arbeitsvertrag eingegangen (Urk. 36 S. 9 ff.).

Der Begriff "Freelancer" oder "freier Mitarbeiter" ist normativ nicht eindeutig. Typische Merkmale des freien Mitarbeiters sind die persönliche Leistungspflicht, die (weitgehende) Weisungsfreiheit, die fehlende Eingliederung in eine Arbeitsorganisation, keine vorgegebenen Arbeitszeiten, keine örtliche Bindung, die Übernahme des Unternehmerrisikos und die Erfolgs- oder Leistungspflicht (Harder, Freie Mitarbeit und ähnliche Formen freier Zusammenarbeit, 2. A., Bern 2002, S. 6 und 13 ff.). Gemäss Bundesgericht ist das entscheidende Kriterium, das zwischen einem Arbeitsvertrag und einem Auftrag zu unterscheiden erlaubt, ob die betreffende Person in einem Unterordnungsverhältnis steht, das den Arbeitnehmer in die Abhängigkeit des Arbeitgebers in zeitlicher, räumlicher und hierarchischer Hinsicht versetzt (BGer 4P.36/2005 vom 24.05.2005, E. 2.3; BGer 4A\_500/2018 vom 11.04.2019, E. 4.1).

Mit der Behauptung, nach Ablauf des Praktikumsvertrags sei mit der Klägerin kein neuer Vertrag vereinbart worden, doch sei abgemacht worden, dass sie lediglich als Freelancerin bei der Beklagten arbeite (Urk. 12 S. 1; Urk. 21 S. 1), hat letztere stillschweigend in Abrede gestellt, dass die Konditionen des nicht unterzeichneten Arbeitsvertrags für die Zeit nach Ablauf des Praktikumsvertrags vereinbart worden seien. Eine ausdrückliche Bestreitung des klägerischen Vorbringens war angesichts der Sachdarstellung der Beklagten entbehrlich. Da D.\_\_\_\_\_ lediglich zur Frage, ob sie den Arbeitsvertrag auf Geheiss von C.\_\_\_\_\_ entworfen und der Klägerin ausgehändigt habe, als Zeugin befragt werden soll, kann auf diese Einvernahme verzichtet werden. Entscheidend wäre nämlich, dass die Klägerin die Übernahme der Vertragskonditionen des nicht unterzeichneten Vertrages für ihre Weiterbeschäftigung beweisen könnte. Dazu wurde aber D.\_\_\_\_\_ nicht als Zeugin angerufen. Die Klägerin beruft sich daher vergeblich auf den nicht unterzeichneten Arbeitsvertrag, um darzulegen, dass zwischen den Parteien auch nach dem 2. September 2018 ein Arbeitsverhältnis bestand (Urk. 36 S. 14 f.). Im Übrigen räumt sie selber ein, dass sie C.\_\_\_\_\_ mehrmals darum gebeten habe, eine unterzeichnete Version des Arbeitsvertrages zu erhalten (recte wohl: auszuhändigen), worauf dieser ihr jedoch stets mitgeteilt habe, dass ein Vertrag in der Schweiz auch mündlich gültig sei und sie sich diesbezüglich keine Sorgen machen müsse (Urk. 36 S. 9 f. Rz 32). Daraus kann nicht auf einen Kon-

sens zwischen den Parteien geschlossen werden, dass der Inhalt des mündlichen Vertrags dem nicht unterzeichneten Vertrag entsprechen sollte.

d) Die Klägerin bringt weiter vor, die Vorinstanz habe ausser Acht gelassen, dass sie die Arbeitsleistung stets in den Räumlichkeiten der Beklagten erbracht habe, nämlich während des Praktikums und bis zum 23. Januar 2018 im Büro an der E.\_\_\_\_-strasse ... in Zürich und vom 24. Januar 2018 bis zum 31. März 2019 im Büro an der F.\_\_\_\_-strasse ... in G.\_\_\_\_. Sie habe an den von der Beklagten festgelegten Arbeitszeiten von 8.00 bzw. 8.30 bis 18.00 Uhr anwesend sein müssen. Sie habe eine fixe Vergütung von Fr. 3'600.– brutto pro Monat erhalten, der sich auch aus der Lohnmeldung der Beklagten bei der Ausgleichskasse Zug ergebe (Urk. 36 S. 15 f.; Urk. 2 S. 13 f.; vgl. auch Prot. I S. 12).

Die Beklagte macht im Berufungsverfahren nicht geltend, diese Sachdarstellung bestritten zu haben, weshalb von ihr auszugehen ist. Die Behauptung der Beklagten vor Vorinstanz, die Lohnabrechnungen seien von der Klägerin selbst rekonstruiert worden (Urk. 12 S. 1; Urk. 21 S. 1), blieb unsubstantiiert und beweislos, wobei die Beklagte keinerlei Beweismittel bezeichnet hatte. Die Klägerin war daher zumindest zeitlich und räumlich weisungsgebunden. Sie macht zudem zu Recht geltend, dass ihr Lohn (offensichtlich) nicht von der Anzahl vermittelter bzw. abgeschlossener Verträge abhängig war und das wirtschaftliche Risiko daher bei der Beklagten lag, wiewohl die Klägerin jeweils die Anzahl abgeschlossener Verträge an C.\_\_\_\_ rapportierte (Urk. 36 S. 17; Prot. I S. 12).

Das Zurverfügungstellen eines Arbeitsplatzes, die Pflicht zur Einhaltung von vorgeschriebenen Arbeitszeiten, Arbeitszeitkontrollen und die Pflicht zu regelmässigem Erscheinen sprechen für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages (vgl. JAR 2005 S. 377 Ziff. 2.5). Eine regelmässige Entschädigung, also eine fixe oder periodische Vergütung, kann ebenfalls auf einen Arbeitsvertrag hindeuten. Beim Arbeitsvertrag ist weiter typisch, dass der Arbeitgeber das Unternehmensrisiko trägt. Der Arbeitnehmer verzichtet mithin auf eine Marktteilnahme als Unternehmer unter Tragung des Wirtschaftsrisikos. Vielmehr überlässt er – im Gegenzug für ein gesichertes Einkommen – den Nutzen aus seiner Leistung einem anderen (BGer 4A\_64/2020 vom 06.08.2020, E. 6.3.2, 6.3.4 und 6.3.5, m.w.H.). Das Bundesge-

richt betont, dass die Vertragsqualifikation jeweils unter Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalls vorzunehmen ist. Weil dabei vielfach Merkmale zu Tage träten, die sowohl für als auch gegen einen Arbeitsvertrag sprächen, müsse sich der Entscheid des Richters danach richten, was im konkreten Fall überwiege (a.a.O., E. 6.5). Vorliegend sind keine Merkmale ersichtlich bzw. von der Beklagten dargelegt worden, welche gegen einen Arbeitsvertrag und für eine freie Mitarbeit der Klägerin sprechen. Diese erbrachte Arbeit während fixen Arbeitszeiten an der ihr zugewiesenen Örtlichkeit gegen einen festen Monatslohn, wobei sie jeweils über die abgeschlossenen Verträge dem Geschäftsführer der Beklagten rapportierte (Prot. I S. 12). Damit ist von einem Arbeitsvertrag auszugehen.

3. Wie bereits erwähnt (vorn E. I/2), machte die Beklagte mit Schreiben vom 24. August 2021 geltend, sie stehe in keiner geschäftlichen Beziehung zur Klägerin. Sie habe auch vor dem Bezirksgericht Bülach belegen können, dass sie gegenüber der Klägerin keine Verpflichtung habe (Urk. 42).

Die Beklagte weist nicht nach, wo sie diese Behauptung vor Vorinstanz vorgebracht und belegt hat, und genügt damit den Anforderungen an eine Berufungsantwort nicht. Selbst wenn man berücksichtigen wollte, dass die Beklagte im Schlussvortrag behauptete, nichts mit dem vorliegenden Fall zu tun zu haben, vielmehr sei die Klägerin in einem Vertragsverhältnis mit der B.\_\_\_\_\_ Finanz Group AG gestanden (Prot. I S. 15), wäre das Vorbringen unzulässig. Die Vorinstanz hatte nämlich einen doppelten Schriftenwechsel durchgeführt, weshalb neue Vorbringen anlässlich der Hauptverhandlung nur noch im Rahmen von Art. 229 Abs. 1 ZPO zulässig waren (Art. 229 Abs. 2 ZPO). Dass diese Voraussetzungen erfüllt waren, machte die Beklagte nicht geltend: Sie legte weder dar, dass es sich um eine neue Tatsache handelte, welche erst nach Abschluss des Schriftenwechsels entstanden war, noch dass es sich um eine Tatsache handelte, die bereits vor Abschluss des Schriftenwechsels vorhanden war, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnte.

4. Die Klägerin beantragt einen Entscheid in der Sache. Die Vorinstanz habe die konkreten finanziellen und sonstigen Forderungen gestützt auf das Arbeits-

verhältnis nicht beurteilt, doch seien sie von der Beklagten gar nie substantiiert bestritten worden (Urk. 36 S. 8 Rz 29).

Gemäss Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 ZPO kann die Rechtsmittelinstanz die Sache an die erste Instanz zurückweisen, wenn ein wesentlicher Teil der Klage nicht beurteilt wurde. Dies ist vorliegend der Fall, da die Vorinstanz die von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche aus Arbeitsvertrag nicht beurteilt hat. Der angefochtene Entscheid ist daher aufzuheben und die Sache zur Fortführung des Verfahrens und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.

#### IV.

Für das vorliegende Verfahren ist lediglich die Entscheidgebühr festzusetzen. Die Vorinstanz wird die Verlegung der Gerichtskosten und die Regelung der Entschädigungsfolgen für das Berufungsverfahren nach dem erstinstanzlichen Verfahrensausgang vorzunehmen haben.

#### **Es wird beschlossen:**

1. Das Urteil des Arbeitsgerichts Bülach vom 28. Mai 2021 wird aufgehoben und die Sache zur Fortführung des Verfahrens und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'350.– festgesetzt.
3. Die Regelung der Prozesskosten des vorliegenden Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid des Arbeitsgerichts vorbehalten.
4. Es wird vorgemerkt, dass die Klägerin einen Kostenvorschuss von Fr. 5'350.– geleistet hat.
5. 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.

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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt rund Fr. 47'500.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 8. März 2022

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

Dr. O. Hug

versandt am:  
jo