

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA220018-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Ersatzoberrichterin
lic. iur. N. Jeker und Ersatzoberrichter lic. iur. K. Vogel sowie
Gerichtsschreiberin MLaw L. Hengartner

Urteil vom 30. Mai 2023

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____ **AG**,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 4. Abteilung, im
ordentlichen Verfahren vom 24. Mai 2022 (AN210045-L)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 1 S. 2)

- «1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 41'707.65 brutto resp. CHF 39'038.35 netto nebst Zins zu 5% auf CHF 39'038.35 seit 1. Juli 2021 zu bezahlen;
 2. die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin innert fünf Tagen nach Rechtskraft des Entscheides ein auf den 30. Juni 2021 datiertes, auf dem Firmenpapier der Beklagten gedrucktes und formell einwandfreies Arbeitszeugnis aus- und zuzustellen;
 3. es sei vom Nachklagevorbehalt Vormerk zu nehmen;
- alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MwSt. zu Lasten der Beklagten.»

Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom 24. Mai 2022:

(Urk. 27 S. 23)

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf CHF 5'720.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden der Klägerin auferlegt und aus dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss bezogen.
Die Kosten des Schlichtungsverfahrens verbleiben bei der Klägerin.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 7'750.– (inkl. 7.7% Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. [Mitteilung]
6. [Rechtsmittel]

Berufungsanträge:

Der Klägerin und Berufungsklägerin (Urk. 26 S. 2):

- «1.1 Das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 24. Mai 2022 im Verfahren AN210045-L sei aufzuheben und die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 41'707.65 brutto resp. CHF 39'038.35 netto nebst Zins zu 5% auf CHF 39'038.35 seit 1. Juli 2021 zu bezahlen;
- 1.2 das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 24. Mai 2022 im Verfahren AN210045-L sei aufzuheben und die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin innert fünf Tagen nach Rechtskraft des Entscheides ein auf den 30. Juni 2021 datiertes, auf dem Firmenpapier der Beklagten gedrucktes und formell einwandfreies Arbeitszeugnis aus- und zuzustellen;
2. *eventualiter* sei das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 24. Mai 2022 im Verfahren AN210045-L aufzuheben und die Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MwSt. für das erst- und das zweitinstanzliche Verfahren zu Lasten der Beklagten und Berufungsbeklagten.»

Erwägungen:

1. Ausgangslage und Verfahrensgang

1.1. Die Beklagte, die B._____ AG, ist eine im Handelsregister des Kantons Graubünden eingetragene Aktiengesellschaft, die laut Eintrag ... bezweckt.

Die Klägerin, A._____, war von Mitte September 2020 bis Ende März 2021 für die Beklagte tätig. Ihr Tätigwerden stützt sich – zumindest formell – auf eine das Datum vom 21. September 2020 tragende schriftliche Vereinbarung zwischen der Beklagten und der C._____ AG (Urk. 5/3). Nach eigener, unbestrittener Darstellung ist die Klägerin Alleinaktionärin der C._____ AG (Urk. 1 Rz 9, Urk. 26 Rz 13). In der besagten Vereinbarung ist von der «Auftraggeberin» (Beklagte) und von der «Beauftragten» (C._____ AG) die Rede (Urk. 5/3, Überschrift und Unterschriftenblock); die C._____ AG stelle die Dienste ihrer Geschäftsführerin (der Klägerin) für die Erbringung der vereinbarten Dienstleistungen zur Verfügung (Urk. 5/3 Ziff. 1.1).

1.2. Die Klägerin erhob am 23. September 2021 Klage bei der Vorinstanz (Urk. 1 und 3). Der Prozessverlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann dem angefochtenen Urteil entnommen werden (Urk. 22 E. I S. 2).

Standpunkt der Klägerin ist, dass entgegen dem Vertragswortlaut *de facto* und *de iure* zwischen ihr persönlich und der Beklagten ein Arbeitsverhältnis vorliege. Entsprechend verlangt sie Lohn und die Ausstellung eines Arbeitszeugnisses.

1.3. Die Vorinstanz erachtete sich als zuständig, wies die Klage in der Folge aber mit der Begründung ab, es habe kein Arbeitsverhältnis vorgelegen. Vielmehr sei davon auszugehen, die Beklagte sei mit der C. _____ AG ein *Auftragsverhältnis* eingegangen. Ein Auftragsverhältnis zwischen den Parteien wurde nicht behauptet. Demzufolge stehe ein allfälliger Anspruch aus Auftrag nicht der Klägerin (persönlich) zu und sei sie nicht aktivlegitimiert (Urk. 22 E. V S. 22).

1.4. Gegen das Urteil der Vorinstanz vom 24. Mai 2022 erhob die Klägerin, nach Zugang des begründeten Entscheids am 24. Juni 2022 Berufung (Urk. 26). Daraufhin wurde ihr am 27. Juni 2022 Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses in der Höhe von Fr. 5'750.– angesetzt (Urk. 29). Der Vorschuss ging rechtzeitig, am 5. Juli 2022 bei der Gerichtskasse ein (Urk. 30). Die Vorakten wurden (von Amtes wegen) beigezogen (vgl. Urk. 26 Rz 6 sowie HUNGERBÜHLER/BUCHER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 24). Auf das Einholen einer Berufungsantwort wurde im Sinne von Art. 312 Abs. 1 ZPO verzichtet.

Das Verfahren ist spruchreif.

2. Prozessuales im Berufungsverfahren

2.1. Die Eintretensvoraussetzungen für die Berufung sind erfüllt. Namentlich wurde die Berufung innert der 30-tägigen Rechtsmittelfrist erhoben (Urk. 23/1 und Urk. 26). Sie enthält schriftliche Anträge sowie eine Begründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Die notwendige Streitwertgrenze ist erreicht (Art. 308 Abs. 2 ZPO), und der verlangte Kostenvorschuss wurde rechtzeitig bezahlt (Urk. 29 und 30).

2.2. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Beru-

fungsinstanz verfügt über eine vollständige Überprüfungsbefugnis der Streitsache, mithin über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1; BGer 5A_1049/2019 vom 25. August 2021, E. 3). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Fehler leidet (BGE 142 I 93 E. 8.2; BGE 138 III 374 E. 4.3.1). 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 (BGE 142 III 413 E. 2.2.4). Aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis ist die Berufungsinstanz allerdings nicht an die mit den Rügen vorgebrachte Argumentation oder an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden, sondern kann die Rügen auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen (ZK ZPO-REETZ/THEILER, Art. 310 N 6). Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

3. Entscheidbegründung, Beweisverfügung, Schlussvortrag

3.1. Die Klägerin stellt sich vorab auf den Standpunkt, das vorinstanzliche Urteil leide an einem formellen Fehler, indem die Vorinstanz keine Beweisverfügung im Sinne von Art. 154 ZPO erlassen habe und sich dem angefochtenen Entscheid auch nicht entnehmen lasse, weswegen verschiedene der angebotenen Beweise nicht abgenommen respektive nicht gewürdigt worden seien. Es seien den Parteien auch keine Schlussvorträge nach Art. 232 ZPO eingeräumt worden (Urk. 26 Rz 8).

3.1.1. Die Klägerin wirft mit dieser Rüge verschiedene Fragen auf – allen voran die der Begründungspflicht. Unter dem Gesichtspunkt des Rechts auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 53 Abs. 1 ZPO) ist darauf hinzuweisen, dass die Entscheidbegründung so abgefasst sein muss, dass die Betroffenen diesen ge-

gebenenfalls sachgerecht anfechten können. Dies ist nur dann möglich, wenn sowohl sie wie auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheides ein Bild machen können. In diesem Sinn müssen wenigstens kurz die wesentlichen Überlegungen genannt werden, von denen sich das Gericht leiten liess und auf die es seinen Entscheid stützt. Das Gericht muss sich aber nicht ausdrücklich mit jedem Parteivorbringen auseinandersetzen (BGE 146 IV 297 E. 2.2.7, BGE 141 IV 249 E. 1.3.1, BGE 141 III 28 E. 3.2.4, BGE 139 IV 179 E. 2.2, BGE 112 Ia 107 E. 2b). Diesen Anforderungen genügt das Urteil der Vorinstanz vollends, und die Klägerin war denn auch in der Lage, es sachgerecht anzufechten.

3.1.2. Die Klägerin beruft sich mehrfach auf ihr Recht, dass das Gericht die von ihr als Prozesspartei form- und fristgerecht angebotenen tauglichen Beweismittel abnimmt (Art. 152 Abs. 1 ZPO; Urk. 26 Rz 24 f., 29, 41 f., 44, 47, 51, 52 ff.).

Hierzu ist zu sagen, dass eine (formelle) Beweisabnahme in verschiedenen Fällen entfällt (vgl. zum Ganzen PAHUD, DIKE-Komm-ZPO, Art. 231 N 2), so namentlich

- wenn gar keine rechtserheblichen Tatsachen streitig sind (es ist dies ein Ausfluss von Art. 150 Abs. 1 ZPO, wonach Gegenstand des Beweises rechtserhebliche, streitige Tatsachen sind),
- wenn als Beweis einzig Urkunden bezeichnet und (pflichtgemäss) eingereicht wurden (Art. 221 Abs. 2 lit. c ZPO, Art. 222 Abs. 2 Satz 1 ZPO) oder
- wenn das Gericht in antizipierter Beweismündigung zum Schluss gelangt, (weitere) Beweisabnahmen seien von vornherein nicht geeignet, die behaupteten Tatsachen zu beweisen bzw. vermöchten an seiner Überzeugung nichts mehr zu ändern. Das Gericht kann nämlich 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 (vgl. BGer 4A_386/2019 vom 26. Mai 2020, E. 4.3.3; BGE 122 III 219 E. 3c, BGer 4D_33/2010 vom 13. April 2010, E. 3.2, OGer ZH LA190022-O/U vom 17. April 2020, E. IV/4j, OGer ZH LA190039-O/U vom 29. Juni 2020, E. IV/2c/aa; LEU, DIKE-Komm-ZPO, Art. 152 N 107 m.w.H.; PASSADELIS, Stämpflis Handkommentar, ZPO,

Art. 152 N 7; BK ZPO-BRÖNNIMANN, Art. 152 N 57; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, ZPR, 3. A., Zürich 2019, § 18 Rz 23).

Die Vorinstanz wies die Klage offenkundig ab, weil sie es gestützt auf die unstrittigen Tatsachen und die vorliegenden Urkundenbeweise als erwiesen erachtete, dass zwischen den Parteien kein Arbeitsverhältnis vorlag. Ausführungen, dass und warum sie ihre Meinungsbildung bereits abgeschlossen hatte, waren weder vor dem Urteil noch im Urteil selbst zwingend nötig, um dieses sachgerecht anfechten zu können. Die Begründungspflicht wurde somit nicht verletzt.

3.1.3. Gemäss Art. 154 ZPO werden vor der Beweisabnahme die erforderlichen Beweisverfügungen getroffen. Darin werden insbesondere die zugelassenen Beweismittel bezeichnet und wird bestimmt, welcher Partei zu welchen Tatsachen der Haupt- oder der Gegenbeweis obliegt. Ob in jedem Fall vor der Beweisabnahme eine Beweisverfügung zu erlassen ist, ist im Schrifttum umstritten (bejahend: LEU, DIKE-Komm-ZPO, Art. 154 N 15; ZK ZPO-HASENBÖHLER, Art. 154 N 33; DERS., Das Beweisrecht der ZPO, Bd. 1, Zürich 2015, Rz 3.70; KUKO ZPO SCHMID, Art. 154 N 9; verneinend: BSK ZPO-GUYAN, Art. 154 N 13; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 2019, § 18 N 140a; MEIER/SOGO, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2010, S. 312; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 10. A., Bern 2018, § 47 Rz 266; PASSADELIS, Stämpflis Handkommentar, ZPO, Art. 154 N 2 und 9, zumindest für das summarische Verfahren). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung hat die Beweisabnahme aufgrund einer Beweisverfügung zu erfolgen. Schreitet das Gericht zur Abnahme von Beweisen, ohne vorher eine Beweisverfügung zu erlassen, so verletzt es nicht nur Art. 154 f. ZPO, sondern auch das rechtliche Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 53 Abs. 1 ZPO; BGer 5A_503/2017 vom 14. Mai 2018, E. 3.2 m.w.H.). Jedoch scheint es nicht ausgeschlossen zu sein, unter Umständen auf den Erlass einer Beweisverfügung zu verzichten, nämlich dann, wenn die Parteien zum Beweis Urkunden ins Recht gelegt haben (vgl. BGer 4A_479/2015 vom 2. Februar 2016, E. 5.2, BGer 4A_541/2013 vom 2. Juni 2014, E. 3.4.2). Voraussetzung muss allerdings sein, dass der Inhalt der Urkunden rechtskonform in den Prozess eingebracht und sie

als Beweismittel angerufen wurden. Dies bietet Gewähr, dass die Parteien sich zur Würdigung dieser Beweismittel bereits im Hauptverfahren äussern können (in diesem Sinne bereits *OGer ZH LA190039-O/U vom 29. Juni 2020, E. IV/2c/aa*).

Vorliegend reichten die Parteien eine überschaubare Anzahl an Urkunden ins Recht, um ihre Behauptungen zu untermauern (die Klägerin Urk. 5/3–9 und Urk. 21/10–17, die Beklagte Urk. 16/1–14). Es bestand kein Zweifel, zu welchem Sachverhalt die Beweisofferten erfolgten. Zudem hatten die Parteien ausreichend Gelegenheit, die Urkunden und ihren Inhalt zu würdigen (Prot. I S. 6 ff.). Ebenfalls kein Zweifel bestand darüber, dass die Klägerin den strittigen Sachverhalt zu beweisen hat (Art. 8 ZGB; BK ZPO-BRÖNNIMANN, Art. 154 N 18). Es ist unter diesen Umständen nicht ersichtlich, dass der Gehörsanspruch der Klägerin verletzt wurde, indem die Vorinstanz keine Beweisverfügung erliess.

3.1.4. Die Möglichkeit zum Schlussvortrag (Art. 232 ZPO) ist ebenfalls Ausfluss des Anspruchs auf rechtliches Gehör und bezweckt, dass sich die Parteien zum Beweisergebnis und zur Sache äussern können. Die Schlussvorträge finden nach Abschluss der Beweisabnahme statt und geben den Parteien die Möglichkeit, zum Beweisergebnis und zur Sache Stellung zu nehmen (Art. 232 Abs. 1 ZPO). Vorliegend hat kein (formelles) Beweisverfahren stattgefunden. Sind im Stadium der Hauptverhandlung keine Beweise abzunehmen, verlangt die Zivilprozessordnung von der Verfahrensleitung nicht, dass sie den Parteien Gelegenheit zu Schlussvorträgen gibt. Zu als Urkunden bereits eingereichten Beweismitteln haben sich die Parteien im Rahmen der ersten Parteivorträge zu äussern. Die ersten Parteivorträge und die Schlussvorträge fallen insofern zusammen. Dies entspricht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. BGer 4A_130/2021 vom 28. Mai 2021, E. 4.1, mit zahlreichen Hinweisen, u.a. auf PAHUD, DIKE-Komm-ZPO, Art. 232 N 2 und Art. 233 N 4).

4. Qualifikation des Rechtsverhältnisses

4.1. Wie eingangs schon erwähnt, ist vorliegend strittig, ob zwischen den Prozessparteien ein Arbeitsverhältnis bestand oder nicht. Die Klägerin hält dafür, die Beklagte dagegen.

4.2. Es ist zunächst auf das Problem der Vertragspartei-Stellung einzugehen, denn die Auseinandersetzung damit ist bereits richtungsweisend:

4.2.1. In ihrer Klageschrift vor Vorinstanz führte die Klägerin aus, dem Vertragsschluss zwischen der Beklagten und der C._____ AG (diese vertreten durch die Klägerin) seien Besprechungen vorangegangen, wonach die Beklagte an sich gerne die Klägerin als Mitarbeiterin unter Vertrag genommen hätte, aber die mit einem Arbeitsvertrag resp. einer unselbständigen Erwerbstätigkeit verbundenen Sozialversicherungsabgaben habe einsparen wollen (Urk. 1 Rz 9).

In der Klageantwort hielt die Beklagte dieser Argumentation (unter anderem) entgegen, dass es von allem Anfang an klar gewesen sei, dass es keinen Arbeitsvertrag, kein Arbeitsverhältnis, auch keine Teilzeitanstellung der natürlichen Person A._____ gebe, sondern dass die Klägerin die Leistungen erbringe, die ihre C._____ AG versprochen habe und habe erbringen wollen. Es sei jeder Ein-Frau-AG gestattet, sich zu verpflichten, gleich wie es jedem Marktteilnehmer erlaubt sei, sich einer solchen juristischen Person im Aussenverhältnis zu bedienen (Urk. 13 Ziff. 5).

Replicando bekräftigte die Klägerin, dass es die Beklagte gewesen sei, welche eine solche «(vermeintliche) Form der Zusammenarbeit» gewünscht habe (Urk. 19 Rz 5); sie habe sich in einer schwächeren Position befunden und habe in den Abschluss der vorliegenden «(formellen) Vereinbarung» eingewilligt, weil dies durch die Beklagte so explizit so gewünscht worden sei (Urk. 19 Rz 8).

4.2.2. Aus dieser Behauptungslage geht hervor, dass von keiner der Parteien geltend gemacht wird, es hätten bei Vertragsschluss am 21. September 2020 beide heutigen Prozessparteien – also die Klägerin und die Beklagte – den übereinstimmenden Parteiwillen gehabt, sich als direkte Arbeitsvertragspartner gegenüberzustehen. Zwar impliziert die Klägerin ein gewisses Machtungleichgewicht im Rahmen der Vertragsverhandlungen. Es kann aber als unbestritten gelten, dass mit Wissen und Willen aller Beteiligten die von der Klägerin beherrschte C._____ AG dazwischengeschaltet wurde. Inwiefern, respektive mit welcher Intensität die Beklagte dies forciert haben soll, liess die Klägerin im Vagen.

Dass sich die Klägerin im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in irgendeiner Form in einer Zwangslage oder in einem Willensmangel befunden hätte, wurde jedenfalls nicht vorgebracht. Letztlich ist davon auszugehen, dass sie sich als Organ der C._____ AG entschieden hat, kraft ihrer Vertretungsmacht *namens der C._____ AG* den Vertrag mit der Beklagten (Urk. 5/3) zu schliessen.

Damit aber bestand zwischen den (Prozess-) Parteien gar kein Vertragsverhältnis, mithin auch kein Arbeitsvertragsverhältnis. Das Vertragsverhältnis zwischen der Beklagten und der C._____ AG kann wiederum kein Arbeitsvertragsverhältnis sein, da Arbeitnehmerin nur eine natürliche Person sein kann und keine Aktiengesellschaft (so bestätigt auch vom Bundesgericht in BGer 4A_31/2011 vom 11. März 2011, E. 3 sowie in BGer 4A_542/2020 vom 3. März 2021, E. 3.3.2).

Schon aus dieser Überlegung kann der Berufung kein Erfolg beschieden sein.

4.3. Die Klägerin macht in ihrer Berufungsschrift geltend, dass de facto und de iure kein Vertrag zwischen der C._____ AG und der Beklagten, sondern ein solcher zwischen ihr und der Beklagten vorgelegen habe. Obwohl ihrer Berufung aufgrund fehlender Behauptungen eines Willensmangels beim Vertragsschluss kein Erfolg beschieden sein kann, erscheint es als angezeigt, im Sinne einer Eventualbegründung auf die Argumente der Klägerin einzugehen.

4.4. Die Vorinstanz konstatierte nach einer Würdigung der Umstände, dass es vorliegend Elemente gebe, die für einen Arbeitsvertrag, und solche, die für ein Auftragsverhältnis (zwischen der Beklagten und der C._____ AG) sprächen (Urk. 27 E. IV/3.6 S. 22).

Als ausschlaggebend für ihre Vertragsqualifikation bezeichnete die Vorinstanz sodann zum einen den Parteiwillen, wie er sich aus dem Wortlaut der Vereinbarung ergebe. Die Art und Weise, wie die Parteien ihr Verhältnis tatsächlich gelebt hätten, entspreche durchaus diesem Parteiwillen.

Zum andern und letztlich als entscheidend für die Qualifikation sah die Vorinstanz an, dass die Klägerin nur schwach in den Betrieb der Beklagten eingegliedert gewesen sei. Zwar sei sie gegen aussen als Mitarbeiterin der Beklagten präsentiert worden (z.B. Visitenkarten, Urk. 5/4). Faktisch sei die Klägerin aber offensichtlich

weitestgehend frei gewesen, wie, wo und wann sie ihre Tätigkeit für die Beklagte verrichtet habe. Ausser dem Geschäftsauto und der Möglichkeit, in den Räumlichkeiten der Beklagten zu arbeiten, habe nicht die Beklagte, sondern hauptsächlich die C._____ AG die Infrastruktur zur Verfügung gestellt (Laptop, Handy und dergleichen). Die C._____ AG habe der Beklagten Rechnung gestellt, gerade auch für die Mehrwertsteuer. Von einer eigentlichen Subordination, wie sie für ein Arbeitsverhältnis typisch sei, könne nicht wirklich die Rede sein. Daher sei das Vorliegen eines Arbeitsvertrages zwischen der Klägerin und der Beklagten zu verneinen.

4.5. Die Klägerin macht berufungsweise geltend, die Vorinstanz komme in vorliegendem Fall zu einem rechtlich unhaltbaren Auslegungsergebnis, dem eine unvollständige bzw. unrichtige Feststellung des Sachverhalts zugrunde liege (Urk. 26 Rz 22 f., 25, 29 f., 37, 38, 42, 44, 45, 47, 48 f., 54). Die wichtigen Indizien sprächen – so die Klägerin – deutlich für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses; die Zusammenarbeit sei als Arbeitsvertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten zu qualifizieren (Urk. 26 Rz 67).

4.6. Der Inhalt eines Vertrags ist durch Auslegung zu bestimmen. Ziel der Vertragsauslegung ist es in erster Linie, den übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen festzustellen (Art. 18 Abs. 1 OR). Diese subjektive Vertragsauslegung beruht auf Beweiswürdigung, ist also Tatfrage (BGE 145 III 365 E. 3.2.1; BGer 8C_641/2022 vom 3. Februar 2023, E. 4.1). Steht der Vertragsinhalt einmal fest, ist gestützt auf der Grundlage des festgestellten Vertragsinhalts die Vereinbarung rechtlich einzuordnen (vgl. BGE 129 III 664 E. 3.1). Diese Qualifikation des Rechtsgeschäfts ist Rechtsfrage und damit dem Parteiwillen entzogen (BGE 143 II 297 E. 6.4.1; BGer 4A_360/2021 vom 6. Januar 2022, E. 5.1.1). Das Gericht wendet das Recht von Amtes wegen an (*iura novit curia*; Art. 57 ZPO; BGer 4A_64/2020 vom 6. August 2020, E. 5). In diesem Sinne ist der Klägerin zuzustimmen, wenn sie diese Zweiteilung besonders hervorhebt (Urk. 26 Rz 11), gewissermassen die Ausführungen der Vorinstanz (Urk. 27 E. IV/2.1 S. 15) konkretisierend respektive präzisierend. Deren Ausführungen beleuchteten diesen Aspekt indes nicht direkt, sondern zielten darauf ab, dass die Beweislast für die *tatsächli-*

chen Grundlagen, welche auf einen Arbeitsvertrag schliessen lassen, nach Art. 8 ZGB die Klägerin trägt, da sie daraus Rechte ableitet. So verstanden sind die Ausführungen der Vorinstanz durchaus zutreffend.

4.7. Vorab kann festgehalten werden, dass die Ausführungen der Vorinstanz zu den wesentlichen Begriffsmerkmalen und zur Abgrenzung des Arbeitsvertrages von anderen Verträgen auf Arbeitsleistung (Urk. 27 E. IV/2.1 und 2.2 S. 12 ff.) den von der einschlägigen Literatur und der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen entsprechen (vgl. BK OR-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 319 N 42 ff.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl. 2012, Art. 319 N 2 ff.; zu neueren Tendenzen vgl. auch BARTH/WILDHABER, Was ist ein Arbeitsvertrag? – Abgrenzung des Einzelarbeitsverhältnisses von anderen Dienstleistungsverträgen in der Arbeitswelt 4.0, in: ARV 2022 S. 127 ff.). Die entsprechenden Ausführungen der Vorinstanz werden von der Klägerin denn auch nicht bemängelt (Urk. 26 Rz 11). Diese rekapitulierend bzw. ergänzend kann festgehalten werden, dass bei der Abgrenzung entscheidend darauf abzustellen ist, ob zwischen den Parteien ein Subordinationsverhältnis besteht. Unter Subordination wird in diesem Zusammenhang die rechtliche Unterordnung des Arbeitnehmers in persönlicher, betrieblicher, zeitlicher und in gewisser Weise auch in wirtschaftlicher Hinsicht verstanden (BGE 121 I 259 E. 3a; eine ausführliche Übersicht zur bundesgerichtlichen Praxis bietet BGer 4A_64/2020 vom 6. August 2020, E. 6.2–6.5).

4.8. Besonders hervorzuheben ist, dass sich aus den primär massgeblichen materiellen Kriterien (so namentlich zeitliche Vorgaben, Zuweisung eines Arbeitsplatzes im Betrieb, Zurverfügungstellung von Arbeitsmaterialien, regelmässige Entschädigung, Mass der Weisungsgebundenheit etc. [BGer 4A_64/2020 vom 6. August 2020, E. 6.3 m.w.H.]) keine einheitlichen, schematisch anwendbaren Lösungen ableiten lassen, wann ein Vertragsverhältnis als Arbeitsvertrag zu qualifizieren ist. Zu erwähnen ist ausserdem, dass neben den materiellen durchaus auch gewisse formelle Kriterien (wie etwa die sozialversicherungsrechtliche Behandlung oder auch die Vertragsbezeichnung) Berücksichtigung finden können, wengleich diesen formellen Merkmalen untergeordnete Bedeutung zukommt

(BGer 4A_64/ 2020 vom 6. August 2020, E. 6.4 m.w.H.; so denn auch die Vorinstanz in Urk. 27 E. IV/2.1 S. 14 und E. IV/3.1 S. 16). Die Klägerin scheint formelle Merkmale kategorisch auszuschliessen (Urk. 26 Rz 23), was in dieser Absolutheit nicht zutrifft.

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 Entscheidung des Gerichts danach richten, was im konkreten Fall überwiegt. Entscheidend ist dabei die Würdigung des Gesamtbildes nach dem Massstab der Verkehrsanschauung (BGer 4A_64/2020 vom 6. August 2020, E. 6.5; BGE 129 III 664 E. 3.2; BGE 128 III 129 E. 1a/aa).

4.9. Mit Bezug auf die Würdigung der schriftlichen Vereinbarung (Urk. 5/3) beanstandet die Klägerin eine unrichtige Rechtsanwendung im Sinne einer fehlerhaften Vertragsauslegung durch die Vorinstanz oder aber eine unvollständige Feststellung des Sachverhalts:

4.9.1. Bei der Würdigung der Vereinbarung sei die Vorinstanz auf wesentliche Abreden darin nicht eingegangen. Stattdessen habe sie sich bei der Vertragsqualifikation (Urk. 27 E. IV/3.1 S. 16) darauf beschränkt, aus den formellen Parteien (die Beklagte und die C._____ AG) und deren Parteibezeichnung (die Beklagte als «Auftraggeberin», die C._____ AG als «Beauftragte») abzuleiten, dass dies für ein Auftragsverhältnis spreche (Urk. 26 Rz 22 i.V.m. Rz 15 ff.). Die Bezeichnung des Vertrags oder der Parteien sei aber gerade kein Qualifikationsmerkmal (Urk. 26 Rz 23). Und wenn schon aus dem Vertragsvorlauf (namentlich den Vertragsverhandlungen) Schlüsse gezogen würden, so dürfe dieser Vorlauf nicht verkürzt dargestellt werden, sondern hätten dazu weitere relevante Beweise abgenommen werden müssen (Urk. 26 Rz 24 f.).

4.9.2. Dass sich die Vorinstanz darauf beschränkte, aus den formellen Parteien und der Parteibezeichnung auf ein Auftragsverhältnis zu schliessen, ergibt sich keineswegs aus ihren Ausführungen. Die Vorinstanz stellt im Gegenteil gleich zu Beginn der fraglichen Erwägung (Urk. 27 E. IV/3.1 S. 16) klar, dass die Bezeich-

nung oder Ausdrucksweise *allein* kein ausschlaggebendes Kriterium sein könne, bevor sie überzeugend argumentiert, dass die Wortwahl des zu beurteilenden Vertragswerks darauf *hindeute* (gemeint im Sinne eines Indizes), dass der tatsächliche Parteiwille die Begründung eines Auftragsverhältnisses gewesen sei. Der Vertragstext (Urk. 5/3) hinterlässt in der Tat den Eindruck, er sei individuell zwischen den Parteien vereinbart worden, gewissermassen massgeschneidert auf die Situation; jedenfalls gleicht er keineswegs einem Formularvertrag. Wie bereits angetönt kann nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Bezeichnung der Vereinbarung oder die Qualifikation der Parteien (hier als Auftraggeber und Beauftragte [C._____ AG]) immerhin ein Indiz dafür sein, dass die gewählte Bezeichnung mit all ihren Konsequenzen dem Willen der Parteien entspricht (BGer 4A_64/2020 vom 6. August 2020, E. 6.4; ZK OR-STAEHELIN, Art. 319 N 30). So ging denn auch die Vorinstanz damit um. Sie belies es nicht dabei, vom Wortlaut direkt auf ein Auftragsverhältnis zu schliessen. Vielmehr stellte sie das an sich nebensächliche formelle Kriterium des Wortlauts in den Kontext: Sie wies darauf hin, dass die Klägerin als Einzelzeichnungsberechtigte der C._____ AG bei Vertragsabschluss bereits Geschäftserfahrung mitbrachte und dass daher davon auszugehen sei, dass die Klägerin eine gewisse Übung im Eingehen von Verträgen und insbesondere im Abschliessen von Auftragsverhältnissen mitgebracht habe (Urk. 27 E. IV/3.1 S. 16 mit Verweis auf Urk. 16/14).

Die Vorinstanz schliesst aus dieser Geschäftserfahrenheit der Klägerin nur (aber immerhin), dass ihre vorbestehenden selbstständigen geschäftlichen Aktivitäten dagegen sprechen, dass sie gleichsam in eine Scheinselbstständigkeit gedrängt wurde (Urk. 27 E. IV/3.1 S. 17). Dem ist zuzustimmen. Dass es die Klägerin war, die – möglicherweise nach vorangegangener Vermittlung durch eine gemeinsame Bekannte – per E-Mail an die Beklagte herangetreten war, sich für eine Zusammenarbeit empfahl und dabei in ihrer E-Mail-Signatur die C._____ AG angab (vgl. Urk. 16/2), ist unbestritten (vgl. Urk. 19 Rz 14). Zwar ist richtig, dass die Klägerin in der fraglichen E-Mail vom 24. Juni 2020 (Urk. 16/2) nicht nur von ihrer Agentur, sondern auch von sich als Person schrieb (so die Klägerin in Urk. 19 Rz 14). Das ist aber nicht weiter erstaunlich; die Bezogenheit der C._____ AG auf die Person ihrer «Inhaberin» (der Klägerin) widerspiegelt sich ja auch schlüssig im

Text der am 21. September 2020 getroffenen Vereinbarung (vgl. Urk. 5/3, Ziff. 1.1 und 1.2). Erwähnt werden darf in diesem Zusammenhang auch, dass sich die Klägerin in besagter E-Mail u.a. als «Businessfrau mit eigener Werbe- und Kommunikationsagentur» und als «Unternehmerin, die sich sehr für Ihr Projekt interessiert» ausgab (vgl. Urk. 16/2). Wenn die Vorinstanz diesen Aspekt der fehlenden strukturellen Abhängigkeit der einen Vertragspartei von der andern herausgreift und die Klägerin damit konfrontiert, dass es ihr (als selbstständige Unternehmerin) zumutbar gewesen sei, die Vereinbarung nicht zu akzeptieren, wenn diese nicht ihrem Willen entsprochen hätte, so ist dies nur richtig. Bei dieser Beweislage durfte die Vorinstanz in antizipierter Beweiswürdigung auf die ergänzende Befragung der Klägerin verzichten. Gewiss könnte es sein, dass es der Beklagten auch darum ging, mit der gewählten Vertragsart von der Pflicht zur Leistung von Sozialversicherungsabgaben befreit zu sein. Sie hat dies allerdings bestritten (Urk. 13 Ziff. 16). Allein gestützt auf die (Beweis-) Aussage der Klägerin sowie darauf, dass die Beklagte offenbar auch sonst keine (formellen) Arbeitsverträge schloss, liesse sich jedenfalls nicht auf eine gezielte solche Absicht in missbräuchlichem Sinne schliessen. Die Einvernahme würde am Beweisergebnis nichts ändern. Die Rüge geht daher fehl.

4.10. Hinsichtlich des Weisungsrechts der Beklagten beanstandet die Klägerin eine unzutreffende Feststellung des Sachverhalts und in der Folge, bei der Würdigung, eine unrichtige Rechtsanwendung im Sinne einer fehlerhaften Vertragsauslegung:

4.10.1. Die Vorinstanz halte zwar richtig fest (Urk. 27 E. IV/3.2.1 S. 17), dass die Vereinbarung (Urk. 5/3) die Vorgabe enthalte, dass die Klägerin Weisungen der Beklagten zu befolgen habe. Unbestritten sei auch geblieben, dass die Klägerin regelmässig rapportierte. Indem die Vorinstanz ihr vorhalte, sie habe nicht substantiiert, *inwiefern* sie Weisungen entgegenzunehmen gehabt habe (Urk. 27 E. IV/3.2.1 S. 17), habe sie Art. 8 ZGB verletzt. Denn das Weisungsrecht habe sich bereits aus der Vereinbarung ergeben (Urk. 5/3 Ziff. 7.3); es habe alsdann an der Beklagten gelegen darzulegen, dass sie dieses nicht intensiv genutzt habe. Die Beklagte habe indessen nicht geltend gemacht, dass die Klägerin in der in-

haltlichen Umsetzung ihrer Aufgaben eine grosse Freiheit gehabt habe. Vielmehr habe die Beklagte die demnach unbestrittene Ausübung des Weisungsrechts einfach als irrelevant bezeichnet, weil auch im Auftragsverhältnis Weisungen erteilt werden könnten. Es sei überdies anerkannt worden, dass D._____ der Chef sei (also eben Weisungen erteile). Hinzu komme, dass die Aufgaben selber im Vertragsdokument ebenfalls eng umschrieben worden seien (Urk. 5/3 Ziff. 2). Mithin bleibe es bei der Vereinbarung als einziges Beweismittel in Bezug auf die Ausübung des Weisungsrechts, welches indessen die enge Weisungsbindung eben vorsah. Im Übrigen habe die Vorinstanz die Einordnung der Klägerin in der Geschäftsstruktur der Beklagten schlicht ignoriert (Urk. 26 Rz 26–30).

4.10.2. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist für den Arbeitsvertrag entscheidend, dass der Arbeitnehmer in eine fremde Arbeitsorganisation eingliedert ist und von bestimmten Vorgesetzten Weisungen erhält. Er werde in eine hierarchische Struktur eingebettet. Die Schwierigkeit liegt allerdings darin, dass auch bei anderen Verträgen auf Arbeitsleistung, namentlich auch beim Auftrag, ein Weisungsrecht besteht. Es kommt deshalb auf das *Mass* der Weisungsgebundenheit an (BGE 136 III 518 E. 4.4). Für einen Arbeitsvertrag spricht ein hohes Mass an Weisungsgebundenheit. «Die Weisungen beschränken sich also nicht auf blosse allgemeine Weisungen über die Erfüllung der Aufgabe, sondern sie beeinflussen unmittelbar den Gang und die Gestaltung der Arbeit und geben dem Berechtigten (Vorgesetzten) eine Kontrollbefugnis» (BGer 4A_64/2020 vom 6. August 2020, E. 6.3.1 m.w.H.). Gleichzeitig wird aber relativiert: «Für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages ist es andererseits nicht zwingend vorausgesetzt, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer Fachweisungen erteilt. Erfordert die Tätigkeit des Arbeitnehmers besondere Fachkenntnisse, ist es sehr wohl möglich, dass diese ausschliesslich beim Arbeitnehmer, nicht aber beim Arbeitgeber vorhanden sind» (a.a.O., unter Verweis u.a. auf BGer 4A_562/2008 vom 30. Januar 2009, E. 3.2.3). Weiter weist das Bundesgericht darauf hin, dass es «Arbeitsverhältnisse [gibt], bei denen der Arbeitnehmer über eine ausgeprägte Eigenverantwortlichkeit bei der Ausübung der Tätigkeit verfügt, etwa bei freien Berufen oder den obersten geschäftsführenden Personen einer Gesellschaft» (BGer

4A_64/2020 vom 6. August 2020, E. 6.3.1, mit Verweis u.a. auf BGer 4A_592/2016 vom 16. März 2017, E. 2.1).

4.10.3. Nicht gefolgt werden kann der Klägerin, wenn sie vorbringt, dass vorliegend bereits die Aufgabenbeschreibung in der Vereinbarung (Urk. 5/3 Ziff. 2) eng sei und bereits für sich (bzw. im Zusammenspiel mit Urk. 5/3 Ziff. 7.3) auf ein hohes Mass an Weisungsgebundenheit hinweise. Solche detaillierten Leistungsaufträge kommen nicht selten auch im Auftragsverhältnis vor. Allein die konkrete Aufgabenbeschreibung spricht zudem eher für erhebliche Freiheiten in der Ausübung der Dienstpflichten. Schon im Ingress zum Aufgabenkatalog ergeht der Hinweis, dass die Tätigkeiten mit der folgenden Auflistung nicht abschliessend aufgezählt seien; bereits dies ruft nach einer Konkretisierung im Alltag. In der Liste folgen sodann Punkte wie «Leitung und Ausbau der Abteilung Marketing & Verkauf», «beratende Mitwirkung bei der strategischen Planung», «laufende Berichterstattung über den Geschäftsgang, Kundenzufriedenheit und spezielle Vorkommnisse (monatlich an den CEO, resp.VR)» etc. Schliesslich wird im letzten Aufzählungspunkt festgehalten, dass «die C. _____ [...] im Rahmen der vereinbarten Budgets und erteilten Weisungen des Verwaltungsrates selbständig» arbeite.

Als von der Beklagten anerkannt gelten kann in Bezug auf die Weisungsgebundenheit bloss, dass die Klägerin bei der Ausübung ihrer Funktion «nur dem VRP (= CEO) «rapportieren» musste (Urk. 13 Ziff. 19 S. 10, Prot. I S. 10). Ein *hohes* Mass an Weisungsgebundenheit, wie es für die Qualifikation eines Arbeitsvertrags (in Abgrenzung zu anderen Dienstleistungsverträgen) sprechen würde, wurde von der Beklagten indes bestritten (a.a.O.).

Wenn die Klägerin bei diesem Ausgang erreichen wollte, dass vom Tatsachensfundament her davon ausgegangen wird, dass sie in der gelebten Vertragswirklichkeit an enge Weisungen der vorgesetzten Stelle gebunden war und wie eine Arbeitnehmerin geführt wurde, so hätte es ihr obliegen, solche effektiv erfolgten Weisungen substantiiert zu behaupten und gegebenenfalls auch zu beweisen (z.B. organisatorische Weisungen; Beispiele von konkreter Ausübung der Kontrollbefugnis; Korrespondenzen, aus welchen das Gebaren eines Vorgesetzten und nicht bloss eines Auftraggebers hervorgeht etc.). Anhand des dem Gericht

unterbreiteten Prozessstoffs lässt sich nicht erstellen, dass der Gang und die Gestaltung der Arbeit der Klägerin von vorgesetzter Stelle her *unmittelbar* beeinflusst wurde.

Eine unrichtige Sachverhaltserstellung und/oder eine unrichtige Rechtsanwendung der Vorinstanz ist hier somit nicht zu erkennen.

4.11. Was die Arbeitszeiten der Klägerin betrifft, rügt die Klägerin eine unvollständige bzw. unzutreffende Feststellung des Sachverhalts und in der Folge, bei der Würdigung, eine unrichtige Rechtsanwendung im Sinne einer fehlerhaften Vertragsauslegung:

4.11.1. Die Vorinstanz schliesse (in Urk. 27 E. IV/3.2.2 S. 18 f.) aus den effektiven Arbeitszeiten der Klägerin zu Unrecht auf ein Auftragsverhältnis. Zwar sei richtig, dass sie vereinzelt am Wochenende gearbeitet habe; allerdings bestehe auf ihrer höheren Führungsstufe naturgemäss eine erhöhte Freiheit in der Arbeitszeitgestaltung, so dass daraus nicht auf ein Auftragsverhältnis geschlossen werden könne (Urk. 26 Rz 32). Genau besehen seien im Übrigen nur 4% der Arbeitszeit an Samstagen oder Sonntagen geleistet worden. Die Arbeit sei halt dann angefallen, wenn sie der Klägerin zugewiesen worden sei, was auch vor Wochenenden habe vorkommen können (Urk. 26 Rz 33).

Was die variierenden effektiven Arbeitszeiten angehe (was zulässig gewesen sei, nachdem die konkreten einzelnen Arbeitstage im Teilpensum vertraglich nicht fixiert gewesen seien), habe die Vorinstanz fälschlicherweise angenommen, diese seien vom vertraglichen Pensum stark abgewichen (Urk. 27 E. IV/3.2.2 S. 18 f.). Richtig kalkuliert (104.16 Std., nicht 140 Std./Mt.) zeige sich, dass die effektiv geleisteten Arbeitszeiten von Oktober 2020 bis Januar 2021 (nachher sei der Klägerin weniger Arbeit zugewiesen worden) stets nahe am vertraglichen Pensum gelegen hätten (Urk. 26 Rz 34 f.).

Für falsch hält die Klägerin auch die vorinstanzliche Feststellung (in Urk. 27 E. IV/3.2.2 S. 19), wonach sie nicht geltend gemacht habe, dass die Beklagte die Zeiterfassung geprüft habe. Denn die Klägerin habe ihre Leistungen monatlich mit Honorarrechnungen der Beklagten zur Kenntnis gebracht, worauf die Beklagte sie

bezahlt habe. Damit habe die Beklagte die Zeiterfassung naturgemäss geprüft, und daher habe dies nicht noch explizit behauptet werden müssen (Urk. 26 Rz 36).

4.11.2. In der Regel wurde Arbeit im Betrieb des Arbeitgebers verrichtet. Deshalb spricht die Pflicht zur Einhaltung von vorgeschriebenen Arbeitszeiten, Arbeitszeitkontrollen und die Pflicht zu regelmässigem Erscheinen gewöhnlich für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages (BGer 4A_64/2020 vom 6. August 2020 E. 6.3.2, m.w.H.).

Vor diesem Hintergrund stellte die Vorinstanz Überlegungen dazu an, wie gleichmässig und an welchen Wochentagen etc. die Klägerin im vorliegenden Dienstverhältnis jeweils ihre Arbeit verrichtete (Urk. 27 E. IV/3.2.2 S. 18 f.). Krux dabei ist aber, dass die hier zu beurteilende Zusammenarbeit weder ins Schema eines typischen Auftrags- noch in das eines typischen Arbeitsvertrages passt.

Es mag zutreffen, dass die Schwankungen der Arbeitszeiten genau besehen geringer ausgeprägt waren als von der Vorinstanz berechnet und/oder dass diese Schwankungen objektiv begründet waren (etwa durch schwankenden Arbeitsanfall, Unschärfen beim Monatswechsel etc.). Letztlich kann dies offen bleiben, denn diese Betrachtungsweise wird der vorliegenden Konstellation ohnehin nicht gerecht.

Das Bundesgericht erachtet die zeitlichen Aspekte der Subordination in seiner jüngeren Rechtsprechung nicht mehr als ausschlaggebend. Es trägt damit der Entwicklung Rechnung, dass mit der zunehmenden Flexibilisierung der Arbeitsverhältnisse häufiger wurde, dass der Arbeitnehmer die Arbeit vermehrt ganz oder teilweise ausserhalb des Betriebs des Arbeitgebers erledigen kann, etwa an einem von ihm gewählten Ort oder bei sich zu Hause. Dies gilt umso mehr für die Arbeitszeiten. Ein Arbeitsvertrag setzt daher nicht zwingend das Einhalten von festen oder vom Arbeitgeber vorgeschriebenen Arbeitszeiten voraus. Es kommt vielmehr öfter vor, dass keine festen Arbeitszeiten vorgesehen, sondern die Arbeitseinsätze nach dem tatsächlichen Arbeitsanfall ausgerichtet werden. In Konstellationen wie der vorliegenden hilft daher das Kriterium zeitlicher Vorgaben bei der Abgrenzung nicht weiter (vgl. z.B. BGer 2C_34/2021 vom 30. Mai 2022,

E. 10.8; zum Ganzen vgl. wiederum BGer 4A_64/2020 vom 6. August 2020, E. 6.3.2 m.w.H.; BARTH/WILDHABER, a.a.O., ARV 2022 S. 138).

Nicht zu überzeugen vermag in diesem Zusammenhang die Argumentation der Klägerin, wonach die Angaben zu den geleisteten Stunden in den Honorarrechnungen (Urk. 16/6–12) einer Zeiterfassung bzw. Zeitkontrolle im arbeitsvertraglichen Sinne gleichkämen. Mit den üblichen Tabellen zur Zeiterfassung im Arbeitsverhältnis haben die betreffenden Honorarrechnungen ausser Zeitangaben nichts gemein. Die Art, wie über Monate hinweg in den Honorarrechnungen der C._____ AG der Zeitaufwand mit erläuternden Detaillierungen versehen wurde, ergibt ein anderes Bild. Speziell fällt in diesem Zusammenhang die Honorarrechnung für November 2020 (Urk. 16/8) auf, wo nebenbei noch ein eigentlich höherer Stundenansatz für Werbetexte erwähnt ist, den man offensichtlich aber nicht geltend machte. Dies überhaupt zu erwähnen, würde einem kaum in den Sinn kommen, wenn man bloss über die geleistete Arbeitszeit rapportiert und sich eigentlich als Arbeitnehmerin fühlt. Solche Besonderheiten sprechen – entsprechend dem Fazit der Vorinstanz in ihrer Erwägung IV/3.2.2 (Urk. 27 S. 19) – dafür, dass sich die Klägerin selber nicht wie eine Angestellte, sondern vielmehr wie eine externe Beauftragte (und Unternehmerin) verhielt, welche mit einer erheblichen Eigenverantwortung tätig war und jeweils für effektiv erbrachte Leistungen, ungefähr entsprechend dem vertraglich vorgesehenen Pensum, Rechnung stellte.

4.12. Hinsichtlich ihres Arbeitsorts beanstandet die Klägerin eine unrichtige Rechtsanwendung durch die Vorinstanz:

4.12.1. Entgegen der Erwägung der Vorinstanz, wonach die Klägerin nicht an einen festen Arbeitsort gebunden gewesen sei, was eher auf ein Auftragsverhältnis hindeute (Urk. 27 E. IV/3.2.3 S. 19), lasse sich daraus nichts Fallrelevantes ableiten (angesichts der Funktion als «Leiterin Marketing & Verkauf», der COVID-Pandemie in der fraglichen Zeit und allgemein, weil Home Office auch im Arbeitsverhältnis möglich sei; Urk. 26 Rz 38).

4.12.2. Gemeinsam mit der zeitlichen nimmt in der heutigen Arbeitswelt auch die örtliche Flexibilität zu. Wenngleich in einem Arbeitsverhältnis die Arbeit typischer-

weise im Betrieb des Arbeitgebers verrichtet wird, relativiert das Bundesgericht diesen Grundsatz in seiner jüngeren Rechtsprechung auch dadurch, dass eine Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation nicht notwendigerweise voraussetzt, dass der Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz an einem festen Ort im Betrieb des Arbeitgebers zugewiesen erhält. Die betriebliche und persönliche Subordination verlange auch nicht unbedingt eine Tätigkeit an einem vom Arbeitgeber bestimmten Ort. Es sei also für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses nicht entscheidend, wer den Arbeitsort bestimmt (BGer 4A_64/2020 vom 6. August 2020, E. 6.3.2 m.w.H.). Der Klägerin ist hier also beizupflichten; gerade in der vorliegenden Konstellation kann räumlichen Aspekten keine entscheidende Abgrenzungsleistung zugeschrieben werden. Dem scheint sich jedoch auch die Vorinstanz bewusst gewesen zu sein, führte sie doch aus, dass die Flexibilität des Arbeitsortes weder eindeutig für noch gegen ein Arbeits- oder Auftragsverhältnis spreche (Urk. 27 E. IV/3.2.3 S. 19).

Wenn dieses Merkmal aber neutral ist, so lässt sich höchstens sagen, dass es – isoliert betrachtet – die Position der Klägerin nicht fördert. Entscheidend aber ist ohnehin die Beweiswürdigung *als Ganzes* und nicht einzelne Indizien.

4.13. Betreffend den Auftritt gegenüber Dritten rügt die Klägerin eine unvollständige Feststellung des Sachverhalts und eine darauf basierende unrichtige Rechtsanwendung im Sinne einer fehlerhaften Vertragsauslegung:

4.13.1. Die Vorinstanz habe diesbezüglich ihrer Vertragsqualifikation bloss zugrunde gelegt, dass die Klägerin über eine E-Mail-Adresse und über Visitenkarten der Beklagten verfügt habe und dass sie in einer Werbebroschüre der Beklagten als Kontaktperson der Beklagten mitsamt Angabe deren Festnetz-Telefonnummer geführt worden sei (Urk. 27 E. IV/3.2.4 S. 19 f.). Aussen vor geblieben sei bei der Beweiswürdigung einerseits, dass die Klägerin gegenüber Dritten als Mitarbeitende der Beklagten vorgestellt worden sei (was von der Beklagten nicht ernstlich bestritten worden sei), andererseits, dass sie befugt gewesen sei, mit Dritten Verträge für die Beklagte zu schliessen (wozu sie nebst Urkunden ihre Beweisaussage offeriert habe). Das Element des Auftritts gegen aussen sei auf diese Weise zu geringfügig gewichtet worden (Urk. 26 Rz 39–42).

Relevanz könnte dem Argument der Klägerin mit dem Vorstellen gegenüber Dritten dann zukommen, wenn man sie als *Mitarbeitende auf Basis eines Arbeitsvertrags* vorgestellt hätte. Wie aus Prot. I S. 12 f. hervorgeht, bestritt die Beklagte nicht, dass man die Klägerin jeweils persönlich vorgestellt habe und sie wohl als in irgendeiner Form mit der Beklagten verbunden wahrgenommen worden sei. Dass die Klägerin aber gerade *als Arbeitnehmerin* vorgestellt wurde respektive dass man dies beim Vorstellen hätte ableiten können, wurde dagegen bestritten. In der Tat würde es wohl als seltsam, wenn nicht sogar als suspekt empfunden, wenn im Rahmen einer geschäftlichen Vorstellungsrunde klärend darauf hingewiesen würde, dass das Unternehmen mit der vorgestellten Person in einem Arbeitsverhältnis und nicht etwa in einem Auftragsverhältnis, oder umgekehrt in einem Auftragsverhältnis und nicht etwa in einem Arbeitsverhältnis, steht. Üblicherweise wird beim persönlichen Vorstellen von Personen klar, wenn die vorgestellte Person zum «eigenen Lager» zählt, das eigene Unternehmen vertritt. Das zugrunde liegende Vertragsverhältnis bleibt aber gewöhnlich unerwähnt. Die Klägerin blieb denn auch mit Bezug auf die Zeit und Ort der Begegnungen zu vage in ihrer Darstellung dazu, als dass überhaupt hätte Beweis über diese Umstände abgenommen werden können; zum Beweis offeriert wurden nicht die teils namentlich genannten Personen als Zeugen, sondern einzig die Parteibefragung/Beweisaussage der Klägerin (vgl. Urk. 19 Rz 32). Die Vorinstanz durfte in dieser Situation ohne weiteres in antizipierter Beweismwürdigung davon ausgehen, dass die Klägerin bestätigen würde, was sie bereits bei der Instruktion ihres Rechtsvertreters angegeben hatte. Dass sich dadurch ein anderes, weitergehendes Bild hätte ergeben können, als es sich bereits aufgrund der personalisierten E-Mail-Adresse, der Visitenkarte und der auf die Klägerin weisenden Kontaktangabe in einer Werbebroschüre ergab, ist auszuschliessen.

Nämliches gilt für die von der Klägerin behauptete (Urk. 19 Rz 33), von der Beklagten bestrittene (Prot. S. 13) Vertretungsbefugnis. Die ins Recht gelegten Urkunden über geschlossene Verträge (Urk. 21/13.1-2) betreffen Themen, die in den Aufgabenkreis der Klägerin (bzw. der C. _____ AG) fielen (Redesign Webseite, Mediaberatung). Dass die Klägerin da involviert war und einen Vertrag mitunterzeichnete, dass eine Rechnung zu ihren Händen adressiert war und dass sie

allenfalls noch weitere Aufträge erteilt, ist nicht erstaunlich. Solches kann ebenso gut passiert sein, ob sie nun als Beauftragte oder als Arbeitnehmerin tätig war. Richtig aber ist, dass es sich bei all dem (ebenso wie bei der Visitenkarte) um Hinweise auf eine gewisse Eingliederung der Klägerin in die Arbeitsorganisation der Beklagten handelt – nicht weniger und nicht mehr. Auch auf dieses Beweisergebnis hätte eine Einvernahme der Klägerin keinen Einfluss haben können, so dass sie unterbleiben konnte.

4.14. Mit Blick auf den Auslagenersatz beanstandet die Klägerin wiederum eine unvollständige Feststellung des Sachverhalts und eine darauf basierende unrichtige Rechtsanwendung im Sinne einer fehlerhaften Vertragsauslegung:

4.14.1. Unbestritten sei – so die Klägerin –, dass ihr von der Beklagten ein Geschäftsauto zur Verfügung gestellt wurde, was mit der Vorinstanz (Urk. 27 E. IV/3.2.5 S. 20) typisch für ein Arbeitsverhältnis und ungewöhnlich für ein Auftragsverhältnis sei. Richtig sei umgekehrt, dass die Klägerin aus Praktikabilitätsgründen ihr eigenes Handy und ihren eigenen Laptop benutzt und dafür keinen Auslagenersatz verlangt habe; dies sei aber nicht weiter von Relevanz, weil die Nutzungsentschädigung ohnehin geringfügig gewesen wäre (Urk. 26 Rz 43, vermutlich zu Urk. 27 E. IV/3.2.4 S. 20). Ungeachtet geblieben sei von der Vorinstanz offenbar der – unbestrittene – Umstand, dass die Klägerin über ihre Auslagen habe abrechnen können und der Ersatz auf ihr Privatkonto vergütet worden sei (Urk. 26 Rz 44).

4.14.2. Dem Vorbringen der Klägerin zur Spesenregelung bzw. zum Ersatz von Barauslagen (Urk. 19 Rz 29) wurde seitens der Beklagten im erstinstanzlichen Verfahren widersprochen (vgl. Prot. I S. 12, unter «Zu Rz. 28»).

Barauslagen wie die in den Urk. 21/12.1-2 dokumentierten (Restaurant-/Hotellerieauslagen, Pannendienst vermutlich für das zur Verfügung gestellte Fahrzeug, Papeteriematerial vermutlich für einen organisierten Anlass) könnten genauso gut einer Beauftragten (resp. deren Vertreterin) ersetzt werden wie einer Arbeitnehmerin. Inwiefern es vorliegend von Belang sein soll, dass die Klägerin den Spesenersatz (entgegen Urk. 5/3 Ziff. 5.6) auf ihr Privatkonto statt auf das

Konto ihrer C._____ AG überweisen liess, wird von ihr nicht näher ausgeführt, hat letztlich aber auch keinen Einfluss.

Ein Mangel des vorinstanzlichen Entscheids ist auch hier nicht zu erkennen

4.15. Hinsichtlich der Ferien beanstandet die Klägerin sodann eine unrichtige Rechtsanwendung durch die Vorinstanz:

4.15.1. Der Würdigung der Vorinstanz, wonach der explizite Ausschluss von Ferien durchaus als Verdeutlichung des Parteiwillens verstanden werden könne, bewusst kein Arbeitsverhältnis eingehen zu wollen (vgl. Urk. 27 E. IV/3.2.6 S. 20), stehe entgegen, dass es in einem Auftragsverhältnis einer solchen Regelung nicht bedurft hätte. Stattdessen deute die Regelung vielmehr darauf hin, dass sich die Beklagte (welche die Vereinbarung redigiert habe) der Gefahr sehr wohl bewusst gewesen sei, dass die Zusammenarbeit als Arbeitsverhältnis qualifiziert werden könnte. Im Ergebnis könne diesem Punkt keine Relevanz zukommen (Urk. 26 Rz 45).

4.15.2. Zwar ist richtig, dass schon bei Vertragsschluss auf der Hand gelegen haben dürfte, dass die Zusammenarbeit im Grenzbereich von Arbeitsvertrag und Auftrag liegen würde. Am Nächsten liegt hier daher, dass man mit einem expliziten Ausschluss eines Ferienanspruchs für klare Verhältnisse sorgte, um nicht falsche Erwartungen zu wecken. Die entsprechende Formulierung ist abgesehen davon klar und lässt sich lückenlos in den übrigen Wortlaut des Vertrags einbetten. Die Regelung bildet – mit der Vorinstanz (Urk. 27 E. IV/3.2.6 S. 20) – ein Indiz dafür, dass sich die Vertragsparteien (die C._____ AG und die Beklagte) einig darüber waren, dass ein etwaiger Ferienanspruch der den Auftrag ausführenden Person bei der C._____ AG (d.h. der Klägerin) nicht Sache der Beklagten sein würde und folglich, dass die Vertragsparteien bewusst kein Arbeitsverhältnis eingehen wollten.

Eine unrichtige Rechtsanwendung der Vorinstanz ist zu verneinen.

4.16. Mit Blick auf die Honorierung und Abrechnung beanstandet die Klägerin wiederum eine unvollständige Feststellung des Sachverhalts und eine darauf ba-

sierende unrichtige Rechtsanwendung im Sinne einer fehlerhaften Vertragsauslegung:

4.16.1. Zwar sei zutreffend, dass die Parteien vereinbart hätten, dass die Sozialversicherungsabgaben von der C._____ AG zu tragen seien, und dass die Honorare entsprechend abgerechnet wurden (Urk. 27 E. IV/3.3 S. 20 f.). Allerdings sei dies eine Rechtsfrage (eine Folge der sozialversicherungsrechtlichen Qualifikation). Ableiten lasse sich daraus einzig, dass die Parteien *formell* ein Auftragsverhältnis hätten abschliessen wollen (was nicht strittig sei). Das Gericht habe den Vertrag aber nach den Rechten und Pflichten zu qualifizieren und nicht danach, was die Parteien aus der Annahme einer eigenen (falschen) rechtlichen Qualifikation folgerten. Indem sie dies tue, verletze die Vorinstanz Art. 319 ff. OR und Art. 18 OR (Urk. 26 Rz 46).

Zudem habe die Vorinstanz diesbezüglich den Sachverhalt wiederum nicht vollständig festgestellt, indem sie unberücksichtigt gelassen habe, dass die Klägerin unter Vorlage der Finanzplanung 2021 der Beklagten (act. 21/13.3) dargelegt habe, dass die Beklagte ihr Honorar als Personalaufwand budgetiert und verbucht habe. Die Klägerin hält dafür, dass bei korrektem Einbezug dieses Aspekts der Verbuchungsvorgang die sozialversicherungsrechtliche Abrechnung durch die C._____ AG aufgewogen hätte und erst recht nicht auf ein Auftragsverhältnis hätte schliessen lassen, weswegen im Resultat (nebst Art. 152 Abs. 1 ZPO) auch Art. 319 ff. OR verletzt worden sei.

4.16.2. Wie bereits ausgeführt (vgl. E. 4.8), kommt formellen Kriterien wie dem Abführen von Sozialversicherungsbeiträgen oder auch der Einstufung der Tätigkeit im Steuerrecht bei der Vertragsqualifikation eine bloss untergeordnete Bedeutung zu. In der Tat können das Abführen von Sozialversicherungsbeiträgen oder auch das Abrechnen mit Mehrwertsteuer nicht direkt als Indizien für ein Auftragsverhältnis gewertet werden. Vor diesem Hintergrund erweist es sich als missverständlich, wenn die Vorinstanz ihre Erörterung zur abgaberechtlichen Thematik mit dem Satz abschliesst: «Das Abrechnen mit Mehrwertsteuer ist [...] als typisch für ein Auftragsverhältnis zu bewerten» (Urk. 27 E. IV/3.3 S. 21).

Inhaltlich beschlägt die fragliche vorinstanzliche Erwägung wiederum den Aspekt, dass die Klägerin namens der C. _____ AG (deren wirtschaftliche Berechtigte sie ist) ein (allenfalls bloss formelles) Auftragsverhältnis einging und sie dieses über Monate hinweg mit all seinen abgaberechtlichen Konsequenzen lebte. Angesprochen ist die gelebte Vertragswirklichkeit. Und da stellt sich die Frage, ob die Klägerin in einer Abhängigkeit zur Beklagten stand, in welcher der vom Arbeitsrecht angestrebte Sozialschutz allenfalls gebieten würde, dass die Bestimmungen des Arbeitsrechts zur Anwendung kommen müssten. Eine solche Abhängigkeit hat die Vorinstanz mit zutreffender Begründung verneint, indem sie an anderer Stelle (Urk. 27 E. IV/3.1 S. 17) ausführte, dass es der Klägerin zumutbar gewesen wäre, die Vereinbarung nicht zu akzeptieren, wenn diese nicht ihrem Willen entsprochen hätte.

Selbst wenn die Beklagte die an die Klägerin ausgerichteten Honorare in ihrer Finanzplanung unter «Personal» führte, wie sie geltend macht (vgl. Urk. 1 Rz 16, Urk. 19 Rz 35 und Urk. 21/13.3; ferner auch Prot. I S. 13), könnte darin kein wesentliches Indiz bei der Vertragsabgrenzung gesehen werden. Es mag sein, dass streng genommen, unter buchhalterischen Gesichtspunkten, in der Rubrik "Personalaufwand" nur Aufwendungen erfasst werden, die Mitarbeitende auf der Basis eines Arbeitsvertrags vom Unternehmen erhalten. In der Praxis aber dürften darunter oft auch weitere Dienstverhältnisse wie etwa ein Auftragsverhältnis subsumiert werden. Wenn die Klägerin, deren Tätigkeit zweifellos in die Nähe eines Arbeitsverhältnisses rückte, buchhalterisch als Personal behandelt wurde, so lässt sich daraus nichts Wesentliches ableiten für die hier interessierende Frage. Dass die Vorinstanz dieses Parteivorbringen nicht explizit aufgriff, stellt nach dem vorn zur Begründungspflicht Gesagten (E. 3.1.1) noch keinen Mangel dar.

4.17. Hinsichtlich Arbeitstätigkeiten und Kündigungsfrist beanstandet die Klägerin eine unrichtige Rechtsanwendung durch die Vorinstanz:

4.17.1. Die Vorinstanz führe zutreffend aus (Urk. 27 E. IV/3.4 S. 21), dass die Tätigkeiten der Klägerin im Vertrag präzise und detailliert umschrieben wurden. Lapidar füge die Vorinstanz dem dann bei, dass dieser Umstand aber nicht relevant sei, weil auch im Auftragsverhältnis detaillierte Leistungsbezeichnungen denkbar

sein. Nach dem Dafürhalten der Klägerin wird dabei missachtet, dass detaillierte Leistungsbeschreibungen typisch für einen Arbeitsvertrag und untypisch für ein Auftragsverhältnis seien (notorisch). Im Ergebnis sei Art. 319 ff. OR missachtet worden (Urk. 26 Rz 48).

Gleiches gelte für den Aspekt, dass eine dreimonatige Kündigungsfrist vereinbart worden sei: Wenn auch dieser Umstand nicht als relevant erachtet würde (vgl. Urk. 27 E. IV/3.5 S. 21), obwohl das Auftragsrecht zwingend die jederzeitige Beendbarkeit kenne, verletze dies Art. 319 ff. OR (Urk. 26 Rz 49).

An dieser Stelle werde erkennbar, dass die vorinstanzliche Würdigung einseitig erfolgt sei, bekämen bei ihr doch vornehmlich jene Elemente Gewicht, die für ein Auftragsverhältnis sprächen, selbst wenn die Elemente für oder gegen ein Arbeitsverhältnis ungefähr gleichwertig seien (festgemacht am Beispiel der Kündigungsfrist und jenem des Ferienausschlusses; Urk. 26 Rz 50).

4.17.2. Dass detaillierte Leistungsbeschreibungen für Arbeitsverträge typisch, für Auftragsverhältnisse dagegen untypisch seien, trifft so nicht zu. Von Notorietät kann keine Rede sein. Allgemein kann gesagt werden, dass Leistungsbeschreibungen bei *komplexen* Verträgen regelmässig eine wichtige Rolle zukommen.

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach die Umschreibung der Arbeitsleistung im Vertrag grundsätzlich für einen Arbeitsvertrag spricht (BGer 4A_64/2020 vom 6. August 2020, E. 6.3.2; BGer 4C.276/2006 vom 25. Januar 2007, E. 4.4.1) lässt sich nicht auf die vorliegende Situation übertragen. Einerseits zielt das Bundesgericht auf die Umschreibung der Arbeitsleistung in zeitlicher und örtlicher Hinsicht, andererseits relativiert das Bundesgericht die Bedeutung auch dieses Kriteriums angesichts der neueren Entwicklung in der Arbeitswelt stark.

Zu bedenken ist sodann, dass bei Einzelarbeitsverträgen die detaillierten Aufgabengebiete häufig in einem separaten Stellenbeschrieb/Pflichtenheft umschrieben werden; im Vertragsdokument selber wird oft nur die Arbeitsgattung fixiert (statt vieler vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 321 N 7). Hier wurde der Tätigkeitsbeschrieb direkt in die Vertragsurkunde gesetzt. Sodann enthalten Auftragsverhältnisse und Verträge mit auftragsrechtlichen Elementen durchaus häufig de-

taillierte Leistungsbeschriebe; zu denken ist etwa an Planerverträge, Projektmanagement-Verträge und dergleichen.

Mit der Vorinstanz (Urk. 27 E. IV/3.4 S. 21) ist daher zu konstatieren, dass sich vorliegend aus einem einigermaßen detaillierten Leistungsbeschrieb nichts Wesentliches zur Vertragsqualifikation ableiten lässt.

4.17.3. Was die im auszulegenden Vertrag enthaltene Regelung zu dessen Beendigung betrifft (vgl. Urk. 5/3 Ziff. 9), so ist richtig, dass hier ein Spannungsfeld zum jederzeitigen Widerrufsrecht von Aufträgen (Art. 404 Abs. 1 OR) besteht.

Dieses jederzeitige Beendigungsrecht ist nach der gefestigten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zwingend und darf weder vertraglich wegbedungen noch eingeschränkt werden (BGE 115 II 464 E. 2). Es gilt sowohl für reine Auftragsverhältnisse als auch für gemischte Verträge, für welche hinsichtlich der zeitlichen Bindung der Parteien die Bestimmungen des Auftragsrechts als sachgerecht erscheinen. Diesbezüglich wird vor allem darauf abgestellt, ob nach Art des Vertrags ein Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien unerlässlich ist und ihm besondere Bedeutung zukommt (BGer 4A_542/2020 vom 3. März 2021, E. 3.3.1). In der Lehre besteht eine Kontroverse zu dieser Frage. Zum Teil wird propagiert, Art. 404 Abs. 1 habe nur für typische Aufträge zwingenden Charakter; andere Meinungen qualifizieren das jederzeitige Widerrufsrecht als dispositiv, jedenfalls für entgeltliche Aufträge (vgl. BGer 4A_437/2008 10. Februar 2009, E. 1.5 m.w.H.).

Vor dem Hintergrund dieser Rechtslage ist durchaus denkbar, dass man sich vorliegend zur besseren, wenngleich nicht vollen Absicherung eine Kündigungsregelung stipulieren liess – trotz womöglich fehlender Durchsetzbarkeit. Dass eine salvatorische Klausel in den Vertrag aufgenommen würde (Urk. 5.3 Ziff. 10) passt in dieses Bild.

Mit der Vorinstanz ist daher festzuhalten, dass eine Kündigungsfrist zwar eher für einen Arbeitsvertrag spricht; die Kündigungsfrist aber auch nicht gerade als ausschlaggebendes Element zu qualifizieren ist.

Die Vorinstanz ist somit keineswegs der Einseitigkeit verfallen bei der Gewichtung der Elemente. Ebenso wenig liegt eine unrichtige Rechtsanwendung vor.

4.18. Mit Bezug auf die Eingliederung in die Arbeitsorganisation schliesslich be-
anstandet die Klägerin eine weitere unvollständige Feststellung des Sachverhalts
und eine darauf basierende unrichtige Rechtsanwendung im Sinne einer fehler-
haften Vertragsauslegung:

4.18.1. Zu diesem sehr massgebenden Kriterium für das Vorliegen eines Arbeits-
verhältnisses finde sich in der Würdigung der Vorinstanz kein Wort. Damit habe
die Vorinstanz den Sachverhalt unvollständig erstellt und Art. 319 ff. OR und
Art. 152 Abs. 1 ZPO verletzt. Es sei von der Klägerin aufgezeigt worden, dass sie
im Organigramm der Beklagten als Teil der Geschäftsleitung aufgeführt worden
sei (vgl. Urk. 5/6). Alsdann sei betont worden, dass sie auch verschiedentlich auf
Einladung hin an Geschäftsleitungssitzungen teilgenommen habe (vgl. Urk. 21/
14.2 und 21/15). Ausserdem sei replicando ergänzt worden, dass die im Organi-
gramm unter der Klägerin eingereihte E. _____ effektiv als ihre Assistentin tätig
gewesen sei; E. _____ sei als Zeugin offeriert worden. Es sei wenig nachvollzieh-
bar, weshalb die Vorinstanz den wesentlichen Aspekt der Eingliederung schlicht
ignoriert habe; einer Auftragnehmerin werde nicht das Recht eingeräumt, Wei-
sungen innerhalb der Arbeitsorganisation zu erteilen (Urk. 26 Rz 51–54).

4.18.2. Auch dieses Vorbringen erweist sich letztlich als unbegründet. In Erwä-
gung III/3 attestiert die Vorinstanz den klägerischen Ausführungen vorab, dass
diese den Eindruck einer «gewissen Eingliederung in den Betrieb der Beklagten»
hinterlassen (Urk. 27 S. 7). Unter «Betrieb» ist offensichtlich auch die Arbeitsor-
ganisation mitgemeint. Bei der eigentlichen Vertragsqualifikation erörtert die Vor-
instanz sodann nebst anderem auch die Frage der Eingliederung der Klägerin in
die Arbeitsorganisation der Beklagten. Sie tut dies im Rahmen der Prüfung des
Subordinationsverhältnisses (Urk. 27 E. IV/3.2 S. 17 ff.) und kommt zum Fazit,
dass die «nur schwache Eingliederung der Klägerin in den Betrieb der Beklagten»
entscheidend sei, dass nicht vom Vorliegen eines Arbeitsvertrags ausgegangen
werde (Urk. 27 E. IV/3.6 S. 22).

4.18.3. Das von der Klägerin angesprochene Organigramm (Urk. 5/6, bezeichnet als «New Organisation // Entwurf 28.09.20 vf»), in welchem die Klägerin als Mitglied der Geschäftsleitung aufgeführt ist, und auch die Korrespondenz zu den Geschäftsleitungssitzungen (Urk. 21/14 und 21/15) weisen zwar tatsächlich in die Richtung eines Arbeitsvertrags. Dasselbe gilt für eine allenfalls enge Zusammenarbeit mit E._____, welche in der Unternehmensgruppe tätig sein soll, der auch die Beklagte angehört. E._____ gegenüber will die Klägerin auch weisungsbefugt gewesen sein (vgl. Urk. 19 Rz 37; von der Beklagten bestritten [Prot. I S. 13]).

Andererseits darf nicht verkannt werden, dass ein Organigramm per se nichts darüber aussagt, in welchem Vertragsverhältnis die darauf erscheinenden Personen mit dem Unternehmen stehen. Es ist ohne weiteres möglich, dass ein Unternehmen eine Fachspezialistin für Marketing und Verkauf im Auftragsverhältnis bezieht und auch in der Geschäftsleitung mitwirken lässt. Es ist sodann durchaus denkbar, dass man dieser beigezogenen Fachkraft eine direkte Ansprechperson aus dem Unternehmen zuteilt, welche für die Ausführung der Empfehlungen und auch Anordnungen, welche umgesetzt werden sollen, sorgt.

In Bezug auf konkrete Weisungen seitens der Klägerin an E._____ blieben die klägerischen Vorbringen vage (wie bereits in Bezug auf Weisungen von vorgesetzter Stelle). Selbst wenn E._____ bei einer Befragung bestätigt hätte, dass sie der Klägerin jeweils assistiert und von ihr auch Weisungen in der Arbeitsorganisation der Beklagten empfangen habe, hätte dies dennoch das Beweisergebnis nicht massgeblich beeinflussen können. Die Meinung des Gerichts hätte auch durch die Abnahme dieses Personalbeweises und/oder der Befragung der Klägerin kaum mehr erschüttert werden können. Eine antizipierte Beweiswürdigung war daher zulässig.

4.19. In ihrer Zusammenfassung in der Berufungsschrift legt die Klägerin nochmals, in gedrängter Form, ihre Sichtweise zu den einzelnen Elementen dar und zieht dann Fazit (Urk. 26 Rz 56–67). Dem so gezeichneten Gesamtbild lässt sich jedoch aus folgenden Gründen nicht folgen:

Als entscheidendes Unterscheidungsmerkmal ist vorliegend (mit der Vorinstanz) das rechtliche Subordinationsverhältnis zu sehen. Wie vorstehend ausgeführt

(E. 4.10.2) steht dabei im Zentrum, ob die Klägerin Weisungen erhielt, die den Gang ihrer Arbeit im Detail bestimmten, ob sie eingehenden Kontrollen unterworfen war. Nicht jedes Weisungs- und Kontrollrecht führt zur Qualifikation als Arbeitsvertrag. Deren Mass muss vielmehr über das beschränkte Weisungsrecht und die Rechenschaftspflicht des Auftragsrechts nach Art. 397 und 400 OR hinausgehen (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 319 N 6). Der Klägerin gelang es nicht, diese Subordinationsintensität eines Arbeitsvertrags substantiiert zu behaupten. Namentlich lässt die aus den Akten hervorgehende Rapportierung über die Tätigkeit mittels den Erläuterungen zu den Honorarrechnungen (vgl. Urk. 16/6-10, 5/8 und 5/9) keinen solchen Schluss zu. Die Erzielung anderweitigen Einkommens wäre übrigens möglich gewesen (wenngleich davon offenbar nicht Gebrauch gemacht wurde [Urk. 19 Rz 8]). Auch die Indizien zur Weisungsgebundenheit hinsichtlich der betrieblichen Einordnung vermögen sich – ganz gleich, ob mit oder ohne Abnahme von Personalbeweisen – nicht zu einem Gesamtbild zu verdichten, das auf einen Arbeitsvertrag schliessen liesse.

5. Fazit, Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Die Berufung erweist sich im Ergebnis als unbegründet, weshalb auf das Einholen einer Berufungsantwort der Gegenpartei zu verzichten ist (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Die Berufung ist abzuweisen und das vorinstanzliche Urteil ist samt (an sich unbeanstandet gebliebener) Kostenfestsetzung und -auflage (Dispositivziffern 2 und 3) zu bestätigen.

5.2. Der Streitwert im Berufungsverfahren beträgt Fr. 52'152.95. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist auf Fr. 5'750.– festzusetzen (§ 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 4 Abs. 1 und § 10 Abs. 1 GebV OG).

5.3. 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 von dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen sind.

5.4. Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, der Klägerin infolge 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 das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 4. Abteilung, vom 24. Mai 2022 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'750.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt und von ihrem Kostenvorschuss bezogen.
4. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage des Doppels von Urk. 26 (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. 52'152.95.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 30. Mai 2023

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Huizinga

MLaw L. Hengartner

versandt am:
ip