

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RA160007-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. H.A. Müller, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. M. Schaffitz und Oberrichterin Dr. D. Scherrer sowie Leitende
Gerichtsschreiberin lic. iur. E. Ferreño

Urteil vom 26. Juli 2016

in Sachen

A._____,

Kläger und Beschwerdeführer

gegen

Kanton Zürich,

Beschwerdegegner

vertreten durch Arbeitsgericht Zürich 2. Abteilung

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung (unentgeltliche Rechtspflege)**

**Beschwerde gegen einen Beschluss des Arbeitsgerichtes Zürich,
2. Abteilung, vom 9. Juni 2016 (AN160002-L)**

Erwägungen:

1. a) Am 4. Januar 2016 reichte der Kläger vor Vorinstanz eine Klage gegen die Beklagte (B. _____ AG) mit folgenden Rechtsbegehren ein (Urk. 4/1 S. 1):

- "1. Es sei festzustellen, dass zwischen den Parteien seit 15.3.1999 einen Arbeitsvertrag gab.
2. Es sei die genaue Dauer dieses Arbeitsvertrages festzulegen.
3. Die Beklagte sei zu verpflichten, für die Arbeitslosenkasse eine Arbeitsbescheinigung zu erstellen."

Mit Beschluss vom 9. März 2016 nahm die Vorinstanz vom Streitwert in der Höhe von Fr. 520'000.– Vormerk. Weiter bestimmte sie, dass der Prozess im ordentlichen Verfahren und kostenpflichtig geführt werde und setzte dem Kläger eine Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 21'150.– an (Urk. 4/15). Die dagegen erhobene Beschwerde des Klägers wies die erkennende Kammer mit Urteil vom 5. April 2016 ab (Urk. 4/17). Auf die wiederum vom Kläger erhobene Beschwerde trat das Bundesgericht mit Urteil vom 20. Mai 2016 nicht ein (Urk. 4/18). Am 30. Mai 2016 stellte der Kläger im vorinstanzlichen Verfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 4/19). Dieses wies die Vorinstanz zufolge Aussichtslosigkeit der Klage mit Beschluss vom 9. Juni 2016 ab (Urk. 4/22 = Urk. 2).

b) Hiergegen erhob der Kläger und Beschwerdeführer (fortan Kläger) mit Eingabe vom 23. Juni 2016, eingegangen am 27. Juni 2016, Beschwerde und beantragte was folgt (Urk. 1 S. 1):

- "1. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege sei zu genehmigen.
2. Beim Verfahren beim Obergericht sei die unentgeltliche Rechtspflege auch zu genehmigen."

2. a) Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Die Beschwerde führende Partei hat im Einzelnen darzulegen, an welchen Mängeln (unrichtige Rechtsanwendung, offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts) der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet.

Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind in der Beschwerde ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Der Novenausschluss gilt sowohl in Verfahren mit Verhandlungs- wie in solchen mit Untersuchungsmaxime. Hinsichtlich der Voraussetzungen für die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege kann auf die zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 22 S. 3).

3. a) Die Vorinstanz erwog, der Kläger sei am 15. März 1999 als Verwaltungsrat und damit als Organ der Beklagten (B._____ AG, Beklagte im Hauptverfahren vor Vorinstanz) gewählt worden. Der Grossteil der Rechte und Pflichten eines Verwaltungsratsmitglieds werde durch die Gesellschaftsrechtsbestimmungen vorgegeben und das Rechtsverhältnis habe zumindest vertragsähnlichen Charakter, weshalb der allgemeine Teil des Obligationenrechts und aufgrund der Auffangklausel von Art. 394 Abs. 2 OR Auftragsrecht ergänzend zur Lückenfüllung von Gesetz, Statuten und GV-Beschlüssen heranzuziehen sei (Urk. 2 S. 4). Ein Verwaltungsrat werde nur dann zum Arbeitnehmer, wenn die begriffsnotwendigen Elemente des Arbeitsvertrages, so insbesondere das Subordinationsverhältnis, vorlägen. Hinweise auf ein solches Subordinationsverhältnis würden gänzlich fehlen. Allein aus dem Umstand, dass der Kläger nur über Kollektivunterschrift verfügt habe, nicht Aktionär der Beklagten gewesen sei, in den Büroräumlichkeiten der Gesellschaft gearbeitet und die Beklagte Sozialversicherungsbeiträge bezahlt habe, könne jedenfalls noch nicht auf ein Subordinationsverhältnis geschlossen werden. In der Vereinbarung vom 1. März 2003 sei bezüglich der Verwaltungstätigkeit unmissverständlich von einem Auftragsverhältnis die Rede. Irgendwelche arbeitsvertragstypischen Ansprüche (Probezeit, feste Arbeitszeiten, Lohn, Ferien, etc.) seien in dieser Vereinbarung nicht geregelt und für die Zeit vorher auch nicht geltend gemacht worden. Der Umstand, dass die Parteien die Vereinbarung fest auf zehn Jahre befristet hätten (mit Option auf weitere zehn Jahre), stehe der Qualifikation als Auftrag nicht entgegen. Die Anwendung von Auftragsrecht auf die Vereinbarung vom 3. März 2003 würde lediglich dazu führen, dass deren Befristung auf zehn Jahre zwingendem Recht widerspräche und daher nichtig wäre (Urk. 2 S. 5).

b) Vorab ist festzuhalten, dass der Kläger im Wesentlichen seine Sicht der Dinge in der Beschwerdeschrift darlegt und grösstenteils seine vorinstanzlichen Ausführungen in teilweise leicht abgeänderter oder gar detaillierter Form wiederholt. Es sind nachfolgend lediglich diejenigen Rügen zu behandeln, welche sich mit den vorinstanzlichen Erwägungen konkret auseinandersetzen.

c) Der Kläger bringt im Beschwerdeverfahren vor, er sei gegenüber dem einzelzeichnungsberechtigten Verwaltungsratspräsidenten Dr. C._____ weisungsgebunden gewesen, da er aufgrund seiner Kollektivunterschrift zu zweien für die Ausführung der notwendigen Tätigkeiten in der Verwaltung der Beklagten die Unterschrift von Dr. C._____ benötigt habe (Urk. 1 S. 2). Seine Verwaltungstätigkeit habe der Kontrolle von Dr. C._____ unterstanden (Urk. 1 S. 5). Die vom Kläger vorgebrachte Weisungsbefugnis sowie die Kontrolle von Dr. C._____ ihm gegenüber stellen erstmals erhobene Vorbringen tatsächlicher Natur dar, welche zufolge des geltenden Novenverbots unzulässig und daher im Beschwerdeverfahren nicht beachtlich sind. Ebenfalls unzulässig und nicht zu beachten ist die Behauptung des Klägers, für die dem Verwaltungsrat zugewiesenen unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben (Art. 716a OR) bestehe eine Weisungsbefolgungspflicht (Urk. 1 S. 4). Seine Ausführungen wären denn auch nicht geeignet, ein Subordinationsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten glaubhaft darzutun. Die Zeichnungsberechtigung der beiden Verwaltungsräte vermag nichts über das Vertragsverhältnis zwischen der Beklagten und dem Kläger auszusagen bzw. lässt nicht auf eine Weisungsbefugnis des Verwaltungsratspräsidenten Dr. C._____ gegenüber dem Kläger schliessen (vgl. Urk. 1 S. 3). Auch erweisen sich seine Vorbringen als unsubstantiiert und lassen jegliche Belege vermissen, weshalb denn auch unklar bleibt, welche Weisungen der Kläger zu befolgen hatte und welche Kontrollfunktion Dr. C._____ ihm gegenüber wahrnahm. Seine vorinstanzlichen Vorbringen abermals wiederholend, führt der Kläger erklärend aus, er habe mit seiner Kollektivzeichnungsberechtigung jeweils die Unterschrift von Dr. C._____ benötigt, um für die Verwaltung notwendige Tätigkeiten auszuführen, (Urk. 1 S. 1, 3 und 4) und dementiert wider besseres Wissen die in Ziffer 4 der Vereinbarung vom 1. März 2003 (Urk. 4/4/4) von den Parteien verwendete Bezeichnung des Vertrages als Auftrag (Urk. 1 S. 5).

Das Vorliegen eines Arbeitsvertrages ist im Einzelfall anhand aller Elemente des Vertragsverhältnisses zu beurteilen. Dabei ist weder die von den Parteien gewählte Bezeichnung noch die Einstufung durch die Sozialversicherungen ausschlaggebend. Letzteres trifft schon deshalb nicht zu, weil das Sozialversicherungsrecht von eigenen Begriffsumschreibungen ausgeht. Soweit aber die Arbeit zuweisende Partei Sozialversicherungsbeiträge abzieht und zusammen mit Leistungen von ihrer Seite den Sozialversicherungen überweist, ist dies zwar ein Indiz zugunsten eines Arbeitsvertrages – allerdings ein sehr untergeordnetes. Obwohl die Aktiengesellschaft die AHV auf dem Verwaltungsrats honorar abziehen und keine Mehrwertsteuer bezahlen muss, ist ein Verwaltungsrat, der über seine organisatorischen Pflichten hinaus für die Gesellschaft tätig ist, nicht in jedem Fall Arbeitnehmer. Entscheidend ist für die Abgrenzung das Mass an Unterordnung (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag Praxiskommentar zu Art. 319 - 362 OR, Art. 319 N 6, S. 86M; *OGer ZH RA130012-O vom 5.12.2013 E. 4.2.*). Am 27. Februar 2002 erteilte Dr. C._____, Verwaltungsratspräsident der Beklagten, dem Kläger eine umfassende Vollmacht zur Verwaltung der Beklagten infolge seiner Krankheit (Urk. 4/21/2). Diese wurde mit Vereinbarung vom 1. März 2003 weitergeführt. Vor diesem Hintergrund ist es nicht ersichtlich, wer dem Kläger hätte Anordnungen und Weisungen erteilen können. Dr. C._____ erteilte dem Kläger die umfassende Kompetenz, die Belange der Beklagten zu regeln. Aus dem Handelsregisterauszug der Beklagten lässt sich entnehmen, dass der Kläger ab Januar 2004 für die Beklagte mit Einzelunterschrift zeichnete. Im gleichen Zeitpunkt schied Dr. C._____ als Verwaltungsratspräsident der Beklagten aus und seine Einzelzeichnungsberechtigung erlosch (vgl. Urk. 4/14/3 S. 3: Hinschied Dr. C._____). Ein Arbeitsvertragsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten erscheint mangels Subordinationsverhältnis äusserst unwahrscheinlich. Selbst wenn gewisse Absprachen vor der umfassenden Vollmachtserteilung zwischen dem Kläger und Dr. C._____ erforderlich gewesen wären, ist dies noch kein Nachweis für eine Unterordnung des Klägers in einen fremdbestimmten Betrieb. Auch in einem Auftragsverhältnis besteht ein Weisungsrecht des Auftraggebers und eine Rechenschaftspflicht des Beauftragten gegenüber dem Auftraggeber. Entgegen der Ansicht des Klägers ist es nicht an der Vorinstanz, das Fehlen ei-

nes Subordinationsverhältnisses zwischen dem Kläger und der Beklagten darzulegen und zu begründen. Es liegt am Kläger, der die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt haben will, das Vorhandensein der notwendigen Elemente eines Arbeitsvertrages genügend glaubhaft zu machen, um damit seine Klage als aussichtsreich erscheinen zu lassen (Urk. 1 S. 2). Wie die Vorinstanz zutreffend erwog (Urk. 4/22 S. 5), sprechen gegen ein arbeitsvertragliches Subordinationsverhältnis auch die in der Vereinbarung vom 1. März 2003 fehlenden arbeitsvertragstypischen Ansprüche, insbesondere Arbeitszeit, Lohn, Ferien etc. (Urk. 4/4/4). Die Rüge des Klägers, die Vorinstanz erwähne willkürlich nicht, dass er mit Kollektivunterschrift unter der Geschäftsführung des einzelzeichnungsberechtigten Verwaltungsrates Dr. C. _____ bereits seit 15. März 1999 für die Beklagte gearbeitet habe, d.h. sich um die Verwaltung gekümmert habe (Urk. 1 S. 6 f.), geht daher fehl. Dies gilt ebenso für sein Vorbringen, es habe bereits vor Abschluss der Vereinbarung vom 1. März 2003 ein Arbeitsvertrag bestanden, weshalb die arbeitsvertragstypischen Ansprüche (Probezeit, Arbeitszeiten, Lohn, Ferien etc.) nicht nochmals in die neue Vereinbarung aufgenommen worden seien (Urk. 1 S. 7). Die Akten untermauern seine Vorbringen nicht.

d) Weiter moniert der Kläger, der von der Vorinstanz aufgeführte Entscheid des Bundesgerichts, BGE 130 III 213, treffe auf den vorliegenden Fall nicht zu, gehe es doch dort um die organschaftliche Treuepflicht des Verwaltungsrats- oder Direktionsmitglieds (Urk. 1 S. 4). Er verkennt dabei, dass der Verweis der Vorinstanz auf die Erwägung Ziffer 2.1 des besagten Bundesgerichtsentscheids lediglich dazu diene, die notwendigen Elemente eines Arbeitsvertrages, namentlich das Subordinationsverhältnis, aufzuzeigen (Urk. 4/22 S. 5).

e) Schliesslich ist dem Kläger nicht zu folgen, wenn er im Beschwerdeverfahren die gesamte Vereinbarung vom 1. März 2003 als nichtig bezeichnet, sollten die Bestimmungen des Auftragsrechts zur Anwendung gelangen (Urk. 1 S. 5). Ein Auftrag ist frei widerruflich bzw. jederzeit kündbar (Art. 404 Abs. 1 OR). Zutreffend hielt die Vorinstanz fest, dass die Anwendung von Auftragsrecht auf die Vereinbarung vom 1. März 2003 (Urk. 4/4/4) lediglich die Nichtigkeit der zehnjährigen Befristung bewirke (Urk. 4/22 S. 5). Entsprechend hat die in der Verein-

barung des Klägers und der Beklagten aufgeführte gegenteilige Klausel nicht die Nichtigkeit des gesamten Rechtsgeschäfts, sondern nur der fraglichen Klausel zur Folge (Art. 20 Abs. 2 OR). Infolgedessen verstösst die Vorinstanz – entgegen der Ansicht des Klägers (Urk. 1 S. 6) – nicht gegen das Gebot von Treu und Glauben, wenn sie die Klausel als nichtig ansieht und den restlichen Teil der Vereinbarung als gültig erachtet. Nicht nachvollziehbar ist in diesem Zusammenhang der vom Kläger eingenommene Standpunkt, wonach die Vereinbarung vom 1. März 2003 eindeutig simuliert sei, wenn die Bestimmungen des Auftragsrechts zur Anwendung kämen (Urk. 1 S. 6).

f) Im Übrigen ist der Kläger nicht mittellos. Ihm ist durchaus bekannt, dass seine finanziellen Verhältnisse – insbesondere die Vermögensverhältnisse – und auch die seiner Ehefrau weitgehend als komplex bzw. undurchsichtig anzusehen sind (siehe *OGer ZH RA130003 vom 13.03.2013*, *OGer ZH RB130001 vom 14.05.2013*, *OGer ZH RA140013 vom 6.05.2014* und *OGer ZH RA160005 vom 5.04.2016*, Urk. 4/17). Indem er die Vermögensverhältnisse nicht umfassend (unter genauer Darlegung, was mit den früher erhaltenen, erheblichen Vermögenswerten geschehen ist) offengelegt, kommt er seiner diesbezüglichen Mitwirkungspflicht nicht nach. Diese ist ihm aufgrund der verschiedenen früheren Prozesse bekannt. Daran ändern auch seine Verweise auf Urk. 4/21/1a und b nichts (vgl. Urk. 4/19 S. 1 und Urk. 1 S. 7 f.).

g) Der Beschwerdeschrift lassen sich keine weiteren relevanten konkreten Rügen einer unrichtigen Rechtsanwendung oder einer offensichtlich unrichtigen Sachverhaltsfeststellung entnehmen. Insgesamt erweist sich die Beschwerde des Klägers somit als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

4. a) Im Verfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege werden grundsätzlich keine Kosten erhoben (Art. 119 Abs. 6 ZPO). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt dies allerdings nur für das Gesuchverfahren, nicht jedoch für ein Beschwerdeverfahren darüber (BGE 137 III 470 E. 6.5.5). Entsprechend ist die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren in Anwendung von § 12 in Verbindung mit § 9 Abs. 1 GebV auf Fr. 1'000.– festzusetzen. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Kläger aufzu-

erlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Kläger stellte im Beschwerdeverfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 1 S. 1). Dieses ist zufolge Aussichtslosigkeit seiner Beschwerde abzuweisen (vgl. vorstehende Erwägungen; Art. 117 lit. b ZPO).

b) Es sind keine Parteientschädigungen im Beschwerdeverfahren zuzusprechen (vgl. BGE 139 III 334 E. 4.2).

Es wird erkannt:

1. Das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
2. Die Beschwerde wird abgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt.
4. Die Kosten für das Beschwerdeverfahren werden dem Kläger auferlegt.
5. Es werden keine Parteientschädigungen für das Beschwerdeverfahren zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Beklagte im Verfahren AN160002-L unter Beilage des Doppels von Urk. 1, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

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

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 26. Juli 2016

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Leitende Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Ferreño

versandt am:
se