

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LA170014-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiber Dr. M. Nietlispach

## Beschluss vom 11. Oktober 2017

in Sachen

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

Kläger und Berufungskläger

gegen

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

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Pfäffikon vom 30. März 2017 (AH170001-H)**

## **Erwägungen:**

### **1. Sachverhalt und Prozessverlauf**

1.1. Bei der Beklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend Beklagte) handelt es sich um eine Aktiengesellschaft, deren Zweck gemäss Handelsregistereintrag in der "Beratungstätigkeit und Erbringung von Dienstleistungen und Produkten auf dem Gebiet der Print- und Internetmedien sowie damit verbundenen Finanzierungstätigkeiten aller Art" besteht (Urk. 4/2). Der Kläger und Berufungskläger (fortan Kläger) war im Jahr 2016 während mehrerer Monate für die Beklagte tätig (Urk. 1 S. 1 und Urk. 8; Urk. 13 S. 2).

1.2. Am 1. Juli 2016 unterzeichneten die Parteien einen schriftlichen Arbeitsvertrag (Urk. 4/3 = Urk. 14/4). Darin vereinbarten sie die unbefristete Anstellung des Klägers mit einem Arbeitspensum von 100% als Kadermitarbeiter für ITC-Support/Webmastering/Strategisches Controlling. Der Stellenantritt wurde auf den 15. Juli 2016 und der monatliche Bruttolohn auf Fr. 12'500.– festgesetzt. Während der im Vertrag vereinbarten dreimonatigen Probezeit konnte das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 7 Tagen jederzeit gekündigt werden. Nach Ablauf der Probezeit war es im ersten Dienstjahr unter Einhaltung einer einmonatigen, ab dem zweiten Dienstjahr mit einer zweimonatigen Kündigungsfrist jeweils auf Ende eines jeden Monats kündbar.

Mit Schreiben vom 14. Oktober 2016 (Urk. 4/4) wurde dem Kläger auf den 21. Oktober 2016 gekündigt. Der Kläger stellt sich auf den Standpunkt, die Kündigung sei erst nach Ablauf der Probezeit ausgesprochen worden. Gemäss Arbeitsvertrag gelte daher eine Kündigungsfrist von einem Monat auf Ende eines jeden Monats, und das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten habe folglich erst per 30. November 2016 geendet. Entsprechend habe er Anspruch auf den Lohn bis Ende November 2016 sowie einen Ferienlohn von 5 Tagen für bis zu diesem Zeitpunkt nicht bezogene Ferientage. Die Beklagte ist demgegenüber der Auffassung, die Kündigung sei noch innerhalb der Probezeit erfolgt und das Arbeitsverhältnis somit am 21. Oktober 2016 aufgelöst worden.

1.3. Mit Eingabe vom 29. Januar 2017, tags darauf zur Post gegeben, machte der Kläger beim Bezirksgericht Pfäffikon, Arbeitsgericht (Vorinstanz), gegen die Beklagte eine Forderungsklage über insgesamt Fr. 28'058.20 (Lohn Oktober 2016: Fr. 12'500.-; Lohn November 2016: Fr. 12'500.-; Ferienlohn für 5 Tage: Fr. 2'717.40; Verzugszins 5% bis 15. Februar 2017: Fr. 340.80) anhängig (Urk. 1 und Urk. 3). Zugleich ersuchte er darum, die Beklagte im Sinne einer vorsorglichen Massnahme zur Leistung einer Sicherheit für die eingeklagte Forderung zu verpflichten (Urk. 1 S. 2). Dieses Gesuch wies die Vorinstanz mit Verfügung vom 1. Februar 2017 ab (Urk. 5). Nach durchgeführter Hauptverhandlung (Prot. I S. 4 ff. und Urk. 13), anlässlich welcher die Beklagte beantragte, die Klage abzuweisen und den Kläger zu verpflichten, ihr Fr. 1'580.- Schadenersatz zu bezahlen, erging am 30. März 2017 das vorinstanzliche Urteil (Urk. 16 = Urk. 20). Damit wurde die Beklagte verpflichtet, dem Kläger einen Bruttolohn von Fr. 8'522.- nebst Zins zu 5% seit 21. Oktober 2016 abzüglich Sozialversicherungsbeiträge und anschliessend reduziert um einen Verrechnungsbetrag von Fr. 1'580.- unter Beilage einer Lohnabrechnung auszubezahlen und die entsprechenden Arbeitgeberbeiträge an die zuständigen Sozialversicherungsanstalten abzuführen (Disp.-Ziff. 1). Ausserdem wurde dem Kläger im entsprechenden Umfang in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamts Höfe (Zahlungsbefehl vom 24. Februar 2017) definitive Rechtsöffnung erteilt (Disp.-Ziff. 3). Im Mehrbetrag wies die Vorinstanz die Klage ab (Disp.-Ziff. 2), und sie verpflichtete den Kläger, der Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 3'850.- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuerzuschlag) zu bezahlen (Disp.-Ziff. 5).

1.4. Gegen das vorinstanzliche Urteil erhob der Kläger mit Datum vom 15. April 2017 (Poststempel vom 22. Mai 2017, Eingang am 24. Mai 2017) "Einsprache" (Urk. 19), die sinngemäss als Berufung entgegengenommen wurde. Mit Verfügung vom 13. Juli 2017 wurde der Beklagten Frist zur Beantwortung der Berufung angesetzt (Urk. 24). Die rechtzeitig erstattete Berufungsantwort mit dem Antrag auf Abweisung der Berufung datiert vom 8. August 2017 (Urk. 25) und wurde dem Kläger mit Verfügung vom 9. August 2017 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 28). Die betreffende Postsendung kam zwar mit dem Vermerk "Nicht abgeholt" zurück (Urk. 29); sie gilt dennoch als zugestellt, musste der Kläger als

Rechtsmittelkläger doch mit der Zustellung gerichtlicher Entscheide rechnen (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Weitere prozessuale Anordnungen oder Eingaben sind nicht erfolgt.

## **2. Prozessuales**

2.1. Die Rechtsmittelvoraussetzungen sind erfüllt: Die sinngemäss als Berufung zu behandelnde "Einsprache" richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Entscheid in einer vermögensrechtlichen Angelegenheit, deren Streitwert Fr. 10'000.– übersteigt (Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO) und die nicht unter einen Ausnahmetatbestand gemäss Art. 309 ZPO fällt. Sie wurde form- und fristgerecht erhoben (Art. 311 Abs. 1 sowie Art. 142 f. und Art. 145 Abs. 1 lit. a ZPO; Urk. 17/1). Unter dem Vorbehalt rechtsgenügender Anträge und Begründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO; dazu nachstehend, E. 2.2 und E. 2.3) ist auf die Berufung einzutreten. Der Berufungsentscheid kann aufgrund der Akten ergehen (Art. 316 Abs. 1 ZPO).

2.2. Der Kläger verlangt unter dem Titel "1.1 Antrag" "die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die Rückweisung der Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz oder ein revidierendes Urteil des Obergerichts aufgrund der objektiv relativierten Sachlage" (Urk. 19 S. 1 Antrag 3). Es fragt sich, ob er damit einen rechtsgenügenden Berufungsantrag stellt.

2.2.1. Die Berufungseingabe muss – im Sinne einer Rechtsmittelvoraussetzung – Rechtsbegehren, d.h. Anträge enthalten. Der Berufungskläger muss darlegen, welche konkreten Änderungen des angefochtenen Entscheids er verlangt. Mit Blick auf die reformatorische Natur der Berufung (Art. 318 Abs. 1 lit. b ZPO) hat er grundsätzlich einen Antrag in der Sache zu stellen. Das Rechtsbegehren muss so bestimmt sein, dass es im Falle der Gutheissung der Klage bzw. der Berufung unverändert zum Urteil erhoben werden kann. Namentlich sind Berufungsanträge, die auf eine Geldzahlung gerichtet sind, zu beziffern (BGE 137 III 617 E. 4.2-4.3 und E. 6.1 m.w.Hinw.; BGer 4A\_383/2013 vom 2. Dezember 2013, E. 3.2.1; 4D\_8/2013 vom 8. April 2013, E. 2.2). Ein blosser Antrag auf Aufhebung

und Rückweisung der Sache an die Erstinstanz genügt in der Regel nicht. Ein solcher kommt nur dann in Frage, wenn die Berufungsinstanz bei einer Gutheissung der Berufung mangels Spruchreife nicht selbst entscheiden könnte (Hungerbühler/Bucher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 20; ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 311 N 34).

Aus dem Verbot des überspitzten Formalismus folgt allerdings, dass auf eine Berufung mit formell mangelhaften Rechtsbegehren ausnahmsweise einzutreten ist, wenn sich aus der Begründung, allenfalls in Verbindung mit dem angefochtenen Entscheid, ergibt, was der Berufungskläger in der Sache verlangt oder – im Falle zu beziffernder Rechtsbegehren – welchen Geldbetrag er zugesprochen haben möchte. Rechtsbegehren sind im Lichte der Begründung auszulegen (BGE 137 III 617 E. 6.2 m.w.Hinw.; BGer 4A\_383/2013 vom 2. Dezember 2013, E. 3.2.1; 5A\_380/2012 vom 27. August 2012, E. 3.2.3).

2.2.2. Der Kläger beziffert seinen auf eine Geldleistung gerichteten Berufungsantrag in der Sache ("oder ein revidierendes Urteil des Obergerichts") nicht. Aus der "Ergänzung" der Anträge (in Verbindung mit dem angefochtenen Urteil) geht aber hinreichend klar hervor, was er in der Sache verlangt, nämlich zwei Monatsgehälter von brutto insgesamt Fr. 25'000.– und eine Ferienentschädigung von Fr. 2'717.40 "wie in der Klageschrift gefordert" (Urk. 19 S. 1 f. Ziff. 1 und 3), die Nichtberücksichtigung der von der Vorinstanz zur Verrechnung zugelassenen Schadenersatzforderung der Beklagten über Fr. 1'580.– (Urk. 19 S. 2 Ziff. 4) sowie die Nichtzusprechung einer Parteientschädigung an die Beklagte (Urk. 19 S. 2 Ziff. 6). Damit ist den von der Rechtsprechung entwickelten Anforderungen an die Bestimmtheit des Berufungsantrags Genüge getan (vgl. auch BK ZPO II-Sterchi, Art. 311 N 15; BSK ZPO-Spühler, Art. 311 N 13). Im Übrigen wäre angesichts des nachstehend aufzuzeigenden Mangels, an dem das angefochtene Urteil leidet (E. 3.3), wohl auch der blosser Antrag auf Aufhebung desselben und Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zulässig.

2.3. Das Berufungsverfahren stellt keine Fortsetzung oder gar Wiederholung des erstinstanzlichen Verfahrens dar, sondern ist nach der gesetzlichen Konzeption als eigenständiges Verfahren ausgestaltet (BGE 142 III 413 E. 2.2.1

S. 414 m.Hinw. auf die Botschaft zur Schweizerischen ZPO, BBI 2006 S. 7374). Es zeichnet sich dadurch aus, dass bereits eine richterliche Beurteilung des Rechtsstreits vorliegt, und sein Gegenstand wird durch die Berufungsanträge und die Berufungsbegründung umrissen.

Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO); die Berufungsinstanz verfügt über eine vollständige Überprüfungsbefugnis der Streitsache, mithin über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen. In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist im Sinne einer Eintretensvoraussetzung hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist, d.h. an einem der genannten Mängel leidet. Dazu hat sich der Berufungskläger inhaltlich mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinanderzusetzen und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzuzeigen, woraus sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Pauschale Verweisungen auf frühere Rechtsschriften oder Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen hierfür grundsätzlich nicht. Sie sind namentlich dann unzureichend, wenn sich die Vorinstanz mit den betreffenden Ausführungen des Berufungsklägers auseinandergesetzt hat (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375 f.; 141 III 569 E. 2.3.3 S. 576 f.; BGer 5A\_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3.2; 5A\_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Diese Begründungsanforderungen gelten sinngemäss auch für die Berufungsantwort, wenn und soweit der vorinstanzliche Entscheid (auch) darin beanstandet wird (BGer 5A\_660/2014 vom 17. Juni 2015, E. 4.2 m.w.Hinw.; 4A\_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.2; 4A\_580/2015 vom 11. April 2016, E. 2.2); auch in deren Rahmen geht es daher nicht an, frühere Ausführungen einfach zu wiederholen (vgl. insbes. Urk. 25 S. 10 ff.) oder zum integrierenden Bestandteil der Eingabe zu erklären (so aber Urk. 25 S. 3 Ziff. 3 und S. 16 f. Ziff. 20). Die Berufungsinstanz hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der Berufungsschrift (oder in der Berufungsantwort) in rechtsgenügender Weise erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 S. 417 m.w.Hinw.; BGer 5A\_111/2016 vom 6. September 2016, E. 5.3; 4A\_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3;

4A\_290/2014 vom 1. September 2014, E. 3.1 und E. 5). Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) im Berufungsverfahren eine Relativierung (BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21 und N 39 ff.; Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 57 N 22). In diesem Rahmen ist auf die Parteivorbringen einzugehen, soweit sie für die Entscheidungsfindung relevant sind (BGE 134 I 83 E. 4.1 S. 88 m.w.Hinw.).

2.4. Neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) können im Berufungsverfahren nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO berücksichtigt werden, d.h. wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht wurden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Dabei hat, wer sich auf (unechte) Noven beruft, deren Zulässigkeit darzutun und ihre Voraussetzungen notwendigenfalls zu beweisen (BGE 143 III 42 E. 4.1 S. 43; BGer 5A\_86/2016 vom 5. September 2016, E. 2.1, je m.w.Hinw.). Diese Einschränkung bezüglich des Novenechts gilt auch im Anwendungsbereich der sog. sozialen bzw. eingeschränkten Untersuchungsmaxime (BGE 138 III 625; 142 III 413 E. 2.2.2 S. 415), der der vorliegende Rechtsstreit unterliegt (vgl. nachstehend, E. 3.3.2).

### **3. Materielle Beurteilung**

#### **3.1. Parteistandpunkte**

3.1.1. Der Kläger macht im Wesentlichen geltend, er habe die Kündigung der Beklagten am 17. Oktober 2016 per Post und mithin erst nach Ablauf der Probezeit erhalten. Eine vorgängige persönliche Übergabe des Kündigungsschreibens habe nicht stattgefunden. Ausserdem habe zwischen den Parteien bereits ab Mitte April 2016 ein (erster) Arbeitsvertrag bzw. "ein anstellungsähnliches" resp. "arbeitnehmerähnliches" Verhältnis bestanden, aufgrund dessen er für die Beklagte Arbeiten verrichtet habe. Dieser Vertrag sei nahtlos in den neuen (Arbeits-)Vertrag überführt worden. Die beiden Verträge (vom April 2016 und vom 1. Juli 2016) müssten für die Berechnung der Probezeit "kumuliert" betrachtet werden. Das Arbeitsverhältnis habe im Kündigungszeitpunkt somit bereits seit 6 Monaten bestanden, und die Kündigung sei, da nach Ablauf der dreimonatigen

Probezeit erklärt, folglich erst auf Ende November 2016 rechtswirksam geworden. Sie sei ausgesprochen worden, weil sich die Parteien nicht über die Vergütung von Vorleistungen hätten einigen können, welche der Kläger noch vor dem Zustandekommen des Arbeitsverhältnisses erbracht habe (Urk. 1 und Urk. 8; Prot. I S. 5 ff.). Diese Auffassung liegt auch der Berufung zugrunde (vgl. Urk. 19 S. 4 ff. [Ziff. 1.2.3 und 1.2.4]).

3.1.2. Demgegenüber behauptete die Beklagte zusammengefasst, die Kündigung sei dem Kläger am 14. Oktober 2016 mündlich eröffnet und übergeben worden; er habe sie aber zurückgewiesen. Zwar habe der Kläger vom 15. April bis 14. Juli 2016 tatsächlich Aufträge für sie abgewickelt. Das sei jedoch im Rahmen eines Auftrags geschehen, den sie – die Beklagte – der Firma C.\_\_\_\_\_ AG in ... erteilt habe, für welche der Kläger Alleinzeichnungsberechtigter mit Einzelunterschrift gewesen sei. Bis zu dessen Eintritt am 15. Juli 2016 habe kein Vertragsverhältnis (Auftrag) zwischen ihr und dem Kläger bestanden. Für die betreffenden Arbeiten seien Fr. 32'250.– an die C.\_\_\_\_\_ AG bezahlt worden. Die Kündigung des erst am 1. Juli 2016 geschlossenen Arbeitsvertrags sei somit innert der im Arbeitsvertrag vom 1. Juli 2016 vereinbarten dreimonatigen Probezeit ausgesprochen und das Arbeitsverhältnis demnach am 21. Oktober 2016 aufgelöst worden. Nach Erhalt der Kündigung habe der Kläger eine von ihm bearbeitete Website gesperrt. Die Beklagte habe diese Website neu erstellen lassen müssen, wodurch ihr Aufwendungen von Fr. 1'580.– entstanden seien. Ein Ferienlohnanspruch entfalle, weil der Kläger seine Ferien während der Betriebsferien der Beklagten bezogen habe. Im Übrigen mache die Beklagte Verrechnung der klägerischen Forderungen mit weiteren, ihr zustehenden Schadenersatzansprüchen geltend (Urk. 13; Prot. I S. 4 f. und S. 7 f.). Daran hält die Beklagte im Berufungsverfahren fest (Urk. 25 S. 3 ff.).

### 3.2. Entscheid der Vorinstanz

Die Vorinstanz machte in ihrer Erwägung "II. Prozessuales" zunächst einlässliche Ausführungen zum Wesen und zu den prozessualen Auswirkungen der Verhandlungsmaxime (Art. 55 Abs. 1 ZPO), zur Beweislast (Art. 8 ZGB), zum Recht auf Beweis (Art. 152 Abs. 1 ZPO) und zu den Abschwächungen, denen der



"vorliegend geltende Verhandlungsgrundsatz" unterliege. Gestützt auf diese Grundregeln könne in casu auf ein Beweisverfahren verzichtet und das Verfahren, das sich nach Durchführung der Hauptverhandlung als spruchreif erweise, durch einen Entscheid im Sinne von Art. 236 Abs. 1 ZPO beendet werden (Urk. 20 S. 3 ff. E. II).

In der Sache selbst erwog die Vorinstanz, dass grundsätzlich keine neue Probezeit laufe und eine solche auch nicht vereinbart werden könne, wenn dieselben Parteien einen neuen Arbeitsvertrag abschlossen (z.B. um den bisherigen Vertrag durch einen solchen mit veränderten Arbeitsbedingungen zu ersetzen). Ob die verkürzte Kündigungsfrist der Probezeit oder die ordentliche, für die Zeit nach Ablauf der Probezeit vorgesehene Kündigungsfrist zur Anwendung komme, bestimme sich danach, ob der Zugang der Kündigung beim Empfänger inner- oder ausserhalb der Probezeit stattfinde. Ob die Kündigungsfrist vor oder nach der Probezeit ablaufe, sei hingegen unerheblich (Urk. 20 S. 7 f. E. III.2.2.1-2.2.3). Demnach stelle sich zunächst die Frage des effektiven Beginns des Arbeitsvertrags und somit auch die Frage des Beginns der Probezeit. Das hänge von der rechtlichen Qualifikation des Vertragsverhältnisses der Parteien im Zeitraum vom 15. April 2016 bis 14. Juli 2016 ab, wobei der Kläger "die Beweislast für die Qualifikation des Vertragsverhältnisses als Arbeitsvertrag" trage. Dem Kläger gelinge es nicht, das Vorliegen eines Arbeitsvertrags in jener Zeit darzulegen, geschweige denn zu beweisen, da er im Rahmen der Hauptverhandlung selber von einem Auftragsverhältnis und von "Vor"-Leistungen gesprochen habe. Darüber hinaus habe er die Behauptung der Beklagten, die von ihm im genannten Zeitraum getätigten Arbeiten seien im Rahmen eines Auftrags und nicht im Rahmen eines Arbeitsvertrags ausgeführt worden, auch nicht bestritten. Ferner sei der Kläger sowohl in seiner schriftlichen Ergänzung zur Klagebegründung vom 21. März 2017 (Urk. 8) als auch anlässlich der Hauptverhandlung (Prot. I S. 5 ff.) von einer Tätigkeit für die Beklagte in einem lediglich "arbeitnehmerähnlichen" Verhältnis während 3 Monaten bzw. total 6 Monaten ausgegangen, womit er sich selber zumindest zeitweise ebenfalls nicht klar als Arbeitnehmer gesehen habe, zumal er im Rahmen der Hauptverhandlung auch ausgeführt habe, dass er danach, d.h. nach seinen Vorleistungen, für lediglich 3 Monate in einem Anstellungsverhältnis gewe-

sen sei (Prot. I S. 6). Somit erübrige sich diesbezüglich ein Beweisverfahren. Daher könne der Kläger aus der von ihm eingereichten E-Mail der Beklagten vom 17. April 2016 (Urk. 4/5 und Urk. 10/3), aus welcher hervorgehe, dass zumindest deren Verfasser, D.\_\_\_\_\_, in Bezug auf die Qualifikation des Vertragsverhältnisses der Parteien im Frühjahr 2016 ebenfalls von einem Arbeitsvertrag gesprochen habe, nichts zu seinen Gunsten ableiten. Vielmehr scheine der Kläger offenbar zu verkennen, dass es sich bei einer Arbeitsleistung für eine andere Person, welche der Kläger unbestrittenermassen für die Beklagte verrichtet habe, in rechtlicher Hinsicht keineswegs zwingend um einen Arbeitsvertrag handeln müsse. Unter diesen Umständen sei beim Vertragsverhältnis der Parteien im Zeitraum vom 15. April 2016 bis 14. Juli 2016 nicht von einem Arbeitsvertrag, sondern vielmehr von einem Auftragsverhältnis oder dergleichen auszugehen. Das Arbeitsverhältnis der Parteien habe daher nicht bereits am 15. April 2016, sondern erst am 15. Juli 2016 begonnen. Die vereinbarte dreimonatige Probezeit habe folglich am 15. Juli 2016 zu laufen begonnen und am 15. Oktober 2016 geendet (Urk. 20 S. 8 ff. E. III.3.1.1-3.4).

Weiter führte die Vorinstanz aus, die Beweislast dafür, dass dem Kläger die Kündigung (bereits) am 14. Oktober 2016 eröffnet worden sei, liege bei der Beklagten. Aufgrund der von der Beklagten eingereichten Beweismittel (Urk. 14/10 und Urk. 14/11) sei davon auszugehen, dass dem Kläger die von einem bevollmächtigten Organ der Beklagten unterzeichnete und damit gültige Kündigung spätestens mit E-Mail vom 14. Oktober 2016, 16.42 Uhr, und somit noch innerhalb der Probezeit unter Einhaltung der vereinbarten siebentägigen Kündigungsfrist zugestellt worden sei. Sein Arbeitsvertrag habe folglich am 21. Oktober 2016 geendet. Den bis zu diesem Zeitpunkt geschuldeten und unbestrittenermassen noch nicht ausbezahlten (Oktober-)Lohn bezifferte die Vorinstanz auf Fr. 8'522.– brutto (Urk. 20 S. 10 ff. E. III.4.1.1-4.4.2). Hinsichtlich des eingeforderten Ferienlohns wies die Vorinstanz darauf hin, dass die beklagtische Behauptung unbestritten geblieben sei, wonach der Kläger ab dem 26. September 2016 keine Arbeiten für die Beklagte mehr ausgeführt habe. Es sei deshalb anzunehmen, dass er vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses während über 5 Tagen nicht mehr für die Beklagte gearbeitet habe, womit seine Ferien als bezogen zu gelten hätten. Ins-

gesamt habe der Kläger folglich Anspruch auf den Lohn für die Zeit vom 1. bis 21. Oktober 2016 im Umfang von Fr. 8'522.– brutto (Urk. 20 S. 14 E. III.5.1-6).

Die von der Beklagten anlässlich der Hauptverhandlung geltend gemachte Gegenforderung auf Schadenersatz im Betrag von insgesamt Fr. 29'379.80 hielt die Vorinstanz im Umfang von Fr. 1'580.– für ausgewiesen. Diese mit einer Rechnung belegten Aufwendungen für die notwendige Neuerstellung der Website "E.\_\_\_\_.ch", welche der Kläger während der Anstellungszeit erstellt und nach der Kündigung unberechtigtweise gesperrt habe, habe der Kläger der Beklagten zu ersetzen. Mit Bezug auf den weiteren Schadensbetrag von Fr. 27'799.80 habe die Beklagte nicht substantiiert dargelegt, inwiefern es sich dabei effektiv vollumfänglich um einen Schaden handeln soll. In diesem Umfang sei der Beklagten folglich keine Verrechnungsforderung zuzugestehen (Urk. 20 S. 14 ff. E. III.7.1-7.6). Unter Verrechnung der den Parteien gegenseitig zustehenden Forderungen sei die Beklagte im Ergebnis zu verpflichten, dem Kläger einen Bruttolohn von Fr. 8'522.– nebst Zins zu 5% seit 21. Oktober 2016 abzüglich Sozialversicherungsbeiträge und anschliessend reduziert um einen Verrechnungsbetrag von Fr. 1'580.– unter Beilage einer Lohnabrechnung auszubezahlen und die entsprechenden Arbeitgeberbeiträge an die zuständigen Sozialversicherungsanstalten abzuführen. Im Mehrbetrag sei die Klage abzuweisen (Urk. 20 S. 18 f. E. III.8).

### 3.3. Missachtung der (eingeschränkten) Untersuchungsmaxime

3.3.1. Der Kläger bringt in der Berufung zahlreiche Beanstandungen vor und rügt in mehrfacher Hinsicht eine falsche Sachverhaltsermittlung und einen Verstoß gegen das Willkürverbot. Seine einlässlichen Ausführungen vermögen den formellen Anforderungen an die Begründung einer Berufung aber in weiten Teilen nicht zu genügen, sei es, weil sie sich in einer zu allgemein gehaltenen pauschalen Kritik am angefochtenen Urteil oder in der blossen Wiederholung des bereits vor Vorinstanz Vorgetragenen erschöpfen, ohne hinreichend konkret auf die vorinstanzlichen Erwägungen Bezug zu nehmen und sich rechtsgenügend mit diesen auseinanderzusetzen, oder sei es, weil sie genügend spezifische Hinweise auf konkrete Stellen in den vorinstanzlichen Akten vermissen lassen und insoweit nicht rechtsgenügend dokumentiert sind (vgl. Art. 311 Abs. 1 ZPO und vorne,

E. 2.3). Mitunter ist (mangels solcher Hinweise) auch nicht ersichtlich, ob es sich bei den Vorbringen in der Berufung und den beigebrachten Beilagen (Urk. 22/1-19) um neue Tatsachen(behauptungen) und Beweismittel im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO handelt und, falls ja, ob sie die Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllen (vgl. vorne, E. 2.4); teilweise stellen sie klarerweise unzulässige und daher unbeachtliche Noven dar. Inwieweit die klägerischen Vorbringen und Rügen unter formellen Gesichtspunkten genügen und bei der Entscheidungsfindung Berücksichtigung finden können, braucht indessen nicht im Einzelnen geprüft zu werden, nachdem der Kläger jedenfalls in rechtsgenügender Weise geltend macht, die Vorinstanz habe es – insbesondere mit Bezug auf seine Tätigkeit vor dem 15. Juli 2016 – zu Unrecht unterlassen, den entscheiderelevanten Sachverhalt näher abzuklären (vgl. Urk. 19 S. 5, S. 6, S. 7 [Ziff. 1.2.4.1] und S. 13).

Die Beklagte bestreitet in ihrer Berufungsantwort die Ausführungen des Klägers, nimmt zu diesem Vorwurf aber nicht explizit Stellung (Urk. 25 S. 7 ff.).

3.3.2. Das vorliegende Verfahren hat eine arbeitsrechtliche Angelegenheit zum Gegenstand, deren Streitwert weniger als Fr. 30'000.– beträgt (vgl. Urk. 20 S. 19 E. IV.1). Für derartige Streitigkeiten gilt das vereinfachte Verfahren (Art. 243 Abs. 1 ZPO; vgl. auch Urk. 5 S. 2 E. 1), und das Gericht stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO). Die Ermittlung der für den Entscheid massgeblichen Tatsachen (Sachverhaltserstellung) unterliegt der sog. sozialen bzw. eingeschränkten Untersuchungsmaxime (BGer 4A\_46/2016 vom 20. Juni 2016, E. 7.1.2; BK ZPO II-Killias, Art. 247 N 18 und N 30; KUKO ZPO-Fraefel, Art. 247 N 1; Brunner/Steininger, DIKE-Komm-ZPO, Art. 247 N 6 und N 10).

3.3.2.1. Das vereinfachte Verfahren soll nach seiner gesetzlichen Konzeption laienfreundlich, d.h. auch für nicht rechtskundige Personen zugänglich sein. Es zeichnet sich aus durch vereinfachte Formen, weitgehende Mündlichkeit und richterliche Hilfestellung bei der Feststellung des Sachverhalts (vgl. BGer 4A\_65/2014 vom 1. September 2014, E. 3.1). Bei der – für ein solches Verfahren unabdingbaren (so Botschaft ZPO, BBl 2006 S. 7348) – sozialen Untersuchungsmaxime geht es darum, die (wirtschaftlich oder intellektuell) schwächere Partei zu schützen,

welche aus sozialpolitischen Gründen vor einem Rechtsverlust infolge prozessualen Ungenügens bewahrt werden soll. Ferner soll die Gleichheit zwischen den Parteien hergestellt bzw. deren Gleichbehandlung gesichert und das Verfahren beschleunigt werden. Die Parteien sind jedoch auch unter der Herrschaft der eingeschränkten Untersuchungsmaxime nicht davon befreit, bei der Feststellung des entscheidewesentlichen Sachverhalts aktiv mitzuwirken und die allenfalls zu erhebenden Beweise zu bezeichnen. Sie tragen auch in diesem Bereich die Verantwortung für die Sachverhaltsermittlung. Das Gericht hat den Sachverhalt nicht von sich aus zu erforschen oder nicht vorgetragene Tatsachen nachzugehen; es stellt mithin keine eigenen Ermittlungen an. Es hat lediglich seine Fragepflicht auszuüben (vgl. Art. 56 ZPO) und die Parteien auf ihre Mitwirkungspflicht sowie das Beibringen von Beweisen hinzuweisen (BGE 141 III 569 E. 2.3.1 S. 575 m.w.Hinw.). Zudem hat es sich über die Vollständigkeit der Behauptungen und Beweise zu versichern, wenn diesbezüglich ernsthafte Zweifel bestehen, und den Parteien durch geeignete Fragen auf die Sprünge zu helfen, damit die nötigen Angaben gemacht und die entsprechenden Beweismittel auch wirklich bezeichnet werden. Somit haben die Parteien den Prozessstoff auch hier selber zu sammeln – wenn auch unter Anleitung des Gerichts (Botschaft ZPO, BBI 2006 S. 7348). Nach dem Willen des Gesetzgebers obliegt dem Gericht bei der sozialen Untersuchungsmaxime einzig eine verstärkte Fragepflicht (BGer 4A\_46/2016 vom 20. Juni 2016, E. 7.1.2).

3.3.2.2. Die richterliche Hilfeleistung hat allerdings nur zu greifen, wenn und soweit sie wirklich geboten ist. Ihre Notwendigkeit orientiert sich weniger an einem sozialen Machtgefälle zwischen den Parteien als vielmehr am jeweils vorhandenen Bedürfnis der Parteien nach Unterstützung bei der Prozessführung. Ihr Ausmass richtet sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalls und hängt neben der Schwierigkeit der Materie davon ab, wie eine Partei sozial und intellektuell disponiert ist und ob sie anwaltlich vertreten wird. Sie dient dem Ausgleich eines Machtgefälles zwischen den Parteien oder ungleichen Know-hows, insbesondere wenn ein Laie den Prozess gegen eine anwaltlich vertretene Partei führt. Sind die Parteien durch Rechtsanwälte vertreten, soll und muss sich das Gericht hingegen Zurückhaltung auferlegen wie im ordentlichen Prozess (Botschaft ZPO, BBI 2006

S. 7348; zum Ganzen: BGE 141 III 569 E. 2.3 S. 575 ff.; BGer 4A\_674/2016 vom 20. April 2017, E. 2.1; 4A\_387/2016 vom 26. August 2016, E. 4.1; 4A\_46/2016 vom 20. Juni 2016, E. 7.1.2; 5A\_2/2013 vom 6. März 2013, E. 4.2, je m.w.Hinw.; BK ZPO II-Killias, Art. 247 N 30 ff.; ZK ZPO-Hauck, Art. 247 N 31 ff.; KUKO ZPO-Fraefel, Art. 247 N 8 ff.; einlässlich ferner BSK ZPO-Mazan, Art. 247 N 13 ff.).

3.3.3. Wie die Vorinstanz zutreffend erwog (Urk. 20 S. 9 E. III.3.2), hängt die den eingeklagten (Lohn-)Anspruch präjudizierende Frage, auf welchen Zeitpunkt das zwischen dem Kläger und der Beklagten (unstreitig) begründete Arbeitsverhältnis beendet werden konnte bzw. beendet wurde, davon ab, ob die im Arbeitsvertrag vom 1. Juli 2016 festgesetzte Probezeit im – umstrittenen – Zeitpunkt der Kündigung (14. oder 17. Oktober 2016) bereits abgelaufen war oder nicht. Das wiederum hängt vom effektiven Beginn des Arbeitsverhältnisses ab und damit von der rechtlichen Qualifikation des zwischen den Parteien vom 15. April 2016 bis 14. Juli 2016 bestehenden Vertragsverhältnisses bzw. der rechtlichen Grundlage, aufgrund welcher der Kläger in diesem Zeitraum (unbestrittenermassen) Arbeit für die Beklagte geleistet hatte. Handelte es sich dabei bereits um einen (ersten) Arbeitsvertrag im Sinne von Art. 319 OR, ist dieser für die Berechnung der Probezeit mitzubersichtigen. Zwischen denselben Parteien kann die Probezeit nämlich nur einmal während drei Monaten laufen. Schliessen die Parteien eines Arbeitsvertrags einen neuen, zeitlich anschliessenden Arbeitsvertrag, beginnt grundsätzlich keine neue Probezeit und kann eine solche auch nicht vereinbart werden (vgl. BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335b N 5; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar, 7. Aufl., 2012, Art. 335b N 3 S. 927/928; BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 335b N 3; Brühwiler, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319–343 OR, 3. Aufl., 2014, Art. 335b N 5b; Milani, OFK-OR, Art. 335b N 5 ff.; KUKO OR-Schwaibold, Art. 335b N 7; Wyler/Heinzer, Droit du travail, 3. Aufl., 2014, S. 512; Aubert, Commentaire Romand CO I, 2. Aufl., 2012, Art. 335b N 5; ZR 99 [2000] Nr. 86). Diesfalls wäre die Probezeit im Kündigungszeitpunkt bereits abgelaufen gewesen und die Kündigung – sei sie nun am 14. oder erst am 17. Oktober 2016 rechtswirksam erfolgt – entsprechend der Regelung im schriftlichen Arbeitsvertrag vom 1. Juli 2016 (Urk. 4/3 Ziff. 2) erst auf den 30. November 2016 wirksam geworden. Sollte die Vereinbarung, aufgrund

welcher der Kläger vor dem 15. Juli 2016 Arbeit für die Beklagte geleistet hat, rechtlich hingegen nicht als Arbeitsvertrag zwischen dem Kläger und der Beklagten zu qualifizieren sein, wäre eine am 14. Oktober 2016 ausgesprochene Kündigung noch innerhalb der im (einzigen) Arbeitsvertrag vom 1. Juli 2016 festgesetzten Probezeit erfolgt und das Arbeitsverhältnis folglich am 21. Oktober 2016 beendet worden.

3.3.4. Der Kläger brachte vor Vorinstanz vor, bereits in der Zeit vom 15. April 2016 bis 14. Juli 2016 für die Beklagte gearbeitet zu haben, was Letztere im Grundsatz nicht bestritt. Während der Kläger behauptete, die damalige Arbeitsleistung sei aufgrund eines ersten Arbeitsvertrags (vgl. Urk. 1: "Vertrag 1" und "Vertrag 2", "die beiden Arbeitsverträge", "Mailverkehr zum Beweise, dass Arbeitsverhältnis bereits seit 6 Monaten bestand [Neuvertrag nahtlos ...]"; Urk. 4/5: "Dein befristeter Arbeitsvertrag") bzw. eines "anstellungsähnlichen" resp. "arbeitnehmerähnlichen" Verhältnisses erfolgt (Prot. I S. 5 und S. 6 unten; vgl. auch Urk. 4/5 ["zwei Anstellungsverträge"]), machte die Beklagte jedoch geltend, er habe in dieser Zeit aufgrund eines Auftrags, den sie der Firma C. \_\_\_\_\_ AG in ... erteilt und die sie dafür auch entschädigt habe, Arbeiten für die Beklagte verrichtet (Prot. I S. 4 i.V.m. Urk. 13 S. 2 Ziff. 1, S. 11 Ziff. 17; Prot. I S. 7; s.a. Urk. 14/13 und Urk. 14/15). Nähere Angaben zur Art dieser Arbeiten und zu den Umständen der Erbringung (Ort, Zeit, Art und Weise der Vornahme etc.) machten die Parteien nicht.

3.3.5. Mit diesen Ausführungen wurde kein Tatsachenfundament präsentiert, das den rechtlichen Schluss auf den (Vor-)Bestand eines Arbeitsverhältnisses (im Sinne von Art. 319 ff. OR) zulassen würde. Immerhin trug der Kläger damit ansatzweise tatsächliche Behauptungen vor, die ein vorbestehendes, von ihm geltend gemachtes Arbeitsverhältnis zumindest in den Raum stellen und nach dem Gesagten für den Entscheid somit relevant sind. Seine Vorbringen sind jedoch (zu) wenig substantiiert und mit Blick auf die rechtliche Subsumtion der damaligen klägerischen Tätigkeit unter einen bestimmten Vertragstypus nicht schlüssig. Sie lassen eine rechtliche Qualifikation dieser Tätigkeit als Arbeitsvertrag zwar nicht zu, vermögen den Bestand eines Arbeitsvertrags aber auch nicht auszuschlies-

sen. Um eine Qualifikation vornehmen zu können, müssten weitere Sachumstände erstellt sein – z.B. aufgrund welcher von wem geschlossenen Vereinbarung, an welchem Ort, zu welchen Zeiten, auf wessen Veranlassung, allenfalls unter wessen Kontrolle und Verantwortung oder auf wessen wirtschaftliches Risiko der Kläger seine Arbeit verrichtet hat.

Entgegen der vorinstanzlichen Auffassung (Urk. 20 S. 9 f. E. III.3.3) kann ein vorbestehender Arbeitsvertrag auch nicht deshalb verneint werden, weil der (nicht rechtskundige) Kläger im Rahmen der Hauptverhandlung selber von einem "Auftragsverhältnis" und von "Vor"-Leistungen sprach und die beklagte Behauptung, die von ihm getätigten Arbeiten seien im Rahmen eines Auftrags und nicht im Rahmen eines Arbeitsvertrags ausgeführt worden, nicht bestritt, oder weil er sowohl in seiner schriftlichen Ergänzung zur Klagebegründung (Urk. 8) als auch anlässlich der Hauptverhandlung (Prot. I S. 5 ff.) von einer zeitweiligen Tätigkeit in einem lediglich "arbeitnehmerähnlichen" Verhältnis ausgegangen sei und sich selber zumindest zeitweise ebenfalls nicht klar als Arbeitnehmer gesehen habe. Denn die Qualifikation eines Vertrags, d.h. die Subsumtion eines konkreten Vertrags unter die Legaldefinitionen der gesetzlichen Vertragstypen, stellt keine Tatsache, sondern eine Rechtsfrage dar. Sie erfolgt unabhängig vom (selbst übereinstimmenden) Willen oder von der Vorstellung der Parteien und richtet sich einzig nach der typologischen Ausgestaltung resp. den konkreten Merkmalen des Vertrags und mithin nach objektiven Kriterien (BGer 4A\_200/2015 vom 3. September 2015, E. 4.1.3; 4A\_602/2013 vom 27. März 2014, E. 3.1; 4A\_491/2010 vom 30. August 2011, E. 2.3, je m.w.Hinw.). Ob sich die Parteien der entsprechenden Qualifikation bewusst waren oder einen entsprechenden Vertrag(styp) abschliessen wollten, ist ohne Belang. Ein bestimmter Vertrag kann also auch dann als Arbeitsvertrag zu qualifizieren sein, wenn die Parteien dies gerade nicht wollten. Umgekehrt können bei einem konkreten Vertrag die typenbestimmenden Merkmale eines Arbeitsvertrags fehlen, auch wenn die Parteien (subjektiv) davon ausgingen, es liege ein solcher vor (vgl. BGer 4C.39/2005 vom 8. Juni 2005, E. 2.2). Eine vom Prozessgegner behauptete Vertragsqualifikation kann deshalb nicht rechtswirksam zugestanden oder anerkannt werden. Ebenso wenig trägt der Kläger die Beweislast "für die Qualifikation des Vertragsverhältnisses als Arbeitsvertrag" (so je-



doch Urk. 20 S. 9 E. III.3.3). Als Rechtsfrage ist die Vertragsqualifikation keinem Beweis zugänglich, sondern von Amtes wegen zu beurteilen (Art. 57 ZPO). Notwendigenfalls vom Kläger zu beweisen sind hingegen die für eine Qualifikation als Arbeitsvertrag wesentlichen, im vorliegenden Fall aber noch gar nicht genügend substantiiert bzw. schlüssig behaupteten tatsächlichen Umstände der Arbeitsverrichtung.

Bei dieser Sach- und Behauptungslage hätte die Vorinstanz in Anwendung der vorstehend erörterten Grundsätze zunächst weitere Abklärungen zum Sachverhalt vornehmen bzw. ihre aus Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO fließende verstärkte Fragepflicht ausüben müssen. Insbesondere hätte sie den rechtsunkundigen und nicht anwaltlich vertretenen, sondern den Prozess alleine führenden und augenscheinlich auf richterliche Hilfestellung angewiesenen Kläger auffordern müssen, seine offensichtlich unvollständigen, zu unbestimmten und teilweise auch widersprüchlichen Behauptungen zu seinen vor dem 15. Juli 2016 erbrachten Arbeitsleistungen zu präzisieren, d.h. Art und Umstände der damaligen Tätigkeit, welche deren rechtliche Qualifikation (als Arbeits- oder anderer Vertrag) überhaupt erst ermöglichen, näher darzulegen. Das hat sie vollends unterlassen. Die Erwägungen im angefochtenen Urteil zeigen gegenteils klar, dass sich die Vorinstanz bei der Erstellung des entscheiderelevanten Sachverhalts nicht an Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO, sondern an die Verhandlungsmaxime hielt, die massgeblichen Tatsachen mithin strikt nach den Grundsätzen von Art. 55 Abs. 1 ZPO erstellte (vgl. insbes. Urk. 20 S. 3 f. Ziff. 1, S. 4 Ziff. 4 ["Der vorliegend geltende Verhandlungsgrundsatz"], S. 5 Ziff. 5 ["Gestützt auf die vorgenannten Grundregeln der Beweisführung ... erweist sich das Verfahren als spruchreif"], S. 15 f. Ziff. 7.2.2). Somit liess sie sich mit Bezug auf die Ermittlung des Sachverhalts von einer falschen Prozessmaxime leiten und erstellte den (gesamten) Sachverhalt in Verletzung von Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO nach Grundsätzen, die im vorliegenden Verfahren keine Anwendung finden. Insoweit beruht ihr Urteil auf einer unrichtigen Rechtsanwendung (Art. 310 lit. a ZPO). Die Berufung erweist sich als begründet.

### 3.4. Ergebnis

3.4.1. Zusammenfassend ergibt sich: Indem die Vorinstanz den entscheidungsrelevanten Sachverhalt nach den Grundsätzen der Verhandlungsmaxime statt nach jenen der eingeschränkten Untersuchungsmaxime feststellte und es unterliess, den Kläger aufzufordern, seine tatsächlichen Vorbringen (insbesondere zu seiner Tätigkeit für die Beklagte in der Zeit vor dem 15. Juli 2016) zu ergänzen, hat sie das Recht (Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO ZPO) unrichtig angewendet (Art. 310 lit. a ZPO). Bei korrektem prozessuellem Vorgehen hätte sie den Kläger auffordern müssen, das von ihm zu rudimentär dargelegte tatsächliche Klagefundament zu ergänzen und zu präzisieren, bevor das Urteil gefällt werden durfte. Die Berufung ist deshalb gutzuheissen und das angefochtene Urteil (einschliesslich Entschädigungsregelung) aufzuheben.

3.4.2. Die Sache ist nicht spruchreif. Daran ändert auch das mit der Berufungsbegründung eingereichte Schreiben der Sozialversicherungsanstalt des Kantons St. Gallen vom 7. April 2017 nichts, worin dem Kläger unter Hinweis auf seine Anmeldung für Selbstständigerwerbende vom 27. März 2017 mitgeteilt wurde, dass er für die Zeit vom 1. Februar 2016 bis 15. Juli 2017 sozialversicherungsrechtlich als Arbeitnehmender der Beklagten gelte (Urk. 22/1). Es mag zwar allenfalls ein ohne Verzug (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 S. 417) vorgebrachtes echtes und damit zulässiges neues Beweismittel darstellen (Art. 317 Abs. 1 ZPO und vorne, E. 2.4). Die sozialversicherungsrechtliche Qualifizierung des Rechtsverhältnisses als selbstständige oder unselbstständige Tätigkeit ist für die zivilrechtliche Qualifikation des Vertrages jedoch nur von untergeordneter Bedeutung und vermag für sich allein die Qualifikation als Arbeitsverhältnis nicht zu begründen (vgl. CHK-Emmel, OR 319 N 10; BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 319 N 45; Brühwiler, a.a.O., Art. 319 N 10a; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 319 N 2 S. 72; Dunand, Stämpflis Handkommentar, OR 319 N 46). Dazu bedarf es weiterer objektiver Merkmale resp. materieller Kriterien, die das Vorhandensein eines Arbeitsvertrags indizieren (vgl. zu den Abgrenzungskriterien etwa BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 319 N 42 ff.; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 319 N 2 ff.; Brühwiler, a.a.O., Art. 319 N 10a). Entgegen der klägerischen Ansicht kann die-

ses Schreiben deshalb nicht gleichsam als "staatliche Bestätigung" eines Arbeitsverhältnisses (im Sinne von Art. 319 ff. OR) betrachtet werden (vgl. insbes. Urk. 19 S. 1 unten, S. 4 Ziff. 1.2.1, S. 5 Ziff. 1.2.4.1 [3.], S. 6 und S. 7 Mitte). Die Sache ist daher an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO), welche das Verfahren gemäss der massgeblichen Prozessmaxime fortzuführen, d.h. den entscheiderelevanten Sachverhalt nach Massgabe von Art. 247 Abs. 2 ZPO zu erstellen und alsdann neu zu entscheiden haben wird.

Damit erübrigt es sich, auf die weiteren in der Berufung erhobenen Rügen und Anträge einzugehen.

#### **4. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

4.1. Im Entscheidverfahren werden bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis keine Gerichtskosten erhoben, wenn der Streitwert – wie vorliegend – Fr. 30'000.– nicht übersteigt (Art. 114 lit. c ZPO). Die Kostenlosigkeit gilt auch für das kantonale Rechtsmittelverfahren (BGer 4A\_332/2015 vom 10. Februar 2016, E. 6.2 m.w.Hinw.). Da den Parteien keine bös- oder mutwillige Prozessführung vorzuwerfen ist (vgl. Art. 115 ZPO und dazu BGer 4A\_685/2011 vom 24. Mai 2012, E. 6.2), sind für das Berufungsverfahren keine Gerichtskosten zu erheben.

4.2. Die Kostenfreiheit gemäss Art. 114 ZPO bezieht sich nur auf die Gerichtskosten. Die (von beiden Parteien beantragte) Zusprechung von Parteientschädigungen (Urk. 19 S. 1 Antrag 6 und Urk. 25 S. 2 Rechtsbegehren 2) erfolgt demgegenüber nach den allgemeinen Regeln (Art. 105 ff. ZPO; BK ZPO I-Sterchi, Art. 113 und 114 N 5; Urwyler/Grütter, DIKE-Komm-ZPO, Art. 114 N 2; KUKO ZPO-Schmid, Art. 114 N 5). Beim vorliegenden Ausgang des Berufungsverfahrens (Rückweisung) rechtfertigt es sich, den Entscheid betreffend Parteientschädigung für das Berufungsverfahren dem neuen Entscheid der Vorinstanz zu überlassen, d.h. (grundsätzlich) vom definitiven Ausgang des Verfahrens abhängig zu machen (Art. 104 Abs. 4 und Art. 106 ff. ZPO; KUKO ZPO-Schmid, Art. 104 N 7; BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, Art. 104 N 7; BK ZPO I-Sterchi, Art. 104 N 16; Fischer, Stämpfli Handkommentar, ZPO 104 N 19). Anzumerken bleibt jedoch, dass eine

allfällige Entschädigung des Klägers (nach Art. 95 Abs. 3 lit. a und c ZPO) in Höhe der von ihm eingereichten Kostennote (Urk. 22/19) von vornherein ausser Betracht fällt.

#### **5. Unentgeltliche Rechtspflege im Berufungsverfahren**

Der Kläger stellt das Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege im Berufungsverfahren (Urk. 19 S. 1 Antrag 7). Da für das vorliegende Verfahren keine Gerichtskosten erhoben werden (vgl. vorstehend, E. 4.1) und der Kläger sich nicht anwaltlich vertreten liess, ist das Gesuch gegenstandslos und abzuschreiben.

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

1. In Gutheissung der Berufung wird das Urteil des Bezirksgerichts Pfäffikon, Arbeitsgericht, vom 30. März 2017 aufgehoben und die Sache zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgeschrieben.
3. Für das Berufungsverfahren werden keine Kosten erhoben.
4. Die Entscheidung über die Zusprechung und Höhe einer Parteientschädigung im Berufungsverfahren wird dem neuen Entscheid der Vorinstanz überlassen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erst- und zweitinstanzlichen 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 Angelegenheit arbeitsrechtlicher Natur. Der Streitwert liegt über Fr. 15'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 11. Oktober 2017

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

Dr. M. Nietlispach

versandt am: jo