

# Arbeitsgericht Zürich

4. Abteilung



---

Geschäfts-Nr.: AN170041-L/U

Mitwirkend: Präsident lic. iur. E. Kaufmann als Vorsitzender, die Arbeitsrichterin B. Jaeggi-Geel und der Arbeitsrichter Dr. phil. W. Rüegg sowie der Gerichtsschreiber MLaw D. Talaat

## Urteil vom 29. April 2019

in Sachen

A.,

vertreten durch Rechtsanwältin X.\_

gegen

B., Dr. med.

vertreten durch Rechtsanwalt Y.\_

betreffend **Forderung**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

- "1. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin die Abrechnungen über das Poolkonto resp. Risiko/Absicherungskonto, Konto Nr. Z.\_\_, für Januar 2011 bis 31. Oktober 2016 vollständig und detailliert herauszugeben.
2. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den nach Herausgabe der in Ziffer 1 bezeichneten Abrechnungen zu beziffernde Anteil des Poolkontos, mindestens aber CHF 20'000.- zusätzlich Zins von 5% seit dem 31. Oktober 2016 zu bezahlen.
3. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den nach der Herausgabe der in Ziffer 1 bezeichneten Abrechnung zu beziffernde Ferienlohn, mindestens aber CHF 41'452.55 nebst Zins von 5% seit dem 31. Oktober 2016 zu bezahlen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (inkl. allfälliger MwSt) zu Lasten des Beklagten."

**Anlässlich der Triplik spezifiziertes Rechtsbegehren:**

(act. 40 S. 2)

- "1. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin ihren Anteil des Poolkontos von CHF 31'457.35, zusätzlich Zins von 5% seit dem 30. Oktober 2016 zu bezahlen.
2. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin Ferienlohn von CHF 28'842.60 nebst Zins von 5% seit dem 31. Oktober 2016 zu bezahlen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. allfälliger MwSt) zu Lasten des Beklagten."

**Inhaltsverzeichnis**

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte .....	3
1. Sachverhalt.....	3
2. Prozessgeschichte.....	4
3. Parteibehauptungen .....	4
3.1. Klägerin .....	5
3.2. Beklagter .....	5
II. Qualifikation des vorliegenden vertraglichen Verhältnisses .....	6
1. Rechtliches .....	6
2. Modell der delegierten Psychotherapie.....	9
3. Die wichtigen Punkte in näherer Betrachtung .....	10
3.1. Terminologie .....	11
3.2. Weisungsgebundenheit .....	12

3.3. Arbeitszeit und Ferienbezug / Arbeitsort.....	14
3.4. Arbeitszuweisung.....	16
3.5. Wirtschaftliche Abhängigkeit.....	17
3.6. Rechnungstellung / Lohnzahlungen / Unternehmensrisiko.....	18
3.7. Einbringen des eigenen Patientenstamms .....	20
III. Auszahlung aus dem Poolkonto.....	22
IV. Ferienlohn .....	23
V. Verzugszinsen.....	24
VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen.....	24

## **Erwägungen:**

### **I. Sachverhalt und Prozessgeschichte**

#### **1. Sachverhalt**

Der Beklagte ist Facharzt für Psychiatrie/Psychotherapie sowie Allgemeinmedizin mit eigenen Praxisräumlichkeiten in Zürich. Die Klägerin war vom 1. Januar 2011 bis zum 31. Oktober 2016 beim Beklagten als delegierte Psychotherapeutin tätig (act. 1 Rz. 8, act. 13 S. 4). Zu diesem Zweck schlossen die Parteien am 3. November 2010 eine als *Arbeitsvertrag* bezeichnete Vereinbarung mit Arbeitsbeginn per 1. Januar 2011 (act. 5/2) und unterzeichneten gleichentags das dazugehörige Dokument "Regelungen und Gedanken für die Zusammenarbeit in delegierter Psychotherapie in der Psychiatrisch/Psychotherapeutischen Praxisgemeinschaft Dr. B." (act. 5/3; nachfolgend: "Regelungen für die Zusammenarbeit").

Mit Schreiben vom 22. Juli 2016 kündigte der Beklagte den Vertrag mit der Klägerin unter Einhaltung der dreimonatigen Kündigungsfrist per 31. Oktober 2016 (act. 5/4). Die Klägerin macht mit der vorliegenden Klage einen nunmehr bezifferten Anteil aus dem Poolkonto/Risiko/Absicherungskonto (nachfolgend: Poolkonto) von CHF 31'457.35 sowie Ferienlohn von CHF 28'842.60 geltend (act. 1 S. 2, act. 40 S. 2).

## 2. Prozessgeschichte

Mit Eingabe vom 2. Juni 2017 (Poststempel) reichte die Klägerin Klage mit den eingangs erwähnten Rechtsbegehren ein (act. 1). Die Klagebewilligung datiert vom 17. Februar 2017 (act. 3), womit die Frist von Art. 209 Abs. 3 ZPO gewahrt wurde. Der mit Beschluss vom 10. Juli 2017 geforderte Kostenvorschuss in der Höhe von CHF 6'500.– (act. 6) wurde von der Klägerin fristgerecht geleistet (act. 10). Am 8. September 2017 erstattete der Beklagte die Klageantwort (act. 13). Mittels Präsidialverfügung vom 12. September 2017 wurde der Antrag des Beklagten, das vorliegende Verfahren sei auf die Frage der sachlichen Zuständigkeit zu beschränken, abgewiesen (act. 16). Mit Eingabe vom 12. Oktober 2017 ergänzte der Beklagte seine Klageantwort (act. 18). Am 2. November 2017 wurde ein Schriftenwechsel für die Replik und Duplik angeordnet (act. 20). Die Replik datiert vom 19. Januar 2018 (act. 26), die Duplik vom 10. April 2018 (act. 31). Mit Präsidialverfügung vom 26. April 2018 wurde der Klägerin Frist zu einer allfälligen Triplik angesetzt, da die Duplik Noven enthielt (act. 34). Am 8. Mai 2018 wurden die Parteien dann zur Hauptverhandlung auf den 24. Oktober 2018 vorgeladen (act. 37). Mit Eingabe vom 27. Juni 2018 erstattete die Klägerin die Triplik (act. 40). Am 6. Juli 2018 wurde die Triplik dem Beklagten zugestellt und Frist für eine allfällige Quadruplik angesetzt (act. 43). Am 10. September 2018 ging die Quadruplik bei Gericht ein (act. 46) und wurde am 19. September 2018 der Klägerin weitergeleitet (act. 49). Anlässlich der Hauptverhandlung erstatteten die Parteien ihre Vorträge (Prot. S. 12 ff., act. 51, act. 54). Die anschliessend von den Parteien aussergerichtlich geführten Vergleichsgespräche scheiterten (Prot. S. 17; act. 55). Mit Eingabe vom 29. November 2018 liess der Beklagte ein Urteil in einem ähnlichen Verfahren vor Arbeitsgericht (AH170203-L) einreichen, in welchem zu seinen Gunsten entschieden wurde (act. 56 und 58). Die Klägerin liess demgegenüber mit Eingabe vom 18. Januar 2019 darauf hinweisen, dass gegen jenes Urteil beim Obergericht Berufung erhoben worden sei (act. 60/1+2).

Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

## 3. Parteibehauptungen

### 3.1. Klägerin

Die Klägerin macht zusammengefasst geltend, dass es sich vorliegend um eine Streitigkeit aus Arbeitsverhältnis im Sinne von Art. 319 OR handle (act. 1 Rz. 4) und sie während der gesamten Dauer des Arbeitsverhältnisses in einem 100%-Pensum gearbeitet habe. Lediglich während der Dauer ihrer teilweisen Arbeitsunfähigkeit sei sie in einem 60%-Pensum tätig gewesen (act. 1 Rz. 25). Der Arbeitsvertrag selber verstehe sich gemäss seiner Ziff. 2 klarerweise als Arbeitsvertrag im Sinne von Art. 319 ff. OR. Auch in den übrigen Passagen werde durchwegs eine arbeitsvertragliche Terminologie verwendet. Ebenfalls die dazugehörigen "Regelungen für die Zusammenarbeit" (vgl. act. 5/3) würden eine eindeutige Sprache verwenden: So sei zum Beispiel auf S. 3 festgehalten: "Wir haben um die delegierte Psychotherapie zu ermöglichen, ein Anstellungsverhältnis geschaffen, das für die Abrechnungen zu Lasten der Krankenkassen Voraussetzung ist." Fakt sei, dass die grammatikalische Auslegung eines der wichtigsten Auslegungsinstrumenten überhaupt sei (act. 26 Rz. 9-13).

Das von der Gegenseite hervorgebrachte Argument, dass die Klägerin ausschliesslich selbständig tätig gewesen sein solle, widerspreche in der Konsequenz der eigenen vertraglichen Systematik. In Ziff. 1 des Arbeitsvertrages stehe Folgendes: "Die/der AN führt auf Weisung und unter Aufsicht des AG im Rahmen eines Teilzeitpensums in den Praxisräumen des AG delegierte Psychotherapie durch. Daneben kann die/der AN als selbständig Erwerbender tätig sein. Gegenstand des vorliegenden AV ist ausschliesslich die Tätigkeit der/des AN im Rahmen der delegierten Psychotherapie." In der Systematik des Vertrages werde also durchwegs zwischen der in einem Anstellungsverhältnis erfolgenden delegierten Psychotherapie, auf welche der Arbeitsvertrag Anwendung finde, und einer allenfalls daneben erfolgenden selbstständigen Erwerbstätigkeit unterschieden (act. 26 Rz. 14-15).

### 3.2. Beklagter

Der Beklagte bestreitet das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses. Es handle sich um ein von der Klägerin gesuchtes Anstellungsverhältnis, welches auf die Vorga-

ben zur Leistungspflicht in der obligatorischen Krankenkasse für die sog. "Delegierten Psychotherapeuten" zugeschnitten sei (act. 13 S. 23). Zudem hätten die Parteien kein Vollzeitpensum vereinbart. Die Klägerin und er hätten auch in keiner Weise vertraglich festgelegt, in welchem zeitlichen Umfang die Klägerin für ihn tätig sein solle. Vielmehr habe die Klägerin "nach Absprache" von ihm delegierte Psychotherapien übernehmen sollen, wobei kein Anspruch der Klägerin auf eine bestimmte Mindestanzahl bestanden habe. Bereits diese offene Regelung widerspreche zumindest implizit einem Arbeits- bzw. einem Subordinationsverhältnis (act. 13 S. 11).

Der Beklagte hält weiter fest, die vom Beklagten angestellten "Delegierten Psychotherapeuten" wie die Klägerin hätten den aus ihrer frei gestalteten Arbeit mit den Patienten tatsächlich erwirtschafteten Umsatz abzüglich sämtlicher dem Beklagten aus diesem Verhältnis durch die "Delegierten Psychotherapeuten" entstehenden Kosten wie Sozialversicherungsbeiträge, BVG, Infrastrukturkosten, etc. erhalten (act. 13 S. 24).

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien ist nachfolgend, sofern für die Entscheidungsfindung relevant, einzugehen.

## **II. Qualifikation des vorliegenden vertraglichen Verhältnisses**

### **1. Rechtliches**

Durch den Einzelarbeitsvertrag verpflichtet sich der Arbeitnehmer auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Leistung von Arbeit im Dienst des Arbeitgebers und dieser zur Entrichtung eines Lohnes, der nach Zeitabschnitten oder nach der geleisteten Arbeit bemessen wird (Art. 319 OR). Der Arbeitsvertrag zeichnet sich damit durch vier wesentliche Elemente aus (vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Aufl., Zürich 2012, N 2 zu Art. 319 OR):

- Vorliegen von Arbeitsleistung und nicht Arbeitserfolg;

- Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation und nicht eigenverantwortliche Tätigkeit (Subordinationsverhältnis);
- (privatrechtliches) Dauerschuldverhältnis;
- Entgeltlichkeit.

Ob ein Arbeitsvertrag vorliegt oder nicht, ist im Einzelfall anhand aller Elemente des Vertragsverhältnisses zu beurteilen (REHBINDER/STÖCKLI in: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI/2/21, Art. 319-330b OR, Bern 2010, N 43 zu Art. 319 OR, BGer in JAR 2001 S. 137). Dabei ist weder die von den Parteien gewählte Bezeichnung, noch die Einstufung durch die Sozialversicherungen ausschlaggebend (BGer Urteil 2C\_714/2010 vom 14. Dezember 2010, STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 2 zu Art. 319, S. 72).

Ein entscheidendes Merkmal ist die Eingliederung des Arbeitnehmers in die Arbeitsorganisation des Arbeitgebers (BGE 125 III 78 E.4, BGer Urteil 4C.39/2005 vom 8. Juni 2005 = JAR 2006 S. 265), was das Gesetz dadurch zum Ausdruck bringt, dass die Arbeitsleistung «im Dienst des Arbeitgebers» zu erbringen ist (REHBINDER/STÖCKLI, a.a.O., N 6 zu Art. 319 OR). Diese Subordination des Arbeitnehmers ist rechtlicher Natur. Sie begründet das für den Arbeitsvertrag typische Abhängigkeitsverhältnis in persönlicher, betrieblicher und wirtschaftlicher Hinsicht, welches seinerseits durch ein umfassendes Weisungsrecht des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer in diesen Bereichen geprägt ist (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 319 N 2, S. 72 f.).

Im Hinblick auf die erwähnten Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Arbeitsvertrag und anderen Rechtsverhältnissen ist das Kriterium der Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation nach konstanter Rechtsprechung nicht aufgrund eines einzigen Merkmals, sondern aufgrund einer Würdigung aller Umstände des Einzelfalles vorzunehmen. Es ist zu prüfen, ob der zur Arbeitsleistung Verpflichtete mehr dem Typ des Arbeitnehmers oder jenem des selbständig Tätigen entspricht. Dafür sind in Lehre und Praxis Typuselemente entwickelt worden, die in einer Ge-

samtwürdigung die Indizien für das Vorliegen der einen oder anderen Rechtsbeziehung bilden (REHBINDER/STÖCKLI, a.a.O., N 43 zu Art. 319 OR).

Materielle Merkmale sind etwa (vgl. dazu STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., OR N 2 ff. zu Art. 319 OR; REHBINDER/STÖCKLI, a.a.O., N 6 ff. und 43 ff. zu Art. 319 OR):

- Hohes Mass an Weisungsgebundenheit;
- Unterordnung unter andere im Dienst des Arbeitgebers stehende Personen;
- Handeln in fremdem Namen und auf fremde Rechnung;
- Bindung an feste Arbeitszeiten, Arbeitszeitkontrollen, Pflicht zu regelmässigem Erscheinen;
- Pflicht, die ganze Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen sowie die intensive Inanspruchnahme durch den Arbeitgeber;
- Tätigwerden im Betrieb des Arbeitgebers sowie die Zuweisung eines Arbeitsplatzes;
- Bereitstellung von Arbeitsgeräten oder -material durch den Arbeitgeber;
- Vereinbarung einer Probezeit;
- Gewährung von Ferien durch den Arbeitgeber;
- Führen einer Personalakte durch den Arbeitgeber;
- periodische Entgeltleistung;
- Tragung des Unternehmensrisikos durch den Arbeitgeber;
- Vereinbarung eines Konkurrenzverbotes;
- ausdrücklich erklärter Parteiwille, ein Arbeitsverhältnis begründen zu wollen.

Formale Merkmale, die nur zweitrangig Bedeutung haben, sind:

- Entrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen durch den Arbeitgeber;
- steuerrechtliche oder sozialversicherungsrechtliche Behandlung des Erwerbseinkommens als Einkommen aus unselbständiger Tätigkeit;
- Einordnung der Tätigkeit durch das übrige öffentliche Recht.

## 2. Modell der delegierten Psychotherapie

Zu Beginn ist auf das Modell der delegierten Psychotherapie einzugehen. Delegierte Psychotherapie bedeutet, dass die Psychotherapie vom Arzt oder der Ärztin nicht selber vorgenommen, sondern an fachlich qualifizierte nicht ärztliche Psychotherapeutinnen und Psychotherapeuten delegiert wird. Gemäss der ständigen Rechtsprechung des ehemaligen Eidgenössischen Versicherungsgerichts (EVG), bzw. des Bundesgerichts seit Mai 1981, ist die delegierte Psychotherapie eine Pflichtleistung der Krankenversicherung, wenn die Psychotherapeutinnen und Psychotherapeuten in den Praxisräumen des Arztes oder der Ärztin unter seiner/ihrer direkten Aufsicht und Verantwortung und im Rahmen eines Anstellungsverhältnisses arbeiten (EVG K 141/01 vom 18. Juni 2003 E.3; BGE 125 V 284 E.2a).

Schliesslich ergibt sich aus der Rechtsprechung zur delegierten Psychotherapie, dass das geforderte Anstellungsverhältnis bei der delegierten Psychotherapie ein weit gefasstes Kriterium ist und nicht zwingend ein Arbeitsverhältnis im Sinne von Art. 319 ff. OR vorliegen muss. Wohl verlangt das Eidgenössische Versicherungsgericht aber ein wesentliches rechtliches oder tatsächliches Subordinationsverhältnis, damit die therapeutische Tätigkeit als Pflichtleistung anerkannt werden könne (EVG K 141/01 vom 18. Juni 2003 E.4.4; BGE 125 V 284 E.2a). Ferner wurde aber entschieden, dass die psychotherapeutische Behandlung durch einen selbständig erwerbenden (nichtärztlichen) Psychologen oder Psychotherapeuten keine Pflichtleistung der anerkannten Krankenkassen sei (BGE 104 V 14 E.2).

Die Parteien sind sich einig, dass vorliegend bewusst ein Anstellungsvertrag eingegangen wurde, damit die Klägerin ihre Leistungen der Krankenkasse als Pflichtleistungen im Sinne des KVG in Rechnung stellen konnte (act. 13 S. 8 f., act. 26

Rz. 18). Strittig ist, ob, wie von der Klägerin geltend gemacht, ein Arbeitsverhältnis nach Art. 319 OR zwischen den Parteien vorlag.

### 3. Die wichtigen Punkte in näherer Betrachtung

Die Parteien unterzeichneten eine als "Arbeitsvertrag" betitelte Vereinbarung (act. 5/2) sowie die "Regelungen für die Zusammenarbeit" (act. 5/3). Im "Arbeitsvertrag" wurde neben der delegierten Psychotherapie eine selbständige Erwerbstätigkeit erlaubt (act. 5/2 Ziff. 1). Der Beklagte bringt vor, die Klägerin sei ausschliesslich im Rahmen der ihr freigestellten selbständigen Erwerbstätigkeit tätig gewesen (act. 13 S. 13). Die Klägerin entgegnet, dass sämtliche Patienten unter der Aufsicht des Beklagten und über die Kasse C.\_ abgewickelt worden und somit delegierte Patienten gewesen seien (act. 26 Rz. 17). Des Weiteren sei gemäss dem Beklagten die Fakturierung der Therapien ausschliesslich über ihn erfolgt, damit die Klägerin ihre Leistungen der Krankenkasse habe verrechnen können (act. 13 S. 15). Dies wäre jedoch lediglich bei der delegierten Psychotherapie nötig gewesen. Bei der Betreuung von Privatpatienten hätte die Klägerin selber Rechnung stellen müssen (act. 26 Rz. 16, act. 5/3 S. 7). Der Beklagte bringt denn auch vor, dass über ihn nur diejenigen Patienten abgerechnet worden seien, welche die Klägerin in delegierter Psychotherapie betreut habe. Ob sie daneben noch Privatpatienten gehabt habe, wisse er nicht, noch habe er damit etwas zu tun (act. 31 S. 8, act. 46 S. 5 f.).

Damit ist klar, dass es sich bei sämtlichen abgerechneten Therapien um solche aus delegierter Psychotherapie handelte und es im vorliegenden Verfahren einzig darum geht, ob die Klägerin aufgrund dieser abgerechneten Therapien in einem Arbeitsverhältnis mit dem Beklagten stand. Demzufolge ist nachfolgend zu prüfen, ob zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis nach Art. 319 ff. OR bestand. Auf das Vorliegen der Voraussetzungen der delegierten Psychotherapie ist nicht weiter einzugehen.

### 3.1. Terminologie

Die Klägerin stützt ihre Argumentation zum Vorliegen eines arbeitsrechtlichen Vertragsverhältnisses nach Art. 319 OR im Wesentlichen auf den Wortlaut und die Systematik des als Arbeitsvertrag betitelten Dokuments und die "Regelungen für die Zusammenarbeit" (act. 26 Rz. 8 ff.).

Tatsächlich trägt der von den Parteien am 3. November 2010 unterzeichnete Vertrag den Titel *Arbeitsvertrag*, und die Parteien werden darin als Arbeitgeber und Arbeitnehmer bezeichnet. Alleine gestützt auf den Vertragstitel *Arbeitsvertrag* sowie die Parteibezeichnung als Arbeitnehmer und Arbeitgeber oder gestützt auf einen Verweis auf Art. 319 ff. OR (vgl. act. 5/2, insb. Titel, Rubrum und Ziff. 1 und 2) kann noch nicht auf ein Arbeitsverhältnis geschlossen werden. Ob ein Rechtsverhältnis als Arbeitsvertrag zu qualifizieren ist oder nicht, hängt nicht entscheidend von seiner Bezeichnung durch die Parteien ab, sondern allein vom vereinbarten Inhalt, d.h. davon, ob die gegenseitigen Abmachungen arbeitsvertraglichen Charakter aufweisen (BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Basel 2011, N1b zu Art. 319 OR).

Der Vertrag beinhaltet nebst der Bezeichnung als Arbeitsvertrag die folgenden Indizien, welche für die Qualifikation des Vertrags als Arbeitsvertrag sprechen:

- Der Vertrag verweist auf Art. 319 ff. OR;
- Der Vertrag ist unbefristet;
- Die Therapien werden den Patienten durch den Beklagten in Rechnung gestellt;
- Der Beklagte bezahlt der Klägerin den Nettolohn inkl. Ferienzuschlag aus;
- Vereinbarung eines Ferienlohnes in Form eines Lohnzuschlages von 8.33% des Lohnes;
- Regelung der Lohnfortzahlung bei Arbeitsverhinderung;
- Sozialversicherungsbeiträge und berufliche Vorsorge sind vorgesehen;
- Abschliessen einer Berufshaftpflichtversicherung durch den Beklagten, welche auch die Tätigkeit der Klägerin einschliesst;
- Es ist eine Kündigungsfrist von 3 Monaten vorgesehen.

### 3.2. Weisungsgebundenheit

Unbestritten ist, dass in den ersten sechs bis acht Wochen nach Aufnahme neuer Patienten in die Psychotherapie der Klägerin eine gemeinsame Sitzung mit dem Beklagten stattfinden musste. Danach erfolgte alle sechs Monate eine weitere Sitzung zusammen mit dem Beklagten. Zwischenzeitlich informierte die Klägerin den Beklagten über wichtige Ereignisse in der Therapie, wie beispielsweise Hospitalisation, Unfälle etc. (act. 5/3 S. 2 und 6, act. 13 S. 12, act. 26 Rz. 27, act. 31 S. 15 f.). Ansonsten konnte die Klägerin fachlich weisungsungebunden agieren. Die fachliche Weisungsfreiheit steht der Annahme eines Arbeitsvertrages nicht entgegen; solange eine Weisungsgebundenheit hinsichtlich der betrieblichen Einordnung und der zu verfolgenden Ziele gegeben ist (REHBINDER/STÖCKLI, a.a.O., N 52 zu Art. 319 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 6 zu Art. 319 OR).

Der Beklagte bringt zur betrieblichen Einordnung vor, dass abgesehen von diesen Anordnungen im Rahmen der Patientengespräche keine Weisungsgebundenheit der Klägerin bestanden habe (act. 13 S. 13). Die Klägerin erwidert, dass gerade die "Regelungen für die Zusammenarbeit" (act. 5/3) zu einem wesentlichen Teil aus Anweisungen des Beklagten bestanden hätten (act. 26 Rz. 27). Diese sind nachstehend näher zu betrachten.

Die Klägerin hat sich mit ihrer Unterschrift am 3. November 2011 ausdrücklich mit den "Regelungen für die Zusammenarbeit" einverstanden erklärt (act. 5/3 S. 8). Das Dokument ist datiert vom 22. Mai 2009, mit dem Briefkopf des Beklagten ausgestellt (act. 5/3 S. 1) und aus seiner Perspektive verfasst (beispielsweise act. 5/3 S. 2 Punkt 6, S. 3 Punkt 4 und 5, S. 4 Punkt 10, S. 6, S. 7 Punkt 2). Daraus lässt sich schliessen, dass der Beklagte in den "Regelungen für die Zusammenarbeit" seine Vorstellungen bezüglich des Funktionierens der delegierten Psychotherapie festhält und dadurch den Psychologen und Psychologinnen Vorgaben zur täglichen Arbeit macht, unter anderem da der Beklagte, wie er an mehreren Stellen in den "Regelungen für die Zusammenarbeit" erwähnt, die juristische und fachliche Verantwortung für die delegierte Psychotherapie trägt (act. 5/3 S. 2 Punkt 2, S. 6 Punkt 1, S. 8).

Die "Regelungen für die Zusammenarbeit" enthalten verschiedene Fach- und Zielanweisungen (act. 5/3 S. 1 f.). Ferner werden darin konkrete Anordnungen definiert. Für einen Patientennotfall wird beispielsweise statuiert, dass primär der Beklagte beizuziehen ist. Weiter wird festgehalten, wie die Patientendokumentation zu erfolgen hat (act. 5/3 S. 2), wie mit Rezeptwünschen von Patienten umgegangen wird, wie die Therapeuten und Therapeutinnen den Beklagten zu informieren haben oder wie die zuweisenden Ärzte behandelt werden (act. 5/3 S. 6). Sodann wird erwähnt, dass die Psychologinnen und Psychologen eine Archivierungspflicht der Krankengeschichte sowie mindestens zweimal pro Quartal eine Abrechnungspflicht trifft (act. 5/3 S. 4 f.) und dass der Beklagte bestimmt, wie Leistungen in Abwesenheit abgerechnet werden (act. 5/3 S. 5). Zudem weisen die "Regelungen für die Zusammenarbeit" auch Verhaltensanweisungen auf, so zum Beispiel, dass man Unstimmigkeiten möglichst rasch kommunizieren und die anderen Therapeuten und Therapeutinnen nicht mit traumatisierenden Details aus Therapien zu belasten habe (act. 5/3 S. 2 f.). Schliesslich sind ebenso organisatorische Anweisungen zu finden (Nutzungsgebühren und Kostenbeteiligungen, Rechnungstellung, act. 5/3 S. 3 ff.). All diese Weisungen dienen dazu, einen reibungslosen Geschäftsgang und die korrekte Betreuung der Patienten sicherzustellen. Vor allem das vom Beklagten detailliert aufgestellte Konzept auf S. 2 ermöglichte ihm, die Patienten und die von der Klägerin gewählte Therapie zu überwachen.

Darüber hinaus führt die Klägerin aus, dass der Beklagte nebst den "Regelungen für die Zusammenarbeit" seine Weisungskompetenz auch in anderem Rahmen wahrgenommen habe. Der Beklagte habe seine Therapeuten und Therapeutinnen angehalten, Rezepte und Arbeitsunfähigkeitszeugnisse auf von ihm erteilten blanco unterschriebenen und gestempelten Blättern zu verfassen. Ähnlich sei es mit der Verbuchung von seinen Interventionsstunden verlaufen, die nach Wahrnehmung der Klägerin teilweise nicht im vom Beklagten verrechneten Umfang stattgefunden hätten (act. 26 Rz. 27). Ebenso seien das Wartezimmer und die Küche durch den Beklagten eingerichtet worden und die Küche sei ausschliesslich mit seinen Gestellen und Schränken verstellt worden (act. 26 Rz. 35). Aus diesen Vorbringen lässt sich jedoch keine weitere Weisungsgebundenheit ableiten, zumal

diese unsubstantiiert dargelegt wurden und überdies vom Beklagten bestritten werden.

Im vorliegenden Verfahren trat der Aktenschluss nach den ersten zwei Schriftenwechseln ein (Art. 229 Abs. 2 ZPO). Die neue Tatsache, dass der Beklagte die Therapieabläufe kontrolliert und auch gerügt habe, wurde erstmals in der Eingabe der Klägerin vom 27. Juni 2018 vorgebracht und damit nach Aktenschluss (act. 40 Rz. 9). Somit handelt es sich bei der neuen Tatsache um ein unechtes Novum, das bei genügender Sorgfalt vor Aktenschluss hätte vorgebracht werden können, weshalb es vorliegend nicht mehr berücksichtigt wird (Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO).

Unbestritten ist jedoch, dass die Klägerin dem Beklagten die für die Fakturen gegenüber den Krankenkassen erforderlichen Angaben und Unterlagen geliefert und er diese an die Kasse C.\_ zur Bearbeitung weitergeleitet hatte (act. 5/2 Ziff. 4, act. 18 S. 6).

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Klägerin durch die "Regelungen für die Zusammenarbeit" in arbeitsorganisatorischer- und administrativer Hinsicht weisungsgebunden war. Sie erhielt Weisungen, die über das hinausgingen, was für die Einhaltung der Krankenversicherungsgesetzgebung notwendig gewesen wäre. Durch die Übermittlung sämtlicher Unterlagen zur Abrechnung mit der Kasse C.\_ an den Beklagten hatte dieser die Möglichkeit, nebst der Arbeit auch die Abrechnung der Leistungen der Klägerin zu kontrollieren. In tatsächlicher Hinsicht war die Klägerin somit fest in die Arbeitsorganisation des Beklagten eingebunden, und es kam ihr kein hohes Mass an Selbständigkeit zu.

### 3.3. Arbeitszeit und Ferienbezug / Arbeitsort

Zur Einordnung in eine fremde Arbeitsorganisation gehört neben der Weisungsgebundenheit auch, dass die Arbeitsleistung in zeitlicher und örtlicher Hinsicht im Vertrag umschrieben wird (BGer 4C.276/2006 vom 25. Januar 2007 E.4.1.1, EM-MEL, in: Huguenin/Müller-Chen (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich/Basel/Genf 2016, N 6 zu Art. 319 OR.)

Im *Arbeitsvertrag* (act. 5/2) sowie in den "Regelungen für die Zusammenarbeit" (act. 5/3) wird bezüglich der Arbeitszeit nichts festgehalten. Der Beklagte führt dazu aus, dass die Klägerin ihre Termine mit den Patienten selber vereinbart und koordiniert habe. Ebenfalls sei sie bezüglich ihrer Feriengestaltung, entgegen dem im Arbeitsvertrag festgehaltenen Anspruch von vier Wochen Ferien pro Jahr (act. 5/2 Ziff. 5), an keine Anordnungen seitens des Beklagten gebunden gewesen. So habe die Klägerin auch im Sommer regelmässig während mehrerer Wochen frei genommen und sei um die Weihnachtszeit für längere Zeit abwesend gewesen (act. 13 S. 13 f.), was diese nicht bestritt. Ergänzend hält der Beklagte fest, dass aufgrund der unregelmässigen Arbeitszeiten der Ferienlohn im Nettolohn enthalten sei, da der Beklagte aufgrund seiner Bereitschaft zur "Delegierten Psychotherapie" nicht mit zusätzlichen Kosten, wie der Ferienentschädigung, belastet werden sollte (act. 5/2 S. 2 und act. 13 S. 14).

Demgegenüber steht im *Arbeitsvertrag* ausdrücklich geschrieben, dass die delegierte Psychotherapie in den Praxisräumen des Beklagten auf seine Weisung und unter seiner Aufsicht stattzufinden habe, was auch unbestrittenermassen so erfolgte (act. 5/2 Ziff. 1, act. 1 S. Rz. 8, act. 13 S. 4, act. 40 Rz. 7). Der Darstellung der Parteien kann nicht entnommen werden, dass die Klägerin zusätzlich einen Teil ihrer Arbeit zu Hause oder an einem anderen Arbeitsort erledigt hätte. Darüber hinaus ist die Grundeinrichtung vom Beklagten gestellt worden, wofür die Psychologen und Psychologinnen eine Nutzungsgebühr entrichten mussten (act. 13 S. 14, act. 26 Rz. 35, act. 31 S. 19 f.). Dabei ist es nicht von grosser Relevanz, ob die Klägerin den Praxisraum aussuchen konnte (act. 26 Rz. 33, act. 31 S. 25). Von Bedeutung ist jedoch der Entscheid des Beklagten, dass die Klägerin den Praxisraum trotz der hohen Kosten mit niemandem teilen durfte, unabhängig davon, ob dies zur Untermiete gewesen wäre oder ob die Klägerin den Raum mit einer anderen Psychologin aus der Praxis geteilt hätte (Prot. S. 16 f.). Demzufolge verrichtete die Klägerin ihre Tätigkeit während der gesamten Anstellungsdauer in den Praxisräumen des Beklagten und konnte nicht nur einen der Therapieräume benutzen, sondern unbestrittenermassen von der gesamten Infrastruktur einer bestens ausgerüsteten Psychotherapiepraxis profitieren. Dazu zählte die Mitbe-

nützung des Sekretariats, der EDV-Ausstattung, des Wartezimmers, der Kaffeeküche und des Kopierers.

Die neuen Tatsachenbehauptungen, dass die Klägerin kein Homeoffice haben dürfen, der Beklagte die meisten Schreiben an Patienten oder Organisationen mitunterzeichnet habe und diese immer mit dem Praxisnamen des Beklagten versehen gewesen seien (act. 51 Rz. 7), sind nicht zu berücksichtigen. Es handelt sich dabei um unechte Noven, die erst nach Aktenschluss vorgebracht wurden (Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO).

Die freie Zeiteinteilung (einschliesslich der Freiheit beim Ferienbezug) alleine spricht noch nicht gegen das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses. Denn mit der Flexibilisierung der Arbeitsverhältnisse ist es häufiger geworden, dass keine festen Arbeitszeiten vorgesehen werden, sondern die Arbeitseinsätze nach dem tatsächlichen Arbeitsanfall ausgerichtet werden (Urteil BGer 4C.276/2006 vom 25. Januar 2007, E.4.1.1, EMMEL, a.a.O., N 6 zu Art. 319 OR.). Das vom Beklagten vorgebrachte Argument der Abgeltung des Ferienlohnes durch den Nettolohn inkl. einer Ferienentschädigung und dessen entsprechende Verankerung im *Arbeitsvertrag* (act. 5/2 Ziff. 6) stellt gerade ein Indiz für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses dar. Eigentlich hat eine Ferienregelung nur in einem Arbeitsverhältnis etwas zu suchen. Zudem spricht der Umstand, dass die Klägerin ihre Arbeit ausschliesslich unter Nutzung der Infrastruktur des Beklagten in seiner Praxis erbrachte, für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses.

#### 3.4. Arbeitszuweisung

Im *Arbeitsvertrag* wird festgehalten, dass kein Anspruch des Arbeitnehmers auf Zuweisung einer bestimmten Mindestzahl von Psychotherapien durch den Arbeitgeber bestehe (act. 5/2 Ziff. 3). In den "Regelungen für die Zusammenarbeit" steht, dass die Klägerin selbst für die Akquisition ihrer Patienten verantwortlich sei. Der Beklagte weise nach Möglichkeit Patienten nach seinen Kriterien, ohne Anspruch auf Gerechtigkeit und ohne eine Diskussion über die Verteilung den Psychologen und Psychologinnen zu (act. 5/3 S. 4). Der Beklagte führt dazu aus, er sei weder verpflichtet gewesen, der Klägerin im Rahmen der delegierten Psy-

chotherapie Patienten zuzuweisen noch sei die Klägerin verpflichtet gewesen, Therapieaufträge zu übernehmen (act. 13 S. 11 f.). Dieses Vorbringen bestreitet die Klägerin nicht.

Diese Gegebenheiten lassen sich unter Berücksichtigung des Arbeitsorts in den Praxisräumen des Beklagten weniger eindeutig als Hinweis für oder gegen eine selbständige bzw. unselbständige Erwerbstätigkeit werten.

### 3.5. Wirtschaftliche Abhängigkeit

Ein weiteres Kriterium für die Unterscheidung zwischen einer selbständigen und einer unselbständigen Tätigkeit bildet die Frage der wirtschaftlichen Abhängigkeit. Dabei kommt es letztlich darauf an, ob durch die vertragliche Bindung die Dispositionsmöglichkeit über den Einsatz der eigenen Arbeitskraft in dem Sinne verloren geht, dass über das Entgelt als Gegenleistung hinaus nicht mehr am wirtschaftlichen Erfolg des Einsatzes der eigenen Arbeitskraft partizipiert werden kann. Ein wesentliches Indiz für eine Abhängigkeit in diesem Sinne liegt vor, wenn eine Person ausschliesslich für ein einziges Unternehmen tätig ist (BGer Urteil 4A\_553/2008 vom 9. Februar 2009, E.4.2, EMMEL, a.a.O., N 6 zu Art. 319 OR).

Unbestrittenermassen arbeitete die Klägerin in der delegierten Psychotherapie ausschliesslich für den Beklagten und konnte nur durch ihn ihre Psychotherapie über die obligatorische Krankenkasse abrechnen (act. 1 Rz. 8, act. 13 S. 16 f., act. 31 S. 7, act. 40 Rz. 11). Einig sind sich die Parteien auch darin, dass die Klägerin ohne diese Möglichkeit eine grosse Anzahl ihrer Kunden verloren hätte und es ihr nicht möglich gewesen wäre, neue Kunden zu akquirieren. Ihre Kunden hätten sich ohne die Abrechnung über die obligatorische Krankenkasse die Therapie nicht leisten können (act. 31 S. 7, act. 51 Rz. 6). Für den vorliegenden Fall ist es irrelevant, ob die Klägerin tatsächlich in einem Vollzeitpensum für den Beklagten tätig war, welches sie später aufgrund ihrer Krankheit auf ein 60%-Pensum reduzieren musste (act. 1 Rz. 25, act. 13 S. 11, act. 18 S. 12, act. 26 Rz. 24 f., act. 31 S. 10 ff., act. 40 Rz. 16 ff.). Es ist ohne weiteres möglich, in einem Teilzeitpensum unselbständig erwerbstätig zu sein und nebenbei eine selbständige Erwerbstätig-

keit auszuüben. Demzufolge war die Klägerin vom Beklagten wirtschaftlich abhängig, was wiederum für eine unselbständige Erwerbstätigkeit spricht.

### 3.6. Rechnungstellung / Lohnzahlungen / Unternehmensrisiko

Der Beklagte bringt schliesslich vor, dass die Fakturierung der Therapien der Klägerin über ihn erfolgt sei, weil die Klägerin ansonsten die erbrachten Therapien nicht als Pflichtleistung der obligatorischen Krankenkasse in Rechnung hätte stellen können. Der Anstellungsvertrag sei jedoch so ausgestaltet gewesen, dass die Klägerin letztlich das Ergebnis ihrer Arbeit vollständig erhalten habe, unter Abgeltung der Leistungen des Beklagten, der Infrastrukturkosten und ihm durch die Klägerin entstandenen Aufwendungen, wie die Arbeitgeberbeiträge an Sozialversicherungen, den Beizug Dritter, wie der Kasse C.\_ für administrative Belange (act. 13 S. 16 f.). Darüber hinaus habe der Beklagte mit der Klägerin vereinbart, dass zuhanden der Kasse C.\_ 21% des Umsatzes der Klägerin für Sozialabzüge und Inkassorisiko vom Konto des Beklagten auf das Poolkonto überwiesen werden würden. Zusätzlich seien 5% des klägerischen Umsatzes als sog. Administrativbeiträge in derselben Weise zu behandeln gewesen. Der Restbetrag sollte anschliessend der Klägerin direkt auf ihr Konto ausbezahlt werden (act. 13.S. 19 f.). Die für die Abrechnung der Leistungen notwendigen Unterlagen seien vom Beklagten an die Kasse C.\_ weitergeleitet worden, welche diese mit Blick auf die Leistungen der Krankenkassen bearbeitet habe. Gleichzeitig habe die Kasse C.\_ Lohnabrechnungen der Klägerin erstellt und direkt ihr zugestellt, wobei der Beklagte nicht damit bedient worden sei (act. 18 S. 6 f.).

Die Klägerin macht geltend, dass sie während der gesamten Anstellungsdauer dem Beklagten neben einer horrenden Nutzungsgebühr für die Therapieräume, die Kosten für die Tätigkeit der Kasse C.\_, unter anderem Rückbelastung aus der Rechnungsstellung und Inkassorisiko annullierter Rechnungen, Kosten für Treuhand und Reinigung, die vollständigen BVG-Abzüge (Arbeitgeber und Arbeitnehmerbeiträge) sowie einen Praxisbeitrag von 5% aller Einnahmen bezahlen habe müssen. Zusätzlich seien jeweils 21% des eingenommenen Honorars der Klägerin auf ein sogenanntes Poolkonto/Risiko/Absicherungskonto geflossen (act. 1 Rz. 9 f.). Neben dem vorliegend vereinbarten, gebe es auch verschiedene andere

Entschädigungsmodelle, bei denen ein Arbeitnehmer das unternehmerische Risiko in wesentlichen Teilen mittrage, beispielsweise als Versicherungsberater etc. (act. 26 Rz. 29).

Gemäss Vertrag richtete sich der Lohn der Klägerin nach dem Umfang der erbrachten und tariflich verrechenbaren Leistungen (act. 5/2 Ziff. 5). Es ist unbestritten, dass die Rechnungen für die delegierte Psychotherapie der Klägerin im Namen des Beklagten gestellt wurden (act. 13 S. 15). Zusätzlich richtete der Beklagte der Klägerin über die Kasse C.\_ monatliche Akontozahlungen aus. Die Klägerin erhielt dementsprechend regelmässige Lohnabrechnungen unter dem Namen des Beklagten [ausgestellt von der Kasse C.\_ bzw. später von D.\_ Treuhand GmbH], auf welchen nach Abzug der Sozialversicherungen und des BVG-Anteils der Nettolohn ausgewiesen war. Da es sich dabei um Akontozahlungen handelte und die Kasse C.\_ schliesslich die Einkünfte der Klägerin abrechnete, resultierten starke Schwankungen bei den monatlichen Nettoeinkünften der Klägerin (vgl. act. 5/5, 5/7, 5/9, 5/11, 5/13, 5/15).

Auch aus den "Regelungen für die Zusammenarbeit" ist ersichtlich, dass der Beklagte versuchte, sein finanzielles Risiko soweit wie möglich auf die Klägerin abzuwälzen (act. 5/3 S. 3). Ebenso findet sich bei den Akten eine von den Parteien unterzeichnete Vereinbarung, die besagt, dass die Kasse C.\_ 21% und 5% vom Umsatz der Klägerin abzieht und direkt auf das Poolkonto des Beklagten überweist. Dem Dokument ist jedoch nicht zu entnehmen, welche Kosten mit diesen zwei Beträgen gedeckt werden sollen ("Anweisung an die Kasse C.\_" act. 15/7).

Demzufolge hatte die Klägerin gegen einen Beitrag an die Unkosten ohne grossen organisatorischen oder finanziellen Aufwand die Möglichkeit, ihre Tätigkeit als Psychotherapeutin auszuüben, weshalb nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Klägerin durch die Beteiligung an den Unkosten erhebliche Investitionen tätigen musste. Ebenso ist die Tragung eines erheblichen Verlustrisikos durch die Klägerin nicht ersichtlich. Wohl hatte sie insgesamt einen hohen Beitrag an die Unkosten zu zahlen, jedoch konnte sie angesichts der in der Vereinbarung festgelegten dreimonatigen Kündigungsfrist ihre Tätigkeit als Psychologin bei wirtschaftlichem Misserfolg relativ kurzfristig und ohne Einbussen wieder aufgeben (act. 5/2

Ziff. 10). Das Kündigungsschreiben des Beklagten vom 22. Juli 2016 zeigt, dass diese Kündigungsfrist von den Parteien so gelebt wurde (act. 5/4). Die Klägerin musste somit weder Angestelltenlöhne entrichten, noch für ein längerfristiges Mietverhältnis eintreten (vgl. BGE 144 V 111 E.6.2.1 f.). Es kann offen bleiben, ob die Höhe der abgeführten Kosten angemessen war, da diese Frage nicht Gegenstand der vorliegenden Klage ist.

Des Weiteren sprechen auch die schwankenden Nettolöhne nicht für die Tragung eines erheblichen Unternehmensrisikos durch die Klägerin. Vertragliche Vereinbarungen bezüglich Beteiligungen am Gewinn, Umsatz und sonst am Geschäftsergebnis sind nach Art. 322a OR erlaubt und auch in anderen Berufen anzutreffen. Die Beteiligung darf dabei aber nicht das Betriebsrisiko auf den Arbeitnehmer überwälzen, indem der Arbeitnehmer im Verlustfall keinerlei Lohn erhält. Sie muss immer mit einer Minimalregelung verbunden sein, die angemessenen Lohn garantiert (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 2 zu Art. 322a OR). Ob vorliegend das besagte vereinbarte leistungsbezogene Nettolohnsystem zulässig ist, kann offen bleiben. Auch diese Frage ist nicht Gegenstand der vorliegenden Klage. Insgesamt fehlt es an einem spezifischen Unternehmensrisiko der Klägerin, was gegen eine selbständige Erwerbstätigkeit spricht.

Schliesslich stellt auch der Umstand, dass nur der Beklagte bei der SVA sowie bei der Personalvorsorgestiftung E.\_. angeschlossen ist, einen weiteren Hinweis für einen Arbeitsvertrag dar. So lieferte die Kasse C.\_. unbestritten im Auftrag des Beklagten die gesamten Sozialversicherungsbeiträge sowie BVG-Beiträge an die entsprechenden Institutionen ab (act. 5/2 Ziff. 8).

### 3.7. Einbringen des eigenen Patientenstamms

Der Beklagte führt aus, die Klägerin habe ihren eigenen Patientenstamm in die Praxisgemeinschaft eingebracht und diesen beim Verlassen der Praxis auch wieder mitgenommen (act. 13 S. 12, act. 31 S. 14, act. 46 S. 8). Dies ist allerdings kein taugliches Argument für das Nichtvorliegen eines Arbeitsvertrags. Auch bei anderen (freien) Berufen verhält es sich ähnlich, beispielsweise bei Kundenbera-

tern, Coiffeusen o.ä.. Deshalb sind dort oft keine Konkurrenzverbote möglich. Um Arbeitsverhältnisse handelt es sich aber regelmässig.

### 3.8. Fazit

Im vorliegenden Fall finden sich gerade in den "Regelungen für die Zusammenarbeit" einige Vereinbarungen, die für ein Arbeitsverhältnis atypisch sind. Dazu gehören die weitgehende Kostenbeteiligungen der Klägerin, die Übernahme der BVG-Beiträge inkl. der Prämien für die Krankentaggeldversicherung durch die Klägerin sowie, dass der Beklagte mehrfach seine Schadloshaltung im Zusammenhang mit der Anstellung der Klägerin betont, beispielsweise in Bezug auf Regresse von Krankenkassen, Lohnfortzahlung, Akontolohnzahlungen etc. (act. 5/3 S. 3 f.). Nach dem Gesagten weist die von der Klägerin ausgeübte delegierte Psychotherapie jedoch verschiedene Kriterien auf, die überwiegend zugunsten einer unselbständigen Tätigkeit sprechen. Dazu zählt, dass der Auftritt und die Rechnungsstellung unter dem Namen des Beklagten erfolgten. Von massgeblicher Bedeutung ist, dass die Klägerin vom Beklagten wirtschaftlich abhängig war, da sie ohne ihn ihre Therapien nicht über die obligatorische Krankenkasse abrechnen konnte. Dabei hätte sich die fehlende Abrechnung über die obligatorische Krankenkasse negativ auf die Patientenanzahl der Klägerin ausgewirkt. Bei ihrer gesamten Tätigkeit hatte sie kein erhebliches Unternehmensrisiko zu tragen, zumal sie bei Misserfolg mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten aus dem Vertrag hätte aussteigen können. Zudem unterzeichneten die Parteien ein als Arbeitsvertrag betitelt Dokument, welches noch weitere Elemente eines Arbeitsvertrages beinhaltet. Auch überwies der Beklagte den Arbeitgeber- sowie den Arbeitnehmeranteil der Sozialversicherungsbeiträge über die Kasse C.\_ an die SVA und die Personalvorsorgestiftung E.\_, da nur er bei diesen Institutionen registriert ist. Als gewichtigstes Argument erscheint vorliegend, dass die Klägerin weitgehend betriebswirtschaftlich, persönlich und wissenschaftlich-konzeptuell in die Praxis Dr. med. B. eingebunden war und der diesbezüglichen Kontrolle des Beklagten unterstand. Sodann behandelte sie sämtliche Patienten aus der delegierten Psychotherapie in seinen Praxisräumen unter Mitbenutzung der gesamten Infrastruktur des Beklagten. Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung belegen all diese

Merkmale ein Abhängigkeits- und Unterordnungsverhältnis. Den gegenläufigen Aspekten der freien Patientenannahme, freien Einteilung der Arbeitszeit und Ferien, der Übernahme eines Unkostenbeitrags sowie der Bezahlung der Miete ist deutlich weniger Gewicht beizumessen. Demzufolge handelt es sich beim vorliegenden Vertragsverhältnis um ein Arbeitsverhältnis nach Art. 319 ff. OR.

### III. Auszahlung aus dem Poolkonto

Zwischen den Parteien wurde vereinbart, dass bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses der auf das Risiko/Absicherungskonto einbezahlte Betrag, welcher der Absicherung unvorhersehbarer Risiken dient, zurückerstattet wird (act. 5/3 S. 5).

Unbestritten ist, dass die Klägerin über die Jahre 2011 bis 2016 **CHF 76'999.55** auf das Poolkonto einbezahlte (act. 1 Rz. 16, act. 40 Rz. 37, act. 46 S. 19). Die Klägerin macht über die gesamte Anstellungsdauer an sie ausgerichtete Nettolohnzahlungen von **CHF 301'553.95** geltend (act. 40 Rz. 39). Aus dieser Nettolohnsumme würden CHF 28'007.55 Arbeitnehmerbeiträge resultieren, die unbestrittenermassen die Klägerin zu bezahlen hätte, weshalb sie vom einbezahlten Poolkontobetrag in Abzug gebracht würden (act. 40 Rz. 42 ff.). Das ergebe CHF 48'992.– (CHF 76'999.55 – CHF 28'007.55). Dieser Betrag sei der Klägerin auszuzahlen, wiederum abzüglich 8,576% Arbeitnehmerbeiträge (AHV/IV/EO/ALV/KTV/NBU) bzw. CHF 4'201.55. Der Anspruch beziffere sich auf CHF 44'790.45, wovon der Beklagte CHF 13'333.10 bezahlt habe. Die Restschuld belaufe sich auf **CHF 31'457.35** (act. 40 Rz. 45 f.).

Der Beklagte anerkennt die Berechnung als korrekt, bestreitet jedoch die Nettolohnsumme. Zudem seien vom Poolkonto die Arbeitgeberbeiträge zu bezahlen (act. 31 S. 33 ff., act. 46 S. 19 f.).

Im vorliegenden Fall handelt es sich um ein Arbeitsverhältnis nach Art. 319 ff. OR und beim Betrag von **CHF 76'999.55** um einen Teil des Bruttolohneinkommens der Klägerin. Deshalb können die Arbeitnehmerbeiträge davon nicht in Abzug gebracht werden. Schliesslich statuiert das AHVG, dass vom Einkommen aus un-

selbständiger Erwerbstätigkeit, massgebender Lohn genannt, paritätische Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge erhoben werden und erstere direkt durch den Arbeitgeber vom Lohn abgezogen werden (Art. 5 Abs. 1, Art. 13 und Art. 14 Abs. 1 AHVG). Des Weiteren sind sich die Parteien zum Schluss einig, dass die BVG-Beiträge bereits durch die Kasse C.\_ bezahlt wurden und daher nicht mehr in die Berechnung einfließen (act. 40 Rz. 38, act. 46 S. 19). Sodann ist die Nettolohnsumme, mit welcher die Klägerin rechnet, anhand der eingereichten Lohnausweise der Jahre 2011 bis 2016 ausgewiesen (act. 5/5, 5/7, 5/9, 5/11, 5/13, 5/14).

Aufgrund des nicht substantiierten Vorbringens des Beklagten, weshalb die von der Klägerin berechnete Nettolohnsumme nicht korrekt sei (act. 31 S. 34 ff., act. 46 S. 19), kann der Berechnung der Klägerin gefolgt werden. Zudem hat der Beklagte nicht nachvollziehbar dargelegt, wie er auf das Total in act. 48/30 kommt und welche weiteren Aufwendungen der Beklagte aus dem Poolkonto bezahlt haben soll (act. 31 S. 30 ff., act. 46 S. 16 ff.). Der Klägerin steht ein Anteil von **CHF 31'457.35 netto** des Poolkontos zu.

#### IV. Ferienlohn

Der Beklagte schuldet der Klägerin den von ihr geforderten Ferienlohn (act. 1 Rz. 27 ff., act. 40 Rz. 47 ff.), da ein Arbeitsverhältnis nach Art. 319 ff. OR vorliegt. Das Einrechnen des Ferienlohnes in den Nettolohn ist nicht zulässig. Das Bundesgericht hat die Zulässigkeit einzig bei sehr unregelmässiger Arbeitsleistung oder bei sehr kurzem Arbeitseinsatz bejaht (vgl. etwa BGE 118 II 136 E.3b, BGE 116 II 515 E.4a, BGer Urteil 4C.147/2005 vom 26. September 2005 E.2, STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 3 zu Art. 329d OR), was vorliegend nicht der Fall war. Die Klägerin war etwas mehr als fünf Jahre für den Beklagten tätig und verrichtete ihre Arbeit regelmässig in seinen Praxisräumlichkeiten (act. 1 Rz. 8 und 13 S. 4). Dabei ist auch unbeachtlich, ob die Ferienentschädigung jeweils auf sämtlichen Lohnabrechnungen ausgewiesen wurde (act. 5/18-20, act. 42/33).

Die obenstehenden Berechnungen zum Poolkonto sind bei der Berechnung des Ferienlohns zu berücksichtigen, da es sich bei dem vom Beklagten geschuldeten Anteil am Poolkonto um einen Anteil am Bruttolohn der Klägerin handelt. Bei der Berechnung des Ferienlohns kann auf den letzten Lohn abgestellt werden. Deshalb sind die Beitragssätze in den klägerischen Berechnungen grundsätzlich korrekt und die Berechnung kann herangezogen werden (vgl. act. 40 Rz. 51 ff.):

Massgebend ist der während der Dauer erzielte Nettolohn von CHF 301'553.95 sowie gemäss obigen Ausführungen der noch ausstehende Lohn aus dem Poolkonto von CHF 44'790.45, insgesamt CHF 346'344.40. Nun anerkennt die Klägerin die Verjährung, weshalb der auf die Zeit vor dem 16. Dezember 2011 entfallende Nettolohn von CHF 36'559.93 für die Berechnung nicht zu berücksichtigen ist (act. 40 Rz. 53). Somit ergibt sich die folgende angepasste Rechnung: Auf CHF 309'784.47 sind Sozialbeiträge von 8.576% aufzurechnen, nämlich CHF 29'059.23. Die Ferienentschädigung beträgt somit brutto CHF 338'843.70\*8.33%, also CHF 28'225.68 brutto. Auch dieser Anteil ist Lohn und es sind darauf die gesetzlichen Arbeitnehmerbeiträge von 8.601%, somit CHF 2'427.70 zu entrichten. Somit beträgt die Ferienentschädigung **CHF 25'798.– netto**.

## V. Verzugszinsen

Die Verzugszinsforderung der Klägerin blieb gänzlich unbestritten. Entsprechend ist der Klägerin Verzugszins zu 5 % seit dem 31. Oktober 2016 zuzusprechen.

## VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Prozesskosten werden nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt. Der Beklagte unterliegt praktisch vollständig. Es rechtfertigt sich, dem Beklagten die Kosten vollumfänglich aufzuerlegen und ihn zur Zahlung einer vollen Parteientschädigung zu verpflichten, zumal der auch nach Ansicht des Beklagten geschuldete Betrag von CHF 13'333.10 der erst nach Anhängigmachung der vorliegenden Klage überwiesen wurde (act. 31 S. 41; Art. 106 Abs. 1 und Art. 107 Abs. 1 ZPO).

Bei einem Streitwert von rund CHF 61'452.55 ist die Entscheidgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 GebV OG auf CHF 6'500.– festzusetzen (act. 6). Die Gerichtskosten sind aus diesem Kostenvorschuss zu beziehen. Der Beklagte ist zu verpflichten, der Klägerin den Kostenvorschuss zu ersetzen. Zudem hat er der Klägerin die Kosten des Schlichtungsverfahrens von insgesamt CHF 1'040.– zu erstatten. Diese Kosten gehören gemäss Art. 95 Abs. 2 lit. a ZPO zu den Gerichtskosten und werden nach Art. 207 Abs. 2 ZPO zur Hauptsache geschlagen.

Bei der Bemessung der Parteientschädigung ist von einer Grundgebühr gemäss § 4 Abs. 1 AnwGebV von CHF 8'031.– auszugehen. Diese ist mit der Erarbeitung der Klagebegründung bzw. -antwort sowie der Teilnahme an der Hauptverhandlung verdient (§ 11 Abs. 1 AnwGebV). Für zwei weitere Schriftenwechsel erscheint ein Zuschlag im Sinne von § 11 Abs. 2 und 3 AnwGebV von insgesamt rund 40% als gerechtfertigt. Die Parteientschädigung ist somit auf CHF 11'240.– festzusetzen. Dazu kommt die Mehrwertsteuer von 7.7%.

**Es wird erkannt:**

1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin als Anteil des Poolkontos CHF 31'457.35 netto zuzüglich Zins zu 5 % seit 31. Oktober 2016 zu bezahlen.
2. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin als Ferienlohn CHF 25'798.– netto nebst Zins zu 5 % seit 31. Oktober 2016 zu bezahlen.
3. Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin die Kosten des Schlichtungsverfahrens von CHF 1'040.– zu bezahlen.
5. Die Entscheidgebühr wird auf CHF 6'500.– festgesetzt.
6. Die Gerichtskosten werden vollumfänglich dem Beklagten auferlegt. Sie werden aus dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss bezogen.

Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin den Prozesskostenvorschuss im Umfang von CHF 6'500.– zu ersetzen.

7. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 12'105.50 (CHF 11'240.– plus CHF 865.50 Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
9. Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Zürich, 29. April 2019

ARBEITSGERICHT ZÜRICH  
4. Abteilung

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. E. Kaufmann

MLaw D. Talaat

Anmerkung:

Auf Berufung des Beklagten hin wies das Obergericht des Kantons Zürich die Klage mit Urteil vom 23. Dezember 2019 ab (LA190021). Die gegen das Urteil des Obergerichts erhobene Beschwerde wurde vom Bundesgericht abgewiesen (4A\_64/2020 vom 6.08.20).