



Fall-Nr.:	BZ.2002.93
Stelle:	Kantonsgericht
Rubrik:	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
Publikationsdatum:	02.09.2004
Entscheiddatum:	02.09.2004

Entscheid Kantonsgericht, 02.09.2004

Art. 18 OR (SR 220). Prüfung der Frage, ob es sich beim strittigen Vertrag vom 23. Mai 2002 um einen Arbeitsvertrag oder um einen Auftrag handelt. Dabei ist der übereinstimmende wirkliche Willen der Parteien zu ermitteln. Dies gilt auch für den Fall des Vorliegens eines gemeinsamen Vertragstextes (Kantonsgericht, III. Zivilkammer, Entscheid vom 2. September 2004, BZ. 2002.93).

Erwägungen

I.

1. Mit Kaufvertrag vom 31. August 2001 verkauften der Kläger und seine Ehefrau ihre Beteiligungen von je 100 % an der Beklagten, der Firma B und der Firma C an die Firma D. Im Rahmen dieses Kaufvertrages vereinbarten die Parteien, dass der Kläger Geschäftsführer der Gesellschaften gemäss separatem Arbeitsvertrag bleibt, in welchem seine Kompetenzen, Aufgaben und Unterschriftsberechtigung klar definiert werden. Das Jahressalär wurde im Kaufvertrag mit Fr. 130'000.– festgelegt. Zudem wurde im Kaufvertrag vereinbart, dass der Kläger vom 1. Januar 2003 bis zum Rentenalter als externer Berater für die Beklagte tätig sein sollte. Im gleichen Zusammenhang verpflichtete sich der Kläger, alles in seiner Macht stehende zu unternehmen, dass die von ihm verkauften Gesellschaften weiterhin erfolgreich auf dem Markt sein können. Die im Kaufvertrag erwähnten Arbeitsvertrag und Beratervertrag wurden gleichentags vom Kläger und der Beklagten, diese vertreten durch die Verwaltungsräte der Firma D unterzeichnet und bildeten Anlagen zum Kaufvertrag.



Gemäss Arbeitsvertrag wurde der Kläger als Geschäftsführer der Beklagten angestellt. Er hatte nach den Weisungen des Verwaltungsrates und auf der Grundlage des von diesem erlassenen Organisationsreglementes zu arbeiten. Der Kläger führte Kollektivunterschrift zu zweien. Der Arbeitsvertrag wurde fest abgeschlossen bis zum 31. Dezember 2002. Auf die Vereinbarung einer Probezeit wurde verzichtet. Der Jahreslohn betrug wie im Kaufvertrag vorgesehen Fr. 130'000.– zuzüglich Fr. 18'000.– Spesen.

Gemäss Beratungsvertrag sollte der Kläger für die Beklagte ab dem 1. Januar 2003 als externer Berater zur Verfügung stehen. Dabei sah der Vertrag insbesondere folgende Aufgaben für den Kläger vor: Begleitung und Ausbildung des neuen Geschäftsführers, Unterstützung Verkauf, Unterstützung Kalkulation- und Verkaufsofferten, spezielle Projekte, Strategieplan und Investitionsplanung. Es wurde eine Jahresentschädigung von Fr. 148'020.– inkl. Spesen vereinbart. Der Beratungsvertrag wurde bis zum 31. Dezember 2005 fest abgeschlossen.

2. Am 22. März 2002 wurde der Kläger von der Beklagten freigestellt. Gemäss Beklagte habe sich der Kläger als langjähriger Geschäftsinhaber nicht damit abfinden können, dass er seinen Betrieb verkauft hatte und nun der Leitung der Firma D unterstand. Er sei den von der Firma D angeordneten Änderungen durchwegs ablehnend gegenübergestanden und habe gegen die Vorschläge der Firma D immer opponiert. Dem Kläger habe es an der Bereitschaft gefehlt, in seiner Stellung als Geschäftsführer der Beklagten mit der neuen Leitung zu kooperieren. Der Kläger bestreitet diese Behauptungen der Beklagten, erklärt aber, dass er mit den Entscheiden der neuen Leitung nicht immer einverstanden war. Er habe sich für Belange eingesetzt, die der Beklagten aus seiner Sicht namhafte Verluste erspart hätten. Er habe seine Aufgabe als Geschäftsführer bestmöglich wahrgenommen, habe sich indessen nie richtig entfalten können (vgl. Klageantwort, 5 f. und Widerklageantwort, 4 f.). Trotz dieser Meinungsverschiedenheiten in wichtigen Entscheidungen für die Zukunft der Unternehmung fanden die Parteien wieder zusammen. Mit Schreiben vom 17. April 2002 offerierte die Firma D dem Kläger einen neuen Zusammenarbeitsvertrag, welchen die Firma D als Kadervertrag betitelte (kläg. act. 5 und 6). Dieser Vertrag sah vor, dass der Kläger seine Kompetenzen der Beklagten bzw. der Firma D zur Verfügung stellt. Mit diesem Kadervertrag war jedoch der Kläger nicht einverstanden. Nach den negativen Erfahrungen mit seiner Freistellung wollte der Kläger keinen Beratervertrag



abschliessen, weil ihm ein Beratungsvertrag zu unsicher war und er wegen der Anwendbarkeit des Auftragsrechts jederzeit mit der vorzeitigen Auflösung rechnen musste (vgl. Berufungsantwort, 5 f.). Entsprechend liess der Kläger durch seinen Anwalt eine mit Arbeitsvertrag übertitelte Vereinbarung aufsetzen, welche er der Beklagten als Gegenvorschlag zum Kadervertrag präsentierte. Die Beklagte akzeptierte diesen Vertrag und unterzeichnete ihn am 23. Mai 2002 (kläg. act. 7). Der Vertrag vom 23. Mai 2002 wies dem Kläger insbesondere folgende Aufgaben zu: Begleitung und Unterstützung der Geschäftsführung, Unterstützung Verkauf, Unterstützung Kalkulation- und Verkaufsofferten. Der Kläger war direkt dem Verwaltungsrat unterstellt. Er war in der Einteilung seiner Arbeitszeit frei, sollte aber den Bedürfnissen der Beklagten nach Möglichkeit Rechnung tragen. Der Arbeitsvertrag wurde vom 1. Mai 2002 bis zum 31. Dezember 2005 fest abgeschlossen. Bis zum 31. Dezember 2002 wurde ein jährlicher Bruttolohn von Fr. 130'000.– bei einer Arbeitszeit von 45 Stunden pro Woche und ab 1. Januar 2003 ein jährlicher Bruttolohn von Fr. 117'000.– bei einer Arbeitszeit von 30 Stunden pro Woche zuzüglich Spesenpauschalentschädigung von Fr. 18'000.– pro Jahr vereinbart. Der Kläger hatte gemäss Vertrag Anspruch auf 12 Wochen Ferien.

3. Bereits am 22. Juli 2002 entstanden wieder Meinungsverschiedenheiten zwischen den Parteien. Die Beklagten warfen dem Kläger vor, dass er seinen vertraglichen Verpflichtungen nicht nachkomme. Zudem bemängelten sie, dass sich die Unternehmenszahlen nicht so entwickelten, wie man dies anlässlich des Kaufs der drei Unternehmungen erwartet habe (kläg. act. 8). Mit Schreiben vom 23. August 2002 (kläg. act. 12) liess die Firma D durch ihren Anwalt gravierende Vorwürfe gegenüber dem Kläger erheben. Die Firma D warf dem Kläger vor, er hätte sie im Rahmen der Vertragsverhandlungen über den Wert der gekauften Gesellschaften getäuscht. In der Folge entwickelte sich ein reger Schriftverkehr zwischen den Rechtsvertretern der Firma D und dem Kläger. Trotz dieser Auseinandersetzung liess die Firma D dem Kläger mitteilen, dass er weiterhin bei der Beklagten tätig sein dürfe. Mit Schreiben vom 20. Dezember 2002 (kläg. act. 15) hob dann aber die Beklagte das Vertragsverhältnis, das sie im Schreiben als Arbeitsverhältnis bezeichnete, mit dem Kläger auf. Sie begründete dies primär damit, dass der für die Aktien bezahlte Preis viel zu hoch war. Von einem gültigen Konsens könne nicht die Rede sein. Die Beklagte



habe sich anlässlich der Vertragsunterzeichnungen in einem Grundlagenirrtum befunden. Die Beklagte stellte die Lohnzahlungen ein.

4. In der Folge gelangte der Kläger am 14. Februar 2003 an das Arbeitsgericht und klagte dort den Januar-Lohn 2003 von Fr. 9'000.– und Pauschalspesen in der Höhe von Fr. 1'500.– ein. Zusätzlich verlangte er eine Entschädigung von Fr. 18'000.– in Anwendung von Art. 337c Abs. 3 OR. Die Beklagte beantragte die Abweisung der Klage und verlangte widerklageweise die Herausgabe des Geschäftswagens.

Mit Entscheid vom 1. September 2003 verpflichtete das Arbeitsgericht die Beklagte, dem Kläger einen Betrag von Fr. 9'000.– brutto sowie eine Entschädigung wegen fristloser Entlassung von Fr. 9'000.– zu bezahlen. Im Mehrbetrag wurde die Klage abgewiesen. Zudem wurde der Kläger verpflichtet, seinen Geschäftswagen zurückzugeben.

Gegen dieses Urteil erhoben beide Parteien je selbständig Berufung. Die Beklagte bestreitet mit ihrer Berufung wie schon vor Vorinstanz die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts. Es liege kein arbeitsvertragliches Verhältnis vor. Zudem macht die Beklagte wie vor Vorinstanz Grundlagenirrtum und absichtliche Täuschung durch den Kläger beim Abschluss des Aktienkaufvertrages geltend, weshalb eben auch der Vertrag vom 23. Mai 2002 nicht gültig sei. Des Weiteren macht sie wichtige Gründe für eine sofortige Vertragsauflösung geltend. Dabei argumentiert die Beklagte immer wieder mit dem Aktienkaufvertrag, welcher die Grundlage des zwischen den Parteien bestehenden Vertragsverhältnisses (Arbeitsvertrag oder Auftrag) bildete.

II.

1. Mit Eingabe vom 3. Mai 2004 beantragte die Beklagte mit Hinweis auf Art. 234 ZPO, dass eine Verhandlung bzw. ein zweiter Schriftenwechsel durchzuführen sei. Die Beklagte vertritt die Ansicht, dass der Streitwert über Fr. 20'000.– liege. Bei ihrer Berechnung geht die Beklagte davon aus, dass bei Ermittlung des Bruttostreitwerts auch die vom Arbeitgeber an die Sozialversicherungen zu entrichtenden Arbeitgeberbeiträge zu berücksichtigen seien. Der beklagischen Streitwertberechnung



kann nicht gefolgt werden. Der Streitwert bemisst sich nach dem Bruttolohn, wobei aber die Arbeitgeberbeiträge nicht hinzugezählt werden (vgl. STREIFF/VON KÄNEL, Arbeitsvertrag, N 6 zu Art. 343 OR; MANFRED REHBINDER, Berner Kommentar, N 13 zu Art. 343 OR; JAR 1984, 300). Entsprechend ist weder ein zweiter Schriftenwechsel noch eine mündliche Verhandlung durchzuführen. Im Übrigen entspricht die Durchführung eines einfachen Schriftenwechsels der den Kantonen auferlegten Pflicht, für Arbeitsstreitigkeiten bis zum Streitwert von Fr. 30'000.– ein einfaches und rasches Verfahren vorzusehen (Art. 343 Abs. 2 OR).

2. Am 16. Februar 2004 reichte die Beklagte fristgerecht eine nachträgliche Eingabe ein. Diese erweist sich für das vorliegende Verfahren mehrheitlich als irrelevant. Sie ist aber zulässig in Bezug auf die Behauptung der Beklagten, wonach sie bestreitet, dass der Kläger der Beklagten erklärt und zu verstehen gegeben haben soll, dass er nur bzw. auf jeden Fall nur einen Arbeitsvertrag abschliessen wolle und dass der Kläger die Beklagte über die vom Kläger behaupteten Motive offen informiert habe. Entsprechend treffe es nicht zu, dass die Beklagte im Wissen um die Beweggründe des Klägers den Forderungen des Klägers entsprochen und deshalb neu einen Arbeitsvertrag abgeschlossen habe.

III.

Nachdem die Beklagte die Zuständigkeit des Arbeitsgerichtes bestreitet und geltend macht, es handle sich nicht um eine arbeitsvertragliche Streitigkeit, sondern vielmehr um eine auftragsrechtliche, ist die Rechtsnatur des Vertrages vom 23. Mai 2002 und generell der Zusammenarbeit zwischen den Parteien zu prüfen.

1. Bei der Beurteilung eines Vertrages sowohl nach Form als nach Inhalt ist der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten, die von den Parteien aus Irrtum oder in der Absicht gebraucht wird, die wahre Beschaffenheit des Vertrages zu verbergen (Art. 18 OR). Art. 18 Abs. 1 OR will betonen, dass als Indiz für den „wirklichen Willen“ der Parteien nicht nur der Wortlaut der Erklärungen herangezogen werden darf, sondern darüber hinaus



deren Gesamtkontext, also alle anderen Umstände, die zur Aufdeckung oder zur Aufhellung des Parteiwillens dienlich sein können und insofern konkludent sind. Entscheidend ist die Willenserklärung eines jeden einzelnen Vertragspartners. Es ist zu ermitteln, was der wirkliche Wille der jeweiligen Partei bei der Abgabe dieser Erklärung war. Liegt ein gemeinsamer Vertragstext vor, so ist die Situation nur scheinbar anders, denn in diesem Falle geht es darum herauszufinden, ob die Zustimmungserklärung der jeweiligen Partei mit dem niedergeschriebenen Text wirklich übereinstimmt (vgl. KRAMER, Berner Kommentar, N. 16 ff. zu Art. 18 OR; JÄGGI/GAUCH, Zürcher Kommentar, N. 13 ff. zu Art. 18 OR).

Primäres Auslegungsmittel ist der Wortlaut der Vertragserklärung. Bei dessen Interpretation ist zunächst auf den allgemeinen Sprachgebrauch abzustellen. Diesbezüglich ist festzustellen, dass die Vereinbarung klar als Arbeitsvertrag betitelt und inhaltlich auch als Arbeitsvertrag formuliert ist. Diesem Umstand kommt aber gerade keine entscheidende Bedeutung zu, war es doch gemäss den Ausführungen in den Rechtsschriften erklärtes Ziel des Klägers, die Zusammenarbeit als Arbeitsvertrag zu deklarieren, um eine jederzeitige Vertragsauflösung zu verhindern. Dieses Ziel versuchte der Kläger dadurch zu erreichen, dass die Zusammenarbeit der Parteien als Arbeitsvertrag bezeichnet wurde. Er liess den Vertrag durch seinen Rechtsanwalt redigieren. Allein die gewählte Vertragsformulierung ist nicht entscheidend für die Qualifikation eines Vertrages, wenn ergänzende Auslegungsmittel ergeben, dass der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien ein anderer war (vgl. WIEGAND, Basler Kommentar, N. 25 ff. zu Art. 18 OR). Der Sinn einer schriftlich niedergelegten Willensäusserung beurteilt sich nicht bloss nach ihrem Wortlaut, sondern auch nach dem Zusammenhang, in dem die Äusserung steht und nach den gesamten Umständen, unter denen sie abgegeben ist. Insbesondere sind die Entstehungsgeschichte des Vertrages und die Begleitumstände, wie es zum Vertragsschluss gekommen ist, und das Verhalten der Parteien vor und nach dem Vertragsabschluss von entscheidender Bedeutung.

2.a) Der zur Diskussion stehende Vertrag hat seinen Ursprung im Kaufvertrag vom 31. August 2001 zwischen dem Kläger und seiner Ehefrau einerseits und der Firma D andererseits. Darin war vorgesehen, dass der Kläger bis zum 31. Dezember 2002 als Geschäftsführer für die Beklagte tätig sein sollte. Ab dem 1. Januar 2003 hätte der



Kläger der Beklagten lediglich noch als externer Berater zur Verfügung stehen sollen mit freier Einteilung seiner Arbeitszeit und einer grundsätzlichen wöchentlichen Beanspruchung von nicht mehr als 30 Stunden. Dabei war es gemäss Aktennotiz vom 31. August 2001, deren Richtigkeit von beiden Parteien nicht bestritten wird, die Meinung der Parteien, dass die im Beratervertrag vereinbarte Entschädigung unabhängig von den geleisteten Stunden geschuldet und zu bezahlen ist. Gemäss dieser Aktennotiz betrachtete man die aus dem Beratervertrag geschuldete Entschädigung als zusätzlichen Käuferlös, den der Kläger von Anbeginn verlangt habe (bekl. act. 40). Es ist denn auch durchaus üblich, dass bei einem Firmenverkauf ein Teil des Kaufpreises über sogenannte Lohnzahlungen bezahlt wird, um einerseits dem Verkäufer über den Verkauf hinaus die Sozialleistungen weiter zu bezahlen, andererseits vom Knowhow des Verkäufers zu profitieren. Dabei ist es aber meistens nicht die Idee und faktisch auch nicht möglich, dass sich der ehemalige Alleinaktionär dem neuen Verwaltungsrat im Sinne eines Arbeitnehmers unterordnet und weisungsgebunden ist, ist es doch primäre Aufgabe des so beschäftigten Verkäufers, die Käufer in die ihm bekannten Geschäftsabläufe einzuarbeiten und bei den bestehenden Kunden einzuführen und vorzustellen. Die für einen Arbeitsvertrag typischen Elemente der Unterordnung und Weisungsgebundenheit fehlen gerade. Somit steht fest, dass es ursprünglich klar nicht der Wille der Parteien war, dass der Kläger bis Ende 2005 als Arbeitnehmer in den Diensten der Beklagten zu stehen hätte. Vielmehr sahen die Parteien anlässlich der Unterzeichnung des Aktienkaufvertrages die Position des Klägers nach einer rund einjährigen Phase als Geschäftsführer als aussenstehenden Berater, der die Beklagte im Tagesgeschäft unterstützen sollte. Vor diesem Hintergrund ist es höchst fraglich, ob der Kläger sich mit dem Vertrag vom 23. Mai 2002 – entgegen der bisherigen klaren Planung der Parteien – effektiv als Arbeitnehmer mit sämtlichen Rechten und vor allem auch Pflichten der Beklagten unterstellen wollte.

b) Diesbezüglich gilt es auch das Verhalten der Parteien nach Vertragabschluss zu würdigen. Insbesondere bei einem Dauerschuldverhältnis wie es hier vorliegt, kommt dem Verhalten der Parteien nach Vertragsabschluss eine entscheidende Bedeutung zu. Aus der Art und Weise, wie die Parteien den Vertrag gelebt haben, ergibt sich auch der Wille, was sie mit dem Vertrag effektiv gewollt haben.



aa) Durch den Arbeitsvertrag verpflichtet sich der Arbeitnehmer auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Leistung von Arbeit im Dienste des Arbeitgebers und dieser zur Entrichtung eines Lohnes (Art. 319 OR). Vom Auftrag unterscheidet sich der Arbeitsvertrag in erster Linie durch das Merkmal der rechtlichen Subordination des Arbeitnehmers in persönlicher, zeitlicher und organisatorischer Hinsicht (vgl. BGE 121 I 359 E.3a, 226, 4C.220/2003; REHBINDER, Berner Kommentar, N 49 zu Art. 319 OR). Dabei wird der Unterordnung sowohl in der Doktrin wie in der Gerichtspraxis für die Begriffsbestimmung am meisten Gewicht beigemessen (vgl. STAEHELIN, Zürcher Kommentar, N 27 zu Art. 319 OR). Eine persönliche Abhängigkeit und Unterordnung des Arbeitnehmers zeichnet sich dadurch aus, dass er den Anordnungen, Weisungen und der Aufsicht des Arbeitgebers unterstellt und ihm damit rechtlich untergeordnet ist. Ob dabei eine Vertragspartei derart in die Betriebsorganisation der anderen eingegliedert und entsprechend weisungsgebunden ist, entscheidet sich aufgrund sämtlicher Umstände. Abgrenzendes Merkmal zwischen selbständiger Tätigkeit und Arbeitsverhältnis ist die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation (JÜRIG BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, N 5 zu Art. 319 OR). Für ein Abhängigkeits- und Unterordnungsverhältnis sprechen namentlich folgende Indizien:

- a. Umfassende Weisungsbefugnis der Partei, für welche die andere Partei tätig wird.
- b. Geringes Mass an Selbständigkeit der Partei, welche für die andere Partei tätig wird.
- c. Eingehende und ständige Überwachung der Partei, welche für die andere tätig wird.
- d. Pflicht zur Berichterstattung, der insofern geringere Bedeutung zukommt, als auch der Auftragnehmer zur Berichterstattung verpflichtet ist.
- e. Bindung an feste Arbeitszeiten, Arbeitszeitkontrolle, Pflicht zu regelmässigem Erscheinen zur Arbeit.
- f. Pflicht, die ganze Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen, sowie die intensive Inanspruchnahme durch die Partei, für welche die andere Partei tätig wird.
- g. Zuweisung eines Arbeitsplatzes.



St.Galler Gerichte

h. Keine Miete von Geschäftsräumen durch die Partei, welche für die andere Partei tätig wird.

i. Keine eigene Werbetätigkeit, kein eigenes Geschäftspapier, kein eigenes Geschäftsdomizil (vgl. GVP 2003, Nr. 69 mit diversen Hinweisen auf Literatur und Aufzählung weiterer Indizien).

bb) Nicht allen Indizien kommt dabei die gleiche Bedeutung zu. Im Vordergrund steht die praktische Gestaltung des Arbeitsablaufs. Es stellt sich die Frage, wie frei ist der Ausführende in der Gestaltung der Arbeit in zeitlicher und sachlicher Hinsicht und wie weit muss er über sein Tun Weisungen entgegennehmen und Rechenschaft ablegen (vgl. GVP 2003, Nr. 69, S. 215). Entscheidend für die Abgrenzung ist somit der Umfang der Weisungsbefugnis, der Selbständigkeit, der Überwachung, der Pflicht zur Berichterstattung, die Bindung an feste Arbeitszeiten und die Arbeitszeitkontrolle.

Überprüft man den zur Diskussion stehenden Vertrag und die darauf basierende Zusammenarbeit der Parteien an Hand dieser Merkmale, so fällt auf, dass der Kläger an seinem Arbeitsort im Kanton St. Gallen keinen direkten Vorgesetzten hatte, obwohl er nicht als Geschäftsführer für die Beklagte arbeitete. Der Kläger war direkt dem Verwaltungsrat unterstellt, welcher selber nicht am Arbeitsort im Kanton St. Gallen tätig war, sondern am Sitz der Firma D in der Westschweiz. Entsprechend wenig bzw. gar nicht wurde der Kläger während seiner Tätigkeit für die Beklagte von seinen Vorgesetzten überwacht. Der Kläger führt denn auch selber aus, dass er vom Verwaltungsrat keine Weisungen erhielt und er gegenüber dem Verwaltungsrat nie zu rapportieren hatte (vgl. Berufungsantwort des Klägers, 10), was gegen eine Unterordnung spricht. Dazu kommt, dass es offenbar immer dann zu Spannungen zwischen den Parteien kam, wenn die Beklagte in gewissen Punkten eine andere Meinung und Geschäftspolitik vertrat, wie der Kläger. Entsprechend entstand bei der Beklagten auch die Auffassung, dass der Kläger gegen alles opponierte, was die Käuferin seiner ehemaligen Gesellschaften und der neue Verwaltungsrat anordnete. Der Kläger gibt denn auch selber zu, dass er mit den Entscheidungen des Verwaltungsrates nicht einverstanden war und sich entgegen den Absichten des Verwaltungsrates für Belange einsetzte, welche die Käuferin grundsätzlich einstellen wollte (vgl. Klageantwort, 5 f. und Widerklageantwort, 4 f.). Dies zeigt, dass der Kläger



grösste Mühe hatte, sich unterzuordnen und Weisungen zu befolgen, die ihm vom Sitz der Muttergesellschaft erteilt wurden, was grundsätzlich nicht verwundert, nachdem der Kläger als Alleinaktionär der verkauften Gesellschaften die Geschäftspolitik über Jahre bestimmte. Es entsteht der Eindruck, dass der ursprüngliche Arbeitsvertrag vom 31. August 2001 gerade darum aufgelöst wurde, weil der Kläger Mühe hatte, sich an die Weisungen des Verwaltungsrates zu halten und es die Beklagte deshalb vorzog, den Kläger nicht mehr als Geschäftsführer, sondern nur noch als Berater weiter zu beschäftigen. Der Vertrag vom 23. Mai 2002 beschränkt die Aufgabe des Klägers denn auch lediglich auf Begleitungs- und Unterstützungsfunktionen ohne eigene Verantwortung, währenddem dem Kläger bis zu diesem Zeitpunkt gemäss Arbeitsvertrag vom 31. August 2001 als Geschäftsführer ganz klar operative Verantwortung zukam. Dies stellt der klägerische Rechtsvertreter in seinem Schreiben vom 5. September 2002, S. 2, selber fest. Er weist dort explizit darauf hin, dass der Kläger lediglich Beraterfunktion ausübe und nicht in die operative Führung der Beklagten eingebunden sei (kläg. act. 13). Wenn aber jemand als Berater tätig ist, ohne in den Betrieb eingebunden zu sein, so steht er eben gerade nicht in einem Unterordnungsverhältnis, so wie dies wesentlich für ein Arbeitsverhältnis ist. Zudem räumt der Vertrag dem Kläger insofern grösste Freiheiten ein, als er in der Einteilung seiner Arbeitszeit frei ist. Er hat lediglich nach Möglichkeit den Bedürfnissen der Beklagten Rechnung zu tragen. Auch dies deutet darauf hin, dass kein Abhängigkeits- und Unterordnungsverhältnis vorliegt, wie dies bei einem Arbeitsvertrag verlangt wird.

c) Insgesamt ist somit festzustellen, dass der zur Diskussion stehende Vertrag lediglich im vom Kläger bewusst gewählten Wortlaut, nicht aber bei Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte, der Begleitumstände und besonders des Verhaltens der Parteien im Rahmen der Zusammenarbeit die materiellen Merkmale eines Arbeitsvertrages aufweist. So fehlt es an hohem Mass an Weisungsgebundenheit, an der Unterordnung unter andere im Dienste des Arbeitgebers, an der Bindung an feste Arbeitszeiten, an einer Arbeitszeitkontrolle und an der Pflicht zum regelmässigen Erscheinen und an der Fremdbestimmtheit der Arbeitsleistung des Klägers. Zwar war der Kläger gemäss Vertrag verpflichtet, seine ganze Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen. Dabei gilt es aber zu berücksichtigen, dass dem Kläger 12 Wochen Ferien zugestanden wurden und er ab dem 1. Januar 2003 lediglich 30 Stunden pro Woche bei einem doch hohen Lohn zu leisten hatte, was für einen Arbeitsvertrag atypisch ist.



Auch die feste Anstellungsdauer von 3 ½-Jahren für einen 61-jährigen Mann ist Indiz dafür, dass es den Parteien darum ging, dem Kläger einen Teil des Kaufpreises über einen Beratervertrag zu bezahlen und es nicht die Meinung war, dass sich der Kläger der Beklagten unterzuordnen hatte. Vor diesem Hintergrund kann somit aufgrund der materiellen Merkmale und der Handhabung des zwischen den Parteien abgemachten Vertrages nicht von einem arbeitsvertraglichen Verhältnis ausgegangen werden. Daran ändert nichts, dass der Vertrag mit Arbeitsvertrag übertitelt ist und der Vertrag redaktionell wie ein Arbeitsvertrag formuliert ist. Von nur geringer Bedeutung ist auch die Tatsache, dass die Beklagte die Sozialleistung einschliesslich BVG für den Kläger bezahlt und abgeliefert hat. Dabei handelt es sich um ein formales Merkmal, dem nur eine zweitrangige Bedeutung zukommt (vgl. STAEHELIN, Zürcher Kommentar, N 45 zu Art. 319 OR).

Schliesslich ändert auch der Hinweis des Klägers darauf, dass die Beklagten nicht auf eine Auflösung wegen angeblicher Willensmängel angewiesen wäre, falls sie der Auffassung gewesen wären, dass ein Auftragsverhältnis vorliegt, nichts am Ergebnis.

Somit ist die Vereinbarung vom 23. Mai 2002 nicht als Arbeitsvertrag, sondern als Auftrag zu qualifizieren. Das Arbeitsgericht war somit sachlich nicht zuständig zur Beurteilung der eingeklagten Forderungen. Ziff. 1 des angefochtenen Entscheids ist daher aufzuheben und auf die Klage ist nicht einzutreten. Die Berufung der Beklagten ist gutzuheissen.