



Mitwirkend: Obergerichter Roland Schmid, Präsident, und Obergerichter Dr. Daniel Schwander, die Handelsrichter Markus Koch, Paul Geisser und Hans Moser sowie der Gerichtsschreiber Dr. Giulio Donati

Urteil vom 26. September 2019

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. HSG X._____ ,

gegen

B._____ AG,

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ ,

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

"Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 46'322.40 nebst Zins zu 5% seit 18. Mai 2016 zu bezahlen;
unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beklagten."

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in der Stadt Zürich. Sie bezweckt den Betrieb eines Personalverleihs und einer Personalvermittlung (vgl. act. 3/1).

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in ... [Ortschaft] (Kanton Schwyz). Sie bezweckt unter anderem den Betrieb eines Gipsergeschäftes, den Erwerb und die Überbauung von Grundstücken sowie die Erstellung, Verwaltung und Veräusserung von Liegenschaften für eigene und fremde Rechnung. Ursprünglich lautete ihre Firma "C._____"; die Änderung der Firma wurde gleichzeitig mit einem Sitzwechsel von der Stadt Zürich nach ... [Ortschaft] am tt.mm.2017 im Schweizerischen Handelsamtsblatt publiziert (vgl. act. 3/2–3).

b. Prozessgegenstand

Die Klägerin macht gegen die Beklagte eine Forderung aus mehreren behaupteten Verleihverträgen mit der Beklagten geltend. Die Klägerin stützt sich für ihre Vorbringen mehrheitlich auf die Erkenntnisse aus laufenden Strafverfahren. Die Strafverfahren wurden nach einer von der Klägerin während des vorliegenden Verfahrens eingereichten Strafanzeige (vgl. act. 24) eröffnet bzw. liefen teilweise bereits. Inhalt der behaupteten geschäftlichen Beziehung zwischen der Klägerin und der Beklagten ist die Bestellung von vier Trockenbauern für die Baustelle "D._____ " in E._____ (Kanton Aargau). Laut der Klägerin habe sich ein F._____ bei ihr im April 2016 namens der Beklagten gemeldet und vier Trockenbauer be-

stellt. Auf der Baustelle sei namens der Beklagten ein G._____ aufgetreten. Die Trockenbauer seien vom 14. April 2016 bis 21. Mai 2016 auf der Baustelle in E._____ im Einsatz gewesen. Die Beklagte habe die Rechnungen betreffend die vier Trockenbauer nicht bezahlt. Einzig ein Teilbetrag in Höhe von CHF 1'224.60 sei bezahlt worden. Dieser Teilbetrag sei aber nicht von der Beklagten, sondern von einer H._____ AG bezahlt worden. F._____ habe für I._____ gearbeitet, der im damaligen Zeitpunkt Eigentümer der Beklagten gewesen sei (sowie Eigentümer der H._____ AG). I._____ sei sodann der Geschäftspartner von Y._____ gewesen, der damals das einzige im Handelsregister eingetragene Organ der Beklagten gewesen sei. (Y._____ ist auch der Rechtsvertreter der Beklagten im vorliegenden Verfahren). Sowohl F._____ als auch I._____ hätten – neben dem im Handelsregister eingetragenen Y._____ – die Beklagte vertraglich verpflichten können, denn Y._____ habe sie hierzu bevollmächtigt. Die Beklagte bestreitet jeglichen Vertragsabschluss zwischen ihr und der Klägerin. Weder F._____ noch I._____ seien zur Vertretung der Beklagten bevollmächtigt gewesen; einzig Y._____ sei im damaligen Zeitpunkt zur Vertretung der Beklagten berechtigt gewesen. Er habe die Beklagte jedoch gegenüber der Klägerin nie vertreten und kein Personal bei dieser bestellt. Die Beklagte sei sodann nicht auf einer Baustelle in E._____ tätig gewesen.

B. Prozessverlauf

Am 29. Dezember 2017 (Datum Poststempel; hierorts am 4. Januar 2018 eingegangen) reichte die Klägerin ihre Klageschrift samt Beilagen beim Handelsgericht des Kantons Zürich ein (act. 1; act. 3/1–59). Den ihr mit Verfügung vom 4. Januar 2018 auferlegten Vorschuss für die Gerichtskosten in der Höhe von CHF 5'300.00 leistete die Klägerin fristgemäss (act. 8). Mit gleicher Verfügung wurde die Klägerin aufgefordert, eine aktuelle Vollmacht einzureichen. Der Beklagten wurde Frist zur Einreichung ihrer Klageantwort angesetzt (act. 4). Die Klägerin reichte eine aktuelle Vollmacht ein (vgl. act. 6–7). Nach Zustellung der Verfügung vom 4. Januar 2018 mithilfe der Polizei J._____ (vgl. act. 9) ersuchte die Beklagte um Erstreckung der Frist bis 19. März 2018, um ihre Klageantwort einzureichen (vgl. act. 10). Mit Verfügung vom 8. März 2018 wurde der Beklagten eine einmalige

Nachfrist bis zum 13. April 2018 angesetzt, um ihre Klageantwort einzureichen (vgl. act. 12). Die Beklagte reichte ihre Klageantwort vom 13. April 2018 (Datum Poststempel) samt einer Beilage fristgerecht ein (act. 16; act. 17/1). Mit Verfügung vom 18. April 2018 wurde die Leitung des Prozesses an Oberrichter Dr. Daniel Schwander als Instruktionsrichter delegiert und die Klageantwort einschliesslich der Beilage an die Klägerin zugestellt (vgl. act. 18). Anschliessend wurden die Parteien zu einer Vergleichsverhandlung am 12. Juni 2018 vorgeladen. Anlässlich der Vergleichsverhandlung vom 12. Juni 2018 konnten sich die Parteien nicht einigen (Prot. S. 9 f.). Mit Verfügung vom 14. Juni 2018 wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet und der Klägerin Frist bis 20. August 2018 angesetzt, um ihre schriftliche Replik einzureichen (act. 21). Mit Eingabe vom 9. August 2018 (Datum Poststempel) stellte die Klägerin ein Sistierungsgesuch, da sie zwischenzeitlich eine Strafanzeige (vgl. act. 24) eingereicht habe, deren Untersuchungsergebnis wertvolle Erkenntnisse für die vorliegende Streitigkeit liefern könnte (vgl. act. 23). Mit Verfügung vom 10. August 2018 wurde das Sistierungsgesuch abgewiesen (vgl. act. 25). Die Klägerin reichte mit Eingabe vom 20. August 2018 die Replik samt Beilagen fristgerecht ein (act. 28; act. 29/60–101). Mit Verfügung vom 23. August 2018 wurde die Replik an die Beklagte zugestellt und ihr Frist zur schriftlichen Duplik angesetzt (act. 30). Die Beklagte reichte ihre Duplik innert mehrmals (vgl. act. 32–39; Prot. S. 13) erstreckter Frist mit Eingabe vom 10. Dezember 2018 (Datum Poststempel) ein (act. 40). Mit Verfügung vom 11. Dezember 2018 wurde die Duplik der Klägerin zugestellt und der Aktenabschluss verfügt (act. 41). Mit Eingabe vom 19. Dezember 2018 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin eine Noveneingabe samt Beilagen ein, die der Beklagten zugestellt wurde (act. 43; act. 44/102–132; act. 45). Die Beklagte reichte eine Stellungnahme zur klägerischen Noveneingabe ein, mit dem Rechtsbegehren, die Noveneingabe sei aus dem Recht zu weisen und nicht zu berücksichtigen; diese Eingabe wurde der Gegenpartei zugestellt (vgl. act. 46 f.). Mit Eingabe vom 23. April 2019 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin eine zweite Noveneingabe ein (vgl. act. 48). Nach Zustellung der zweiten Noveneingabe an die Beklagte stellte diese einen Antrag auf Fristerstreckung, um zur zweiten Noveneingabe Stellung zu nehmen. Sie stellte weiter wiederum einen Antrag, die zweite Noven-

eingabe sei aus dem Recht zu weisen (vgl. act. 51). Auf das Fristerstreckungsgesuch sowie auf den Antrag, die zweite Noveneingabe sei aus dem Recht zu weisen, wurde mit Verfügung vom 21. Mai 2019 nicht eingetreten, mit den Hinweisen, vorliegend sei seitens des Gerichts keine Frist angesetzt worden, folglich sei eine Erstreckung von vornherein nicht möglich. Über die Zulässigkeit der klägerischen Noveneingabe werde sodann erst im Rahmen der Fallbearbeitung zu entscheiden sein, und zudem sei ein "aus dem Recht Weisen" in der Schweizerischen ZPO nicht vorgesehen (act. 53). Die Beklagte nahm schliesslich mit Eingabe vom 27. Mai 2019 (Datum Poststempel) zur zweiten klägerischen Noveneingabe Stellung (vgl. act. 55). Mit Eingabe vom 18. Juni 2019 (Datum Poststempel) reichte der Rechtsvertreter der Beklagten eine Honorarnote ein (vgl. act. 57). Mit Verfügung vom 22. August 2019 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zu erklären, ob auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichtet werde, unter Androhung, dass bei Stillschweigen Verzicht auf die Hauptverhandlung angenommen würde (act. 58). Mit Eingaben vom 29. August 2019 (Beklagte; Datum Poststempel) bzw. vom 2. September 2019 (Klägerin; Datum Poststempel) verzichteten beide Parteien auf die Durchführung der Hauptverhandlung (vgl. act. 60–61). Der Prozess ist spruchreif (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

Erwägungen

1. Formelles

1.1. Zuständigkeit

1.1.1. Die Klägerin stützt sich auf Art. 31 ZPO, um die örtliche Zuständigkeit des hiesigen Handelsgerichts zu begründen. Die Zuständigkeit am Klägersitz für Vertragsstreitigkeiten folge aus einem Personalvermittlungsvertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten (vgl. act. 1 Rz. I. 2). Die Beklagte bestreitet, dass ein Vertrag vorliegt, hat jedoch darüber hinaus keine Bemerkungen zur Zuständigkeit des hiesigen Handelsgerichts (vgl. act. 16 Rz. 6 und Rz. 7). Gemäss Art. 31 ZPO ist für Klagen aus Vertrag das Gericht am Sitz der beklagten Partei *oder* an dem Ort zuständig, an dem die charakteristische Leistung zu erbringen ist. Art. 31 ZPO er-

fasst auch alle Streitigkeiten, in denen sich die klagende Partei auf einen Vertrag beruft, selbst wenn das Zustandekommen des Vertrags strittig ist. Als charakteristische Leistung im Sinne von Art. 31 ZPO gilt regelmässig die nicht in Geld bestehende Leistung. Wo diese zu erfüllen ist, bestimmt sich nach Art. 74 OR (vgl. SCHWANDER, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg.), DIKE Kommentar zur ZPO, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, N 2, N 12 und N 16 zu Art. 31). Die charakteristische Leistung ist vorliegend die Dienstleistung der Klägerin. Gemäss Art. 74 Abs. 2 Ziff. 3 OR ist diese an dem Orte zu erfüllen, wo der Schuldner zur Zeit ihrer Entstehung seinen Sitz hatte; vorliegend ist das der Sitz der Klägerin und der Erfüllungsort damit Zürich. Die örtliche Zuständigkeit des hiesigen Gerichts ist gestützt auf Art. 31 ZPO gegeben. Ohnehin wird das angerufene Gericht auch zuständig, wenn sich die beklagte Partei ohne Einrede der fehlenden Zuständigkeit zur Sache äussert, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt (Art. 18 ZPO). Die Beklagte hat sich vorliegend ohne Einrede der fehlenden Zuständigkeit zur Sache geäussert. Auch stehen einer Einlassung der Beklagten Partei keine Zuständigkeitsnormen entgegen. Die örtliche Zuständigkeit des hiesigen Gerichts ist zu bejahen.

1.1.2. Die sachliche Zuständigkeit ist gestützt auf Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG gegeben.

1.2. Zulässigkeit der klägerischen Noveneingaben

1.2.1. Die Klägerin hat mit Eingaben vom 19. Dezember 2018 (Datum Poststempel) sowie vom 23. April 2019 (Datum Poststempel) zwei Noveneingaben eingereicht (vgl. act. 43 und act. 44/102–132 sowie act. 48 und act. 49/133–142). Sie reichte dabei auch Urkunden aus laufenden Strafverfahren ein, namentlich Einvernahmeprotokolle, interne E-Mails der Beklagten und an die Beklagte gerichtete Offertanfragen Dritter. Die Beklagte bestreitet die (zivilprozessuale) Zulässigkeit beider Noveneingaben und beantragt, diese seien "aus dem Recht zu weisen" und nicht zu berücksichtigen (vgl. act. 46 S. 2 und act. 55 S. 2). Sie macht geltend, bei den vorgebrachten Tatsachen handle es sich um solche, die vor dem Aktenschluss im hiesigen Verfahren entstanden seien. Entsprechend hätte die Klägerin die mit den Noveneingaben behaupteten Tatsachen schon vor dem Ak-

tenschluss vorbringen können und müssen (vgl. act. 46 Rz. 4, Rz. 8; act. 55 Rz. 4). Die Klägerin hätte die involvierten Personen zudem auch schon vor dem Aktenschluss kontaktieren können, um sich mit ihnen "ausgiebig zu unterhalten" (vgl. act. 55 Rz. 4).

1.2.2. Gemäss Art. 229 Abs. 1 ZPO werden neue Tatsachen und Beweismittel nach Aktenschluss nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und entweder erst nach Abschluss des Schriftenwechsels oder nach der letzten Instruktionsverhandlung entstanden sind (echte Noven); oder bereits vor Abschluss des Schriftenwechsels oder vor der letzten Instruktionsverhandlung vorhanden waren, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten (unechte Noven).

1.2.3. Das Gericht muss die Zulässigkeit eines nach Aktenschluss erstmals eingereichten Beweismittels oder einer nach Aktenschluss erstmals vorgebrachten Tatsachenbehauptung grundsätzlich für jedes neue Beweismittel und für jede neue Tatsachenbehauptung gestützt auf Art. 229 Abs. 1 ZPO einzeln würdigen. Gleichwohl lassen sich für das vorliegende Verfahren bereits an dieser Stelle allgemein gültige Aussagen betreffend die Zulässigkeit der klägerischen Noveneingaben machen.

1.2.4. Die nach Aktenschluss als Beweismittel eingereichten Einvernahmeprotokolle sind echte Noven, fanden doch die Einvernahmen nach Aktenschluss statt und wurden die Einvernahmeprotokolle entsprechend nach Aktenschluss erstellt. Die Klägerin reichte die Einvernahmeprotokolle mit ihren Noveneingaben jeweils unverzüglich ein. Sie sind gestützt auf Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO zulässig. Die von der Klägerin gestützt auf die Aussagen im Strafverfahren neu behaupteten Tatsachen sind unechte Noven, da zwar die Befragungen nach Aktenschluss stattfanden, die Tatsachen aber bereits vor Aktenschluss bestanden. Soweit es sich um Tatsachen handelt, die der Klägerin ohne Einvernahmen im Strafverfahren nicht zugänglich gewesen wären, war es der Klägerin nicht zumutbar, die entsprechenden Tatsachen vor Aktenschluss zu kennen und vorzubringen. Diese Tatsachen betreffen denn auch weitgehend interne Vorgänge bei der Beklagten. Auch konnte die Klägerin keine Beweisanträge betreffend diese Tatsachen stellen, setzt

doch ein Beweisantrag eine (genügend substantiierte) Tatsachenbehauptung voraus (und damit zumindest die Möglichkeit, sich im Voraus eine einigermaßen fundierte Kenntnis der Verdachtsmomente aneignen zu können).

1.2.5. Wenn die Beklagte ausführt, die Klägerin hätte die einvernommenen Personen kontaktieren und befragen können, ist ihr nicht zu folgen. Das Bundesgericht hat wiederholt festgehalten, dass die Zeugenbefragung durch eine Partei die Ausnahme ist. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist eine Kontaktaufnahme mit einem potentiellen Zeugen nur ausnahmsweise mit der anwaltlichen Pflicht zur sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung vereinbar bzw. soll nur mit Zurückhaltung und Vorsicht vorgenommen werden (vgl. BGE 136 II 551 E. 3 mit Hinweisen). Generell ist die Wahrheitsfindung bzw. die Zeugenbefragung Aufgabe des Gerichts und nicht der Parteien oder ihrer Anwälte. Die Kontaktierung eines möglichen Zeugen ist nur dann zulässig, wenn hierfür ein sachlicher Grund besteht (vgl. Urteil 2C_536/2018 vom 25. Februar 2019, E. 2.3). Vorliegend ist zusätzlich zu berücksichtigen, dass die Klägerin kaum über verlässliche Informationen betreffend die interne Organisation der Beklagten verfügen konnte. Unter diesen Umständen kann der Klägerin nicht vorgeworfen werden, sie habe nicht auf gut Glück Personen befragt und sich einer grenzenlosen Spekulation hinsichtlich möglicher Sachverhaltsvarianten hingegeben. Die Beklagte hat zudem in irreführenderweise auch versucht, ihren Alleinaktionär I. _____ als beliebigen Klienten von Rechtsanwalt Y. _____ darzustellen, der keine besondere Nähe zur Beklagten aufgewiesen habe. Auch betreffend F. _____ verneinte sie, dass Y. _____ diesen kannte, obwohl F. _____ mehrmals in der Geschäftskorrespondenz der Beklagten erwähnt wurde. Das erschwerte es der Klägerin zusätzlich, substantiierte und sachverhaltsrelevante Behauptungen und Beweisanträge vorzubringen bzw. zu stellen. Im Übrigen hat die Klägerin die von der Staatsanwaltschaft einvernommenen Personen dem hiesigen Gericht stets zur Zeugenbefragung offeriert (in diesem Zusammenhang anerkennt die Beklagte immerhin, dass die in den strafrechtlichen Einvernahmen gemachten Aussagen vorliegend als Beweismittel taugen und eine erneute Befragung der einvernommenen Personen durch das hiesige Gericht unnötig wäre, vgl. act. 55 Rz. 17).

1.2.6. Die von der Klägerin mit den Noveneingaben eingereichten neuen E-Mails sind unechte Noven, bestanden die E-Mails doch bereits vor Aktenschluss. Hier gilt es zu unterscheiden, ob die Klägerin bereits vor Aktenschluss die E-Mails besass bzw. auf diese hätte zugreifen können oder, ob es ihr nicht zumutbar war, auf die entsprechenden E-Mails zuzugreifen (bzw. entsprechende Editionsanträge zu stellen). Soweit die E-Mails erst aufgrund des laufenden Strafverfahrens zum Vorschein kamen und in den Besitz der Klägerin kommen konnten, war es der Klägerin nicht zumutbar, die E-Mails vor Aktenschluss einzureichen. Auch konnte von ihr nicht erwartet werden, spekulative Beweisanträge betreffend unbekannte E-Mails zu stellen, zumal es sich um die interne E-Mail-Korrespondenz der Beklagten handelte. Wiederum ist darauf hinzuweisen, dass die Beklagte zunächst die enge persönliche Verflechtung zwischen Y._____ und I._____ bestritt, weshalb es der Klägerin nicht möglich war, auf eine allenfalls bestehende Korrespondenz zwischen den genannten Personen zu schliessen und die Edition zu verlangen. Ein entsprechender Beweisantrag wäre, weil spekulativ und unsubstanziert, abgewiesen worden. Das Gesagte gilt auch für interne Dokumente aus dem Geschäftsbetrieb der Beklagten (z.B. an die Beklagte gerichtete Offertanfragen Dritter).

1.2.7. Zusammenfassend sind sowohl die von der Klägerin nach Aktenschluss neu eingereichten Beweismittel als auch ihre neuen Tatsachenbehauptungen zivilprozessrechtlich – soweit relevant – zulässig.

2. Zustandekommen eines gültigen Vertrages

2.1. Unbestrittener Sachverhalt

2.1.1. Unbestritten ist, dass die Klägerin im April 2016 von F._____ kontaktiert wurde. F._____ gab sich dabei als Vertreter der Beklagten aus und bestellte für eine Baustelle in E._____ vier Trockenbauer. Die Klägerin stellte in der Folge vier Trockenbauer zur Verfügung, die vom 14. April 2016 bis zum 21. Mai 2016 auf der Baustelle in E._____ arbeiteten. Unbestritten ist auch, dass im Zeitpunkt des behaupteten Vertragsabschlusses einzig Y._____ im Handelsregister als (Einzel)Zeichnungsberechtigter der Beklagten aufgeführt war. Alleinaktionär der Be-

klagten war damals I._____. Sodann gehen die Parteien auch darin einig, dass Y._____ in dieser Sache nie nach aussen in Erscheinung trat. Beide Parteien stimmen auch darin überein, dass F._____ auf Anweisung von I._____ handelte.

2.2. Parteistandpunkte

2.2.1. Gemäss der Klägerin habe sich im April 2016 ein F._____ telefonisch bei ihr gemeldet und sich nach Temporärmitarbeitern erkundigt. In der Folge seien vier Trockenbauer vermittelt worden (vgl. act. 1 Rz. II. 3). Die vier Trockenbauer seien zwischen dem 14. April 2016 bis 21. Mai 2016 auf einer Baustelle in E._____ im Einsatz gewesen (vgl. act. 1 Rz. II. 4). Die Beklagte habe die ihr zugesandte Rechnung nie beglichen. Ein Teilbetrag von CHF 1'224.60 sei von einer H._____ AG beglichen worden, obwohl die Rechnung ausschliesslich an die Beklagte gesandt worden sei. Die Klägerin nimmt an, dass F._____ von der Beklagten bevollmächtigt gewesen sei, Verträge abzuschliessen. Auf der früheren Webseite der Beklagten sei dieser als Geschäftsführer angegeben gewesen. Auch auf der Webseite "www.joolist.eu" sei F._____ als Ansprechpartner der Beklagten angegeben gewesen, samt der E-Mail-Adresse "F._____@C._____.ch". Diese E-Mail-Adresse sei im Geschäftsverkehr mit der Klägerin benutzt worden. Auf der Webseite sei auch eine Telefonnummer angegeben gewesen, unter welcher sich ein F._____ gemeldet habe (vgl. act. 1 Rz. II. 7.1; act. 28 Rz. II. 9.4).

2.2.2. Zusätzlich sei die Rolle einer dritten Person, I._____, zu berücksichtigen. Die Webseite der Beklagten sei auf ihn registriert gewesen (vgl. act. 28 Rz. II. 3). Auch die Telefonnummer von F._____ laufe auf I._____ (vgl. act. 28 Rz. II. 9.3). Sodann sei I._____ einziges Mitglied des Verwaltungsrates der H._____ AG, die einen Teilbetrag aus dem streitgegenständlichen Vertragsverhältnis beglichen habe.

2.2.3. Mit einer ersten Noveneingabe machte die Klägerin neu geltend, dass I._____ zum damaligen Zeitpunkt Alleinaktionär der Beklagten gewesen sei. Y._____ habe auch entsprechende Telefonnummern für die Beklagte eingerichtet, die Nummern dann aber auf I._____ umgeleitet (vgl. act. 43 Rz. II. 3). Diesen Telefondienst habe Y._____ der Beklagten in Rechnung gestellt (vgl. act. 43

Rz. II. 5). Y. _____ habe auch an die Beklagte gerichtete Offertanfragen Dritter per E-Mail an I. _____ zugestellt. Die Offertanfrage, die Y. _____ an I. _____ weitergeleitet habe, sei an die C. _____ (so lautete die damalige Firma der Beklagten), F. _____, adressiert gewesen. Y. _____ habe sodann mit I. _____ betreffend ein Projekt "Wohnen im L. _____, Schwyz" per E-Mail korrespondiert. Das Büro von Y. _____ habe weiter am 9. April 2016 eine Rechnung betreffend das erwähnte Projekt im Kanton Schwyz an I. _____ gesandt, wobei die Rechnung an die "C. _____, F. _____" adressiert gewesen sei (vgl. act. 43 Rz. II. 6 ff.). F. _____ sei von I. _____ beauftragt worden, bei der Klägerin nach Temporärmitarbeitern nachzufragen (vgl. act. 43 Rz. II. 12). Y. _____ habe I. _____ auch aufgefordert, sich um eine an die Beklagte gerichtete Mahnung der K. _____ .ch zu kümmern und diese zu bezahlen. Die Mahnung sei an die "C. _____, F. _____" gerichtet gewesen. Auch habe Y. _____ bzw. seine Kanzlei eine Rechnung für das VR-Honorar von Y. _____ per E-Mail an I. _____ gesendet. (vgl. act. 43 Rz. II. 16). Die von der Klägerin mit Schreiben vom 2. Juni 2016 an die Beklagte gerichtete Betreibungsandrohung sei von Y. _____ an I. _____ weitergeleitet worden (vgl. act. 43 Rz. II. 18).

2.2.4. In einer zweiten Noveneingabe führte die Klägerin sodann aus, F. _____ habe im Rahmen laufender Strafuntersuchungen ausgesagt, dass I. _____ und Y. _____ von April 2016 bis August 2016 Geschäftsführer der Beklagten gewesen seien, wobei I. _____ nach aussen der Chef gewesen, während Y. _____ administrativ tätig gewesen sei (vgl. act. 48 Rz. II. 9a). F. _____ sei Projektleiter der Beklagten gewesen und habe auch eine Visitenkarte der Beklagten mit seinen Personalien an Y. _____ überreicht (vgl. act. 48 Rz. II. 9e). Er sei zudem im Rahmen seiner Tätigkeit für die Beklagte 3 bis 4 Mal bei Y. _____ gewesen. Y. _____ habe vom ihm auch eine Kopie seiner Identitätskarte verlangt (vgl. act. 48 Rz. II. 14f). Auch habe F. _____ bestätigt, bei der Klägerin 3 bis 4 Arbeiter bestellt zu haben. Die Telefonnummer der Klägerin habe er von I. _____ erhalten (vgl. act. 48 Rz. II. 9g). Er habe I. _____ vertreten und auf seine Anweisungen hin gehandelt (vgl. act. 48 Rz. II. 9i). F. _____ habe sodann ausgesagt, er habe als Strohmännchen für Y. _____ und I. _____ gedient, um zu vertuschen, wer tatsächlich hinter der Beklagten gestanden habe (vgl. act. 48 Rz. II. 9q). I. _____ sei sein Chef gewesen

und er habe mit diesem zwischen Juni 2016 und Ende Februar 2017 insgesamt 822 mal telefoniert (vgl. act. 48 Rz. II. 9r und 9t). Auch G._____, der als Bauleiter auf einer Baustelle der Beklagten tätig gewesen sei, habe bestätigt, dass I._____, der Eigentümer der Beklagten gewesen sei (vgl. act. 48 Rz. II. 13).

2.2.5. Zusammenfassend habe Y._____, von den Aktivitäten von F._____, und I._____, Kenntnis gehabt. Indem Y._____, es geduldet habe, dass I._____, innerhalb der Beklagten eine quasi geschäftsführende Position eingenommen habe, sei Letzterer im Sinne einer Duldungsvollmacht bevollmächtigt gewesen, Verträge mit Dritten abzuschliessen (vgl. act. 48 Rz. II. 14e). Ohnehin sei I._____, als faktisches Organ der Beklagten zu qualifizieren, weshalb er zur Vertretung der Beklagten befugt gewesen sei (vgl. act. 48 Rz. II. 14b). Als vertretungsbefugte Person habe er auch F._____, als Hilfsperson herbeiziehen können.

2.2.6. Die Beklagte bestreitet jeglichen Vertragsabschluss mit der Klägerin (vgl. act. 16 Rz. 11, 26; act. 40 Rz. 8, 18 f., 24, 34, 38; act. 46 Rz. 10). Sie habe F._____, nie bevollmächtigt, Verträge namens der Beklagten abzuschliessen (vgl. act. 16 Rz. 19, 29, 32; act. 40 Rz. 10, 16, 19, 21 f., 34, 39; act. 46 Rz. 10, 25). Es sei auch keine Vollmacht nach aussen kundgetan worden (vgl. act. 40 Rz. 21). Einziger Vertreter der Beklagten sei im relevanten Zeitpunkt Y._____, gewesen (vgl. act. 16 Rz. 11 ff.; act. 40 Rz. 10, 24, 34). Die Klägerin habe die behaupteten Verleihverträge auch nie ins Recht gelegt, es sei darum anzunehmen, dass diese Verleihverträge nicht existieren würden, zumal Verleihverträge von Gesetzes wegen schriftlich abzufassen seien (vgl. act. 16 Rz. 17, 21). Y._____, habe nichts von der angemassten Tätigkeit von F._____, gewusst (vgl. act. 16 Rz. 31). Die von der Klägerin erwähnte Webseite der Beklagten existiere heute nicht mehr, wobei die Beklagte ohnehin bestreite, dass die Webseite von ihr errichtet worden sei; sie habe keine Kenntnis von dieser Webseite gehabt. I._____, habe mit dem vorliegenden Sachverhalt nichts zu tun (act. 40 Rz. 11). Die Beklagte habe auch nie eine Teilrechnung der Klägerin bezahlt (vgl. act. 40 Rz. 12). Ebenso wenig habe die Beklagte auf einer Baustelle "D._____, " gearbeitet (vgl. act. 40 Rz. 15, 34). In der Duplik behauptet die Beklagte weiter, I._____, habe mit der Beklagten nichts zu tun und sei nicht berechtigt gewesen, für die Beklagte zu handeln. Nur weil

Y._____ die Unterschrift von I._____ und G._____ beglaubigt habe, heisse das nicht, dass er sie bestens kenne. Als Notar habe er viele verschiedene Klienten; es sei nicht möglich, sich an alle Personen zu erinnern (vgl. act. 40 Rz. 13). In ihrer Stellungnahme zur ersten klägerischen Noveneingabe führte die Beklagte dann aus, I._____ sei im damaligen Zeitpunkt tatsächlich ihr Aktionär gewesen; Y._____ kenne diesen gleichwohl nicht sehr gut (vgl. act. 46 Rz. 11 f.). Was die Klägerin aus dem Umstand, dass die Kanzlei von Y._____ Telefonnummern für die Beklagte zur Verfügung gestellt habe, ableiten wolle, sei nicht erkennbar. Eine Zeichnungsberechtigung Dritter lasse sich daraus jedenfalls nicht ableiten (vgl. act. 46 Rz. 13). Nicht die Beklagte, sondern F._____ habe im Auftrag von I._____ die vier Trockenbauer bei der Klägerin bestellt (vgl. act. 46 Rz. 20). Aktionäre könnten rechtsverbindlich keine Arbeiter bestellen bzw. anstellen, denn sie verfügten lediglich über Vermögens- sowie Mitgliedschaftsrechte (vgl. act. 46 Rz. 20 f.). I._____ habe ein falsches Spiel getrieben. Die Beklagte sei Opfer der Machenschaften von I._____; nur dieser habe der Klägerin für die geltend gemachte Forderung einzustehen (vgl. act. 46 Rz. 23). Auch habe die Beklagte die vier Trockenbauer nicht angeheuert und an eine Drittunternehmung weiterverliehen. Es habe eben gerade I._____ die Arbeiter durch F._____ bestellen lassen und zwar für die M._____ AG. I._____ habe dies verschleiern und es so erscheinen lassen wollen, als habe die Beklagte die Arbeiter bestellt (vgl. act. 46 Rz. 31).

2.3. Rechtliches

2.3.1. Eine Aktiengesellschaft kann sich durch formelle Organe, durch Handlungsbevollmächtigte (kaufmännische Vollmacht) sowie durch Einzelbevollmächtigte (einfache Vollmacht) vertreten lassen.

2.3.2. Die einfache Vollmacht kann ausdrücklich oder konkludent erteilt werden (vgl. BGE 141 III 289, S. 290 E. 4.1). Eine konkludente Erklärung liegt dann vor, wenn sich der Wille nur unter Berücksichtigung der Umstände aus der Erklärung oder dem Verhalten des Kundgebenden ableiten lässt (vgl. HUGUENIN, Obligationenrecht. Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, N 174). Weiss eine vertretene Person, dass sie gegen ihren eigenen Willen vertreten wird, schreitet sie aber gegen die unerbetene Vertretung trotzdem nicht ein,

so liegt eine (interne) *Duldungs*bevollmächtigung vor. Eine (interne) *Anscheins*bevollmächtigung liegt vor, wenn einerseits die vertretene Person keine Kenntnis hat, dass eine andere Person sich als ihre Vertretung ausgibt, sie bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit das Vertreterhandeln aber hätte erkennen müssen, und andererseits die "vertretende" Person das Verhalten der "vertretenen" Person nach Treu und Glauben als Bevollmächtigung auffassen darf (vgl. BGE 141 III 289, S. 290 f. E. 4.1; Urteil 2C_872/2018 vom 18. Dezember 2018, E. 3.3.6; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, N 1411 f.; KUT, in: Furrer/Schnyder (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, N 8 zu Art. 33).

2.4. Bevollmächtigung von F._____ und/oder I._____ durch die Beklagte

2.4.1. Die klägerische Darstellung des Sachverhalts lässt sich folgendermassen zusammenfassen: F._____ habe die Klägerin namens der Beklagten telefonisch kontaktiert und vier Trockenbauer für eine Baustelle in E._____ bestellt. Er habe auf Anweisung von I._____ gehandelt, der sein Vorgesetzter gewesen sei.

I._____ sei der Alleinaktionär der Beklagten gewesen und habe als deren Geschäftsführer gewaltet. Der beklagte Rechtsvertreter, Y._____, sei einziges Mitglied des Verwaltungsrats der Beklagten und als solcher als Zeichnungsberechtigter im Handelsregister eingetragen gewesen. Die Klägerin habe zwar mit ihm und I._____ direkt keinen Kontakt gehabt, jedoch habe Y._____ Kenntnis davon gehabt, dass I._____ und F._____ in einer Vielzahl von Fällen als Vertreter der Beklagten aufgetreten seien. Er habe somit gewusst, dass diese die Beklagte gegen aussen vertreten würden. Diesem Auftreten nach aussen als Vertreter habe er zugestimmt bzw. habe es mindestens geduldet, weshalb eine Bevollmächtigung zugunsten von F._____ und/oder I._____ vorgelegen habe.

2.4.2. Unbestrittenermassen gab es keinerlei Kontakt zwischen der Klägerin und Y._____, der als einziger im Handelsregister als Vertretungsberechtigter der Beklagten eingetragen war. Auch liegt keine von Y._____ an F._____ oder an I._____ erteilte *schriftliche* Vollmacht vor. Die Klägerin hatte ebenso wenig mit I._____ nachweisbaren direkten Kontakt, sondern ausschliesslich mit F._____.

Strittig und zu klären sind somit zwei Varianten des klägerseits behaupteten Sachverhalts: 1. Bestand eine konkludente Vollmacht von Y._____ zugunsten von F._____ (Vertretungskette: Klägerin-F._____ -Y._____ -Beklagte)? 2. Bestand eine konkludente Vollmacht von Y._____ zugunsten von I._____ und durfte dieser eine Untervollmacht an F._____ erteilen (Vertretungskette: Klägerin-F._____ -I._____ - Y._____ -Beklagte)? Für den klägerseits behaupteten Vertragsabschluss zwischen der Klägerin und der Beklagten genügt die Bejahung *einer* der beiden Fragen. Beide Sachverhaltsvarianten sind so miteinander vermengt, dass sie zusammen zu prüfen sind.

2.4.3. Das Verhältnis von I._____ zur Beklagten (bzw. zu Y._____) war bis und mit der Duplik unklar. Die Klägerin machte geltend, Y._____ und I._____ würden sich bestens kennen. Diesen Schluss zog sie bis zu ihrer Replikschrift aus der Tatsache, dass Y._____ als Notar mehrmals die Unterschrift von I._____ beglaubigt hatte (vgl. act. 28 Rz. II. 7, Rz. II. 10.3 f., Rz. II. 10.6 f.). Auf dieses Vorbringen erwiderte die Beklagte in ihrer Duplik, Y._____ könne sich als Rechtsanwalt und Notar nicht an sämtliche Klienten erinnern, für die er einmal Unterschriften beglaubigt habe. Jedenfalls kenne Y._____ I._____ nicht bestens (vgl. act. 40 Rz. 13). I._____ habe mit der Beklagten nichts zu tun (vgl. act. 40 Rz. 12). Erst aufgrund laufender Strafverfahren wurde nach Aktenschluss klar, dass I._____ im Zeitpunkt des behaupteten Vertragsabschlusses Alleinaktionär der Beklagten war. Auch kam aufgrund der Erkenntnisse aus den Strafverfahren eine rege E-Mail-Korrespondenz zwischen Y._____ und I._____ zum Vorschein. Die Klägerin konnte diese Tatsachen gestützt auf das Novenrecht in den Prozess einführen (vgl. auch Erw. 1.2). Die Behauptung der Beklagten in ihrer Stellungnahme zur ersten klägerischen Noveneingabe, sie habe nie bestritten, dass I._____ ihr Aktionär gewesen sei (vgl. act. 46 Rz. 11), mag zutreffen, zumal die Klägerin das auch nicht behauptete (sie erfuhr es auch erst aufgrund der Strafverfahren). Gleichwohl erstaunt es, dass die Beklagte die Aktionärseseigenschaft I._____ nicht bloss verschwie, sondern betreffend das Verhältnis Y._____ -I._____ geradezu irreführende Angaben machte. Offensichtlich ging es der Beklagten dabei darum, zwischen ihr und I._____ möglichst viel Distanz zu schaffen.

2.4.4. Die Beklagte versucht denn auch, I. _____ als ihren *passiven* Aktionär darzustellen. Sie weist darauf hin, die Vertretung der Aktiengesellschaft gehöre nicht zu den Vermögens- sowie Mitgliedschaftsrechten eines Aktionärs (vgl. act. 46 Rz. 20; act. 55 Rz. 15). Diese Sichtweise der Beklagten greift zu kurz: Auch ein Aktionär kann die Aktiengesellschaft nach aussen vertreten. Diese Vertretungsmacht folgt freilich nicht aus seiner Eigenschaft als Aktionär, sondern setzt die entsprechenden Tatbestandsmerkmale der Vertretung voraus.

2.4.5. Die Klägerin bringt in diesem Zusammenhang vor, I. _____ habe sich nicht wie ein passiver Aktionär verhalten, sondern sei der eigentliche Geschäftsführer der Beklagten gewesen und als solcher nach aussen aufgetreten. Er sei als faktisches Organ der Beklagten zu qualifizieren. Zumindest liege aber eine Duldungs- oder Anscheinsvollmacht seitens der Beklagten zugunsten von I. _____ vor. Die Klägerin untermauert ihre Behauptung zum einen damit, dass Y. _____ mehrere Telefonnummern der Beklagten eingerichtet und diese auf I. _____ umgeleitet habe. Zum anderen begründet sie ihre Vorbringen mit einer regen E-Mail-Korrespondenz zwischen Y. _____ und I. _____. Ihr ist zuzustimmen: Gestützt auf die Nummernumleitung und auf die Korrespondenz wird klar, dass I. _____ mitnichten ein passiver Aktionär war, sondern der eigentliche Geschäftsführer der Beklagten.

2.4.6. So richtete Y. _____ mehrere Telefonnummern ein, jeweils lautend auf die Beklagte, und leitete diese auf I. _____ um (vgl. act. 43, Rz. II. 3 und 5; act. 44/109 S. 4 f.). Der Telefondienst zugunsten der Beklagten bzw. I. _____ liess Y. _____ über seine Anwaltskanzlei laufen und stellte diesen Dienst der Beklagten auch in Rechnung, wobei er I. _____ anwies, die Rechnungen zu bezahlen (vgl. act. 43, Rz. II. 5; act. 44/110–111; die Gesprächsminuten wurden anscheinend separat verrechnet). Es ist nicht nachvollziehbar, warum Telefonnummern, die auf die Beklagte lauten und offensichtlich der Kommunikation nach aussen dienen, auf einen Aktionär umgeleitet werden, wenn dieser doch bloss ein passiver Aktionär ist, der sich auf die Wahrnehmung seiner Teilnahme- und Vermögensrechte beschränkt, wie das die Beklagte glauben lassen möchte. Erstaunlich ist vorliegend, dass die Beklagte mit keinem Wort erklärt, warum diese Telefonnummern

eingrichtet und auf I._____ umgeleitet wurden. Wer als Verwaltungsratspräsident dem Alleinaktionär entsprechende Telefonnummern einrichtet, nimmt zumindest in Kauf, dass der Aktionär tatsächlich namens der Aktiengesellschaft nach aussen auftritt. Dass es dabei vor allem um die Geschäftsabwicklung geht, ist naheliegend.

2.4.7. Aus der E-Mail-Korrespondenz zwischen Y._____ und I._____ ergibt sich sodann, dass Y._____ zahlreiche die Geschäftsführung der Beklagten betreffende Dokumente an I._____ weiterleitete. Mit E-Mail vom 13. April 2016 (also im selben Zeitraum wie die vorliegende Streitigkeit) sandte er eine Einladung zur Offertstellung der N._____ an I._____ (vgl. act. 43 Rz. II. 6; act. 44/112–113). Die Einladung ist an die Beklagte gerichtet und F._____ als Kontaktperson der Beklagten angegeben. Die Beklagte bringt vor, aus einer Offertanfrage lasse sich vorliegend nichts ableiten. Jede X-beliebige Person könne eine solche Offerteinladung beantragen und dabei eine X-beliebige Firma angeben. Die Gesellschaft, welche den Auftrag vergeben würde, werde diese Einladung jeweils so wie bestellt versenden. Das heisse dann aber noch lange nicht, dass Y._____ Herrn F._____ kenne. Wenn Herr F._____ in unberechtigter Weise eine solche Einladung auf seinen Namen auf die Beklagte beantragt habe, beweise dies lediglich, dass Herr F._____ offensichtlich in deliktischer Weise gehandelt habe (vgl. act. 46 Rz. 15). Ausserdem sei die Beklagte damals nicht operativ tätig gewesen (vgl. act. 46 Rz. 14).

2.4.8. Die Erklärung der Beklagten, jede Person könne Offerteinladungen einfordern, geht an der Sache vorbei. Entscheidend ist, dass Y._____ erstens diese Offerteinladung kannte, sie zweitens an I._____ weiterleitete und drittens, dass er auch von F._____ wusste, war dieser doch in der Einladung erwähnt. Die Beklagte setzt sich mit diesen Tatsachen nicht auseinander. Auch in der E-Mail sucht man vergebens Erklärungen zum Verhalten des angeblich einzigen Vertretungsberechtigten der Beklagten. Es wäre, wenn die beklagte Sichtweise zutreffend wäre, zu erwarten gewesen, dass Y._____ danach gefragt hätte, wer denn F._____ sei, was es mit dieser Offerteinladung auf sich habe, wer denn hier gegen aussen als Vertreter der Beklagten auftrete, zumal die Beklagte ja ihrer Auf-

fassung nach damals nicht operativ tätig gewesen sei. Auch erklärt die Beklagte nicht, warum sie die Offerteinladung an I. _____ weiterleitete, obwohl die Beklagte behauptet, dieser sei nur ein passiver Aktionär gewesen. Naheliegend ist, dass Y. _____ die Offerteinladung an I. _____ weiterleitete, weil dieser die Geschäfte der Beklagten nach aussen führte. Zum Einwand der fehlenden operativen Tätigkeit ist anzufügen dass sich aus diesem Einwand für die vorliegende Streitigkeit nichts ableiten lässt. Es spielt keine Rolle, ob die Beklagte damals nach ihrem Verständnis operativ war oder nicht. Vorliegend geht es einzig um den klägerseits behaupteten Vertragsabschluss mit der Beklagten. Auch eine nicht operative Gesellschaft kann einzelne Verträge abschliessen. Eine operative Tätigkeit, was immer man rechtlich darunter verstehen mag, ist mit anderen Worten keine notwendige Voraussetzung für das Begründen vertraglicher Rechte und Pflichten.

2.4.9. Aktenkundig sind sodann mehrere E-Mails von Y. _____ (bzw. seiner Anwaltskanzlei) an I. _____ betreffend ein Projekt „Wohnen im L. _____, Schwyz“, an welchem die Beklagte beteiligt war (vgl. act. 43 Rz. II. 9; act. 44/115–118). Die E-Mail vom 19. Mai 2016 von Y. _____ an I. _____ enthält ein Angebotsprotokoll betreffend das Projekt. Mit E-Mail vom 9. Juni 2016 sandte Y. _____ eine Rechnung im Zusammenhang mit dem Projekt an I. _____ (als Kontaktperson der Beklagten ist in der Rechnung F. _____ angegeben). Auch diese E-Mail-Korrespondenz beweist, dass Y. _____ sowohl F. _____ als auch I. _____ kannte und, dass I. _____ weit mehr als ein passiver Aktionär der Beklagten war. Auch mit dieser Korrespondenz setzt sich die Beklagte nicht substantiiert auseinander. Namentlich eine Intervention von Y. _____ gegen das Nach-aussen-Auftreten von I. _____ und F. _____ wird von der Beklagten nicht behauptet und ist auch aus den Beweismitteln nicht ersichtlich. Wiederum ist naheliegend, dass I. _____ und F. _____ die Beklagte nach aussen vertraten.

2.4.10. Mit E-Mail vom 12. Juli 2018 leitete Y. _____ eine Mahnung der "K. _____ .ch" an I. _____ weiter. Er fordert darin I. _____ auf, die Forderung zu bezahlen und ihm die Zahlung zu bestätigen. Die fragliche Mahnung ist an die Beklagte gerichtet, Kontaktperson ist wiederum F. _____ (vgl. act. 43 Rz. II. 14; act. 44/120–121). Erstaunlich ist – neben der Tatsache, dass Y. _____ die E-Mail

an I._____ sandte –, dass Y._____ wiederum nicht fragt, wer denn F._____ sei (den er angeblich nicht kennt, vgl. sogleich Erw. 2.4.11 f.); ebenso wenig erkundigt er sich bei I._____, um was es bei dieser Forderung gegen die Beklagte gehe und wer denn die Beklagte anscheinend nach aussen vertrete. Auch untersagt er weder I._____ noch F._____, nach aussen als Vertreter der Beklagten aufzutreten. Stattdessen überträgt er I._____ die Aufgabe, die Rechnung zu bezahlen und ihm die Zahlung zu bestätigen. Auch hier liegt der Schluss nahe, dass I._____ weit mehr als ein passiver Aktionär der Beklagten war und Y._____ – in Ausübung seiner administrativen Tätigkeit für die Beklagte – ihm die Mahnung weiterleitete.

2.4.11. Betreffend das Verhältnis zwischen Y._____ und F._____ ist besonders hervorzuheben, dass die Klägerin vorbringt, Y._____ habe F._____ gekannt und diesen mehrmals getroffen. F._____ habe Y._____ auch seine auf die Beklagte lautende Visitenkarte übergeben und dieser habe eine Kopie der Identitätskarte F._____s verlangt (vgl. act. act. 48 Rz. II. 9a, 9e, 14f). Die Beklagte bringt lediglich vor, jede Person könne sich Visitenkarten irgendeiner Unternehmung herstellen lassen. Sodann behauptet sie pauschal, es sei nicht ersichtlich, dass Y._____ F._____ kennen sollte; ein direkter Kontakt sei nicht bewiesen (vgl. act. 46 Rz. 15; act. 55 Rz. 8 f.).

2.4.12. Der Einwand der Beklagten, es sei nicht ersichtlich, weshalb Y._____ F._____ kennen sollte, ist nicht nachvollziehbar. Der Grund des Kennenmüssens folgt aus den eingereichten Beweisurkunden und den unbestritten gebliebenen Behauptungen der Klägerin. Die Behauptung, Y._____ habe eine Kopie von F._____s Identitätskarte verlangt, bestreitet die Beklagte nicht. Auch die *Übergabe* der Visitenkarte wird nicht bestritten (vgl. act. 55 Rz. 8). Wie aufgezeigt, findet sich sodann der Name F._____s auf zahlreichen Geschäftsdokumenten der Beklagten, die Y._____ an I._____ per E-Mail weiterleitete. Die Beklagte behauptet nirgends, Y._____ habe sich bei I._____ erkundigt, wer F._____ sei. Die beklagti-schen Vorbringen im Zusammenhang mit F._____ sind inkohärent und überzeugen nicht. Y._____ kannte nicht nur I._____ und wusste, dass dieser die Beklagte

nach aussen vertrat. Er kannte auch F. _____ persönlich und wusste von seinem Auftreten als Vertreter der Beklagten.

2.4.13. Y. _____ war damit einverstanden und es entsprach seinem Willen, dass sowohl I. _____ als auch F. _____ die Beklagte nach aussen vertraten. Gestützt auf den soeben aufgezeigten Sachverhalt ist der klägerseits behauptete Vertragsabschluss zwischen der Klägerin und der Beklagten nachgewiesen:

2.4.13.1. Betrachtet man das Verhältnis zwischen Y. _____ und F. _____, liegt eine konkludente interne Vollmachtserteilung – mindestens in Form einer internen Duldungs- oder Anscheinsvollmacht – von Y. _____ an F. _____ vor. Eine solche konkludente Vollmacht durfte Y. _____ als im Handelsregister eingetragenes vertretungsberechtigtes Organ der Beklagten auch erteilen. F. _____ konnte demnach gestützt auf eine von Y. _____ direkt an ihn erteilte Vollmacht Verträge namens der Beklagten mit der Klägerin abschliessen.

2.4.13.2. Selbst wenn man annähme, Y. _____ habe keine Vollmacht zugunsten von F. _____ erteilt, liegt eine Vollmacht zugunsten von I. _____ vor. Das dargestellte Verhalten von Y. _____ gegenüber I. _____ ist rechtlich ebenfalls als konkludente interne Vollmachtserteilung der Beklagten an I. _____ zu qualifizieren. Y. _____ wusste, dass I. _____ als Vertreter der Beklagten auftrat, und das entsprach auch seinem Willen und der gewählten Arbeitsteilung. Ob die Klägerin von dieser Vollmachtserteilung Kenntnis hatte, spielt angesichts der internen Bevollmächtigung keine Rolle; es erübrigen sich entsprechend auch Ausführungen zum guten Glauben der Klägerin (zu welchem die Beklagte ohnehin keine Behauptungen aufstellt). Die Klägerin kann sich auch als aussenstehende Dritte auf die interne Vertretungsregelung bei der Beklagten berufen. Sollte Y. _____ als einziges Organ der Beklagten hingegen der Wille zur Vollmachtserteilung an I. _____ gefehlt haben, so hatte er gleichwohl Kenntnis davon, dass I. _____ als Vertreter der Beklagten agierte und faktisch deren Geschäfte führte. Gegen dieses Verhalten von I. _____ schritt Y. _____ nie ein. Im Gegenteil führte er mit diesem eine umfangreiche Geschäftskorrespondenz und leitete zudem Telefonanrufe auf Nummern der Beklagten auf I. _____ um. Diesfalls lag mindestens eine interne Duldungsvollmacht von Y. _____ zugunsten von I. _____ vor. Sollte Y. _____ das Ver-

treterhandeln von I. _____ nicht erkannt haben, wäre ihm dies vorzuwerfen; er hätte es erkennen müssen, was zu einer Anscheinsbevollmächtigung zugunsten von I. _____ führen würde. Hinweise dafür, dass I. _____ wusste, dass Y. _____ gar keine Vollmachtserteilung beabsichtigte, liegen nicht vor und werden auch nicht behauptet. Wiederum stellt sich darum auch die Frage nach dem Gutgläubenschutz nicht. Offen bleiben kann endlich die Frage, ob einem faktischen Organ *ipso iure* Vertretungsmacht zukommt und I. _____ als faktisches Organ im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu qualifizieren wäre.

2.4.13.3. I. _____ durfte weiter F. _____ als Hilfsperson beiziehen. Ob ein Vertreter befugt ist, eine Untervollmacht zu erteilen, ist durch Auslegung der (Haupt-)Vollmacht zu ermitteln. Bei fehlender ausdrücklicher Regelung gilt als Auslegungsregel, dass die Substitution zulässig ist, wenn eine Substitution aufgrund der Umstände notwendig wird oder üblich ist (vgl. KUT, Handkommentar, a.a.O., N 21). Vorliegend sind keine Umstände ersichtlich (geschweige denn behauptet), die eine Untervollmacht verbieten würden. Auch handelt es sich um einen üblichen Beizug. F. _____ konnte damit auch in der zweiten Variante (keine direkte Vollmacht von Y. _____ an F. _____) Verträge für die Beklagte abschliessen. Dies tat er, als er die Klägerin kontaktierte und vier Trockenbauer bestellte.

2.4.14. Der Vollständigkeit halber ist in aller Kürze auf eine Unklarheit im Zusammenhang mit der Baustelle in E. _____ einzugehen: Die Parteien bringen vor, auf der Baustelle in E. _____, auf welcher die Trockenbauer eingesetzt wurden, sei bei der verantwortlichen Generalunternehmerin O. _____ AG nicht die Beklagte als Bauunternehmung gemeldet gewesen, sondern die M. _____ AG (vgl. act. 28 Rz. II. 9.1). Bei dieser handelt es sich um eine weitere Gesellschaft von I. _____ (vgl. act. 28 Rz. II. 4, Rz. II. 6). Die Beklagte kann aus diesem Umstand nichts zu ihren Gunsten ableiten. In Bezug auf das streitgegenständliche Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten spielt es letztlich keine Rolle, welche Bauunternehmung die Trockenarbeiter auf der Baustelle einsetzte und welche Bauunternehmung bei der Generalunternehmerin gemeldet war. Es geht vorliegend einzig um den Vertragsabschluss zwischen der Klägerin und der Beklagten. Der Klägerin kann kein Nachteil daraus erwachsen, dass die Beklagte die Tro-

ckenarbeiter möglicherweise bei einer anderen Unternehmung vertragswidrig einsetze. Hinzu kommt, dass die Arbeitsrapporte im Namen der Beklagten unterzeichnet wurden, wobei der unterzeichnende G._____ von F._____ bzw. I._____ als Hilfsperson hinzugezogen werden durfte.

2.5. Zwischenfazit

Zusammenfassend ist davon auszugehen, dass sowohl F._____ als auch I._____ je einzeln bevollmächtigt waren, die Beklagte zu vertreten und für diese Verträge abzuschliessen. Die Vollmacht zugunsten von I._____ besteht unabhängig davon, ob man eine Vollmacht zugunsten von F._____ bejaht. I._____ durfte zur Vertretung der Beklagten F._____ als Hilfsperson einsetzen und ihm eine entsprechende (Unter-)Vollmacht einräumen, was er tat, als er ihm den Auftrag gab, bei der Klägerin vier Trockenbauer zu bestellen. Die von der Beklagten gegen die aufgezeigten Vertretungsketten und den Vertragsabschluss eingewendeten Behauptungen überzeugen nicht.

2.6. Formgültigkeit der Verleihverträge

2.6.1. Die Beklagte bringt vor, die streitgegenständlichen Verleihverträge lägen nicht in Schriftform vor. Gemäss Art. 22 AVG i.V.m. Art. 50 AVV müsste der Verleihvertrag mit dem Einsatzbetrieb vor der Arbeitsaufnahme oder nachträglich zum nächstmöglichen Zeitpunkt schriftlich abgeschlossen werden. Der Verleihvertrag müsse zudem die in Art. 22 Abs. 1 lit. a bis lit. f AVG enthaltenen Informationen enthalten (vgl. act. 16 Rz. 20). Die Klägerin führt demgegenüber aus, die Verträge seien vorliegend per E-Mail bzw. telefonisch abgeschlossen worden. Ob ein schriftlicher Vertrag vorliege sei nicht relevant, da Art. 22 AVG keine Gültigkeitsvorschrift sei. Dass die Beklagte sich auf einen Formmangel berufe, nachdem sie die Arbeitsleistung entgegen genommen habe, sei rechtsmissbräuchlich. Aufgrund des kurzfristig erteilten Auftrags sei vorgesehen gewesen, die Verträge nachträglich im Sinne von Art. 50 AVV zu schliessen, wozu es jedoch nicht mehr gekommen sei. Sie habe die Verträge der Beklagten zur Unterzeichnung per Post zugesandt, diese jedoch nie zurückerhalten (vgl. act. 28 Rz. II. 24).

2.6.2. Gemäss Art. 22 AVG muss der Verleiher den Vertrag mit dem Einsatzbetrieb schriftlich abschliessen. Art. 50 AVV hält fest, dass der schriftliche Verleihvertrag grundsätzlich vor der Arbeitsaufnahme vorliegen muss, es sei denn, die zeitliche Dringlichkeit der Arbeitsaufnahme lasse einen schriftlichen Vertragschluss nicht mehr zu. In solchen Fällen ist der Vertrag zum nächstmöglichen Zeitpunkt schriftlich abzufassen.

2.6.3. Lehre und Rechtsprechung sind sich uneinig, ob das Schriftlichkeitserfordernis gemäss Art. 22 AVG Gültigkeitsvoraussetzung für den Vertrag ist. Die Tendenz scheint dahinzugehen, die Verletzung des Schriftlichkeitserfordernisses nicht als (zivilrechtlichen) Nichtigkeitsgrund anzusehen (vgl. Beschluss und Urteil vom 7. Juni 2012 des Handelsgerichts des Kantons Zürich, HG100031, E. 5.1.8, wobei eine Literaturstelle zitiert wird, die sich nicht zu Art. 22 AVG, sondern zu Art. 19 AVG äussert, mithin zum Arbeitsvertrag und nicht zum Verleihvertrag; Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen, VZ.2007.41, vom 24. September 2007, E. 3b; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag. Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, N 21 zu Art. 319; KRUMMENACHER/WEIBEL, in: Kull (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar zum Arbeitsvermittlungsgesetz (AVG), Bern 2014, N 5 zu Art. 22; a.M. Urteil des Kantonsgerichts Wallis, TCVS C1 07 47, vom 20. August 2007, RVJ / ZWR 2008 S. 301 ff., S. 302 E. 4a)aa) sowie mit ausführlicher Begründung DOMENIG, Der Verleihvertrag nach AVG, die Vermittlungsentschädigung und das Verhältnis zum Mäklervertragsrecht, in: Zeitschrift recht 2016, S. 86 ff., S. 90 und S. 96).

2.6.4. Die Frage, ob das Schriftlichkeitserfordernis gemäss Art. 22 AVG als Gültigkeitserfordernis zu qualifizieren ist, kann offen bleiben. Selbst wenn die Verletzung des Schriftlichkeitserfordernisses in Art. 22 AVG die Nichtigkeit des Verleihvertrages zur Folge hätte, könnte die Beklagte sich vorliegend nicht auf diese berufen. Eine Vertragspartei kann sich dann nicht auf die Nichtigkeit des Vertrages berufen, wenn ihr Verhalten rechtsmissbräuchlich ist. Das Gericht hat dabei nicht nach starren Regeln, sondern unter Würdigung aller Umstände des konkreten Falles zu entscheiden. Liegt Rechtsmissbrauch vor, ist der Vertrag so zu behandeln, wie wenn er gültig wäre (vgl. BGE 98 II 313, S. 316 E. 2). Die Klägerin

bringt vor, sie habe die Verleihverträge der Beklagten postalisch zur Unterzeichnung zugestellt. Sie habe die Verträge aber nie zurückerhalten (vgl. act. 28 Rz. 12 und Rz. 24). Sie legt zum Beweis die (nicht unterzeichneten) Verleihverträge sowie zwei E-Mails vom 13. April 2016 und vom 14. April 2016 an F. _____ vor (vgl. act. 3/5; act. 29/87; act. 29/88–91). Die Verleihverträge sind an F. _____, ...-Strasse ..., ... Zürich, adressiert. (Bei dieser Adresse handelt es sich nicht nur um die damalige Adresse der Beklagten, sondern *gleichzeitig* auch um die alte Adresse der Kanzlei von Rechtsanwalt Y. _____). In den E-Mails wird mitgeteilt, die Verträge seien bereits postalisch unterwegs (vgl. act. 3/5 und 29/87). Die Beklagte bestreitet die postalische Zustellung nicht, sondern beschränkt sich darauf, der Klägerin vorzuwerfen, sie habe die Verleihverträge nie in unterzeichneter Form von der Beklagten oder von Herrn F. _____ zurückverlangt (vgl. act. 40 Rz. 26). Damit steht aber fest, dass die Beklagte die Verleihverträge erhalten hat, sie die Verträge jedoch nicht retournierte. Eine Pflicht der Klägerin, diese bei der Beklagten nachzufordern, *um die Formungültigkeit zu verhindern*, besteht nicht, zumal die Verleihverträge klar die Aufforderung enthalten, das unterzeichnete Doppel umgehend zu retournieren. Es ist rechtsmissbräuchlich, wenn die Beklagte sich auf den Formmangel beruft, nachdem sie die Verträge postalisch erhielt, diese nicht retournierte *und gleichzeitig die von der Klägerin vollständig erbrachte Hauptleistung des Vertrages ohne Vorbehalt entgegennahm*. Zu berücksichtigen ist auch, dass die Beklagte durch ihr Verhalten selber die Formungültigkeit überhaupt erst herbeiführte, wobei die Klägerin alles getan hatte, um die Formvorschriften zu erfüllen. Als Bauunternehmerin, die Arbeiter ausleiht, muss die Beklagte zudem die rechtlichen Grundlagen des Verleihgeschäfts kennen, zumal ihr das Wissen ihres Verwaltungsratspräsidenten als Rechtsanwalt anzurechnen ist. Zusammenfassend sind die Verleihverträge wegen des rechtsmissbräuchlichen Verhaltens der Beklagten auch dann als gültig zu behandeln, wenn das Schriftlichkeitserfordernis von Art. 22 AVG als Gültigkeitsvorschrift auszulegen wäre.

2.7. Fazit

Die von der Klägerin ins Recht gelegten Verleihverträge sind gültig bzw. so zu behandeln, wie wenn sie gültig wären, falls Formerfordernisse hätten beachtet werden müssen.

3. Höhe der Forderung

Die Klägerin beziffert ihre Forderung auf CHF 46'322.40 (nebst Verzugszinsen; siehe zu diesen Erw. 4) und reicht zum Nachweis verschiedene Urkunden ein. Die Beklagte hat die Höhe der geltend gemachten Forderung nicht bestritten, sondern stets – unzutreffend – vorgebracht, die Klägerin und die Beklagte hätten gar nie einen gültigen Vertrag abgeschlossen. Die beklagtischen Ausführungen zu den klägerseits eingereichten Rapporten (vgl. act. 16 Rz. 14 ff.) betreffen denn auch nicht die Höhe der Forderung bzw. die Arbeitsleistungen an sich, sondern einzig die Frage des Vertragsabschlusses (bzw. der Vertretung der Beklagten). Soweit die Beklagte die Rechnungen der Klägerin bestreitet (vgl. act. 16 Rz. 24), handelt es sich hierbei um eine unsubstanzierte Bestreitung. Die Beklagte erklärt nicht, warum sie die in Rechnung gestellte Summe nicht akzeptiert und bezeichnet diese pauschal als "inhaltlich falsch". Sie bringt einzig vor, Rechnungen würden für sich allein betrachtet keine Forderungen nachweisen, was keine genügende Bestreitung ist. Die klägerische Forderung ist demnach auch in ihrer Höhe ausgewiesen.

4. Verzugszins

4.1. Die Klägerin fordert Verzugszins zu 5% seit 18. Mai 2016. Sie erklärt die von ihr berechnete Laufzeit des Verzugszinses nicht. Die Beklagte hat sich zur Laufzeit des Zinses nicht geäußert.

4.2. Die Klägerin legt eine Mahnung vom 25. Mai 2016 über CHF 14'775.25 vor (vgl. act. 3/53). Gemäss der Mahnung ist der Betrag bis zum 1. Juni 2016 zu begleichen. In einem weiteren Schreiben an die Beklagte hält die Klägerin fest, dass bis und mit 29. Mai 2019 fällige Rechnungen über CHF 36'632.00 bestünden und hierfür der Beklagten zur Bezahlung eine Frist von 5 Tagen angesetzt werde.

Weiter wird im Schreiben mitgeteilt, dass weitere Rechnungen von CHF 10'915.00 per 5. Juni 2016 fällig würden (vgl. act. 3/55).

4.3. Die klägerischen Behauptungen zur Laufzeit des Verzugszinses sind nicht schlüssig. Die Beklagte schuldet daher erst vom Tage der Zustellung des Zahlungsbefehls Verzugszins (vgl. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, N 2707), vorliegend somit ab 6. Juli 2016 (vgl. act. 3/56; zur Verzugszinshöhe siehe Art. 104 Abs. 1 OR).

5. Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen

5.1. F._____ kontaktierte die Klägerin im April 2016 und bestellte namens der Beklagten vier Trockenbauer für eine Baustelle in E._____. F._____ handelte auf Anweisung von I._____, welcher im damaligen Zeitpunkt der Alleinaktionär der Beklagten war und als deren faktischer Geschäftsführer waltete.

5.2. Y._____ räumte als mit Einzelunterschrift im Handelsregister eingetragener Zeichnungsberechtigter der Beklagten sowohl F._____ als auch I._____ eine konkludente Vollmacht ein (mindestens im Sinne einer internen Duldungs- oder Anscheinsvollmacht). Diese konnten damit die Beklagte nach aussen vertreten. I._____ konnte und durfte sodann auch F._____ als Vertreter einsetzen. Die Beklagte muss sich das Vertreterhandeln von F._____ und I._____ anrechnen lassen. Damit ist ein Vertragsschluss zwischen der Klägerin und der Beklagten zu bejahen, und die von der Klägerin gestützt auf den Vertrag eingeklagte Forderung ist der Klägerin zuzusprechen.

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

6.1. Gerichtskosten

Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG; Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Der Streitwert beträgt vorlie-

gend CHF 46'322.40, woraus eine Grundgebühr von rund CHF 5'300.00 resultiert. Die Klägerin reichte zwei Noveneingaben mit zahlreichen Beilagen ein, die Beklagte zwei Stellungnahmen zu den Noveneingaben. Die Noveneingaben waren zulässig und für die Gutheissung der Klage entscheidend. Das vorliegende Verfahren weist damit insgesamt acht Rechtsschriften auf, was den zivilprozessrechtlich vorgesehen Normalfall von vier Rechtsschriften deutlich überschreitet. Entsprechend fiel auch der Aufwand des Gerichts hoch aus und ist die Gerichtsgebühr um 50% zu erhöhen.

Der Verzugszins ist der Klägerin vorliegend ab einem späteren Zeitpunkt als beantragt zuzusprechen: Die Abweichung ist aber derart geringfügig, dass sie sich nicht auf die Kostenverteilung auswirkt. Die Gerichtsgebühr ist darum ausgangsgemäss der Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und vorab teilweise aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

6.2. Parteientschädigungen

Die Höhe der Parteientschädigung ist nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 zu bemessen (AnwGebV; Art. 105 Abs. 2 ZPO). Grundlage ist auch hier der Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Bei einem Streitwert von CHF 46'322.40 beträgt die Grundgebühr rund CHF 6'600.00. Sie ist mit der Begründung bzw. Beantwortung der Klage verdient. Für die Teilnahme an zusätzlichen Verhandlungen und für weitere notwendige Rechtsschriften wird ein Zuschlag von je höchstens der Hälfte der Grundgebühr berechnet (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV i.V.m. § 4 Abs. 1 AnwGebV). Vorliegend ist eine Erhöhung der Grundgebühr um zwei Drittel angemessen. Dies führt in Anwendung von §§ 4 und 11 AnwGebV zu einer Parteientschädigung in der Höhe von rund CHF 11'000.00, welche die Beklagte der Klägerin zu bezahlen hat.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 46'322.40 nebst Zins zu 5% seit 6. Juli 2016 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 8'000.00.
3. Die Kosten werden der Beklagten auferlegt und teilweise aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Für die der Beklagten auferlegten Kosten wird der Klägerin im Umfang des von ihr geleisteten Kostenvorschusses das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 11'000.00 zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage einer Kopie von act. 57.
6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 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 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 46'322.40.

Zürich, 26. September 2019

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Gerichtsschreiber:

Roland Schmid

Dr. Giulio Donati