

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NP230006-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender,
Oberrichter Dr. M. Kriech und Oberrichterin lic. iur. B. Schärer
sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Achermann

Urteil vom 29. November 2023

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Y. _____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am
Bezirksgericht Affoltern vom 19. Dezember 2022 (FV210017-A)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 2 S. 2 und Urk. 65 S. 2)

- " 1. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 17'488.80 netto zuzüglich Zins zu 5% seit dem 24. November 2020 zu bezahlen.
2. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin die Betreuungskosten in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Hausen am Albis in der Höhe von CHF 103.30 zu bezahlen.
3. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Hausen am Albis (Zahlungsbefehl vom 11. Februar 2021) sei im Umfang von CHF 17'488.80 aufzuheben und der Klägerin sei in der Betreuung Nr. ... für die Summe von CHF 17'488.80 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 24. November 2020 Rechtsöffnung zu erteilen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten des Beklagten."

Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht

Affoltern vom 19. Dezember 2022:

(Urk. 71 S. 33 f. = Urk. 76 S. 33 f.)

1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 17'488.80 zuzüglich 5% Zins seit dem 24. November 2020 zu bezahlen.
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Hausen am Albis (Zahlungsbefehl vom 11. Februar 2021) wird im Umfang von Fr. 17'488.80 zuzüglich 5% Zins seit dem 24. November 2020 beseitigt. Die Klägerin ist berechtigt, die Betreuungskosten (Fr. 103.30) vorab zu erheben.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 2'813.--; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 570.-- Dolmetscherkosten.
Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.
4. Die Kosten werden dem Beklagten auferlegt, jedoch aus dem durch die Klägerin geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin diese Kosten sowie die Kosten für das Schlichtungsverfahren von Fr. 500.-- zu ersetzen.

5. Der Klägerin wird eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 3'811.-- inkl. 7.7% MwSt. zugesprochen.
6. [Mitteilungssatz]
7. [Rechtsmittel: Berufung, Frist 30 Tage]

Berufungsanträge:

des Beklagten und Berufungsklägers (Urk. 75 S. 2):

- " 1. Es sei das Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren des Bezirksgerichts Affoltern vom 19. Dezember 2022 (Geschäftsnummer der Vorinstanz: FV210017-A/U) aufzuheben, und es sei die Klage vollumfänglich abzuweisen, eventualiter sei die Klage zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten der Klägerin und Berufungsbeklagten."

der Klägerin und Berufungsbeklagten (Urk. 83 S. 2):

- " 1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen und das angefochtene Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Affoltern vom 19. Dezember 2022 (FV210017-A) sei zu bestätigen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu Lasten des Berufungsklägers."

Erwägungen:

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Der Beklagte und Berufungskläger ("Beklagter") ist Psychiater mit Fokus auf Kinder- und Jugendpsychiatrie in Zürich. Die Klägerin und Berufungsbeklagte ("Klägerin") war von Oktober 2019 bis November 2020 für den Beklagten als delegierte Psychotherapeutin tätig (Urk. 2 Rz. 8; Urk. 68 Rz. 3 f.). Die Parteien schlossen keine schriftliche Vereinbarung ab. Mit Schreiben vom 23. November 2020 beendete die Klägerin die Zusammenarbeit per 30. November 2020 (Urk. 5/5). Der Beklagte bestätigte die Beendigung mit Schreiben vom 24. November 2020 und kündigte seinerseits die Zusammenarbeit mit sofortiger Wirkung (Urk. 5/6). Die Kläge-

rin leistete während ihrer Tätigkeit 166.56 Stunden, welche – ausgehend von einem Stundensatz von Fr. 133.07 – Patientenrechnungen in der Höhe von Fr. 22'165.90 generierten (Urk. 2 Rz. 8; Urk. 68 Rz. 21). Die Klägerin macht mit der vorliegenden Klage einen Entschädigungsanspruch von Fr. 17'488.80 für die geleisteten Stunden geltend (Fr. 105.–/h; Urk. 2 S. 2; Urk. 65 S. 2).

2. Mit Urteil vom 19. Dezember 2022 hiess die Vorinstanz die Klage vollumfänglich gut und verpflichtete den Beklagten, der Klägerin Fr. 17'488.80 nebst Zins zu 5 % seit 24. November 2020 zu bezahlen. Der vom Beklagten erhobene Rechtsvorschlag wurde im selben Umfang beseitigt (Urk. 71 = Urk. 76). Dagegen erhob der Beklagte rechtzeitig Berufung und stellte die eingangs wiedergegebenen Anträge (Urk. 75 S. 2). Den ihm mit Verfügung 14. Februar 2023 auferlegten Kostenvorschuss (Urk. 79) leistete der Beklagte innert erstreckter Frist (Urk. 80 f.). Am 17. April 2023 wurde der Klägerin Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten (Urk. 82). Ihre Eingabe vom 16. Mai 2023 erfolgte rechtzeitig (Urk. 83) und wurde dem Beklagten mit Verfügung vom 31. Mai 2023 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 84). Weitere Eingaben erfolgten nicht.

3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-74). Das Verfahren ist spruchreif.

II. Materielle Beurteilung

1. Prozessuale Vorbemerkungen

1.1. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine vollständige Überprüfungsbefugnis der Streitsache und folglich über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_1049/2019 vom 25. August 2021, E. 3). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist, respektive an einem der genannten Fehler leidet (BGE 142 I 93 E. 8.2; BGE 138

III 374 E. 4.3.1). Das setzt (im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden Eintretensvoraussetzung) voraus, dass die Berufung erhebende Partei die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die sie anfecht, sich argumentativ mit diesen auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden, beziehungsweise aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Von der Berufungsinstanz kann nicht erwartet werden, dass sie von sich aus in den Vorakten die Argumente zusammensucht, die zur Berufungsbegründung geeignet sein könnten (*OGer ZH NP220014 vom 16.11.2022, E. II.1 S. 5*; BGer 5A_438/2012 vom 27. August 2012, E. 2.4). Das obere kantonale Gericht hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der Berufungsschrift in rechtsgenügender Weise erhoben werden (BGE 142 III 413 E. 2.2.4). Auf die Parteivorbringen ist insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (vgl. BGE 134 I 83 E. 4.1). Dabei ist die Rechtsmittelinstanz weder an die Argumente der Parteien noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; sie wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO), weshalb sie die Berufung auch mit einer anderen Argumentation gutheissen oder diese auch mit einer von der Argumentation der ersten Instanz abweichenden Begründung abweisen kann (sog. Motivsubstitution; BGE 147 III 176 E. 4.2.1 S. 179).

1.2. Im Berufungsverfahren werden neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Die Berufungsinstanz soll zwar den erstinstanzlichen Entscheidung umfassend überprüfen, nicht aber alle Sach- und Rechtsfragen völlig neu aufarbeiten und beurteilen. Alles, was relevant ist, ist grundsätzlich rechtzeitig in das erstinstanzliche Verfahren einfließen zu lassen (vgl. ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 10). Im Berufungsverfahren ist das Nachbringen von Behauptungen, welche im erstinstanzlichen Verfahren unsubstantiiert ge-

blieben waren, ausgeschlossen (ZK ZPO-Reetz, Vorbemerkungen zu Art. 308-318 N 44).

2. Umfang der Rechenschaftspflicht

2.1. Die Vorinstanz erwog, zwischen den Parteien bestehe kein schriftlicher Vertrag, weshalb nicht abschliessend klar sei, welche Tätigkeiten die Klägerin zur gehörigen Erfüllung des Auftrags hätte erbringen müssen. Es existierten weder gesetzliche Grundlagen noch Berufsreglemente oder andere Quellen, welche das Verhältnis zwischen dem delegierenden Psychiater und der behandelnden Psychotherapeutin regelten. Aus § 13 GesG ZH ergebe sich zwar eine Dokumentationspflicht, indessen werde weder daraus noch aus den Bestimmungen zum Auftrag klar, in welcher Form Rechenschaft abzulegen sei. Um die diesbezüglichen Pflichten zu ermitteln, sei deshalb der jeweilige Vertrag auszulegen. Auf die vom Beklagten zur Frage der Pflichten im Rahmen der delegierten Psychotherapie offerierte Einvernahme zweier sachverständiger Zeugen könne verzichtet werden. Es sei zwar davon auszugehen, dass diese darlegen könnten, was die Rechte und Pflichten zwischen delegierendem Arzt und behandelnder Psychotherapeutin sein müssten. Indessen könne – mangels Reglement, Merkblatt oder dergleichen – nicht davon ausgegangen werden, dass die Parteien diese Rechte und Pflichten hätten kennen müssen. Von der Klägerin könne nicht verlangt werden, sich nach Vorgaben zu richten, die sie nicht habe kennen müssen oder kennen können (Urk. 76 S. 19 f.). Es erscheine mit Blick auf das tatsächliche Vertragsverhältnis augenfällig, dass die Hauptpflicht der Klägerin darin bestanden habe, Therapiestunden abzuhalten und der Beklagte sie im Gegenzug vergüten sollte. Aufgrund der Charakteristik der delegierten Psychotherapie sei ein Austausch notwendig, damit der delegierende Arzt seiner Aufsichtspflicht nachkommen könne. Zur Aufsichtspflicht ergebe sich aus einem Merkblatt der Kommission Delegierte Psychotherapie (sgdp), dass zur Involvierung des delegierenden Arztes keine allgemeingültigen Empfehlungen abgegeben werden könnten. Aus dem Merkblatt gehe aber hervor, dass der Arzt zu Beginn der Therapie informiert werden, er das Behandlungsziel kennen und periodisch über den Verlauf und Stand informiert werden sowie gegebenenfalls Anweisungen geben und jederzeit in das von der Therapeutin geführte Patientendos-

sier Einsicht nehmen können müsse. Ein mündlicher Austausch erscheine ebenso geeignet wie das Verfassen eines schriftlichen Berichts, zumal beide aufgrund von § 13 GesG ZH zur Dokumentation verpflichtet seien. Aufgrund der Akten und der Darstellungen sei erstellt, dass zwischen den Parteien ein Austausch stattgefunden habe. Dies ergebe sich zum einen aus den eingereichten Rechnungen, wo sich zahlreiche Positionen mit der Bezeichnung "Besprechungen mit Therapeuten und Betreuern ausserhalb der regelmässigen Rapporte, in Abwesenheit des Patienten durch den delegierten Psychologen/Psychotherapeuten" fänden (u.a. Urk. 67/15). Zum andern habe ein E-Mail-Austausch stattgefunden (Urk. 70/2-6). Darüber hinaus zeigten die vom Beklagten in seiner Klageantwort gemachten Ausführungen zu einzelnen Patienten, dass er über deren Behandlung informiert gewesen sei, ansonsten er sich nicht zur Angemessenheit der Behandlung hätte äussern können. Das Verhalten des Beklagten lasse zudem darauf schliessen, dass er der Ablegung eines Rechenschaftsberichts vor der Beendigung des Auftrags keine Bedeutung zugemessen habe. Erst im anwaltlichen Schreiben vom 24. November 2020 habe er den Rechenschaftsbericht erwähnen lassen (Urk. 5/6), danach habe er während zwei Jahren nicht nachgehakt und die Thematik erst anlässlich der Gerichtsverhandlung wieder vorgebracht (Urk. 76 S. 21 f.). Zudem habe der Beklagte im erwähnten Schreiben vom 24. November 2020 die Honorarauszahlung nicht von einer Rechenschaft oder Aktenherausgabe, sondern von einer Anmeldung bei der SVA als Selbständigerwerbende abhängig gemacht. Ein Verstoss gegen Treu und Glauben liege dann vor, wenn ein Auftraggeber den Rechenschaftsanspruch jahrelang nicht erhoben und auch nicht zu erkennen gegeben habe, sich diesen vorzubehalten. Es sei zudem unbestritten, dass weder ein Patient noch ein nachbehandelnder Arzt je Unterlagen oder Informationen vom Beklagten gefordert habe, die er nicht hätte liefern können (Urk. 76 S. 23).

2.2. Der Beklagte rügt die Auslegung des Vertrages durch die Vorinstanz. Diese habe zu Unrecht eine Vertragsauslegung nach dem Vertrauensprinzip vorgenommen; es bestehe eine tatsächliche Willensübereinstimmung über die schriftliche Rechenschaftsablegung zwischen den Parteien, die ein fester Bestandteil des Vertragsverhältnisses zwischen Psychiater und Psychotherapeutin sei (Urk. 75 Rz. 17-29). Die Vorinstanz habe zu Unrecht in Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches

Gehör auf die Abnahme der angebotenen Beweismittel (eigene Parteibefragung, Zeugnis von Dr. med. C._____ und lic. iur. D._____) verzichtet. Die Beweisabnahme hätte bestätigt, dass zu den Pflichten der Klägerin gehöre – gerade, wenn Meinungsverschiedenheiten bezüglich Diagnose und Behandlung bestünden –, vor Beendigung einer delegierten Psychotherapie einen zusammenfassenden schriftlichen Bericht über ihre psychotherapeutische Arbeit, einschliesslich ihrer Gedanken über eine zukünftige Behandlung, vorzulegen. Auch könnten die erwähnten Zeugen bestätigen, dass eine ausgebildete Psychotherapeutin diese Pflicht kenne oder kennen müsse (Urk. 75 Rz 15 f.). Die von der Vorinstanz (fälschlicherweise) vorgenommene Vertragsauslegung nach dem Vertrauensprinzip verstosse sodann gegen Recht. Korrekt vorgenommen, führe diese dazu, dass die Parteien bei Vertragsschluss hätten vereinbaren wollen, dass die Klägerin schriftlich Rechenschaft abzulegen und zu seinen Händen einen schriftlichen Schlussbericht zu den jeweiligen Patienten zu verfassen gehabt habe, da diese Vorgaben zu jeder delegierten Psychotherapie gehörten und die Klägerin diese Vorgaben habe kennen müssen (Urk. 75 Rz. 19, 29).

2.3. Die Klägerin trägt vor, es gehöre nicht zum Auftrag und zur Sorgfaltspflicht der Therapeutin, einen abschliessenden schriftlichen Bericht zu erstellen; einen entsprechenden Vertragsschluss habe der Beklagte (vorinstanzlich) weder substantiiert behauptet noch bewiesen (Urk. 83 Rz. 11). Von der Befragung der Zeugen habe die Vorinstanz zu Recht abgesehen, weil deren Aussagen untauglich seien, um Beweis über das konkrete Vertragsverhältnis zu führen (Urk. 83 Rz. 12). Zudem seien die Behauptungen, wonach die Klägerin von dieser Pflicht wisse oder wissen müsse sowie diesbezüglich die tatsächlichen Willen der Parteien übereingestimmt hätten, erstmals in der Berufungsschrift und damit verspätet erfolgt. Die (verspäteten) Behauptungen zum Wissen oder geforderten Wissen der Klägerin würden zudem bestritten. Das Verfassen eines schriftlichen Schlussberichts gehöre entgegen dem Beklagten nicht zu den Pflichten und Vorgaben jeder delegierten Psychotherapie, ohne dass eine solche Pflicht explizit erwähnt werden müsste (Urk. 83 Rz. 14 f., 19 f., 35).

2.4. Die dogmatische Frage der Methodik der Vertragsauslegung soll und muss vorliegend nicht umfassend abgehandelt und geklärt werden (dazu: BK-Müller, Art. 18 OR N 59 ff. sowie N 70 ff.; ZK-Jäggi/Gauch/Hartmann, Art. 18 N 356 ff.; Gauch et al., Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2020, N 1200 ff.). Den Lehrmeinungen von Müller sowie Jäggi/Gauch/Hartmann folgend (BK-Müller, Art. 18 OR N 82; ZK-Jäggi/Gauch/Hartmann, Art. 18 N 358 und N 317; Gauch et al., a.a.O., N 1201a) und in Anwendung der gemäss konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung geltenden Beweislastverteilung, wonach jene Partei, welche daraus eine Rechtsfolge zu ihren Gunsten ableitet, die Behauptungs- und Beweislast für den Bestand und den Inhalt eines vom objektivierten Auslegungsergebnis abweichenden subjektiven Vertragswillens trägt (BGE 121 III 118 E. 4.b.aa; BGer 5A_765/2022 vom 24. April 2023, E. 4.2; BGer 4A_581/2008 vom 19. Mai 2009, E. 3.3; BGer 4C.372/1999 vom 20. April 2000, E. 3; vgl. BSK OR I-Wiegand, Art. 18 N 49; Präjudizienbuch OR-Göksu, Art. 18 N 86), erscheint es im vorliegenden Fall angezeigt, zuerst eine objektivierte Auslegung vorzunehmen und danach zu ermitteln, ob der Beweis eines davon abweichenden subjektiven Willens gelingt. Eine Verkehrsübung bildet dabei immer nur dann Teil des Vertragsinhaltes, wenn sich die Parteien ihr durch Vereinbarung unterworfen haben (Gauch et al, a.a.O., N 1218 f. m.H.a. BGE 94 II 157 E. 4.b; BSK OR I-Wiegand, Art. 18 N 31; Kren Kostkiewicz, OFK-OR, OR 18 N 22). Die objektivierte Auslegung ist insbesondere unter Berücksichtigung des Vertragszwecks und der Beweggründe der Parteien vorzunehmen (vgl. Gauch et al., a.a.O., N 1205 ff.).

2.5. Das vertragliche Verhältnis zwischen den Parteien ist unstrittig als entgeltlicher Auftrag im Sinne von Art. 394 ff. OR zu qualifizieren. Was das Verhältnis zwischen Entschädigungsanspruch und Rechenschaftspflicht angeht, kann auf die vorinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden (Urk. 76 S. 17-19, 21). Ergänzend ist festzuhalten, dass die Rechenschaftsablegung (Art. 400 Abs. 1 OR) grundsätzlich eine Pflicht zur – in der Regel schriftlichen (CR CO I-Werro, Art. 400 N 4) – Berichterstattung über die gesamte Auftragsausführung im Sinne eines Schlussberichts umfasst (CHK-Gehrer Cordey/Giger OR 400 N 1a). Mit der Berichterstattung wird eine Aufklärung über alle sich während des Auftrags ereignenden Vorgänge bezweckt (BK-Fellmann, Art. 400 OR N 27), wobei sich der Umfang der Rechen-

schaftspflicht aus dem konkreten Vertragsverhältnis und dem Grundsatz von Treu und Glauben ergibt und seine Grenze im Vertragsinhalt findet (BGer 4A_132/2015 vom 8. Januar 2016, E. 5; BSK OR I-Oser/Weber, Art. 400 N 1a; BK-Fellmann, Art. 400 OR N 78 ff.). Davon ausgehend ist zur Ermittlung der Form der Rechenschaftsablegung vorliegend die besondere Natur des Vertragsverhältnisses zwischen einer Psychotherapeutin und einem Arzt/Psychiater zu berücksichtigen. Dieses ist – was unbestritten ist (Urk. 2 Rz. 5-7; Urk. 68 Rz. 6 f.) – vor dem Hintergrund des bis Mitte 2022 geltenden Krankenversicherungsrechts zu erklären, das freiberuflichen, nichtärztlichen Psychotherapeuten nur im Rahmen der delegierten Psychotherapie ermöglichte, ihre Leistungen über die obligatorische Krankenversicherung abzuwickeln (BGer 4A_64/2020 vom 6. August 2020, E. 3.1; Art. 50c KVV). Der Aspekt der reinen Fremdnützigkeit des Auftrags und der eng mit diesem zusammenhängenden Rechenschafts- und Ablieferungspflicht (BGE 143 III 348 E. 5.1.1; BSK OR I-Oser/Weber, Art. 400 N 1a) ist in dieser Konstellation weniger ausgeprägt als bei klassischen Auftragsverhältnissen. Die Rechenschaftspflicht ergibt sich in Konstellationen wie der vorliegenden vielmehr aus der Pflicht zum sorgfältigen Tätigwerden (vgl. CR CO I-Werro, Art. 400 N 1, 5), wobei im Rahmen von ärztlichen und therapeutischen Behandlungen davon ausgegangen wird, dass die Rechenschaftsablegung gegenüber den Patienten in einer fortlaufend und zeitnah zur Behandlung schriftlich erstellten Dokumentation der Behandlung, das heisst der kontinuierlichen Führung einer Krankengeschichte, besteht (BGE 141 III 363 E. 5.1; Aebi-Müller et al., *Arztrecht*, 2016, § 2 N 108-113 sowie § 9 N 12 f., 19 f.; KUKO OR-Schaller, Art. 400 N 4; vgl. § 13 GesG ZH). Diese Dokumentation hat Sachverhaltsfeststellungen, Therapie, Aufklärungsgespräche und Auskünfte von Dritten zu umfassen. Es bestehen keine Formvorschriften; eine stichwortartige und für Fachpersonen verständliche Form reicht (Aebi-Müller et al., *Arztrecht*, 2016, § 9 N 19; vgl. BGer 9C_567/2007 vom 25. September 2008, E. 4.2). Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze der Rechenschaftsablegung für ärztliche und therapeutische Behandlungen ist im Verhältnis zwischen der Klägerin als Psychotherapeutin und dem Beklagten als delegierendem Psychiater im Rahmen einer objektivierten Auslegung von einer Rechenschaftsablegung in der Form einer kontinuierlichen Information und Dokumentation auszugehen. Der Argumentation des Beklagten, wo-

nach die Fallakte ohne schriftlichen Schlussbericht unvollständig sei, kann nicht gefolgt werden (Urk. 75 Rz. 15; vgl. Urk. 83 Rz. 14). Aus dem von der Vorinstanz erwähnten und vom Beklagten monierten Merkblatt ergibt sich nicht mehr als die bereits hergeleiteten Grundsätze, womit diesem keine eigenständige Bedeutung bei der Auslegung zukommt (vgl. Urk. 76 S. 21 f.; Urk. 75 Rz. 20). Der Beklagte behauptete vor Vorinstanz, zum Inhalt des Auftrags und zur Sorgfaltspflicht der Therapeutin gehöre die Erstellung eines abschliessenden Berichts, weil vom delegierenden Arzt später noch Berichte für Versicherungen erstellt werden und ein nachbehandelnder Arzt über den Therapieverlauf orientiert werden müsse. Es gehöre deshalb zum Inhalt des Auftrags, vor Beendigung einen zusammenfassenden Bericht über die psychotherapeutische Arbeit, einschliesslich Gedanken über eine zukünftige Behandlung, vorzulegen (Urk. 68 Rz. 8; vgl. Urk. 75 Rz. 29). Soweit er damit eine bei der objektivierten Auslegung (als Auslegungsmittel) zu berücksichtigende Verkehrsübung behauptet, gelingt ihm der Nachweis einer solchen nicht: Für seine diesbezüglichen bestrittenen Behauptungen (Urk. 68 Rz. 8; Prot. I S. 15 f.) offeriert er das Zeugnis zweier sachverständiger Personen sowie seine eigene Parteibefragung (Urk. 68 Rz. 8; Prot. I S. 33). Dazu ist festzuhalten, dass zwei Zeugen – seien sie auch sachverständig – keine Verkehrsübung beweisen können (ähnlich hinten Erw. II.4.5). Ihre Aussagen wären höchstens Ausdruck davon, wie sie selber das Vertragsverhältnis gestalten würden. Dasselbe gilt für die Parteibefragung des Beklagten. Durch die unterbliebene Befragung wurde damit das rechtliche Gehör des Beklagten nicht verletzt. Im Übrigen wäre die allgemeine Fachkunde der angerufenen Zeugen – welche keinen erkennbaren Bezug zum Vertragsverhältnis der Parteien haben – nicht mittels Zeugnisses, sondern durch ein Gutachten in das Verfahren einzubringen gewesen (weiterführend hinten Erw. II.4.5), womit deren Befragung auch aus diesem Grund unterbleiben konnte. Abgesehen davon bleibt festzustellen, dass sich der Beklagte im Rahmen der erwähnten Behauptung darauf beschränkt, seine eigenen Vorstellungen über den Vertragsinhalt darzulegen, es aber unterlässt, auszuführen, inwiefern dieser Vertragsinhalt geworden sein soll. Mit anderen Worten behauptet er nicht, dass sich die Parteien der von ihm zumindest implizit behaupteten Verkehrsübung – in der Form der Erstellung eines schriftlichen Schlussberichts – durch Vereinbarung unterworfen hätten (vgl. dazu auch

nachfolgend Erw. II.2.6). Die Behauptung, eine ausgebildete Psychotherapeutin wisse dies oder müsse dies wissen, erfolgte erst im Berufungsverfahren und damit verspätet (Urk. 75 Rz. 15 f., 29; vgl. Urk. 83 Rz. 15, 35). Es bleibt folglich dabei, dass die Erstellung eines schriftlichen Schlussberichts aufgrund der Rechenschaftsablegung im Rahmen einer kontinuierlichen Information und Dokumentation nicht zu den Pflichten der Klägerin gehört; eine solche Pflicht bildet aus der Sicht von vernünftig und korrekt handelnden Vertragsparteien in der Situation der Prozessparteien nicht Vertragsinhalt.

2.6. Der Beklagte trug zum von ihm zu beweisenden abweichenden subjektiven Willen der Parteien vor der Vorinstanz – wie bereits vorstehend erwähnt – vor, es gehöre zur Sorgfaltspflicht der Therapeutin und zum Inhalt des Auftrags, vor Beendigung einen zusammenfassenden Bericht über die psychotherapeutische Arbeit einschliesslich Gedanken über eine zukünftige Behandlung vorzulegen (Urk. 68 Rz. 8; Prot. I S. 33). Dies sei typisches Merkmal der delegierten Psychotherapie (Urk. 68 Rz. 21). Damit macht er keine substantiierten Ausführungen zum tatsächlichen Willen der Klägerin beziehungsweise einem allfälligen tatsächlichen Konsens der Parteien. Seine Behauptungen zielen damit am relevanten Punkt vorbei. Seine weiteren Behauptungen, wonach eine ausgebildete Psychotherapeutin dies wisse sowie die Pflicht fester Bestandteil des Vertragsverhältnisses sei, ohne dass sie explizit vereinbart werden müssten, und diesbezüglich eine tatsächliche Willensübereinstimmung bestehe, würden an diesem Ergebnis nichts ändern und erfolgten darüber hinaus erst im Berufungsverfahren und damit verspätet (Urk. 75 Rz. 15, 18; vgl. Urk. 83 Rz. 15, 20, 35). Auf die Abnahme der vom Beklagten offerierten Befragungen – wobei zusätzlich darauf hinzuweisen ist, dass die Parteibefragung der Klägerin gar nicht offeriert wurde (vgl. Urk. 68 Rz. 8) – hat die Vorinstanz folglich zu Recht verzichtet (Urk. 76 S. 20; vgl. Urk. 75 Rz. 15). Ergänzend zum subjektiven Willen der Parteien ist festzuhalten, dass auch das bei der subjektiven Auslegung zu berücksichtigende nachträgliche Parteiverhalten, konkret ihre Erfüllungshandlungen (vgl. Gauch et al., a.a.O. N 1215), eine tatsächliche Willensübereinstimmung im Sinne des Beklagten nicht ergibt: Es ist unbestritten, dass Krankengeschichten der Patienten geführt wurden (Prot. I S. 15, 33). Nach unangetroffener vorinstanzlicher Feststellung (Urk. 76 S. 22; Urk. 75 Rz. 21 f.; Urk. 83

Rz. 25) finden sich in den eingereichten Rechnungen zahlreiche Positionen, die Besprechungen zwischen den Parteien betrafen (u. a. Urk. 67/15), und es liegen E-Mails vor, welche einen Austausch belegen (Urk. 70/2-6). Auch ist aufgrund der beklagischen Ausführungen davon auszugehen, dass er über die Behandlungen informiert war (Urk. 76 S. 22). Was der Beklagte inhaltlich gegen die Würdigung der Vorinstanz vorträgt (Urk. 75 Rz. 22), überzeugt nicht: Dass aus den in den Rechnungen aufgeführten Positionen "Besprechungen mit Therapeuten und Betreuern ausserhalb der regelmässigen Rapporte, in Abwesenheit des Patienten durch den delegierten Psychologen/Psychotherapeuten" (Urk. 67/15-18, 67/20 f.) nicht auf den Inhalt der Besprechung geschlossen werden kann, ändert nichts daran, dass mit den Rechnungen das Stattfinden von Besprechungen belegt wird. Dasselbe ergibt sich aus der E-Mail-Kommunikation (Urk. 70/2-6). Der Beklagte rügt weiter, die Vorinstanz habe zu Unrecht nicht berücksichtigt, dass er behauptet habe, bereits während der Dauer des Auftragsverhältnisses Rechenschaftsablegung in Form eines Berichts gefordert zu haben (Urk. 75 Rz. 23-25, 29). Dem ist entgegenzuhalten, dass er dazu keine substantiierten Behauptungen aufgestellt hat (vgl. Urk. 83 Rz. 27, 29-31). Der Beklagte behauptete weder wann noch wo oder wie er die Klägerin während der Dauer der Auftrags zur Vorlegung eines Rechenschaftsberichts aufforderte (vgl. Urk. 68 Rz. 13 f.). Das Beweisverfahren dient dazu, substantiierte Behauptungen zu beweisen. Es dient nicht dazu, unsubstantiierte Behauptungen zu vervollständigen (BGE 144 III 67 E. 2.1). Die Vorinstanz hat damit zu Recht auf diesbezügliche Beweisabnahmen verzichtet. Der weiteren Argumentation des Beklagten, wonach der Zweck des Schlussberichts, so insbesondere die Orientierung eines nachbehandelnden Psychiaters, nur mit Schriftlichkeit erreicht werden könne (Urk. 75 Rz. 29), kann nicht gefolgt werden. Es ist unbestritten, dass Krankengeschichten der Patienten existieren (Prot. I S. 15, 33), und es wurde aufgezeigt, dass der Beklagte über die Behandlungen informiert war, womit eine Orientierung eines nachbehandelnden Psychiaters oder Arztes – und damit der vom Beklagten vorgebrachte Zweck – nicht vom Vorhandensein eines schriftlichen Schlussberichts abhängig ist. Dem Einfordern der Berichte im Moment der Beendigung des Auftragsverhältnisses (Urk. 5/6) hat die Vorinstanz zu Recht kein entscheidendes Gewicht bei der Ermittlung des Parteiwillens zugemessen (Urk. 76

S. 22; vgl. Urk. 75 Rz. 29). Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass das nachträgliche Parteiverhalten des Beklagten – das heisst, alles, was von ihm ausging – *seinen* tatsächlichen Willen beziehungsweise *sein* Vertragsverständnis indizieren kann. Über den tatsächlichen Willen der Klägerin – die auf einen allfälligen Wunsch nach einem schriftlichen Schlussbericht nicht einging und damit auch keine diesbezüglichen Erfüllungshandlungen vornahm – sagt dies nichts aus und ist daher auch nicht geeignet, eine tatsächliche Willensübereinstimmung zu belegen. Damit ist festzuhalten, dass auch eine subjektive Auslegung zum Ergebnis führt, dass keine Pflicht zur Erstellung eines schriftlichen Schlussberichts besteht.

2.7. Darüber hinaus wiederholt der Beklagte Argumente, die er bereits vor der Vorinstanz vortrug und die von dieser gewürdigt wurden (Urk. 75 Rz. 11-13). Darauf ist nicht weiter einzugehen.

2.8. Aus den vorinstanzlichen Erwägungen geht nicht klar hervor, ob dem Beklagten – im Sinne einer Eventualbegründung, falls eine Pflicht zur Erstellung eines Rechenschaftsberichts bejaht würde – treuwidriges Verhalten vorgeworfen wird, weil er *einerseits* den Anspruch jahrelang nicht erhoben, sondern erstmals bei Beendigung des Auftrags einen Rechenschaftsbericht verlangt habe, sowie *andererseits*, weil weder ein Patient noch ein nachbehandelnder Arzt vom Beklagten Unterlagen gefordert habe, die er nicht hätte liefern können *und* er darüber hinaus mit seinem Schreiben vom 24. November 2020 die Rechenschaft nicht zur Bedingung für die Honorarauszahlung gemacht habe (Urk. 76 S. 22 f.). Da bereits der Anspruch auf einen schriftlichen Rechenschafts- beziehungsweise Schlussbericht zu verneinen ist, muss nicht beurteilt werden, ob dem Beklagten treuwidriges Verhalten vorgeworfen werden könnte und es ist auf die Ausführungen des Beklagten (Urk. 75 Rz. 30), insbesondere im Zusammenhang mit der zeitlichen Abfolge der Einforderung der Rechenschaftsberichte (Urk. 75 Rz. 26-28), nicht weiter einzugehen.

2.9. Zusammenfassend gelingt es dem Beklagten nicht, die vorinstanzliche Schlussfolgerung zur Rechenschaftspflicht umzustossen. Damit bleibt es dabei, dass die Klägerin nicht verpflichtet ist, einen schriftlichen Rechenschafts- beziehungsweise Schlussbericht zu verfassen.

3. Schlecht- / Nichterfüllung des Auftrags

3.1. Die Vorinstanz erwog, die Leistung der Klägerin habe darin bestanden, unter der Aufsicht des Beklagten Patienten zu behandeln. Diese Arbeit habe die Klägerin erfüllt, was sie mit dem Einreichen der Rechnungen der geleisteten Therapiestunden belege. Der Beklagte habe diese Leistung entgegengenommen. Er habe die geleisteten Therapiestunden den Krankenkassen der Patienten in Rechnung gestellt und entsprechende Zahlungen erhalten. Aus der Zeit der Zusammenarbeit finde sich kein Hinweis, dass der Beklagte mit der Arbeit der Klägerin nicht zufrieden gewesen wäre, diese nicht angenommen oder zurückgewiesen hätte. Einzig im Schreiben vom 24. November 2020 habe er von der Klägerin Rechenschaft gefordert. Das Verhalten des Beklagten könne nicht anders als vorbehaltlose Annahme der Leistungen der Klägerin interpretiert werden. Deshalb trage er für die von ihm geltend gemachte Schlechterfüllung des Auftrags die Beweislast (Urk. 76 S. 25). Die Klägerin habe keine Pflicht zur Erstellung schriftlicher Rechenschafts- oder Schlussberichte gehabt und der Beklagte habe nicht behauptet – und dies würde darüber hinaus in den Akten auch keine Stütze finden –, dass ihm die Klägerin auch auf andere Weise keine Informationen erteilt hätte (Urk. 76 S. 26). Zur Behauptung, die Klägerin habe zahlreiche Patienten falsch behandelt und sei ihren Pflichten als Psychotherapeutin nicht nachgekommen, offeriere der Beklagte die Befragung beider Parteien, diverse E-Mails und die Edition von Rechenschafts- und Schlussberichten. Auf die Befragung der Parteien könne verzichtet werden, weil davon auszugehen sei, dass diese im Wesentlichen die Ausführungen ihrer Rechtsvertreter wiederholen oder präzisieren würden. Vor und nach der Beweisabnahme sei die Ausgangslage für das Gericht dieselbe; es hätte einen Sachverhalt zu würdigen, bezüglich welchem ihm das Sachwissen fehle. Es – das Gericht – könne aufgrund der Akten und der offerierten Beweise nicht beurteilen, ob die Behandlung der Patienten richtig gewesen sei oder nicht. Dem Beklagten könne damit der Beweis der nicht sorgfältigen Ausführung nicht gelingen. Aufgrund der fehlenden Beanstandungen durch Patienten liege zudem vielmehr der Schluss nahe, dass die Arbeit der Klägerin keinen Anlass zu Beanstandungen gegeben habe. Das Verhalten des Beklagten, die Therapiestunden ungekürzt in Rechnung zu stellen,

wäre zudem – so die Vorinstanz weiter – widersprüchlich, wenn er von derart schlechter Arbeit ausgegangen wäre (Urk. 76 S. 26 f.).

3.2. Der Beklagte rügt, die Vorinstanz sei zu Unrecht davon ausgegangen, er habe die Leistungen der Klägerin vorbehaltlos entgegengenommen. Ihre Leistungen seien noch gar nicht abgeschlossen gewesen und er – der Beklagte – habe erfolglos die Schlussberichte, die zu den vertraglichen Pflichten der Klägerin gehört hätten, eingefordert. Es komme damit nicht zur Beweislastumkehr für die Schlechterfüllung (Urk. 75 Rz. 33 f.). Er habe dargelegt, inwiefern die Klägerin in Bezug auf die Patienten E._____, F._____, G._____, die Tochter von G._____, H._____ und I._____ Berufspflichten verletzt und den Auftrag unsorgfältig ausgeführt habe. Dazu habe er Beweismittel offeriert (Urk. 75 Rz. 35). Die Ansicht der Vorinstanz, wonach die Durchführung eines Beweisverfahrens nicht nötig sei, führe bei korrekter Verteilung der Beweislast dazu, dass die Klägerin nicht beweisen könne, dass sie den Auftrag richtig erfüllt habe, was zu einer Minderung der Honorarforderung führe (Urk. 75 Rz. 36). Darüber hinaus sei davon auszugehen, dass das Gericht nach der Befragung des Beklagten, der über eine 45-jährige Erfahrung als Psychiater verfüge, und der Befragung der Klägerin unter Berücksichtigung der Glaubwürdigkeit der Aussagen hätte beurteilen können, ob Pflichtverletzungen vorgelegen hätten oder nicht. Die Vorinstanz sei auch selbst davon ausgegangen, dass die Parteien in einer Befragung die Ausführungen ihrer Rechtsvertreter noch präzisieren würden. Durch die Nichtabnahme der Beweise sei sein rechtliches Gehör verletzt worden (Urk. 75 Rz. 37).

3.3. Die Klägerin trägt vor, es sei unbestritten, dass der Beklagte die von ihr geleisteten Therapiestunden den Krankenkassen der Patienten in Rechnung gestellt und die entsprechenden Zahlungen erhalten habe. Damit sei von einer vorbehaltlosen Annahme auszugehen und der Beklagte trage die Beweislast für eine Schlechterfüllung (Urk. 83 Rz. 40, 42). Zudem genügten die Behauptungen des Beklagten zur Verletzung von Berufspflichten den Substantiierungsanforderungen nicht (Urk. 83 Rz. 41). Eine Präzisierung der Ausführungen im Rahmen einer allfälligen Parteibefragung sei irrelevant, da der Aktenschluss bereits eingetreten sei (Urk. 83 Rz. 44). Ein Minderungs- respektive Schadenersatzanspruch stehe dem

Beklagten ohnehin nicht zu, weil er die Zahlungen der Krankenkassen vollumfänglich einkassiert habe. Er habe zudem nie dargelegt, welche konkret verrechneten Leistungen der Klägerin schlecht erfüllt worden seien (Urk. 83 Rz. 45).

3.4. Es kann grundsätzlich auf die vorinstanzlichen Ausführungen zur Beweislast verwiesen (Urk. 76 S. 24 f.) und festgehalten werden, dass eine Beauftragte, die ihre Entschädigung fordert, im Streitfall die (richtige) Erfüllung zu beweisen hat. Die vorbehaltlose Entgegennahme der Leistung durch den Auftraggeber führt allerdings zu einer Umkehr der Beweislast. Eine solche liegt in der Regel dann vor, wenn das Verhalten des Auftraggebers bei und nach Entgegennahme der Leistung erkennen lässt, dass er diese als eine im Wesentlichen ordnungsgemässe Erfüllung gelten lassen will (*OGer ZH NE110016 vom 10.01.2012, E. 4.a S. 9*; BK-Fellmann, Art. 394 OR N 488 ff.).

3.5. Die Vorinstanz hat zu Recht verneint, dass die Klägerin eine Pflicht zur Erstellung eines schriftlichen Rechenschafts- beziehungsweise Schlussberichts hat (vorne Erw. II.2). Die Nichterstellung steht damit – entgegen der Ansicht des Beklagten (Urk. 75 Rz. 33 f.) – einer vorbehaltlosen Entgegennahme nicht entgegen. Die weitere vorinstanzliche Argumentation, wonach der Beklagte die Leistungen der Klägerin entgegengenommen habe, indem er die geleisteten Therapiestunden den Krankenkassen der Patienten in Rechnung gestellt und entsprechende Zahlungen erhalten habe, kritisiert der Beklagte nicht (Urk. 76 Rz. 31-34; Urk. 75 S. 25). Damit bleibt es bei der korrekten Schlussfolgerung, dass der Beklagte die Leistungen der Klägerin vorbehaltlos entgegennahm und dies zur Umkehr der Beweislast führt (Urk. 76 S. 25). In einem nächsten Schritt ist zu prüfen, ob die Vorinstanz auf Beweisabnahmen zur behaupteten Schlechterfüllung verzichten konnte (vgl. Urk. 75 Rz. 35). Obwohl Parteibefragungen nicht von vornherein als unergiebig bezeichnet werden können (BGE 143 III 297 E. 9.3.2), hat eine Beweisabnahme nur für genügend substantiierte Tatsachenbehauptungen zu erfolgen (BGE 144 III 67 E. 2.1). Das Beweisverfahren dient mit anderen Worten nicht dazu, unsubstantiierte Behauptungen zu präzisieren (vgl. Urk. 75 Rz. 37; Urk. 76 S. 26). Solche genügend substantiierte Behauptungen liegen nicht vor: Bezüglich der Patientin E._____ blieb unbestritten – und Gegenteiliges ergibt sich auch nicht aus den Akten

(Urk. 67/13-21) –, dass keine Rechnung existiert (Prot. I S. 18, 31, 34 f.). Eine Sorgfaltspflichtverletzung betreffend diese Patientin wäre für das vorliegende Verfahren, in welchem die Klägerin Entschädigung für die vom Beklagten verrechneten Leistungen fordert (Urk. 67/13-21), folglich irrelevant. Hinzu kommt, dass die Behauptungen des Beklagten zwar auf Meinungsverschiedenheiten, nicht aber eine Schlechterfüllung schliessen lassen (Urk. 68 Rz. 10-13; Urk. 70/2-6). Mit Bezug auf die im Recht liegenden Rechnungen (Urk. 67/13-21) ist allgemein festzuhalten, dass diese in anonymisierter Form eingereicht wurden und sie deshalb den vom Beklagten mittels Initialen bezeichneten Patienten nicht zugeordnet werden können. Es wurden neun Rechnungen eingereicht, womit auch nicht für jeden der erwähnten sechs Patienten eine Rechnung existieren kann. Betreffend die Patientin F._____ weist die Klägerin zu Recht darauf hin, dass es der Beklagte – der dies nicht bestreitet (Prot. I S. 31) – unterliess, eine Zuordnung zu den Rechnungen oder Leistungen (vgl. Urk. 67/13-21) und damit zu den im vorliegenden Verfahren geltend gemachten Ansprüchen herzustellen (Prot. I S. 20, 35 f.; vgl. Urk. 83 Rz. 41). Auch behauptete der Beklagte nicht, wann die (Schlecht-)Behandlung dieser Patientin stattfand (Urk. 68 Rz. 14; Prot. I S. 35 f.). Es fehlt damit an substantiierten Behauptungen. Hinsichtlich des Patienten G._____ unterliess der Beklagte ebenfalls, eine Zuordnung zu den Rechnungen oder Leistungen (vgl. Urk. 67/13-21) und damit zu den im vorliegenden Verfahren geltend gemachten Ansprüchen herzustellen (Prot. I S. 20 f., 31, 36; Urk. 83 Rz. 41). Eine solche Zuordnung ist auch nicht ersichtlich, da auf keiner der im Recht liegenden Rechnungen eine Position existiert, die eine – wie es der Beklagte behauptet (Urk. 68 Rz. 15) – am 15. Juli 2020 stattgefundene Besprechung der Parteien in Abwesenheit des Patienten ausweisen würde (vgl. Urk. 67/13-21). Auch für die Tochter des Patienten G._____ und die Patientin H._____ unterliess es der Beklagte, eine Zuordnung zu den Rechnungen oder Leistungen vorzunehmen (Prot. I S. 21, 31, 36; vgl. Urk. 67/13-21). Mit Bezug auf die Tochter des Patienten G._____ ist darüber hinaus eine Zuordnung der vom Beklagten behaupteten Sitzung mit beiden Elternteilen vom 26. Juni 2020 (Urk. 68 Rz. 16) zu einer Rechnung nicht möglich, weil zwei der im Recht liegenden Rechnungen am 26. Juni 2020 Behandlungen in einem Paarsetting aufführen (Urk. 67/17, 67/19). Es wäre am Beklagten gewesen, dazu

klärende Ausführungen zu machen, was er unbestrittenermassen nicht tat (Prot. I S. 31). Bei der Patientin H. _____ kommt hinzu, dass es an einer substantiiert behaupteten Pflichtverletzung fehlt (Urk. 68 Rz. 17; Prot. I S. 36). Mit Bezug auf die letzte Patientin, I. _____, erfolgte ebenfalls keine Zuordnung zu den Rechnungen oder Leistungen der Klägerin (vgl. Urk. 67/13-21) und damit zu den im vorliegenden Verfahren geltend gemachten Ansprüchen (Prot. I S. 22, 31, 36; Urk. 83 Rz. 41). Die Vorinstanz konnte damit mangels genügend substantiiertes Tatsachenbehauptungen auf die Abnahme der Parteibefragungen verzichten.

3.6. Zusammengefasst ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz zum Schluss kam, es liege keine Schlecht- oder Nichterfüllung vor.

4. Höhe der Entschädigung

4.1. Die Vorinstanz erwog, es gebe keine gesetzlichen Grundlagen, kantonalen Tarife oder Ähnliches, nach welchen sich die Vergütung zu richten hätte. Die Klägerin ziehe Empfehlungen des VPB heran, die eine Bandbreite des Stundenansatzes von Fr. 70.– bis Fr. 110.– vorsehe. Für die vom Beklagten behauptete Bandbreite von Fr. 66.– bis Fr. 75.– offeriere er die Befragung zweier sachverständiger Zeugen. Auf deren Befragung könne verzichtet werden. Dies, weil nach der Lehre nicht einmal verbandliche Tarifordnungen durchwegs das für die Anerkennung als Verkehrssitte erforderliche Mass an Üblichkeit erfüllen würden und dies erst recht für mündliche Ausführungen von sachverständigen Zeugen gelten müsse. Folglich sei das Honorar nach Ermessen festzusetzen (Urk. 76 S. 28 f.). Auszugehen sei von der Tätigkeit der Klägerin, bestehend aus psychotherapeutischen Behandlungen unter der Aufsicht des Beklagten, und den durch diese Tätigkeit generierten Einnahmen von Fr. 22'165.90. Der Beklagte habe es unterlassen, seine Aufsichtstätigkeit zu quantifizieren oder eigene Auslagen im Zusammenhang mit der Tätigkeit der Klägerin geltend zu machen. Als einzige Kosten nenne er die durch ihn bezahlte Miete und die durch J. _____ in Betreuung gesetzten Beträge. Zur Miete sei festzuhalten, dass diese für die Praxis des Beklagten angefallen sei und nicht einen Raum betroffen habe, den er der Klägerin zur Verfügung gestellt hätte. Weiter seien die von J. _____ betriebenen Beträge in den Parteivorträgen nicht beziffert worden. Und selbst wenn der Inhalt der Beilage mit dem Schreiben von J. _____

berücksichtigt würde, ergebe sich daraus nicht, um was für Beträge es sich handle. Der Beklagte behauptete, er habe Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge von 14.65 % zu entrichten gehabt. Aus dem Kontoauszug ergäben sich jedoch einzig "offene Posten" ohne nähere Bezeichnung. Es sei kein Zusammenhang mit dem Auftragsverhältnis ersichtlich. Damit sei nicht bewiesen, dass der Beklagte sozialversicherungsrechtliche Beiträge habe leisten müssen. Ein Abzug von den erzielten Einnahmen sei nicht angebracht. Darüber hinaus habe der Beklagte zu seiner Aufsichtstätigkeit lediglich pauschal ausgeführt, die Klägerin sei unerfahren und äusserst schwierig zu beaufsichtigen gewesen, ohne dies quantitativ darzulegen. Da die Klägerin dem Beklagten eine Beteiligung von 21 % und damit Fr. 28.07 pro geleisteter Stunde (Fr. 133.07 abzüglich Fr. 105.–) zugestehe, sei zu konstatieren, dass dieser Betrag die Aufsichtstätigkeit abzudecken vermöge (Urk. 76 S. 29 f.). Nicht richtig könne sein, das Honorar analog der Entschädigung der letzten unselbständigen Arbeitstätigkeit der Klägerin festzusetzen, wie es der Beklagte verlange. Die Parteien hätten sich entschlossen, ein Auftragsverhältnis einzugehen, womit die Klägerin das ganze unternehmerische Risiko getragen habe, was sich in einer höheren Vergütung niederschlagen müsse. Zudem sei festzuhalten, dass der Beklagte keinerlei Aufwendungen für die Klägerin zu tragen gehabt habe, ihr weder Praxisraum noch Arbeitsmaterialien zur Verfügung gestellt habe und die Klägerin ihre Versicherungen und allfällige Arbeitsverhinderungen selbst zu tragen gehabt habe (Urk. 76 S. 30).

4.2. Der Beklagte rügt, sein rechtliches Gehör sei durch die unterbliebene Einvernahme der sachverständigen Zeugen verletzt worden. Die beiden offerierten Zeugen – Dr. med. C._____ und lic. iur. D._____ – wüssten, welches Honorar für eine Psychotherapeutin mit Ausbildungsstand und Erfahrung der Klägerin üblich sei. Selbst wenn nach deren Befragung das Honorar nicht frankenmässig hätte festgelegt werden können, sondern weitere Faktoren, wie die Umstände des Einzelfalls, zu berücksichtigen gewesen wären, hätten die Zeugen die übliche Bandbreite benennen und bestätigen können, dass das von der Klägerin verlangte Honorar viel zu hoch sei (Urk. 75 Rz. 39). Weiter habe die Vorinstanz die von ihr selbst benannten Kriterien zur Festsetzung eines angemessenen Honorars (die Art und Dauer des Auftrags, die übernommene Verantwortung sowie die berufliche Tätigkeit und

Stellung) nicht berücksichtigt, indem sie lediglich von den vom Beklagten erzielten Einnahmen von Fr. 22'165.90 ausgegangen sei und befunden habe, ein Abzug von Fr. 4'677.10 vermöge die Aufsichtstätigkeit des Beklagten abzudecken. Insbesondere sei nicht berücksichtigt worden, dass die Klägerin kein vierjähriges Psychologiestudium absolviert habe – das nun verlangt werde – und sie wenig Erfahrung in der Psychotherapie habe (Urk. 75 Rz. 40). Die Diskrepanz von 72 % zum beim K. _____ erzielten Stundenlohn von Fr. 61.– lasse sich nicht – wie es die Vorinstanz getan habe – mit dem unternehmerischen Risiko rechtfertigen, zumal die Klägerin keine Nebenkosten habe entrichten müssen, da sie das Büro ihres Lebenspartners kostenlos habe benutzen können (Urk. 75 Rz. 40 f.). Indem die Vorinstanz lediglich die Einnahmen des Beklagten berücksichtigt habe, ohne andere Bemessungsfaktoren zu berücksichtigen, habe sie ihr Ermessen unterschritten beziehungsweise missbraucht (Urk. 75 Rz. 41). Dass der verlangte Stundensatz von Fr. 105.– nicht angemessen sei, zeige sich auch daran, dass so bei einer Anstellung in einem 100 %-Pensum (40 Stunden-Woche) ein "Monatslohn" von Fr. 18'199.65 (173.33 Stunden $[52 \times 40 : 12] \times \text{Fr. } 105.–$) resultiere. Auch wenn im Angestelltenverhältnis noch die sozialversicherungsrechtlichen Abzüge (Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge) zu berücksichtigen seien, zeige die Rechnung, dass der Stundenansatz zu hoch sei. Angemessener sei der von anderen Psychotherapeuten in Erfahrung gebrachte Rahmen von Fr. 66.– bis Fr. 75.– (Urk. 75 Rz. 41).

4.3. Die Klägerin trägt zu den sachverständigen Zeugen vor, der Beklagte habe nicht dargelegt, inwiefern er vorinstanzlich behauptet hätte, dass diese aufgrund ihrer Funktion wüssten, welches Honorar für die Klägerin üblich sei. Es gehe zudem nicht um die Üblichkeit, sondern um die Angemessenheit und diese könne vom Gericht selbst festgesetzt werden (Urk. 83 Rz. 47). Der Beklagte verkenne, dass die delegierte Psychiatrie nicht dazu diene, ihm ein möglichst hohes Honorar zu verschaffen. Entsprechend führe kein Weg an einer Rückwärtsrechnung, ausgehend von der TARMED-Vergütung, vorbei (Urk. 83 Rz. 48). Es sei unbestritten geblieben, dass der Beklagte Gespräche mit der Klägerin und anderweitige Leistungen zugunsten der Patienten als eigene Leistung habe abrechnen können. Im Endeffekt wolle der Beklagte den Anteil der Klägerin an den von den Krankenkassen bezahlten Fr. 22'165.90 verkleinern, um für die nicht belegte Aufsichtstätigkeit eine

höhere Entschädigung zu erhalten (Urk. 83 Rz. 49). Falsch sei auch, dass die Vorinstanz die Kriterien der Art und Dauer des Auftrags, der übernommenen Verantwortung sowie der beruflichen Tätigkeit und Stellung nicht berücksichtigt habe. Darüber hinaus habe die Vorinstanz das unternehmerische Risiko, die fehlenden Aufwendungen des Beklagten sowie die von der Klägerin selbst getragenen Aufwendungen berücksichtigt (Urk. 83 Rz. 51).

4.4. Es kann auf die rechtlichen Ausführungen der Vorinstanz zur Höhe der Entschädigung verwiesen werden (Urk. 76 S. 27 f.). Besteht zur Höhe der nach Art. 394 Abs. 3 OR zu leistenden Entschädigung weder eine Vereinbarung noch eine gesetzliche Regelung oder (Branchen-)Üblichkeit, so ist sie nach allgemeinen Grundsätzen so festzusetzen, dass sie den erbrachten Leistungen objektiv angemessen ist (BGE 135 III 259 E. 2.2; *OGer ZH LB190009 vom 17.02.2020, E. IV.3.2*; Bühler, OFK-OR, OR 394 N 18 f.).

4.5. Dass die Vorinstanz zur Beurteilung der Üblichkeit nicht auf die Empfehlungen und Minimalanforderungen des Verbandes der Psychotherapeutinnen und Psychotherapeuten beider Basel (VPB) abgestellt hat (Urk. 76 S. 28; vgl. Urk. 5/7), ist nicht zu beanstanden (vgl. dies bei einseitigen Verbandstarifen ablehnend: KUKO OR-Schaller, Art. 394 N 13; CR CO I-Werro, Art. 394 N 46; eher ablehnend, aber offengelassen in BGE 117 II 282 E. 4b). In einem nächsten Schritt ist auf die Rüge einzugehen, wonach durch die unterbliebenen Zeugeneinvernahmen das rechtliche Gehör des Beklagten verletzt worden sei, weil diese Zeugen Angaben zur Üblichkeit des Honorars hätten machen können (Urk. 75 Rz. 39). Diesbezüglich ist der vorinstanzlichen Argumentation zuzustimmen, wonach die mündlichen Aussagen von sachverständigen Zeugen den Nachweis einer (Branchen-)Üblichkeit nicht zu erbringen vermögen, wenn bereits einseitige Verbandstarife diesen Nachweis nicht erbringen können (vgl. vorstehende Quellenangaben). Hinzu kommt Folgendes: Gegenstand des in Art. 169 ff. ZPO verankerten Zeugnisses sind Wahrnehmungen zur Sache (Art. 172 lit. c ZPO). Wer nicht Partei ist, kann über Tatsachen Zeugnis ablegen, die er oder sie unmittelbar wahrgenommen hat (Art. 169 ZPO). Im Unterschied zum gewöhnlichen Zeugen ist der sachverständige Zeuge in der Lage, die von ihm selbst wahrgenommenen Sachverhalte zu würdigen (Art. 175 ZPO; BSK

ZPO-Guyan, Art. 175 N 1). Auch sachverständige Zeugen müssen aber über eigene, direkte Wahrnehmungen über den konkreten Fall betreffende Tatsachen verfügen. Dies im Unterschied zu sachverständigen Personen, die nach Art. 183 ff. ZPO aufgrund ihrer Sachkunde für ein Gutachten beigezogen werden (BGer 4A_66/2018 vom 15. Mai 2019, E. 2.2; Borla-Geier, OFK-ZPO, ZPO 169 N 10; Müller, DIKE-Komm-ZPO, Art. 175 N 4; PC CPC-Vouilloz, Art. 169 N 1). Sachverständige Zeugen müssen mit anderen Worten *vorprozessual* Kenntnisse über den relevanten Sachverhalt erworben haben (KUKO ZPO-Schmid/Baumgartner, Art. 175 N 3). Der offerierte Dr. med. C. _____ (Vorstandsmitglied L. _____ und Präsident der M. _____) und die offerierte lic. iur. D. _____ (Rechtsanwältin und Stv. Generalsekretärin / Rechtskonsulentin der N. _____) haben weder einen erkennbaren Bezug zum Vertragsverhältnis der Parteien noch führte der Beklagte im erstinstanzlichen Verfahren aus, welche Wahrnehmungen sie gemacht haben sollen und was genau er damit beweisen will (Urk. 68 Rz. 22 f.; Prot. I S. 38). Erst in der Berufungsschrift – und damit verspätet –, führte der Beklagte aus, er rufe die Zeugen aufgrund "ihrer Funktion, ihrer Tätigkeit und ihrer langjährigen Berufserfahrung" auf (Urk. 75 Rz. 39). Bereits aus diesem Grund konnte deren Befragung unterbleiben (vgl. BGer 4A_309/2017 vom 26. März 2018, E. 2.3.3). Darüber hinaus hätte die allgemeine Fachkunde von Dr. med. C. _____ und lic. iur. D. _____ durch ein Gutachten nach Art. 183 ff. ZPO, welches von einem durch das Gericht bestimmten Experten nach vorgängiger Äusserungs- und Ablehnungsmöglichkeiten der Parteien zu erstellen gewesen wäre, in das Verfahren einfließen müssen. Dieses Vorgehen kann nicht durch eine Anrufung als sachverständige Zeugen umgangen werden (vgl. Müller, DIKE-Komm-ZPO, Art. 175 N 8 f.; KUKO ZPO-Schmid/Baumgartner, Art. 175 N 2; CR CPC-Schweizer, Art. 175 N 4; PC CPC-Vouilloz, Art. 175 N 4 f.). Die Vorinstanz hat damit zu Recht auf die Zeugenbefragung verzichtet. Das rechtliche Gehör des Beklagten wurde nicht verletzt. Soweit sich der Beklagte weiter darauf beschränkt, seine bereits vor der Vorinstanz vorgetragene Argumentation zu wiederholen, der Stundensatz sei unter Berücksichtigung des beim K. _____ ausbezahlten Stundenlohns zu bestimmen, ohne sich mit der vorinstanzlichen Argumentation auseinanderzusetzen, wonach ein Vergleich mit der unselbständigen Arbeitstätigkeit der Klägerin nicht angezeigt sei (Urk. 76 S. 30), erübrigen sich weitere Ausführungen

(Urk. 75 Rz. 38). Der Beklagte argumentiert, mit einem Stundenlohn von Fr. 105.– würde in einem Anstellungsverhältnis ein horrender Monatslohn von Fr. 18'199.65 resultieren (Urk. 75 Rz. 41). Diese Argumentation geht an der Sache vorbei, weil die Entschädigung in einem Anstellungsverhältnis nicht mit jener einer selbständigen Tätigkeit verglichen werden kann und es sich zudem um eine rein theoretische Hochrechnung handelt. Die vorinstanzliche Feststellung, wonach der Beklagte keine Raummiete für die Tätigkeit der Klägerin bezahlen musste, blieb unangefochten (Urk. 76 S. 29; vgl. Urk. 70/1). Nicht relevant ist, ob die Klägerin ihrerseits für ihre einige Stunden pro Woche ausgeübte Tätigkeit eine Raummiete bezahlen musste (vgl. Prot. I S. 13, 28). Eine solche für die Klägerin vorteilhafte Ausgangslage würde nicht zu einer tieferen Entschädigung führen. Zudem wurde die vorinstanzliche Feststellung, dass dem Beklagten der Beweis von sozialversicherungsrechtlichen Beiträgen nicht gelinge, nicht beanstandet (Urk. 76 S. 29; vgl. Urk. 70/8). Die Klägerin weist zudem richtigerweise darauf hin, dass über das Instrumentarium der vom Beklagten erzielten Einnahmen, die sich aus den erbrachten und verrechneten Therapieleistungen der Klägerin ergeben, auch die Art und Dauer des Auftrags – eine delegierte Psychotherapie gemäss KVG –, die übernommene Verantwortung – die Tätigkeit als delegiert arbeitende Psychotherapeutin gemäss KVG – sowie auch die berufliche Tätigkeit und Stellung – als delegierte Psychotherapie gemäss KVG – berücksichtigt werden (vgl. Urk. 83 Rz. 51). Zudem hat die Vorinstanz den Umständen des Einzelfalls insofern Rechnung getragen, als dass sie das unternehmerische Risiko, die fehlenden Aufwendungen des Beklagten sowie die von der Klägerin selbst getragenen Aufwendungen (Versicherungen) und allfällige Arbeitsverhinderungen berücksichtigt hat (Urk. 76 S. 30). Es ist darüber hinaus nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz das fehlende Psychologiestudium nicht als reduzierenden Faktor berücksichtigte. Es ist nicht ersichtlich, weshalb es der Klägerin, die unbestrittenermassen als Psychotherapeutin qualifiziert ist (Urk. 68 Rz. 4), zum Nachteil gereichen sollte, dass sie die Voraussetzungen nicht mehr erfüllt hätte, wenn sie sich in einem späteren Zeitpunkt hätte qualifizieren wollen (Urk. 75 Rz. 40). Ebenfalls nicht zu folgen ist dem Beklagten, wenn er die Entschädigung aufgrund der Erfahrung der Klägerin reduzieren möchte (Urk. 75 Rz. 40). Es blieb nämlich unbestritten, dass der Beklagte seine eigenen Aufwen-

dungen für Besprechungen mit der Klägerin und eigene Leistungen zugunsten von Patienten separat in Rechnung stellen konnte (Urk. 2 Rz. 20; Urk. 68 Rz. 22-28). Auch blieb unbestritten, dass es der Beklagte unterliess, seine Aufsichtstätigkeit zu quantifizieren (vgl. Urk. 76 S. 29). Allfällige nicht abgegoltene Aufwendungen, die durch eine mangelnde Erfahrung der Klägerin bedingt gewesen wären, sind damit nicht ersichtlich.

4.6. Insgesamt ist festzuhalten, dass die vorinstanzliche Festsetzung des Honorars nicht zu beanstanden und der Beklagte gemäss dem vorinstanzlichen Entscheid zu verpflichten ist. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens erfolgte dem Ausgang des Verfahrens entsprechend und ist ebenfalls zu bestätigen.

5. Ergebnis

Die Berufung ist abzuweisen und das Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Affoltern vom 19. Dezember 2022 ist zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

III. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Der Streitwert beträgt Fr. 17'488.80 (Urk. 75 S. 2; Urk. 76 S. 33). Die Gerichtsgebühr ist daher auf Fr. 2'800.– festzusetzen (§ 12 Abs. 1 und 2 sowie § 4 Abs. 1 GebV OG). Sie ist dem unterliegenden Beklagten aufzuerlegen und mit seinem Kostenvorschuss in gleicher Höhe (Urk. 79) zu verrechnen (Art. 106 Abs. 1 ZPO; Art. 111 Abs. 1 ZPO).

2. Der Beklagte ist zudem zu verpflichten, der Klägerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 1'900.– (inkl. MwSt. von 7.7 %) zu bezahlen (§ 13 Abs. 1 und 2, § 11 Abs. 1 sowie § 4 Abs. 1 AnwGebV; Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Affoltern vom 19. Dezember 2022 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'800.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'900.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

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

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 17'488.80.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 29. November 2023

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Huizinga

MLaw N. Achermann

versandt am:
st