

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NP240002-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. M. Sarbach
sowie Gerichtsschreiberin MLaw L. Kappeler

Urteil vom 13. Mai 2024

in Sachen

A._____ GmbH,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____ AG,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im vereinfachten Verfahren
des Bezirksgerichtes Horgen vom 6. September 2023; Proz. FV200027**

Rechtsbegehren:

(act. 2 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin
- CHF 6'000 Teilanspruch für geschuldete Umsatzbeteiligung für das Jahr 2012
 - CHF 6'000 Teilanspruch für geschuldete Umsatzbeteiligung für das Jahr 2013
 - CHF 6'000 Teilanspruch für geschuldete Umsatzbeteiligung für das Jahr 2014
 - CHF 6'000 Teilanspruch für geschuldete Umsatzbeteiligung für das Jahr 2015
 - CHF 1'000 Teilanspruch für geschuldete Gewinnbeteiligung für das Jahr 2012
 - CHF 1'000 Teilanspruch für geschuldete Gewinnbeteiligung für das Jahr 2013
 - CHF 1'000 Teilanspruch für geschuldete Gewinnbeteiligung für das Jahr 2014
 - CHF 1'000 Teilanspruch für geschuldete Gewinnbeteiligung für das Jahr 2015
 - CHF 1'000 Teilanspruch für geschuldete Gewinnbeteiligung für das Jahr 2016
- zzgl. Zins von 5 % seit 4. Februar 2017 zu bezahlen, unter Vorbehalt des Nachklagerechts.
2. Es sei der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Thalwil-Rüschlikon-Kilchberg, Zahlungsbefehl vom 21. Oktober 2019 im Umfang von CHF 29'000, zu beseitigen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. MwSt.) zulasten der Beklagten."

Urteil des Einzelgerichtes:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'900.– festgesetzt.
3. Die Kosten gemäss vorstehender Dispositivziffer 2 werden der Klägerin auferlegt. Sie werden vollumfänglich aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 5'300.– (Betrag enthält Mehrwertsteuer und Auslagen) zu bezahlen.

5. (Schriftliche Mitteilung)
6. (Rechtsmittel/Berufung)

Berufungsanträge:

der Klägerin und Berufungsklägerin (act. 81 S. 2 f.):

1. Das Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Horgen vom 6. September 2023 (FV200027-F) sei aufzuheben, es sei festzustellen, dass die Berufungsklägerin zur Klage legitimiert ist, und es sei die Sache zur neuen Entscheidung in der Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Eventualiter sei das Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Horgen vom 6. September 2023 (FV200027-F) aufzuheben und die Berufungsbeklagte zu verpflichten, an die Berufungsklägerin
 - Fr. 6'000 Teilanspruch für geschuldete Umsatzbeteiligung für das Jahr 2012;
 - Fr. 6'000 Teilanspruch für geschuldete Umsatzbeteiligung für das Jahr 2013;
 - Fr. 6'000 Teilanspruch für geschuldete Umsatzbeteiligung für das Jahr 2014;
 - Fr. 6'000 Teilanspruch für geschuldete Umsatzbeteiligung für das Jahr 2015;
 - Fr. 1'000 Teilanspruch für geschuldete Gewinnbeteiligung für das Jahr 2012;
 - Fr. 1'000 Teilanspruch für geschuldete Gewinnbeteiligung für das Jahr 2013;
 - Fr. 1'000 Teilanspruch für geschuldete Gewinnbeteiligung für das Jahr 2014;
 - Fr. 1'000 Teilanspruch für geschuldete Gewinnbeteiligung für das Jahr 2015;
 - Fr. 1'000 Teilanspruch für geschuldete Gewinnbeteiligung für das Jahr 2016;zzgl. Zins von 5% seit 4. Februar 2017 zu bezahlen, unter Vorbehalt des Nachklagerechts.

Zudem sei der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Thalwil-Rüschlikon-Kilchberg, Zahlungsbefehl vom 21. Oktober 2019 im Umfang von CHF 29'000, zu beseitigen.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. MwSt.) zulasten der Berufungsbeklagten.

der Beklagten und Berufungsbeklagten (act. 90 S. 2):

- I. Die Berufung vom 19. Januar 2024 sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
- II. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MwSt. zu Lasten der Berufungsklägerin.

Erwägungen:

I.

1. Am 6. Oktober 2020 reichte die A._____ GmbH (Klägerin und Berufungsklägerin, nachfolgend Klägerin) beim Einzelgericht des Bezirksgerichts Horgen die Teilklage mit den vorstehenden Rechtsbegehren gegen die B._____ AG (Beklagte und Berufungsbeklagte, nachfolgend Beklagte) ein (act. 2). Mit der Klage verlangte die Klägerin von der Beklagten die Vergütung gemäss dem Mandatsvertrag vom 20. November 2012, dem provisorischen Anstellungsvertrag vom 1. September 2014 sowie gemäss einem mündlich geschlossenen Vertrag betreffend Hyperthermie-Behandlungen. Die Parteien hätten vereinbart, dass der Angestellte der Klägerin, Dr. med. C._____ (nachfolgend C._____), bei der Beklagten tätig sei und Hyperthermie-Behandlungen durchführe, wobei die Beklagte das Honorar in Form einer Umsatz- und Gewinnbeteiligung der Klägerin zu bezahlen habe.

2. Nach Eingang des Kostenvorschusses (act. 8) und der Stellungnahme der Beklagten (act. 14 und 15/1-26) lud die Vorinstanz zur Hauptverhandlung auf den 17. Mai 2021 vor (act. 16/1-2), an welcher die Parteien die Klagebegründung, Klageantwort sowie die Replik erstatteten (Prot.Vi S. 4 ff.). Die Duplik (act. 25, 26/27-33) sowie die nachfolgenden Stellungnahmen der Parteien (act. 34 und 40) erfolgten schriftlich. Am 3. Mai 2022 fand eine erste Instruktionsverhandlung mit Vergleichsgesprächen statt, welche ergebnislos verliefen (Prot.Vi S. 11 f.). Am 7. November 2022 wurden die Fortsetzung der Hauptverhandlung mit weiteren Parteilvorträgen sowie eine zweite Instruktionsverhandlung durchgeführt (Prot.Vi S. 13 ff. und act. 51). Daraufhin sistierte die Vorinstanz das Verfahren aufgrund laufender aussergerichtlicher Vergleichsgespräche (act. 58 und 64). Nachdem diese gescheitert waren, fällte die Vorinstanz am 6. September 2023 ihr Urteil, mit welchem sie die Klage zufolge fehlender Aktivlegitimation der Klägerin abwies (act. 76 [begründete Fassung] = act. 83/2 = act. 84 [Aktenexemplar]).

Zum detaillierten Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens sei auf die Akten der Vorinstanz (act. 1-79) sowie die Erwägungen zur Prozessgeschichte im angefochtenen Entscheid (act. 84 S. 3 f. E. I) verwiesen.

3. Gegen das Urteil erhob die Klägerin am 19. Januar 2024 Berufung. Sie beantragt primär, das Urteil sei aufzuheben, es sei festzustellen, dass sie zur Klage legitimiert sei und es sei das Verfahren zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (act. 81; vgl. im Einzelnen vorstehend aufgeführte Berufungsanträge). Nach Eingang der Berufung zog die Kammer die Akten der Vorinstanz bei (act. 1-79). Mit Präsidialverfügung vom 25. Januar 2024 wurden der Klägerin Frist zur Leistung eines Vorschusses angesetzt und die weitere Prozessleitung an die Referentin delegiert (act. 85). Nach Eingang des Vorschusses (act. 87) setzte die Referentin der Beklagten Frist zur Berufungsantwort (act. 88), welche am 18. März 2024 (Poststempel vom 15. März 2024) eintraf (act. 90) und mit Verfügung vom 5. April 2024 der Klägerin zugestellt wurde (act. 93). Weitere Eingaben gingen nicht ein. Die Sache erweist sich als spruchreif.

II.

1. Gegen den angefochtenen Entscheid ist die Berufung zulässig (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO). Die Klägerin reichte die mit Anträgen sowie einer Begründung versehene Berufungsschrift beim Obergericht des Kantons Zürich als zuständiger Berufungsinstanz innert 30-tägiger Berufungsfrist ein (act. 83/3, Art. 311 ZPO). Der Streitwert von CHF 29'000.– (act. 81 S. 4 Rz 4) übersteigt die für die Berufung erforderliche Streitwertgrenze von CHF 10'000.– (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Der Kostenvorschuss wurde rechtzeitig bezahlt (act. 87). Da die Klägerin vor Vorinstanz unterlag, ist sie zur Beschwerde legitimiert. Dem Eintreten auf die Berufung steht insoweit nichts entgegen.

2.

2.1. Mit der Berufung können sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO); zu Letzterer zählt ebenso die unrichtige Anwendung des pflichtgemässen Ermessens. Die Berufung erhebende Partei trifft eine Begründungslast. Sie hat

substantiiert vorzutragen, aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid unrichtig ist und wie er geändert werden muss (BGer 4A_418/2017 vom 8. Januar 2018 E. 2.3 und 5A_111/2016 vom 6. September 2016 E. 5.3). Blosser Verweise auf die Vorakten oder Wiederholungen des bereits vor der ersten Instanz Vorgetragenen genügen den gesetzlichen Anforderungen an eine hinreichende Begründung ebenso wenig wie allgemeine Kritik am angefochtenen Entscheid bzw. an den erstinstanzlichen Erwägungen (BSK ZPO-SPÜHLER, 3. A., Art. 312 N 15; ZK ZPO-REETZ/THEILER, 3. A., Art. 311 N 36 f.; BGE 138 III 374 ff. E. 4 = Pra 102 [2013] Nr. 4).

2.2. Die Berufungsinstanz prüft sämtliche hinreichend substantiierten Mängel in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht frei und uneingeschränkt (BGE 138 III 374 ff. E. 4.3.1 = Pra 102 [2013] Nr. 4). Sie ist dabei weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheids gebunden, sondern wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO; vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.1). Eine zutreffende rechtliche Subsumtion ist von der Berufung erhebenden Partei nicht verlangt. Die volle Kognition der Berufungsinstanz bedeutet allerdings nicht, dass diese von sich aus alle sich stellenden Fragen zu untersuchen hat, wenn die Berufung erhebende Partei diese vor der Berufungsinstanz nicht (mehr) vorträgt. Vielmehr darf sich die Berufungsinstanz – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – auf die Beurteilung der in der schriftlichen Berufungsbegründung erhobenen Beanstandungen beschränken (vgl. BGE 142 III 413 ff. E. 2.2.4; BGer 4A_629/2017 vom 17. Juli 2018 E. 4.1.4; 4A_418/2017 vom 8. Januar 2018 E. 2.3).

2.3. Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Berufungsverfahren nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 2 ZPO zu berücksichtigen. Grundsätzlich sind alle Tatsachen und Beweismittel in erster Instanz vorzubringen und der Prozess ist vor dem erstinstanzlichen Gericht abschliessend zu führen. Das Berufungsverfahren dient insbesondere nicht der Vervollständigung des vorinstanzlichen Verfahrens, sondern der Überprüfung und Korrektur des erstinstanzlichen Entscheids (BGE 142 III 413 E. 2.2.2).

3.

3.1. Vor Vorinstanz hatte die Klägerin zusammengefasst geltend gemacht, die Parteien hätten sich im Mandatsvertrag vom 20. November 2012 geeinigt, dass die Klägerin den bei ihr angestellten Arzt C._____ der Beklagten zur Verfügung stelle. Die Parteien hätten kein fixes Honorar, sondern eine Gewinn- und Umsatzbeteiligung vereinbart und vorgesehen, dass die Beklagte das Honorar der Klägerin überweise. Mit dem späteren provisorischen Anstellungsvertrag vom 1. September 2014 hätten die Parteien inhaltlich an den vorangehenden Mandatsvertrag angeknüpft und das Mandatsverhältnis unter denselben Bedingungen verlängert. Das Vertragsverhältnis habe bis zur Kündigung durch C._____ per Ende April 2016 bestanden. Sowohl beim Mandatsvertrag als auch beim provisorischen Anstellungsvertrag habe es sich jeweils um einen Auftrag zwischen den Parteien gehandelt. Zusätzlich hätten sie einen mündlichen Auftrag vereinbart, gemäss welchem C._____ mit dem von der Klägerin angeschafften und der Beklagten zur Verfügung gestellten Hyperthermie-Gerät Behandlungen bei der Beklagten durchführen solle. Die Klägerin bezifferte ihren Anspruch auf Umsatz- und Gewinnbeteiligung aus den drei Verträgen für die Jahre 2012 bis 2016 auf CHF 1'870'256.61, wobei die Beklagte CHF 1'528'372.– ausbezahlt habe. Das ausstehende Honorar betrage daher CHF 341'884.62. Mit der Klage machte sie eine Teilforderung im Umfang von CHF 29'000.– geltend (act. 2 und 18).

3.2. Die Beklagte vertrat dagegen vor Vorinstanz den Standpunkt, sie sei keine vertraglichen Beziehungen mit der Klägerin eingegangen. Es habe nur ein arbeitsvertragliches Verhältnis zwischen ihr als Arbeitgeberin und C._____ als Arbeitnehmer bestanden. Der Wunsch, die Klägerin in den Verträgen als Vertragspartei aufzunehmen, sei von C._____ aus steuertechnischen Gründen geäussert worden. Er habe die Verhandlungen mit der Beklagten alleine geführt und die Verträge für die Klägerin unterzeichnet. Seine Ehefrau, welche einzelzeichnungsberechtigte Geschäftsführerin der Klägerin sei, sei nicht involviert gewesen. Der Mandatsvertrag enthalte alle Elemente eines Arbeitsvertrags. Auch der provisorische Anstellungsvertrag verweise auf das Arbeitsrecht. Die Vorinstanz sei für arbeitsrechtliche Streitigkeiten sachlich nicht zuständig und die Klägerin könne als juristische Person in

einem arbeitsrechtlichen Verfahren gegen die Beklagte als Arbeitgeberin nicht aktivlegitimiert sein. Die Hyperthermie-Behandlungen seien im selben Rechtskonstrukt angeboten worden, weshalb es auch hier um eine arbeitsvertragliche Forderung gehe. Gemäss Klägerin belaufe sich der Honoraranspruch von C._____ für die gesamte Anstellungszeit auf CHF 1'582'135.–. Aufgrund diverser Reklamationen von Patienten und Patientinnen sowie eigenem Fehlverhalten müsse er sich einen Abzug von CHF 53'764.– anrechnen lassen (act. 14 und 25).

4. Die Vorinstanz erwog, die Parteien seien sich uneinig, wer Vertragspartei gewesen sei. Die Klägerin habe ihre Aktivlegitimation zu beweisen. Ihr könne jedoch der Beweis des von ihr behaupteten tatsächlichen Konsenses zum Abschluss von Aufträgen mit der Beklagten nicht gelingen, sei doch anzunehmen, dass sowohl C._____ als auch Dr. med. D._____ von der Beklagten in ihren Beweisaussagen an den konträren Positionen festhalten würden. Die beiden Verträge sowie die von der Klägerin angeführten Indizien seien ebenfalls als Beweise untauglich, den Abschluss von Aufträgen zu beweisen (act. 84 S. 12 ff. E. III/2.1 ff.). Im Rahmen der normativen Auslegung führte die Vorinstanz aus, für die Frage der Aktivlegitimation sei zentral, welchen Vertrag die Parteien hätten abschliessen wollen. Anhand der Formulierungen im Mandatsvertrag und dem Kündigungsschreiben vom 29. Februar 2016 bestünden Hinweise auf ein arbeitsrechtliches Verhältnis zwischen der Beklagten und C._____. Auch dem provisorischen Anstellungsvertrag seien arbeitsvertragliche Elemente (Bezeichnung, vertragliche Pflichten mit Hinweis auf Arbeitsrecht, Auflösungsmöglichkeiten) zu entnehmen. Andererseits gäbe es deutliche Anhaltspunkte für Mandatsverhältnisse zwischen den Parteien (u.a. Auszahlung der Vergütung an die Klägerin, diverse Formulierungen; act. 84 S. 14 ff. E. III/2.3 ff.). Die Vorinstanz zog den Schluss, auch wenn gemäss den Formulierungen im provisorischen Anstellungsvertrag mehr Anhaltspunkte für ein Auftragsverhältnis sprächen, führe die normative Auslegung zu keinem definitiven Ergebnis, wer als Partei der Vertragsverhältnisse zu verstehen sei. Da ein Vertragsverhältnis zwischen den Parteien somit nicht angenommen werden könne, fehle es an einer vertraglichen Anspruchsgrundlage für die eingeklagten Forderungen. Für einen Anspruch aus Bereicherungsrecht mangle es an den erforderlichen Tatsachenbehauptungen (act. 84 S. 18 f. E. III/2.8).

5.

5.1. Die Klägerin beantragt zunächst, es sei festzustellen, dass sie zur Klage legitimiert sei (act. 81 Berufungsantrag 1).

Die Beklagte wendet dagegen ein, für eine separate Feststellung der Aktivlegitimation fehle das nötige Feststellungsinteresse (act. 90 S. 7 Rz 15 und S. 27 Rz 87).

5.2. Soweit ersichtlich erhebt die Klägerin das Feststellungsbegehren im Sinne von Art. 88 ZPO erstmals in ihrer Berufung (vgl. act. 2 und 18). Im Berufungsverfahren werden neue Rechtsbegehren, neue Tatsachen und Beweismittel nur unter restriktiven Voraussetzungen zugelassen und nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO; BGE 142 III 413 E 2.2.2; vgl. auch vorstehend E. II/2.3). Die Partei, die neue Vorbringen behauptet, hat deren Novenqualität darzulegen (OFK/ZPO-GEHRI, ZPO 317 N 4).

5.3. Die Klägerin begründet ihr Feststellungsbegehren nicht näher und zeigt damit nicht auf, weshalb sie dieses nicht schon vor Vorinstanz erheben konnte. Auch sind konkrete Umstände, die zur ausnahmsweisen Berücksichtigung des neuen Begehrens führten, nicht erkennbar. Der Klägerin war spätestens mit Kenntnis der Klageantwort (act. 14) bekannt, dass die Beklagte die Aktivlegitimation bestreitet. Die Klägerin hätte das Feststellungsbegehren deshalb in der Replik oder allenfalls in der Stellungnahme zur Duplik erheben können und unter Beachtung der zumutbaren Sorgfalt auch stellen müssen. Da sie dies versäumte, stellt das Feststellungsbegehren ein unzulässiges Novum dar, welches im Berufungsverfahren nicht mehr beachtet werden darf. Damit kann offen bleiben, ob ein hinreichendes Feststellungsinteresse vorgelegen hätte.

6.

6.1. Die Klägerin erklärt, C._____ habe alle ihm zustehenden Ansprüche aus dem Mandatsvertrag, dem provisorischen Anstellungsvertrag und dem Vertrag betref-

fend Hyperthermie-Behandlung an sie abgetreten und reicht den Abtretungsvertrag vom 18. Januar 2024 ein (act. 81 S. 25 Rz 58 ff., act. 83/4).

6.2. Die Beklagte bringt dagegen vor, die Abtretungserklärung sei widersprüchlich, missbräuchlich und unzulässig. C._____ habe stets alleine für die Klägerin gehandelt und diese sei bloss vorgeschoben worden. Die Abtretung sei ausserdem zu unbestimmt und stelle ein unzulässiges Novum dar. Die Klägerin, eine GmbH der Ehepartnerin von C._____, habe es in der Hand gehabt, in welchem Zeitpunkt sie eine Abtretungserklärung erwirken wolle (act. 90 S. 27 f. Rz 88 f.).

6.3. Mit ihren Einwänden macht die Beklagte unter anderem sinngemäss geltend, es handle sich beim Abtretungsvertrag um ein sog. Potestativ-Novum, d.h. eine nachträglich von einer Partei selber geschaffene Tatsache, die – abhängig vom Willen dieser Partei – ohne Weiteres bereits vor Eintritt der Novenschranke vor Vorinstanz hätte zur Entstehung gebracht und ins Verfahren eingeführt werden können. Solche Noven werden nicht als echte Noven behandelt, sondern unechten Noven gleichgestellt. Die Zulässigkeit von Potestativ-Noven, entscheidet sich in sinngemässer Anwendung von Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO danach, ob sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten (BGE 146 III 416 E. 5.3).

6.4. Der Abtretungsvertrag zwischen der Klägerin und C._____ datiert vom 18. Januar 2024. Da er nach Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens geschlossen wurde, handelt es sich grundsätzlich um ein echtes Novum. Die Klägerin vermag jedoch den Einwand der Beklagten nicht zu entkräften, C._____ habe für die Klägerin gehandelt und diese habe es somit in der Hand gehabt, wann der Abtretungsvertrag zustande kommt. C._____ hat, obwohl zu keinem Zeitpunkt für die Klägerin zeichnungs-berechtigt, denn auch schon die streitgegenständlichen Verträge für die Klägerin unterzeichnet (vgl. act. 4/5 und act. 4/8). Einzige Gesellschafterin und Geschäftsführerin der Klägerin ist E._____, Ehepartnerin von C._____, weshalb der Abtretungsvertrag unter den vorliegenden Umständen im Ergebnis einer Vereinbarung zwischen den Eheleuten C._____ E._____ gleichkommt. E._____ trat im Zusammenhang mit dem Vertragskonstrukt gar nie rechtsgeschäftlich in Erscheinung. Es liegt auf der Hand, dass C._____ für die Klägerin in dieser Angelegenheit fak-

tisch die Fäden zieht und er aufgrund der persönlichen und familiären Involvierung über ein erhebliches Interesse am Obsiegen der Klägerin im vorliegenden Forderungsprozess verfügt. Der Einwand der Beklagten, die Klägerin habe den Zeitpunkt der Abtretung massgeblich beeinflussen und sie hätte den Abtretungsvertrag schon vor Vorinstanz einbringen können, ist deshalb berechtigt. Beim Abtretungsvertrag handelt es sich folglich um ein Potestativ-Novum.

Es hätte in diesem Fall der Klägerin obliegen darzutun, weshalb sie den Abtretungsvertrag nicht vor Eintritt der Novenschranke im vorinstanzlichen Verfahren einreichen konnte. Da sie dies versäumte und sich mit keinem Wort dazu äusserte, hat die Abtretung als verspätet und daher unbeachtlich zu gelten.

7.

7.1. Die Klägerin ist der Auffassung, die Beklagte verhalte sich rechtsmissbräuchlich, weil sie die Vertragsschliessung mit ihr erstmals im Gerichtsverfahren bestritten habe. Solch treuwidriges Verhalten verdiene keinen Rechtsschutz. Die Vorinstanz habe den Einwand des Rechtsmissbrauchs ignoriert (act. 81 S. 11 f. Rz 21 f.).

7.2. Die Beklagte bestreitet den Vorwurf. Sie habe sich vor Einleitung des Verfahrens rechtlich nicht vertieft mit dem Mandatsvertrag befasst. Die Frage, zwischen welchen Parteien die Verträge geschlossen worden seien, sei, wie sich aus dem angefochtenen Urteil ergebe, nicht trivial und hätte von ihr als juristischer Laiin nicht beantwortet werden können. Es sei ihr Recht, sich nach Konsultation einer Rechtsvertreterin im gerichtlichen Verfahren auf ein arbeitsrechtliches Verhältnis mit C._____ zu berufen (act. 90 S. 14 Rz 37).

7.3. Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln (Art. 2 Abs. 1 ZGB). Der offenbare Missbrauch eines Rechts findet keinen Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 2 ZGB, sog. Rechtsmissbrauchsverbot). Vom Rechtsmissbrauchsverbot erfasst ist insbesondere das widersprüchliche Verhalten einer Partei (venire contra factum [vel dictum] proprium). Ein missbräuchlicher Widerspruch zum früheren Verhalten besteht insbesondere, wenn das frühere Verhalten zu legitimen Erwartungen geführt hat, wel-

che durch die neuen Handlungen enttäuscht worden sind (BGE 143 III 666 E. 4.2 m.w.H.; BGE 140 III 481 E. 2.3.2). Dies ist beispielweise in Gerichtsverfahren der Fall, wenn nachträglich ein Standpunkt geltend gemacht wird, nachdem dieser zuvor verworfen wurde (BGer 2C_502/2016 vom 24. Mai 2017 E. 2.4).

7.4. Die Beklagte vertrat in der Klageantwort die Rechtsauffassung, es habe ein arbeitsrechtliches Verhältnis zwischen ihr und C._____ bestanden (act. 14 S. 7 ff. Rz 26 ff.). Diesen Standpunkt verfolgte sie vor Vorinstanz konsequent und änderte ihn auch im Berufungsverfahren nicht. Insoweit ist im Verlaufe des Gerichtsverfahrens kein widersprüchliches Verhalten der Beklagten zu erkennen. Das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien erweist sich ferner vor dem Hintergrund der Dreiecksbeziehung zwischen ihnen und C._____ für eine Laiin als wenig durchschaubar. Unter diesen Umständen widerspricht es nicht dem Gebot von Treu und Glauben, wenn die Beklagte das komplexe Vertragsverhältnis nach Konsultation einer Rechtsvertretung im gegen sie angestregten Gerichtsprozess allenfalls neu beurteilt und einen Vertragsschluss mit der Klägerin bestreitet. Dass die Parteien die Frage der Vertragsparteien vor Einleitung des Gerichtsverfahrens (eingehend) diskutiert hätten und die Beklagte der Auffassung der Klägerin, es handle sich um Aufträge der Parteien, ausdrücklich zugestimmt hätte, wird im Übrigen nicht behauptet. Der Vorwurf des rechtsmissbräuchlichen Verhaltens trifft deshalb nicht zu.

Die Vorinstanz war nicht gehalten, auf jeden Einwand der Parteien einzugehen und diesen zu entkräften. Vielmehr darf sich das Gericht in der Begründung seines Entscheides auf die wesentlichen Überlegungen konzentrieren, von welchen es sich hat leiten lassen und auf die sich sein Entscheid stützt. Der Begründungspflicht ist Genüge getan, wenn die betroffene Person die Tragweite des Entscheids erfassen und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann (BGE 146 II 335 E. 5.1). Diesen Ansprüchen genügt der Entscheid der Vorinstanz, weshalb ihn die Klägerin auch umfassend anfechten konnte. Die Vorinstanz verletzte daher ihre Begründungspflicht nicht, wenn sie auf den Einwand des Rechtsmissbrauchs nicht näher einging.

8.

8.1. Die Klägerin rügt eine Verletzung der Dispositions- und Verhandlungsmaxime. Es sei zwischen den Parteien vor Vorinstanz unstrittig gewesen, dass ein Vertrag zustande gekommen sei (act. 81 S. 5 Rz 10). Die Vorinstanz habe die Fragen, wer Vertragspartei und welcher Natur das Vertragsverhältnis sei, nicht auseinander gehalten. Sie hätte die Vertragsqualifikation erst prüfen dürfen, wenn die Vertragsparteien festgestanden hätten. Als rechtliche Frage könne sie die Vertragsqualifikation nicht offenlassen (act. 81 S. 6 Rz 11). Die Vorinstanz habe zudem die normative Vertragsauslegung falsch vorgenommen, weil sie einseitig nur die Sicht der Beklagten berücksichtigt habe (act. 81 S. 7 ff. Rz 12 ff.).

Im Weiteren hält die Klägerin daran fest, es habe ein tatsächlicher Konsens der Parteien zum Abschluss von Aufträgen bestanden. Die Beklagte habe einen selbständigen Arzt gesucht. Weder die Vorinstanz noch die Beklagte hätten dargelegt, weshalb die Klägerin bei Vertragsschluss habe annehmen müssen, der Rechtsvorgänger der Beklagten, Dr. med. D._____, habe damals einen Arbeitsvertrag mit C._____ schliessen wollen. Gegenteilig habe die Beklagte vor Vorinstanz ausdrücklich erklärt, es sei das "Konstrukt" mit der Klägerin gewünscht gewesen (act. 81 S. 9 ff. Rz 17 ff., S. 15 f. Rz 30 ff.).

In ihrer Eventualbegründung macht die Klägerin geltend, es habe ein normativer Konsens der Parteien zum Abschluss von Aufträgen bestanden (act. 81 S. 12 ff. Rz 24 ff. und S. 16 f. Rz 35 ff.).

8.2. Die Beklagte schliesst sich im Wesentlichen der Auffassung der Vorinstanz an. Diese sei bei der Auslegung korrekt vorgegangen (act. 90 S. 10 ff. Rz 26 ff.). Die Vorinstanz habe einen tatsächlichen und normativen Konsens sowohl zwischen der Klägerin und der Beklagten als auch zwischen C._____ und der Beklagten verneint, auch wenn sie (die Beklagte) grundsätzlich unverändert der Ansicht sei, zwischen der Beklagten und C._____ habe ein Arbeitsverhältnis bestanden. Indem die Vorinstanz einen Vertragsschluss der Beklagten sowohl mit der Klägerin als auch mit C._____ ausgeschlossen habe, habe sie die Rechtsfrage des normativen Konsenses nicht offen gelassen (act. 90 S. 9 Rz 22).

8.3. Die rechtlichen Erwägungen der Vorinstanz zum tatsächlichen und normativen Konsens sind grundsätzlich zutreffend (act. 84 S. 13 f. E. III/2.2.2 ff.), wobei Folgendes nochmals hervorzuheben und zu konkretisieren ist: Zum Abschluss eines Vertrags ist die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich (Art. 1 Abs. 1 OR). Bei Fragen des Konsenses oder der Auslegung gilt der Grundsatz des Primats des subjektiv übereinstimmend Gewollten. Im Konsens wie im Auslegungsstreit hat das Sachgericht daher vorab zu prüfen, ob sich die Parteien tatsächlich übereinstimmend geäussert, verstanden und in diesem Verständnis geeinigt haben. Ist dies für den Vertragsschluss als solchen zu bejahen, liegt ein tatsächlicher Konsens vor. Haben die Parteien sich in den Vertragsverhandlungen zwar gegenseitig verstanden, aber nicht geeinigt, besteht ein offener Dissens und damit kein Vertragsschluss. Haben sie sich übereinstimmend geäussert, aber abweichend verstanden, liegt ein versteckter Dissens vor, welcher zum Vertragsschluss führt, wenn eine der Parteien nach dem Vertrauensgrundsatz in ihrem Verständnis der gegnerischen Willensäusserung zu schützen und damit die andere auf ihrer Äusserung in deren objektivem Sinn zu behaften ist (normativer Konsens; BGE 123 III 35 E. 2b).

Eine vertragliche Bindung setzt einen tatsächlichen oder normativen Rechtsfolgewillen der Parteien voraus (Geschäftswillen). Der Erklärende muss mit seiner Äusserung eine bestimmte Rechtsfolge herbeiführen und beispielsweise ein Rechtsgeschäft abschliessen wollen. Fehlt es an einer solchen Willenskundgabe, tritt keine rechtliche Verpflichtung im Sinne eines obligatorischen Schuldverhältnisses ein. Ob ein Rechtsfolgewille bzw. Geschäftswille tatsächlich geäussert und vom Erklärungsempfänger übereinstimmend mit dem Erklärenden verstanden wurde, ist wiederum zunächst Tatfrage, welche vom kantonalen Sachgericht grundsätzlich abschliessend zu beurteilen ist. Rechtsfrage ist dagegen, wie die Geschäftspartner die gegenseitigen Willensäusserungen nach Treu und Glauben verstehen durften und mussten (BGE 116 II 695 E. 2a; BK OR-MÜLLER, Art. 1 N 18; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 11. Auflage, Zürich 2020, Rz 171 ff.).

8.4. Ob die Beklagte tatsächlich oder normativ einen Bindungswillen kundtat, mit der Klägerin den Mandatsvertrag sowie den provisorischen Anstellungsvertrag abzuschliessen (zum mündlichen Vertrag betreffend Hyperthermie-Behandlung: vgl. nachfolgend E. 9.7), stellt sich grundsätzlich unabhängig der rechtlichen Einordnung der fraglichen Verträge. Ist der Bindungswille zu bejahen, sind sich die Parteien jedoch über den Inhalt des Vertrags uneinig, sind ihre Willenserklärungen diesbezüglich auszulegen. Vom Bindungswillen und der Auslegung des Inhalts des Vertrags ist wiederum zu unterscheiden, ob der Vertrag anfechtbar (Art. 23 ff. OR) oder ungültig (Art. 20 f. OR) ist (vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, a.a.O., Rz 1197 ff.).

8.5. Wie die Vorinstanz zutreffend feststellte, obliegt es zunächst der Klägerin, welche Ansprüche gegen die Beklagte erhebt, den tatsächlichen Bindungswillen der Beklagten zu beweisen (Art. 8 ZGB). Beim Geschäftswillen handelt es sich um eine innere Tatsache, die nicht direkt bewiesen werden kann. Der Wille ist anhand von Indizien zu ergründen. Zu diesem Zweck werden sämtliche Umstände des Vertragsschlusses herangezogen, welche für die Willensabgabe relevant waren. Als weitere Indizien kommen die Begleitumstände, die Beweggründe und das Verhalten der Parteien vor und nach Vertragsschluss infrage (BGE 142 III 239 E. 5.2.1; BGer 5A_336/2019 vom 9. Juni 2020 E. 5.2).

8.6.

8.6.1. Gemäss ausdrücklichem Wortlaut wurde der Mandatsvertrag (act. 4/5) zwischen der Beklagten bzw. der B._____ und der Klägerin bzw. der A._____ GmbH (beides fettgedruckt) abgeschlossen. Die Firmen werden in der einleitenden Bezeichnung der Vertragsparteien optisch hervorgehoben und in der Unterschriftenzeile vorab klar erkennbar aufgeführt. Der Mandatsvertrag enthält Bedingungen, welche die Klägerin betreffen und direkt berechtigen. So wird in Ziffer 1 festgehalten, dass C._____ als Angestellter der Klägerin seit dem 1. Mai 2012 im Mandatsverhältnis in der Beklagten tätig ist und dort die Patientenbetreuung wahrnimmt. Nach den Ziffern 3-5, welche sich auf die von C._____ zu befolgenden Arbeitspflichten beziehen, bestimmt Ziff. 6, dass die Beklagte das Honorar in Form einer Umsatz- und Gewinnbeteiligung *der Klägerin* ausbezahlt, wobei die Zusammenset-

zung und Berechnung des Honorars in den Ziff. 7 und 10 erläutert werden. Zusätzlich wird in Ziff. 8 vorgesehen, dass die Beklagte *der Klägerin* als Kompensation für Sozialleistungen und Versicherungsgelder 15% der Honorarzahungen vergütet. Unbestritten ist, dass die Beklagte den Vertrag in den folgenden Jahren erfüllte, C._____ bei sich beschäftigte und als Gegenleistung der Klägerin die Vergütung bezahlte. Aus dem Wortlaut, dem Inhalt des Vertrags sowie der tatsächlich gelebten Vertragsbeziehung besteht kein ernsthafter Zweifel, dass sich die Beklagte gegenüber der Klägerin tatsächlich binden wollte. Ob dies – wie die Beklagte geltend macht – auf Wunsch von C._____ geschah, ist dabei nicht erheblich. Ob die Beklagte beabsichtigte, mit dem Mandatsvertrag gleichzeitig C._____ arbeitsrechtlich in die Pflicht zu nehmen, kann dabei offen bleiben und vermag am tatsächlich geäußerten Bindungswillen der Beklagten gegenüber der Klägerin nichts zu ändern.

Zu keinem anderen Schluss führt der Umstand, dass unter den optisch hervorgehobenen Namen der Vertragsparteien jeweils die für sie handelnden natürlichen Personen, nämlich "Dr. med D._____" für die (damalige) Beklagte (Einzelfirma) und "Dr. med C._____" für die Klägerin, aufgeführt werden. Dafür, dass C._____ bei der Unterzeichnung ohne Vollmacht der Klägerin und ausschliesslich in eigenem Namen gehandelt hätte, fehlen ausserdem substantiierte Behauptungen der Beklagten. Auch ihr Einwand, sie habe kein Interesse an einem Vertrag mit der Klägerin gehabt, sondern gewollt, dass C._____ im Rahmen eines Arbeitsvertrags bei ihr Patienten und Patientinnen behandle (act. 90 Rz 24 und 29), vermag angesichts des weiter bestehenden Arbeitsverhältnisses zwischen C._____ und der Klägerin keine ernsthaften Zweifel am tatsächlichen Geschäftswillen der Beklagten zum Abschluss des Mandatsvertrags mit ihr zu streuen. C._____ war im Zeitpunkt des Vertragsschlusses unbestritten Arbeitnehmer der Klägerin (vgl. auch act. 4/5 Ziff. 1 und 19/15) und keine Partei behauptete, dieses Verhältnis sei nach Abschluss des Mandatsvertrags gekündigt worden. Aufgrund der bestehenden arbeitsrechtlichen Beziehung musste der Beklagten bei Vertragsabschluss klar gewesen sein, dass für die Übernahme des Arbeitnehmers der Klägerin deren Zustimmung erforderlich war und sie ins Vertragsverhältnis eingebunden werden musste (vgl. auch Art. 321a Abs. 3 OR).

Aus welchen Gründen die Klägerin ihren Angestellten der Beklagten überliess, ist für den Bindungswillen der Beklagten grundsätzlich nicht von entscheidender Bedeutung. Die Beklagte räumt mit dem Einwand, C._____ habe den Vertrag mit der Klägerin aus steuertechnischen Gründen vorgeschlagen, jedoch ein, dass ihr das Vertragskonstrukt mit der Klägerin als Vertragspartei durchaus bekannt war. Hätte die Beklagte keinen Vertrag mit der Klägerin abschliessen, sondern ausschliesslich ein Vertragsverhältnis mit C._____ eingehen wollen, hätte sie auf dem Abschluss eines (normalen) Arbeitsvertrags ohne Einbezug der Klägerin bestehen können, zumal sie selbst erklärte, die Lohnzahlung an einen Dritten hätte ebenso im Rahmen eines Arbeitsvertrags vorgesehen werden können (act. 90 S. 13 Rz 36). Überdies adressierte die Beklagte das Schreiben betreffend Vergütung/Fehlverhalten von C._____ vom 15. April 2014 an die Klägerin, was ebenfalls dafür spricht, dass sie diese als (formelle) Vertragspartei betrachtete (act. 4/7), und es fehlen konkrete Behauptungen, wonach die Beklagte der Klägerin zu erkennen gegeben habe, den (Mandats-)Vertrag nicht mit ihr abschliessen zu wollen. Demgegenüber ist das Kündigungsschreiben vom 29. Februar 2016, welches C._____ persönlich an Dr. med D._____ richtete (act. 4/10), nicht geeignet, Aufschluss zum Bindungswillen der Beklagten zu geben.

8.6.2. Die Erwägungen der Vorinstanz, der Beweis des tatsächlichen Konsenses könne durch den Mandatsvertrag, die Beweisaussagen von Dr. med. C._____ und Dr. med. D._____ sowie weitere Indizien nicht erbracht werden (act. 84 S. 15 E. III/2.3), greifen deshalb zu kurz und berücksichtigen die massgeblichen Umstände ungenügend. Vielmehr bestehen am damaligen Geschäftswillen der Beklagten zum Abschluss des Mandatsvertrags mit der Klägerin keine ernsthaften Zweifel.

8.6.3. Der Vollständigkeit halber bleibt anzufügen, dass die optisch hervorgehobene Bezeichnung der Vertragsparteien im Mandatsvertrag, die Erwähnung der Parteien in der Unterschriftenzeile, der Inhalt des Vertrags (Überlassung des Angestellten der Klägerin an die Beklagte, Anspruch der Klägerin auf Vergütung) sowie das fortbestehende Arbeitsverhältnis von C._____ zur Klägerin auch nach Treu und Glauben auf einen Bindungswillen der Beklagten zum Abschluss des Mandatsvertrags mit der Klägerin deuten würden.

8.7. Was den provisorischen Anstellungsvertrag vom 1. September 2014 betrifft (act. 4/8), sind sich die Parteien einig, dass dieser die Fortsetzung der bisherigen Verhältnisse regelte (insbesondere act. 90 S. 18 Rz 51 und 53, S. 25 Rz 75). Eine Änderung der Vertragsparteien bzw. des Bindungswillens gegenüber dem Mandatsvertrag wird von keiner Partei behauptet. Das Vorstehende zum Bindungswillen der Beklagten gilt demnach mutatis mutandis für den provisorischen Anstellungsvertrag. Für den tatsächlichen Bindungswillen spricht wiederum, dass im Vertragsdokument die Parteien als Vertragspartner vorab ausdrücklich genannt werden. Im Übrigen beschränkt sich der Vertragsinhalt auf die Regelung der arbeitsrechtlichen Pflichten von C._____, der Vergütungspflicht der Beklagten zugunsten der Klägerin sowie der Beendigung des "Auftragsverhältnisses". Die Parteien erfüllten auch diesen Vertrag und die Beklagte bezahlte der Klägerin die Vergütung bis zur Kündigung von C._____ per 30. April 2016.

8.8. Zusammenfassend ist entgegen dem vorinstanzlichen Entscheid von einem tatsächlichen Geschäftswillen der Beklagten zum Abschluss des Mandatsvertrags sowie des provisorischen Anstellungsvertrags mit der Klägerin auszugehen.

9.

9.1. Die Parteien sind sich über die Qualifikation der Verträge uneinig. Die Klägerin wertet die Verträge als Aufträge, die Beklagte als Arbeitsverträge. Die Vorinstanz war von keiner der beiden Varianten überzeugt. Daneben thematisierten die Parteien vor Vorinstanz zu Recht den Personalverleih. Die Klägerin vertrat ohne nähere Begründung die Auffassung, es liege kein Personalverleih vor, während die Beklagte erklärte, sie verfüge über keine Informationen, ob die Klägerin über eine Bewilligung für den Personalverleih verfüge, und offen liess, ob das Vertragsverhältnis als Personalverleih zu qualifizieren sei (act. 14 S. 13 Rz 44 f. und act. 18 S. 11 Rz 38). Bei der Qualifikation der Verträge handelt es sich um eine rechtliche Frage, welche von der Berufungsinstanz frei zu prüfen ist (Art. 57 ZPO).

9.2. Sowohl der Mandatsvertrag (act. 4/5) als auch der provisorische Anstellungsvertrag (act. 4/8) liegen in schriftlicher Form bei den Akten. Es wurden keine davon abweichenden mündlichen Willensäußerungen der Parteien behauptet. Gemäss

Art. 18 Abs. 1 OR kommt es bei der Beurteilung des Vertrags nicht auf die Bezeichnung oder Ausdrucksweise in der Vereinbarung an.

9.3. Als Personalverleih werden Dreiecksverhältnisse zwischen einem Arbeitgeber (Verleiher), einem Einsatzbetrieb (Entleiher) und einem Arbeitnehmer bezeichnet. Die Arbeitsvermittlungsverordnung definiert Personalverleih sinngemäss als das Überlassen eines Arbeitnehmers an einen Einsatzbetrieb gegen Entgelt, wobei der Verleiher bzw. Arbeitgeber dem Einsatzbetrieb wesentliche Weisungsbefugnisse gegenüber dem Arbeitnehmer abtritt (Art. 26 Arbeitsvermittlungsverordnung, AVV; CHRISTIAN DRECHSLER, Personalverleih: unscharfe Grenzen, AJP 2010 S. 314 ff., 315). Das Abtreten wesentlicher Weisungsbefugnisse an den Einsatzbetrieb stellt ein zentrales Qualifikationsmerkmal des Personalverleihs sowie ein wichtiges Abgrenzungskriterium von anderen Vertragsverhältnissen, namentlich vom Auftrag, dar. Dabei muss die Weisungsbefugnis nicht vollständig beim Entleiher liegen; das Weisungsrecht kann auch zwischen dem rechtlichen Arbeitgeber (Verleiher) und dem Einsatzbetrieb aufgespalten werden. Als weitere Kriterien nennt die Arbeitsvermittlungsverordnung die Umstände, dass der Arbeitnehmer in persönlicher, organisatorischer, sachlicher und zeitlicher Hinsicht in die Arbeitsorganisation des Einsatzbetriebes eingebunden wird, dass er seine Arbeit primär mit Werkzeugen, Material oder Geräten des Einsatzbetriebes ausführt und dass der Einsatzbetrieb die Gefahr für die Schlechterfüllung des Vertrages trägt, während der Verleiher nur für die gute Auswahl des Arbeitnehmers haftet, jedoch keinen bestimmten Erfolg garantiert (Art. 26 Abs. 1 AVV; BGE 148 II 203 E. 3.3.2 f., BGer 2C_132/2018 vom 2. November 2018 E. 4.3.2 f.; vgl. Botschaft vom 27. November 1985 über die Revision des Bundesgesetzes über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih, BBl 1985 III 524, 533 f.; CHRISTIAN DRECHSLER, Personalverleih: unscharfe Grenzen, AJP 2010 S. 314 ff.).

Der Personalverleih enthält zwei Verträge: einen Arbeitsvertrag gemäss Art. 319 ff. OR zwischen dem Verleiher und dem Arbeitnehmer (vgl. Art. 19 AVG; vgl. BGE 145 III 63 E. 2.2.1) und einen Verleihvertrag (Vertrag sui generis) zwischen dem Verleiher und dem Entleiher (vgl. Art. 22 AVG). Zwischen dem Arbeitnehmer und dem Einsatzbetrieb besteht demgegenüber kein Vertragsverhältnis (vgl. MICHAEL KULL, SHK AVG, Art. 12 N 13).

9.4. Der Mandatsvertrag erfüllt die wesentlichen Merkmale des Personalverleihs. Er sieht vor, dass der Arbeitnehmer der Klägerin bei der Beklagten tätig ist und dort deren Patienten und Patientinnen betreut. Das Arbeitsverhältnis zwischen der Klägerin und C._____ bestand nach Abschluss des Mandatsvertrags weiter. Entsprechend vereinbarten die Parteien, dass die Klägerin weiterhin den Lohn ausbezahlt und die Sozialversicherungsbeiträge abrechnet. Im Gegenzug zur Überlassung des Arbeitnehmers verpflichtete sich die Beklagte, der Klägerin eine Vergütung sowie 15% der Honorarzahlung zur Kompensation der Sozialleistungen und der Versicherungen (act. 4/5 Ziff. 8) zu leisten. C._____ war gemäss Mandatsvertrag verpflichtet, die grundsätzliche Philosophie der Beklagten, d.h. eine umfassende Allgemeinmedizin mit seriösem komplementärmedizinischem Ansatz, uneingeschränkt zu vertreten (act. 4/5 Ziff. 2), die ihm zugewiesenen Aufgaben gewissenhaft auszuführen, die Interessen der Beklagten in jeder Beziehung zu wahren, die ihm anvertrauten Instrumente, Apparate und Materialien sorgfältig zu behandeln und für die Ordnung in seinem Arbeitsbereich zu sorgen (act. 4/5 Ziff. 3; vgl. auch act. 90 S. 12 Rz 31 und S. 24 Rz 74). Ein wesentlicher Teil der Weisungsbefugnisse ging damit von der Klägerin auf die Beklagte über, welche C._____ insbesondere die zu erfüllenden Aufgaben zuwies. Kein anderes Ergebnis ergibt sich aus dem Umstand, dass die Klägerin ein Gerät zur Hyperthermie-Behandlung anschaffte und der Beklagten für die Behandlungen durch C._____ zur Verfügung stellte. Auch die Hyperthermie-Behandlungen erfolgten in den Räumlichkeiten der Beklagten und betrafen ihre Patienten und Patientinnen. Der Arbeitseinsatz war gemäss Mandatsvertrag bis Ende 2013 befristet, mit der Möglichkeit der Kündigung und der stillschweigenden Verlängerung um ein Jahr (act. 4/5 Ziff. 12).

9.5. Der provisorische Anstellungsvertrag, der die bisherigen Verhältnisse perpetuierte, hält im gleichen Sinne fest, dass C._____ seit dem 1. Mai 2012 für die Beklagte tätig und weiterhin bei ihr "angestellt" ist. Damit wurde betont, dass C._____ organisatorisch bei der Beklagten eingegliedert wurde und er grundsätzlich an deren Anweisungen gebunden war, auch wenn er bezüglich der ihm zugewiesenen Patienten und Patientinnen im Rahmen der Philosophie der Beklagten weitgehende medizinische Behandlungsfreiheit besass. Der provisorische Anstellungsvertrag

war bis 31. Dezember 2014 befristet und sollte anschliessend durch einen definitiven Vertrag ersetzt werden (act. 4/8).

9.6. Das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien ist demnach als Verleihvertrag im Sinne von Art. 26 AVV zu qualifizieren. Im Mandatsvertrag sowie im provisorischen Anstellungsvertrag widerspiegelt sich das dem Personalverleih immanente Dreiecksverhältnis zwischen den Parteien und C._____, indem die Parteien, beides juristische Laien, die organisatorische Eingliederung von C._____ in die Beklagte durch die Regelung konkreter arbeitsrechtlicher Pflichten (u.a. Treue- und Sorgfaltspflichten) zu bewerkstelligen versuchten.

9.7.

9.7.1. Was den mündlichen Vertrag über die Hyperthermie-Behandlungen betrifft, wirft die Klägerin der Vorinstanz zusammengefasst vor, sie habe sich mit den Behauptungen überhaupt nicht auseinandergesetzt und insbesondere das Vorbringen, die Honorare aus den Hyperthermie-Behandlungen seien klarerweise auftragsrechtlicher Natur, übergangen (act. 81 S. 17 f. Rz 38 ff. und S. 21 Rz 48).

9.7.2. Die Vorinstanz hielt fest, der fehlende Konsens beschlage die gesamte vertragliche Bindung und gelte auch hinsichtlich der Umsatzbeteiligung an der Hyperthermie-Behandlung, welche, auch wenn sie vom Mandatsvertrag ausgeschlossen gewesen sei, dennoch Teil dieser mangelhaften vertraglichen Bindung gewesen sei (act. 84 S. 19 E. III/2.8).

9.7.3. Die Beklagte bestreitet generell eine mündliche Vereinbarung über die Hyperthermie-Behandlung. Die Klägerin habe weder das Zustandekommen noch den Inhalt des Vertrags substantiiert behauptet (act. 90 S. 21 f. Rz 62 ff. und 78).

9.7.4. Die Parteien haben in Ziff. 7 des Mandatsvertrags die Zusammensetzung des Honorars festgelegt und erklärt, "die Loco-Regionäre Hyperthermie" sei von diesem Vertrag ausgeschlossen (act. 4/5). Daraus ergibt sich primär, dass die Hyperthermie-Behandlungen nicht nach dem vorliegenden Vertrag abgerechnet werden sollten. Hingegen lässt sich daraus nicht ableiten, es habe sich bei der Vereinbarung betreffend Hyperthermie-Behandlung um eine eigenständige, vom Personalverleih unabhängige Abmachung gehandelt – und hierfür wäre die Klägerin be-

hauptungs- und beweispflichtig. Dafür fehlen jedoch insbesondere konkrete Behauptungen der Klägerin zum Abschluss und Inhalt des Vertrags. Das Hyperthermie-Gerät befand sich in den Räumlichkeiten der Beklagten, in welchen C._____ die Behandlungen der Patienten und Patientinnen für die Beklagte durchführte. Dies legt nahe, dass die Parteien die Hyperthermie-Behandlung als eine von C._____ zu erbringende Dienstleistung im Rahmen des Personalverleihs betrachteten. Eine mündliche Vereinbarung, welche nicht Bestandteil der vertraglichen Beziehung über den Personalverleih wäre, wurde jedenfalls von der Klägerin nicht genügend dargelegt.

9.8.

9.8.1. Art. 12 Abs. 1 AVG sieht vor, dass der Arbeitgeber (Verleiher), welche Dritten (Einsatzbetrieben) Arbeitnehmer gewerbsmässig überlässt, eine Bewilligung des kantonalen Amtes benötigt. Gemäss Art. 29 Abs. 1 AVV liegt Gewerbsmässigkeit unter anderem vor, wenn der Verleiher mit seiner Verleihtätigkeit einen jährlichen Umsatz von mindestens CHF 100'000.-- erzielt, womit der vereinnahmte, zuzüglich des in Rechnung gestellten Umsatzes innert zwölf Monaten gemeint ist (MICHAEL KULL, SHK AVG, Art. 12 N 54 ff.; FABIAN LOOSER, Der Personalverleih, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Privatrecht, Bd. 123 Rz 555 ff.). Verfügt der Verleiher nicht über die erforderliche Bewilligung, so ist der Arbeitsvertrag ungültig (Art. 19 Abs. 6 AVG) und der Verleihvertrag nichtig. In diesem Fall sind die Bestimmungen des Obligationenrechts über unerlaubte Handlungen und ungerechtfertigte Bereicherung anwendbar (Art. 22 Abs. 5 AVG).

9.8.2. Beide Parteien anerkennen, dass die Beklagte der Klägerin für die Zeit vom 1. Mai 2012 bis Ende Mai 2016 (innert rund fünf Jahren) Honorare in der Höhe von insgesamt CHF 1'528'370.– ausbezahlt habe (act. 84 S. 4 f. E. 1.1 ff.). Damit überschritt der jährliche Umsatz aus dem Verleih zumindest teilweise zwingend die Grenze zur Gewerbsmässigkeit. Die Klägerin verneinte vor Vorinstanz, es läge ein Personalverleih vor. Eine Bewilligung des kantonalen Amtes für Arbeit befindet sich auch nicht bei den Akten. Damit muss vom Fehlen einer solchen ausgegangen werden, was gemäss gesetzlicher Regelung zur Nichtigkeit des Mandats- und proviso-

rischen Anstellungsvertrags sowie zum Verlust der vertraglichen Ansprüche der Klägerin gegenüber der Beklagten führt.

9.8.3. Die Klägerin hat vor Vorinstanz die Grundlagen für Ansprüche aus Art. 41 ff. OR und Art. 62 ff. OR nicht behauptet, weshalb eine Rückweisung des Verfahrens zur Beurteilung derselben nicht in Frage kommt. Die Berufung ist demnach abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Der Entscheid der Vorinstanz, die Klage abzuweisen, ist damit im Ergebnis zu schützen, wenn auch mit einer von den vorinstanzlichen Erwägungen abweichenden Begründung.

9.8.4. Die Parteien sind abschliessend darauf hinzuweisen, dass der gewerbsmässige Personalverleih bei fahrlässigem Nichteinholen der Bewilligung strafrechtliche Konsequenzen nach sich zieht (Art. 39 Abs. 1 lit. a und Abs. 3 AVG). Angesichts des langen Zeitablaufs seit dem Personalverleih und der mittlerweile eingetretenen Verfolgungsverjährung (vgl. Art. 109 StGB) hat es bei diesem Hinweis sein Bewenden.

10.

10.1. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit, deren Streitwert im Berufungsverfahren CHF 29'000.– beträgt (act. 81 S. 4 Rz 4 und act. 90 S. 7 Rz 13). Die Gerichtsgebühr ist gemäss §§ 4 und 12 GebV OG nach dem Zeitaufwand des Gerichts und der Schwierigkeit des Falles festzulegen. In Anbetracht des nicht unerheblichen zeitlichen Aufwands ist die Gerichtsgebühr auf CHF 3'800.– festzusetzen.

10.2. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind der unterliegenden Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der von ihr geleistete Vorschuss von CHF 2'500.– ist zur Deckung der Gerichtskosten heranzuziehen; im Mehrbetrag wird die Kasse der Klägerin Rechnung stellen.

10.3. Ausgangsgemäss ist die Klägerin zu verpflichten, der Beklagten eine angemessene Parteientschädigung zu entrichten. Die Beklagte hatte im Berufungsverfahren eine Berufungsantwort einzureichen (act. 90). Gestützt auf §§ 4 und 13 AnwGebV erweist sich eine Entschädigung von CHF 3'600.–, inklusive Mehrwertsteuer, als angemessen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird. Das Urteil des Einzelgerichtes im vereinfachten Verfahren des Bezirksgerichtes Horgen vom 6. September 2023 (FV200027) wird bestätigt.
2. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren wird auf CHF 3'800.– festgelegt.
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Berufungsklägerin auferlegt. Für die Kosten dieses Verfahrens wird der von ihr geleistete Vorschuss von CHF 2'500.– herangezogen; im Mehrbetrag stellt die Kasse Rechnung.
4. Die Berufungsklägerin wird verpflichtet, der Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung von CHF 3'600.–, inklusive MWSt., zu zahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Horgen, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenütztem 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 CHF 29'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Lichti Aschwanden

MLaw L. Kappeler

versandt am: