



Mitwirkend: Oberrichter Thomas Seeger, Präsident, und Ersatzoberrichterin  
Flurina Schorta, die Handelsrichter Dr. Rolf Dürr, Werner Furrer und  
Diego Brüesch sowie der Gerichtsschreiber Christian Fischbacher

**Beschluss und Urteil vom 7. Juni 2012**

in Sachen

**A. \_\_\_\_\_ SA,**

Klägerin und Widerbeklagte sowie Aberkennungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B. \_\_\_\_\_ AG,**

Beklagte und Widerklägerin sowie Aberkennungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Forderung und Aberkennung**

**Rechtsbegehren Forderungsklage:**

(act. 1 S. 2)

"Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 482'034.50 zuzüglich Zins zu 5% seit 31. Dezember 2008 und Betreuungskosten von CHF 200.– zu bezahlen;

Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes C. \_\_\_\_\_, Zahlungsbefehl vom 25. Mai 2009, über CHF 503'554.50 und CHF 200.– Betreuungskosten sei im Umfang von CHF 482'034.50 und CHF 200.– Betreuungskosten aufzuheben;

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MwSt-Ersatz zu Lasten der Beklagten."

**Rechtsbegehren Forderungswiderklage:**

(act. 8 S. 2)

"1. [...]

2. Die Klägerin sei widerklageweise zu verpflichten, der Beklagten CHF 226'818.00 zuzüglich Zins zu 5% seit 27.10.2009 und zuzüglich MwSt. zu bezahlen;

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin."

**Mit der Widerklagereplik abgeändertes Rechtsbegehren:**

(act. 20 S. 2)

"1. [...]

2. Die Klägerin sei widerklageweise zu verpflichten, der Beklagten CHF 221'274.– zuzüglich Zins zu 5% seit 27.10.2009 und zuzüglich MwSt. zu bezahlen;

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin."

**Rechtsbegehren Aberkennungsklage:**

(act. 1 S. 2 in HG100247)

- "1. Die Forderung von CHF 72'922.– nebst Zins und Kosten in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamts C.\_\_\_\_\_ (Zahlungsbefehl vom 26. März 2010) der Beklagten gegen die Klägerin sei vollumfänglich abzuerkennen und die provisorische Rechtsöffnung vom 11. August 2010 des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirkes Dietikon über CHF 72'922.– nebst Zins und Kosten (Geschäft-Nr. EB100276/U) aufzuheben;
2. [...]
3. [...]
4. [...]
5. [...]

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

**Erwägungen:**

1. Einleitung

1.1. Die (heutige) *Klägerin* ist eine Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts mit Sitz in D.\_\_\_\_\_ (act. 1 Rz 10 und act. 11 und 4/1 bzw. 12/1-3). Eingereicht wurde die Klage von der E.\_\_\_\_\_ mit Sitz in F.\_\_\_\_\_, die gemäss Fusionsvertrag vom 15. Juni 2010 mit sämtlichen Aktiven und Passiven von der jetzigen Klägerin, A.\_\_\_\_\_ SA, übernommen worden ist (act. 11). Daher wurde das Rubrum mit Verfügung vom 23. August 2010 entsprechend abgeändert (Prot. S. 4). Die *Beklagte* ist eine Tochtergesellschaft der G.\_\_\_\_\_ Holding; sie ist eine Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts mit Sitz in C.\_\_\_\_\_ (act. 8 Rz 6 und act. 4/2).

1.2. Der vorliegende Entscheid betrifft zwei verschiedene Verfahren. Am 27. Januar 2010 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin eine Leistungsklage samt Weisung ein (act. 1 und 3). Das Verfahren wurde unter der Geschäftsnummer HG100031 geführt (nachfolgend: "*Forderungsprozess*"). Den Kern der Auseinandersetzung zwischen den Parteien in diesem Prozess bildet der Einsatz von Arbeitskräften der Klägerin auf einer Baustelle, auf der die Beklagte Unternehmerin war (Grossbaustelle "H.\_\_\_\_\_"), bzw. eine sich daraus ergebende Vergü-

tungspflicht (vgl. act. 1 Rz 10). Mit ihrer Klageantwort erhob die Beklagte allerdings Widerklage (act. 8). Sie macht geltend, der Klägerin stünde keine Vergütung mehr zu, vielmehr habe sie von der Klägerin noch einen Betrag zugute. Denn sie habe während des Einsatzes der Arbeitskräfte der Klägerin jeweils Akontozahlungen geleistet. In der Folge habe sich jedoch herausgestellt, dass diese Zahlungen die tatsächlich geschuldete Vergütung um CHF 299'740.– übersteigen würden. Davon macht die Beklagte einen Teilbetrag widerklageweise geltend, nämlich CHF 226'818.–. Die Differenz, mithin CHF 72'922.–, ist Gegenstand des zweiten Verfahrens. Denn mit Eingabe vom 21. September 2010 (Datum Poststempel) machte die Beklagte zudem eine Aberkennungsklage anhängig (nachfolgend "*Aberkennungsprozess*"). Dieses Verfahren wurde zunächst unter der Geschäftsnummer HG100247 geführt (vgl. das dortige act. 1).

1.3. Im Aberkennungsprozess ist die in Betreuung gesetzte Forderung der Klägerin unbestritten (vgl. zuletzt act. 26 Rz 5 in HG100247). Die Beklagte macht jedoch Tilgung dieser Forderung durch Verrechnung geltend. Als Verrechnungsforderung bringt sie die obgenannte Differenz zwischen ihrer gesamthaften Forderung gegenüber der Klägerin und der Widerklageforderung vor. Widerklageforderung und Verrechnungsforderung stützen sich demzufolge auf die selben Rechtsgrundlagen bzw. auf den selben Sachverhalt. Aus diesem Grund wurde das Verfahren HG100247 gestützt auf § 58 Abs. 2 ZPO/ZH mit dem vorliegenden vereinigt (vgl. Prot. S. 8).

1.4. Nachfolgend ist daher über die Ansprüche im Forderungs- und im Aberkennungsprozess gleichzeitig zu entscheiden. Der Einfachheit halber wird die Klägerin und Widerbeklagte im Forderungsprozess bzw. die Beklagte im Aberkennungsprozess fortan als "*Klägerin*" und die Beklagte und Widerklägerin im Forderungsprozess bzw. Klägerin im Aberkennungsprozess als "*Beklagte*" bezeichnet.

## 2. Übersicht über den Verfahrensstand

Nach dem ersten Schriftenwechsel wurde im Verfahren HG100031 am 9. September 2010 eine Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung durchge-

führt, anlässlich welcher zwischen den Parteien allerdings keine Einigung erzielt werden konnte (Prot. S. 6 f.). Im Verfahren HG100247 wurde zunächst über die prozessualen Begehren (Rechtsbegehren 2 – 5) der Beklagten entschieden, wobei eine Abweisung erfolgte, und es wurde der erste Schriftenwechsel angeordnet (Prot. S. 3 in HG100247). Da im Verfahren HG100031 die Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung erfolglos geblieben war, wurde darauf verzichtet, im Verfahren HG100247 eine solche Verhandlung durchzuführen (Prot. S. 4 in HG100247). In der Folge wurde deshalb in beiden Verfahren der zweite Schriftenwechsel angeordnet. Am 20. Juni 2011 reichte die Klägerin schliesslich die Stellungnahme zu Noven und die Widerklageduplik im Forderungsprozess ein (act. 24). Mit Verfügung vom 22. Juni 2011 wurde diese Rechtsschrift der Beklagten zugestellt (Prot. S. 12). Schliesslich nahm auch die Beklagte mit Eingabe vom 24. Oktober 2011 zu allfälligen neuen Behauptungen in der Duplik im Aberkennungsprozess Stellung (act. 26 in HG100247). Mit Verfügung vom 15. Oktober 2011 wurde diese Rechtsschrift der Klägerin zugestellt (Prot. S. 12 in HG100247). Beide Verfahren erweisen sich nunmehr als spruchreif.

### 3. Prozessuales

3.1. Am 1. Januar 2011 ist die eidgenössische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Nach deren Art. 404 Abs. 1 gilt für Verfahren, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich nach dem neuen Recht, wobei eine bestehende Zuständigkeit nach dem alten Recht erhalten bleibt (Art. 404 Abs. 2 ZPO). Für das vorliegende Verfahren ist demnach das frühere kantonale Prozessrecht (ZPO/ZH und GVG) massgebend. Das Rechtsmittel richtet sich hingegen nach dem Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist, mithin nach dem neuen Prozessrecht (Art. 405 Abs. 1 ZPO).

3.2. Die Auseinandersetzung zwischen den Parteien dreht sich um den Einsatz von Arbeitskräften der Klägerin auf einer Baustelle, auf der die Beklagte Unternehmerin war (Grossbaustelle "H.\_\_\_\_\_"; vgl. act. 1 Rz 10). Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist somit gege-

ben (Art. 3 Abs. 1 lit. b bzw. Art. 9 GestG i.V.m. Art. 404 Abs. 1 und 2 ZPO; act. 4/1 und 4/2; § 62 GVG) und überdies unbestritten (act. 1 Rz. 5 ff. und act. 8 Rz 1 ff. und 31 ff.). Die Klage wurde gehörig eingeleitet (§ 102 Abs. 1 und § 108 ZPO/ZH; act. 3).

#### 4. Überblick über die behaupteten Anspruchsgrundlagen

4.1. Wie gezeigt, bildet der Einsatz von Arbeitskräften der Klägerin bei der Beklagten den Kern der Auseinandersetzung zwischen den Parteien. Sie sind sich darin einig, dass sie vertragliche Beziehungen hatten bzw. einen Vertrag abgeschlossen haben. Der Streit betrifft den Inhalt der Abmachungen und, daran anknüpfend, die rechtliche Qualifikation dieses Vertrages sowie die daraus abgeleitete Vergütungspflicht. Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, es seien (mehrere) Personalverleihverträge abgeschlossen worden, während die Beklagte der Auffassung ist, zwischen den Parteien habe ein Werkvertrag bestanden, mindestens aber ein Personalverleihvertrag, bei dem die Entschädigung nach Ausmass festzulegen sei.

4.2. Von entscheidender Bedeutung ist somit zunächst die Qualifikation des Vertrages. Während der Werkvertrag im Obligationenrecht (OR) geregelt ist, kennt der Personalverleih bzw. die Arbeitsvermittlung eine Regelung im Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih sowie in der dazugehörigen Verordnung (AVG; AVV). Erst nach vorgenommener Qualifikation des Vertrages können daher die sich darauf stützenden Forderungen (Haupt- und Widerklageforderung) im Einzelnen beurteilt werden. Der Aberkennungsprozess ist erst anschliessend zu behandeln, bezieht sich die dort vorgebrachte Verrechnungsforderung doch auf die Rechtsgrundlagen der Widerklage.

#### 5. Forderungsprozess

##### 5.1. Qualifikation des Vertrages

5.1.1. Wie gezeigt, stellt sich die Klägerin auf den Standpunkt, die Parteien hätten Personalverleihverträge abgeschlossen und die Entschädigung sei gestützt auf die geleisteten Stunden zu berechnen, während die Beklagte der Auffassung

ist, es handle sich um einen Werkvertrag, bei dem sich der Werklohn nach dem Ausmass richte. Nach Art. 363 OR verpflichten sich der Unternehmer mit dem *Werkvertrag* zur Herstellung eines Werkes und der Besteller zur Leistung einer Vergütung (vgl. auch GAUCH, *Der Werkvertrag*, 5. Auflage, Zürich 2011, Rz 6 ff.). Demgegenüber ist der *Personalverleih* bzw. die *Verleihtätigkeit* definiert als das Überlassen eines Arbeitnehmers an einen Einsatzbetrieb, wobei der Verleiher dem Einsatzbetrieb "wesentliche Weisungsbefugnisse gegenüber dem Arbeitnehmer abtritt" (DRECHSLER, *Personalverleih: unscharfe Grenzen*, in: AJP 2010, S. 314 ff.). Als Personalverleiher gilt somit diejenige Unternehmung, welche als Arbeitgeberin die von ihr angestellten Arbeitnehmenden einem anderen Unternehmen (Einsatzbetrieb) zur Erbringung einer Arbeitsleistung überlässt (SENTI, *Untypischer Personalverleih*, in: AJP 2008, S. 1498 ff.). Für die Qualifikation bedeutsam ist, dass beim Personalverleih stets ein Dreiecksverhältnis vorliegt. Der entsprechenden Konstellation liegen somit verschiedene Rechtsverhältnisse zugrunde: Zwischen dem Verleiher (Arbeitgeber) und dem Arbeitnehmer besteht ein Arbeitsverhältnis, welches sich aus einem Rahmen- und einem Einsatzvertrag zusammensetzt. Zwischen dem Verleiher (Arbeitgeber) und dem Entleiher (Einsatzbetrieb) besteht demgegenüber ein Vertrag *sui generis*, der so genannte Verleihvertrag (vgl. Art. 22 AVG). Darin verspricht der Verleiher, eine Arbeitskraft gegen eine entsprechende Entschädigung zur Verfügung zu stellen. Im Gegensatz zum Werkvertrag (Art. 11 Abs. 1 OR) hat der Abschluss des Verleihvertrages schriftlich zu erfolgen (Art. 22 Abs. 1 AVG).

5.1.2. Die Unterschiede zwischen Werk- und Verleihvertrag sind in wesentlichem Umfang in den vertraglichen Beziehungen zwischen den Beteiligten zu finden. Wie gezeigt, hat der Unternehmer ein Werk abzuliefern. Er schuldet dem Besteller in diesem Sinne einen Erfolg und nicht bloss eine Arbeitsleistung (GAUCH, a.a.O., Rz 18). Die Ablieferung hat zudem rechtzeitig zu erfolgen und der Unternehmer hat für Mängel des Werkes einzustehen (Art. 367 ff. OR). Während der Arbeitsleistung bleibt der Unternehmer allerdings eigenständig. Es erfolgt somit *keine Subordination* im Verhältnis zum Besteller (GAUCH, a.a.O., Rz 11). Insbesondere besteht zwischen den Angestellten des Unternehmers und dem Besteller in der Regel auch kein wie auch immer geartetes Verhältnis (weder eine rechtliche noch

tatsächliche Beziehung). Demgegenüber verpflichtet sich der Entleiher "nur", dem Einsatzbetrieb Arbeitskräfte zur Verfügung zu stellen, damit diese *für den Einsatzbetrieb* arbeiten. Der Entleiher haftet deshalb lediglich für die sorgfältige Suche, Auswahl und Instruktion des Arbeitnehmers, nicht aber für die ordentliche Arbeitsleistung. Das wirtschaftliche Risiko trägt somit der Einsatzbetrieb (BSK OR I-PORTMANN, Art. 319 N 34; vgl. allerdings zum Haftungsumfang in der Praxis die Hinweise bei DRECHSLER, a.a.O., S. 318). Im Gegensatz zur Konstellation beim Werkvertrag arbeitet der entlehene Arbeitnehmer also für den Einsatzbetrieb und nicht etwa für einen Unternehmer (Arbeitgeber). Zwar ergibt sich daraus nicht ein (neues) Arbeitsverhältnis zwischen Einsatzbetrieb und Arbeitnehmer, doch wird das Rechtsverhältnis in gewisser Weise so behandelt, als ob ihm ein gültiger Vertragsschluss zugrunde läge. In diesem Sinne beschäftigt der Einsatzbetrieb eine Person wie einen Arbeitnehmer, ohne aber mit ihr ein Arbeitsverhältnis einzugehen. Es wird deshalb von einem faktischen (bzw. quasivertraglichen) Vertragsverhältnis gesprochen (BSK OR I-PORTMANN, Art. 319 N 23; BACHMANN, Verdeckter Personalverleih: Aspekte zur rechtlichen Ausgestaltung, zur Bewilligungspflicht, zum Konzernverleih und zum Verleih mit Auslandberührung, in: ArbR 2010, S. 57). Dies führt letztlich auch dazu, dass der Einsatzbetrieb das Recht am Arbeitsergebnis hat. Weiter hat er gegenüber dem Arbeitnehmer einerseits eine Fürsorgepflicht und andererseits, wie gezeigt, wesentliche, vom Entleiher abgetretene Weisungsbefugnisse. Umgekehrt muss der Arbeitnehmer gegenüber dem Einsatzbetrieb gewisse Treuepflichten erfüllen (vgl. Art. 26 AVV; SENTI, a.a.O., S. 1499 f.). Das Weisungsrecht ist ein wesentlicher Bestandteil des Subordinationsverhältnisses zwischen Arbeitnehmer und (faktischem) Arbeitgeber. Es betrifft sowohl die Art als auch Umfang, Organisation und Ausführung der Arbeit als solcher (ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN, Art. 319 N 28). In diesem Sinne ist es gleichzeitig auch ein Mittel zur Eingliederung des Arbeitnehmers in die Betriebsorganisation (des Einsatzbetriebes). Diese Eingliederung wiederum ist ein entscheidendes Kriterium für die Qualifizierung eines Rechtsverhältnisses als Personalverleih und für die Abgrenzung zum Werkvertrag (BACHMANN, a.a.O., S. 57).

5.1.3. Um diese Abgrenzung geht es vorliegend in einem ersten Schritt. Die Parteien sind sich grundsätzlich darin einig, dass sie im März 2008 wenigstens da-

hingehend eine Einigung erzielt haben, dass Arbeitnehmer der Klägerin auf einer Baustelle (H. \_\_\_\_\_ in I. \_\_\_\_\_), auf der die Beklagte als Unternehmerin auftrat, eingesetzt werden sollten (act. 1 Rz 10 und 22 ff.; act. 8 Rz 13 ff.). Die Klägerin ist dann aber der Auffassung, dass in der Folge jeweils einzelne Verleihverträge abgeschlossen worden seien, während die Beklagte im März 2008 bereits eine Einigung über die Erstellung eines Werkes sieht, mithin auch die Klägerin Unternehmerin gewesen sein soll (act. 8 Rz 13 ff.). Inhalt dieses Werkvertrages sei die Installation von Rohren und Armaturen am J. \_\_\_\_\_-Gebäude ... auf besagter Baustelle gewesen. Die grundsätzliche Einigung sei anlässlich eines Treffens am 21. März 2008 erfolgt, wobei abgemacht worden sei, dass die Klägerin der Beklagten Personal und Werkzeug sowie einen bauleitenden Monteur zur Verfügung stellen solle. Der anlässlich des Treffens anwesende K. \_\_\_\_\_ sei schliesslich als bauleitender Monteur eingesetzt worden. Die konkreten Einzelheiten seien gestützt auf diese Abmachungen durch die Klägerin am 25. März 2008 per Fax unterbreitet worden. Namentlich sei auch die Festlegung der Abrechnung nach Ausmass samt den dazu notwendigen Details erfolgt. Am 26. März 2008 seien diese Punkte zwischen der Klägerin, vertreten durch L. \_\_\_\_\_, und der Beklagten, vertreten durch M. \_\_\_\_\_, noch einmal telefonisch besprochen worden. Abgemacht worden sei schliesslich auch ein Rabatt auf den geschuldeten Werklohn von 10 % (act. 8 Rz 13 ff.). Während der gesamten Zeit der Bauarbeiten habe die Beklagte Akontorechnungen bezahlt und am 4. September 2008 habe sie, vertreten durch M. \_\_\_\_\_, der Klägerin aufgrund der Verhandlungen vom März 2008 eine Auftragsbestätigung zugestellt, welche die damals erfolgte Einigung wiedergebe. Der langjährige Ansprechpartner der Beklagten bei der Klägerin, L. \_\_\_\_\_, der die Klägerin jeweils in allen (vorangegangenen) Geschäften mit der Beklagten vertreten habe, habe die Auftragsbestätigung mit dem Hinweis "Eingesehen und einverstanden E. \_\_\_\_\_, L. \_\_\_\_\_" unterzeichnet (act. 8 Rz 18 ff.).

Dem hält die Klägerin entgegen, im März 2008 seien Verträge über den Verleih von mehreren Temporärmitarbeitern für die Baustelle J. \_\_\_\_\_ der H. \_\_\_\_\_ abgeschlossen worden. Die Einsätze der insgesamt 34 Mitarbeiter hätten von März bis Dezember 2008 gedauert. Diese Mitarbeiter hätten jeweils ihre Stundenrapporte ausgefüllt, die Beklagte habe diese anschliessend gezeichnet und gestützt darauf

habe sie, die Klägerin, der Beklagten Rechnung gestellt. Die Rechnungen seien ohne Widerspruch entgegengenommen worden und bis August 2008 je einzeln von der Beklagten bezahlt worden. Die Arbeiten seien im Dezember 2008 abgeschlossen worden, und in diesem Monat habe die Beklagte noch die letzten Stundenrapporte der einzelnen ausgeliehenen Arbeiter unterzeichnet und die letzten Rechnungen entgegengenommen (act. 16 Rz 16 ff.). Während der Dauer der Arbeiten habe die Klägerin für jeden (entliehenen) Mitarbeiter einen Verleihvertrag ausgestellt und der Beklagten vor Arbeitsbeginn übermittelt (act. 16 Rz 21 ff.). Die ausgeliehenen Mitarbeiter hätten vor Ort den Anweisungen der beklagtischen Vorarbeiter und den direkt erteilten Instruktionen der Bauherrschaft, der Architekten und der Bauleitung unterstanden. Erst nach Abschluss der Arbeiten, im Februar 2009, habe sich die Beklagte schliesslich auf den Standpunkt gestellt, sie schulde nicht ein Honorar gemäss der durch sie visierten Stunden, sondern nach Ausmass und Regiestunden (act. 16 Rz 19 f.).

5.1.4. Zunächst ist auf den unbestritten gebliebenen Sachverhalt einzugehen, wobei als unbestritten auch jene Sachverhaltsdarstellungen zu gelten haben, die von der Beklagten zwar pauschal bestritten wurden, aufgrund des Detaillierungsgrades der klägerischen Vorbringen jedoch ebenso detailliert hätten bestritten werden müssen (vgl. bereits ZR 89 [1990] Nr. 50, BGE 117 II 113, E. 2; FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, § 113 N 4a und 8). Unbestritten ist vor diesem Hintergrund, dass die Klägerin der Beklagten für sämtliche auf der fraglichen Baustelle tätigen Mitarbeiter Verleihverträge geschickt hat und dass die Beklagte diese Verträge, ohne sie *am Ende des Vertragsdokuments* zu unterschreiben, mit einem (nun allerdings unterschriebenen) Begleitschreiben zurückgesandt hat mit dem Vermerk: "Anbei bestätigen wir Ihnen den Einsatz Ihres Mitarbeiters [...]" (vgl. act. 9/8). Dass alsdann eben diese Mitarbeiter tatsächlich auf der Baustelle der Beklagten (bzw. von H.\_\_\_\_\_) gearbeitet haben, ist, wie gezeigt, ebenfalls unbestritten. Seitens der Beklagten unbestritten geblieben ist weiter, dass die Parteien seit Jahren diverse Personalverleihverträge abgeschlossen haben, dass die Mitarbeiter der Klägerin ausschliesslich auf der Baustelle der Beklagten gearbeitet haben und dass die Werkmaterialien von der Beklagten beschafft worden sind. Sodann hat

die Beklagte die Behauptung der Klägerin, ihre Mitarbeiter seien verpflichtet gewesen, die Arbeitsstunden bei der Beklagten visieren zu lassen, nicht direkt bestritten. Weiter wurde nicht bestritten, dass im Vorfeld das zu erstellende Werk nicht im Ansatz definiert worden ist und dass die Klägerin keine Verantwortung für die *Werkausführung* getragen hat. Schliesslich ist auch unbestritten, dass die Beklagte auf der Baustelle auch mit anderen geliehenen Mitarbeitern gearbeitet hat und sie als Einsatzbetrieb im Personalverleih viel Erfahrung hat (act. 16 Rz 19, 25 und 34; act. 20 Rz 50, 57 ff.).

Bestritten (wenn auch etwas unklar) ist demgegenüber die Frage der Weisungsbefugnisse. Während die Klägerin, wie gezeigt, der Auffassung ist, ihre Arbeitnehmer hätten die Weisungen der Beklagten befolgen müssen, stellt sich Letztere auf den Standpunkt, die Arbeitnehmer seien von K. \_\_\_\_\_ geführt worden und hätten nicht der Weisungsgewalt der Beklagten unterstanden (act. 20 Rz 112). In der gleichen Rechtsschrift führt die Beklagte aber auch aus, K. \_\_\_\_\_ habe in der Funktion als Vertreter der Klägerin Weisungen der Beklagten für den Einsatz seiner Gruppe entgegengenommen (act. 20 Rz 50). Die Behauptungen der Beklagten sind in dieser Hinsicht somit widersprüchlich. Mindestens aber scheint auch sie der Auffassung zu sein, die Arbeitnehmer hätten immerhin Weisungen hinsichtlich der strengen Sicherheitsvorschriften auf der Baustelle zu befolgen gehabt. Solche Weisungen seien jedoch an sämtliche *Subunternehmer* ergangen (act. 20 Rz 127).

5.1.5. Die Verpflichtung des Unternehmers zur Herstellung eines Werkes und die Vergütungspflicht des Bestellers sind begriffsnotwendige Elemente des Werkvertrages, die konsensual vereinbart sein müssen, damit ein Werkvertrag vorliegt. Ausserdem handelt es sich beim auszuführenden Werk und bei der Frage, ob die Werkleistung entgeltlich oder unentgeltlich zu erbringen ist, um objektiv wesentliche Punkte des Vertragsinhaltes. Das Werk, das der Unternehmer herzustellen und abzuliefern hat, muss aufgrund der übereinstimmenden Willenserklärungen bestimmt, zumindest aber genügend bestimmbar sein, damit ein Werkvertrag zustande kommt. Genügend bestimmbar ist das geschuldete Werk dann, wenn die Parteien es zwar lediglich in den Grundzügen vertraglich umschrieben, gleichzei-

tig aber auch (ausdrücklich oder konkludent) vereinbart haben, dass die noch offenen Einzelheiten der Werkausführung sich nach den Umständen, nach einem bestimmten Leistungsziel oder nach späterer Übereinkunft richten. In den Schranken von Art. 27 Abs. 2 ZGB kann der Unternehmer es sogar dem Besteller überlassen, die in den Grundzügen festgelegte Werkleistung im Nachhinein durch einseitige Erklärung zu konkretisieren (GAUCH, a.a.O., Rz 381 ff.).

Da die Beklagte die Behauptung der Klägerin, das Werk sei nicht einmal im Ansatz definiert worden, nicht bestritten hat, könnte bereits deshalb gefolgert werden, dass ein Werkvertrag nicht zustande gekommen sein kann (vgl. act. 16 Rz 25 und act. 20 Rz 57 f.). Zum gleichen Ergebnis gelangt man jedoch auch, wenn die pauschale Bestreitung der Beklagten als genügend angesehen würde oder wenn andere Ausführungen als sinngemässe Bestreitung aufgefasst würden. Selbst die Beklagte unterlässt es, das angebliche Werk wenigstens in den Grundzügen zu behaupten. So bringt sie in der Klageantwort lediglich vor, die Parteien hätten sich am 21. März 2008 über das grundsätzliche Vorgehen und die wesentlichen Vertragsbestandteile geeinigt (act. 8 Rz 17). In den Gesprächen sei es um Arbeiten, namentlich um die Installation von Rohren und Armaturen, am bzw. im J. \_\_\_\_\_-Gebäude ... gegangen (act. 8 Rz 15). Daraus lässt sich aber in keiner Weise ableiten, es sei ein Werk wenigstens in den Grundzügen definiert worden; jedenfalls genügt der blosser Hinweis auf die Installation von Rohren und Armaturen hierzu nicht, wenn nicht auch nur im Ansatz festgehalten wird, um was für Rohre und Armaturen es sich handelt und an welchen Orten (beispielsweise auf welchen Stockwerken) sie hätten eingebaut werden sollen. Dies hat umso mehr zu gelten, als die Beklagte, worauf noch einzugehen sein wird, einerseits behauptet, die Mitarbeiter der Klägerin hätten auf bestimmten Stockwerken überhaupt nicht gearbeitet, es andererseits aber, wie gezeigt, unterlässt darzulegen, die Parteien hätten sich zur Erstellung eines Werkes auf ganz bestimmten Stockwerken geeinigt. Konkreter wurde die Beklagte schliesslich auch in der Duplik nicht, obwohl sie dahingehend die Behauptungs- und Beweislast trifft, da nur sie das Bestehen eines Werkvertrages bzw. gestützt auf diesen ihre Widerklageforderung behauptet (Art. 8 ZGB; act. 20 Rz 11 ff., insb. Rz 13 ff.). Schliesslich behauptet die Beklagte auch nicht, dass ausdrücklich oder konkludent vereinbart worden

wäre, dass die noch offenen Einzelheiten der Werkausführung sich nach den Umständen (welchen?), nach einem bestimmten Leistungsziel (welchem?) oder nach späterer Übereinkunft bzw. nach ihrer einseitigen Erklärung richten würden (GAUCH, a.a.O., Rz 381 ff.). Daraus folgt, dass die Beklagte ein konkretes bzw. genügend bestimmbares Werk nicht einmal in den Grundzügen behauptet hat.

Soweit sich die Beklagte auf den Standpunkt stellen sollte, die Behauptung des Werkes in den Grundzügen ergebe sich aus den Beilagen, so ist sie darauf hinzuweisen, dass es weder genügt, Vertragsinhalte lediglich bruchstückweise darzulegen, noch auf Beilagen zu verweisen, um der Substantiierungspflicht nachzukommen. Es ist nicht Sache des Gerichts, die rechtserheblichen Tatsachen zusammenzusuchen (FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, § 113 N 4 f. und 8). Selbst wenn aber auf die eingereichten und in diesem Zusammenhang relevanten Unterlagen eingegangen würde, liesse sich nichts zugunsten der Beklagten ableiten. Das Faxschreiben vom 25. März 2008 enthält zwar einen Hinweis auf "Heizungsarbeiten - H.\_\_\_\_\_", ansonsten besteht es aber lediglich aus allgemeinen Preislisten, die nichts mit der Definition eines Werkes zu tun haben (act. 9/2). Auch der Auftragsbestätigung vom 4. September 2008 lässt sich nichts zur Definition des Werkes entnehmen (act. 21/19). Es ist deshalb an dieser Stelle davon auszugehen, dass die Parteien mangels einer wenigstens in den Grundzügen festgelegten Werkleistung, und damit mangels eines entsprechenden Konsenses, keinen Werkvertrag abgeschlossen haben. Daraus folgt auch ohne Weiteres, dass die Beklagte rechtsgenügende Behauptungen zu einem tatsächlichen Willen der Parteien unterlassen hat – trotz Beweis- und Behauptungslast. Festzuhalten ist weiter, dass es bei fehlenden Behauptungen zum angeblichen Werk auch nicht möglich ist, einen normativen Konsens zu begründen, fehlt es doch an den Grundlagen, um erstellen zu können, aufgrund welchen Verhaltens der Klägerin die Beklagte davon ausgehen durfte und musste, Erstere wolle einen Vertrag über die Erstellung eines (eben: welchen?) Werkes abschliessen. Daran ändert auch der Versand der Preislisten durch die Klägerin (bzw. K.\_\_\_\_\_), wie gezeigt, nichts. Auch wenn davon abgesehen würde, dass diese Preislisten keinen Hinweis auf ein bestimmtes und zu erstellendes Werk enthielten, erlaubten sie – bzw. deren Zusendung –

keinen Schluss auf einen objektiven Willen der Klägerin, einen Werkvertrag abzuschliessen zu wollen. *Weitere* Umstände bzw. Verhaltensweisen *im Zeitraum von Ende März 2008* hat die Beklagte schliesslich weder behauptet noch ergeben sich solche aus den eingereichten Beilagen.

Anzufügen bleibt, dass selbst das dem vermeintlichen Vertragsschluss folgende und mehrheitlich unbestrittene Verhalten der Parteien keinen Schluss auf ein wie auch immer geartetes Werkvertragsverhältnis zulässt, wobei anzufügen ist, dass Verhaltensweisen *nach* Vertragsschluss bei der Anwendung des Vertrauensprinzips ohnehin nicht zu berücksichtigen wären (BGE 133 III 61, E. 2.2.1). Immerhin wären sie aber als Indizien für einen – vorliegend jedoch nicht behaupteten – tatsächlichen Willen der Parteien zu beachten (vgl. BGer 4A\_316/2011, E. 2.1). Selbst wenn aber diese Indizien näher untersucht würden, liesse sich nichts zugunsten der Beklagten und hinsichtlich eines tatsächlichen Willens ableiten. Die Tatsache der Bestätigung der Abrechnung nach Ausmass durch L.\_\_\_\_\_ genügt für die Annahme eines Werkvertrages nicht. Wie gezeigt, ist zwar unbestritten (und im Übrigen belegt), dass L.\_\_\_\_\_ bzw. die Klägerin der Beklagten jeweils Verleihverträge geschickt hat. Ebenso ist unbestritten, dass M.\_\_\_\_\_ bzw. die Beklagte diese Verleihverträge mit einem Begleitbrief zurückgeschickt haben. Auf diesen Begleitbriefen hat die Beklagte auf drei Punkte hingewiesen: Erstens bestätigte sie den Einsatz des jeweiligen Mitarbeiters, zweitens hielt sie die Zulässigkeit von Akontorechnungen fest und drittens erfolgte der Hinweis auf die Verrechnung auf Grundlage eines bestätigten Ausmasses der geleisteten Arbeit. Die Grundlage der Verrechnung bilde das Verhandlungsgespräch vom 21. März 2008 sowie die Faxgrundlagen, so M.\_\_\_\_\_ (vgl. act. 9/7). Diese Schreiben hat L.\_\_\_\_\_ jeweils unterzeichnet. Daraus durfte die Beklagte aber noch nicht den Schluss ziehen, die Parteien hätten einen Werkvertrag abgeschlossen, zumal im Schreiben der Beklagten kein Werk genannt wird und die Unterschrift von L.\_\_\_\_\_ letztlich im Zusammenhang mit der Zusendung eines Verleih- und nicht eines Werkvertrages steht. Wenn schon, würde dieses Verhalten also einen Schluss auf den Willen der Klägerin, einen Verleihvertrag mit Abrechnung nach Ausmass abzuschliessen, zulassen.

Weiter blieb das Vorbringen der Klägerin, der Umfang der Arbeiten auf der Baustelle H. \_\_\_\_\_ J. \_\_\_\_\_ sei zwischen März und Dezember 2008 – auf Anweisung der Beklagten – fortlaufend immer wieder neu definiert worden und es seien eine Vielzahl von unvorhergesehenen Arbeiten hinzugekommen (act. 16 Rz 97), unbestritten. Denn die Beklagte bestreitet die Ausführungen unter dieser Ziffer zunächst lediglich (und demzufolge ungenügend) pauschal, hält gleich anschließend aber fest, es sei unerheblich, ob es zu Planänderungen gekommen sei. Gestützt auf den Vertrag zwischen den Parteien sei bezahlt worden, was von der Klägerin in Metern verlegt worden sei. Diese Zahlen liessen sich den Ausmasslisten entnehmen (act. 20 Rz 108). Unter Umständen mag die Frage der Planänderung für die Vergütung unerheblich sein. Für die Qualifikation des Vertrages ist sie, entgegen der Auffassung der Beklagten, jedoch von Bedeutung. Wäre, wie von der Beklagten behauptet, von einem Werkvertrag auszugehen, stellten Planänderungen in der Regel nichts anderes als eine Beststellungsänderung dar. Hierbei handelt es sich um eine rechtsgeschäftliche Änderung des Vertragsinhaltes in dem Sinne, dass der Unternehmer zum Beispiel zusätzliche oder zum Teil andere Arbeiten zu leisten, bestimmte Arbeiten wegzulassen oder das Werk anders als vereinbart auszuführen hat. Zu unterscheiden sind vereinbarte und einseitige Beststellungsänderungen. Erstere setzen einen Abänderungsvertrag voraus, Letztere dagegen ein Gestaltungsrecht, das sich entweder aus dem Gesetz, aufgrund einer Vereinbarung oder aus dem hypothetischen Parteiwillen ergeben kann (GAUCH, a.a.O., Rz 768 ff.). Die Beklagte hat dergleichen in keiner Weise behauptet. Sie bringt somit nicht vor, zu den letztlich unbestrittenen "Planänderungen" sei es aufgrund eines Abänderungsvertrages oder infolge der Ausübung eines Gestaltungsrechts gekommen. Vorliegend kann daher nicht davon ausgegangen werden, diese tatsächlich erfolgten Planänderungen seien Beststellungsänderungen im Sinne des Werkvertragsrechts gewesen. Dann aber müssen diese Änderungen eine andere vertragliche Grundlage haben, was wiederum gegen das (tatsächliche) Bestehen eines Werkvertrages spricht.

5.1.6. Die Parteien haben im März 2008 demnach keinen Werkvertrag abgeschlossen und den Abschluss eines anderen Vertrages hat die Beklagte nicht behauptet. Demgegenüber ist die Klägerin, wie gezeigt, der Auffassung, die Parteien

hätten einzelne Verleihverträge abgeschlossen. Wie gezeigt, sandte die Klägerin der Beklagten unbestrittenermassen für jeden eingesetzten Mitarbeiter einen Verleihvertrag zu. Unbestritten ist allerdings auch, dass die Beklagte diese Verträge auf dem Vertragsdokument selber nicht unterzeichnet hat. Doch führt selbst sie aus, sie habe die Verleihverträge mit einem – unterschriebenen – Begleitschreiben zurückgesandt. Aufgrund dieses Verhaltens durfte und musste die Klägerin davon ausgehen, die Beklagte wolle die ihr zugesandten Verleihverträge auch tatsächlich abschliessen. Daran ändert die Tatsache nichts, dass die Beklagte die Verleihverträge nicht auf dem Verleihvertrag selber unterzeichnet hat. Grundsätzlich hat die Unterschrift zwar den Inhalt der Urkunde zu decken. Sie hat somit in der Regel in der Schriftrichtung dem Text nachzufolgen. Doch kann sie ohne Weiteres auch auf einem gesonderten Schriftstück erfolgen, sofern der Bezug zur Urkunde sichergestellt ist (BSK OR I-SCHWENZER, Art. 13 N 3 und 7). Ein unterzeichnetes Bestätigungsschreiben, das auf einen schriftlich abgefassten Personalverleihvertrag Bezug nimmt, würde dem Schriftlichkeitserfordernis somit genügen. Der Personalverleiher, der dem Einsatzbetrieb einen Verleihvertrag schickt, darf somit zumindest nach dem Vertrauensprinzip davon ausgehen, dass der Letztere mit den Bedingungen einverstanden ist, wenn die Verleihverträge von diesem mit einem unterzeichneten Schreiben und dem Hinweis, der Einsatz des Mitarbeiters werde bestätigt, zurückgeschickt werden. Der weitere Hinweis auf die Abrechnung nach Ausmass ändert daran nichts, betrifft dieser doch lediglich die Vergütung, mithin den Inhalt des Vertrages, und nicht die vertragliche Grundlage als solche. Die Klägerin durfte somit davon ausgehen, sie habe mit der Beklagten für jeden Mitarbeiter Verleihverträge abgeschlossen (wenn auch mit einer Abrechnung nach Ausmass). Anzumerken ist, dass an diesem Ergebnis das Vorbringen der Beklagten, sie habe aus ganz bestimmten Gründen keinen Personalverleihvertrag abschliessen wollen, nichts ändert. Entscheidend ist, wie das Verhalten der Beklagten, mithin das Zurücksenden des Verleihvertrages mit ausdrücklicher Bestätigung des Einsatzes des Mitarbeiters, von der Klägerin verstanden werden durfte. Dies würde selbst gelten, wenn der Beklagten bei ihrem Verhalten ein Erklärungsbewusstsein gefehlt hätte – was jedoch ohnehin nicht anzunehmen ist (vgl. BK-KRAMER, Art. 1 N 46 ff.). Jedenfalls verlieren die Vorbringen

der Beklagten, sie habe schlechte Erfahrungen mit dem Personalverleih gemacht, bereits dadurch an Bedeutung, weil sie unbestrittenermassen bereits zuvor nicht nur mit der Klägerin, sondern auch mit anderen Unternehmen Verleihverträge abgeschlossen und selbst auf der fraglichen Baustelle Arbeitnehmer von Drittunternehmen ausgeliehen hat. Wie noch zu zeigen sein wird, könnte gar davon ausgegangen werden, dass die Beklagte sich überlegt hat, auch nachher noch von der Klägerin Personal auszuleihen (vgl. nachfolgend Ziff. 4.1.7). Bei diesem Ergebnis ist es nicht mehr erforderlich, nach einem tatsächlichen Willen der Parteien zu forschen, entspricht doch bereits der "objektive" dem von der Klägerin behaupteten und hat die Beklagte keinen anderen behauptet.

5.1.7. Das Verhalten der Parteien *nach* Vertragsschluss (bzw. nach den verschiedenen Vertragsschlüssen) ist für eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip, wie gezeigt, nicht von Bedeutung. Dennoch ist an dieser Stelle wiederum auf einzelne Punkte einzugehen, die als Indizien dienen könnten, um einen – allerdings, wie gezeigt, von den Parteien nicht behaupteten – tatsächlichen Willen zu belegen. Gleichzeitig bestätigen diese Indizien letztlich die vorstehend gemachte Schlussfolgerung. Das erste Indiz betrifft das Weisungsrecht, wobei die Klägerin, wie bereits aufgezeigt, der Auffassung ist, der Umfang der Arbeiten auf der Baustelle sei fortlaufend geändert worden, wobei dies auf "Anweisung" der Beklagten erfolgt sei (act. 16 Rz 97). Dies wird von der Beklagten nicht bestritten (act. 20 Rz 108; die pauschale Bestreitung genügt, wie gezeigt, nicht, jedenfalls dürfte sie sich ohnehin nur auf die Frage der Abrechnung beziehen). Wie erwähnt, ist das *Weisungsrecht* ein wesentlicher Bestandteil des Subordinationsverhältnisses zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber und erlaubt die Konkretisierung der Arbeit sowohl hinsichtlich ihrer Art als auch des Umfangs, der Organisation und der Ausführung (ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN, Art. 319 N 28). Wenn nun die Arbeitnehmer der Klägerin auf "Wunsch" der Beklagten Planänderungen ausgeführt haben, ohne dass ein Werkvertrag betreffend diese Änderungen abgeschlossen worden wäre, was aufgrund fehlender Behauptungen der Beklagten anzunehmen ist, dann deuten diese Änderungen eher darauf hin, dass die Arbeitnehmer der Klägerin Weisungen der Beklagten entgegengenommen haben. Die unbestrittene Tatsache der erfolgten Planänderungen spricht daher gegen die Behauptung der

Beklagten, sie habe gegenüber den Arbeitnehmern der Klägerin keine Weisungsbefugnisse gehabt. Das Vorhandensein solcher Befugnisse spricht aufgrund der Abtretung wesentlicher Weisungsbefugnisse an den Einsatzbetrieb somit vielmehr für das tatsächliche Bestehen von Verleihverträgen.

Auch die weiteren Vorbringen der Beklagten lassen kein Bestehen eines Werkvertrages erkennen. So ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Klägerin der Beklagten stets hätte Verleihverträge schicken müssen, wenn tatsächlich ein Werkvertrag bestanden hätte. Jedenfalls genügt die Behauptung der Beklagten, die Klägerin habe dies zu internen Abrechnungszwecken gemacht, nicht. Wie gezeigt, bestünde zwischen dem Verleiher und dem entliehenen Arbeitnehmer ohnehin bereits ein Arbeitsvertrag, was für Abrechnungszwecke (neben allfälligen Stundenrapporten) bereits genügt. Auch die von der Beklagten unbestrittenermassen gewählte Formulierung in den Schreiben, mit denen die Verleihverträge jeweils retourniert worden sind, weist auf das Bestehen eines Verleihvertrages hin. Dort spricht sie von der Bestätigung des "Einsatzes" eines Mitarbeiters der Klägerin (vgl. act. 9/7). Bei Vorliegen eines Werkvertrages wäre eine solche Bestätigung schlicht überflüssig gewesen. Dass die Zu- und Rücksendung *von Verleihverträgen* gerade für die Baustellensicherheit und die Zutrittskontrolle, mithin lediglich zu Informationszwecken, hätten erforderlich sein sollen, wie die Beklagte ausführt (vgl. act. 20 Rz 53), ist nicht nachvollziehbar. Vielmehr hätten eine Einsatzliste mit sämtlichen Mitarbeitern oder jeweils einfache Schreiben diesem Zweck ohne Weiteres Genüge getan. Schliesslich ist der Vollständigkeit halber anzufügen, dass auch die unbestrittene Tatsache, dass sich die Beklagte Ende November 2008 nach den Kündigungsfristen der klägerischen Mitarbeiter erkundigt hat (vgl. act. 4/10), für das Vorhandensein von Verleihverträgen spricht. Die Beklagte bringt zwar vor, sie habe dies nur deshalb gemacht, weil die Klägerin bzw. L.\_\_\_\_\_ sie gebeten habe, sich frühzeitig für die weitere Planung abzusprechen. Denn sie sei aufgrund der langjährigen Geschäftsbeziehung bereit gewesen, so weit wie möglich auf die Wünsche der Klägerin einzugehen (act. 8 Rz 61). Im fraglichen E-Mail an Mitarbeiter bzw. Kollegen hält M.\_\_\_\_\_ (als Mitarbeiter der Beklagten) jedoch zusätzlich fest, dass die Kündigungsfristen nicht eingehalten werden könnten. L.\_\_\_\_\_ habe jedoch bestätigt, dass dies gelöst werden könne. Weiter führt M.\_\_\_\_\_ aus,

es müsse geprüft werden, welche Personen eventuell noch weiter beschäftigt werden könnten. Schliesslich erklärt er, dass L.\_\_\_\_\_ bekannt geben werde, ob die Möglichkeit bestehe, Leute auszuwechseln. Falls dies nicht der Fall sei, werde das Personal anderweitig organisiert (act. 4/10). M.\_\_\_\_\_ spricht somit davon, dass Personen (Mitarbeiter der Klägerin) eventuell weiter beschäftigt würden. Die Hauptleistung des Unternehmers erschöpft sich allerdings in der Regel in der Übergabe des vollendeten Werks (vgl. auch GAUCH, a.a.O., Rz 86 ff.). Dass Personen weiter beschäftigt werden, obwohl das vollendete Werk abgeliefert ist, widerspricht somit der Natur des Werkvertrages. Die Beklagte behauptet zudem nicht, diese Personen hätten anschliessend – neu – aufgrund eines Personalverleihvertrages weiter beschäftigt werden sollen. Auch dies spricht gegen die Qualifikation des Vertragsverhältnisses als Werkvertrag. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass die Weiterbeschäftigung im Sinne der bisherigen vertraglichen Regelungen hätte erfolgen sollen, namentlich gestützt auf Verleihverträge. Weiter bezieht sich M.\_\_\_\_\_ auf die Möglichkeit, Leute auszuwechseln und/oder Personal anderweitig zu organisieren. Hätte tatsächlich ein Werkvertrag vorgelegen, wäre die Klägerin selbstständige Unternehmerin gewesen und hätte sich als solche nicht der Beklagten unterordnen müssen. Dann aber ist auch sie alleine für den Einsatz ihrer Mitarbeiter verantwortlich. Vor diesem Hintergrund ist nicht nachvollziehbar, weshalb M.\_\_\_\_\_ Leute der Klägerin hätte auswechseln wollen. Entweder war die Klägerin eigenständige Unternehmerin und lediglich zur Übergabe des vollendeten Werks verpflichtet, oder sie war Personalverleiherin und konnte in dieser Funktion Verleihverträge über die Entsendung bestimmter Mitarbeiter abschliessen und wieder auflösen, in diesem Sinne somit Mitarbeiter auswechseln und weiterhin, auch nach Beendigung bestimmter Arbeiten, Personal zur Verfügung stellen. Beides aber konnte die Klägerin nicht sein. Auch dies spricht somit gegen das Vorhandensein eines Werkvertrages und für das Vorliegen eines oder mehrerer Verleihverträge. Anzumerken bleibt, dass die unbestrittene Tatsache, dass die Klägerin Werkzeuge geliefert hat, nicht gegen das Vorliegen eines oder mehrerer Verleihverträge und damit gegen faktische Arbeitsverhältnisse spricht (vgl. act. 20 Rz 59). Im Arbeitsrecht ist diese Situation sogar ausdrücklich geregelt (Art. 327 OR). Sämtliche soeben dargelegten Indizien bzw. das tatsächliche Ver-

halten der Parteien im Rahmen ihrer vertraglichen Beziehungen würden demnach nur den Schluss auf einen tatsächlichen Willen der Parteien hinsichtlich des Abschlusses eines Personalverleihvertrages, nicht aber eines Werkvertrages zulassen. Gleichzeitig lassen sich aus den Behauptungen der Parteien gestützt auf die vorstehenden Ausführungen keine Umstände entnehmen, aufgrund welcher die Klägerin hätte erkennen müssen, die Beklagte wolle gar keine Personalverleihverträge abschliessen. Selbst wenn also davon abgesehen würde, dass die Parteien bereits in Anwendung des Vertrauensprinzips keinen Werkvertrag, sondern Personalverleihverträge abgeschlossen haben, liesse sich, im Rahmen der Beweiswürdigung, kein anderes Vertragsverhältnis erstellen.

5.1.8. Dieses Ergebnis dürfte wohl auch der Grund sein, weshalb sich die Beklagte in der Duplik auf den Standpunkt stellt, es könne offen bleiben, ob die Parteien einen Werkvertrag oder einen "Vertrag gemäss Ausmass", mithin einen Vertrag sui generis, abgeschlossen hätten, da die Qualifikation keinen Einfluss auf die Festsetzung der Entschädigung habe (act. 20 Rz 68). Es ist für die hier interessierende und im Streit stehende Frage der Vergütung somit davon auszugehen, dass die Parteien für jeden einzelnen Mitarbeiter einen eigenständigen Personalverleihvertrag abgeschlossen haben. Anzuführen bleibt, dass die Versendung von schriftlichen Verleihverträgen und deren Rücksendung mit dem Hinweis auf eine abweichende Vereinbarung das Erfordernis der Schriftform ohne Weiteres erfüllen. Letztlich kann diese Frage jedoch offen bleiben, da die Verletzung des Schriftlichkeitserfordernisses in Art. 22 AVG nicht die Nichtigkeit des Vertrages, sondern die Schadenersatzpflicht oder die Strafbarkeit des Verleihers zur Folge hätte (vgl. SENTI, a.a.O., S. 1502). Daraus ergäben sich somit keine Konsequenzen für die Frage der Vergütung.

## 5.2. Vereinbarung hinsichtlich der Vergütung

5.2.1. Die *Beklagte* stellt sich auf den Standpunkt, die Parteien (die Klägerin vertreten durch L.\_\_\_\_\_) hätten eine Vergütung nach Ausmass vereinbart. Dies gehe sowohl aus den Unterlagen vom März 2008 als auch aus den einzelnen Schreiben, mit denen die verschiedenen Verleihverträge retourniert worden seien, sowie aus der Auftragsbestätigung vom 4. September 2008 hervor (act. 20 Rz 11 ff.,

insb. auch Rz 51 ff. und 76 ff.). L.\_\_\_\_\_ sei als massgebliche Kontaktperson der Klägerin zur Beklagten einschränkungslos handlungsbevollmächtigt gewesen (act. 20 Rz 52, vgl. auch Rz 95, 137 und 139), mindestens aber sei der Klägerin eine Anscheins- oder Duldungsvollmacht anzulasten, da L.\_\_\_\_\_ jahrelang als handlungsbevollmächtigter Geschäftsführer bzw. Filialleiter aufgetreten sei und mit der Beklagten in langjähriger Praxis Verträge abgeschlossen habe. Es sei die Klägerin gewesen, die L.\_\_\_\_\_ diese Handlungsbefugnisse eingeräumt habe, weshalb die Beklagte habe davon ausgehen dürfen und müssen, dass die Ausmassvereinbarung einschränkungslos Gültigkeit habe (act. 8 Rz 21, 72 und 75; vgl. auch Rz 116 und 119 ff.). Demgegenüber ist die *Klägerin* der Auffassung, eine solche Vereinbarung sei nie geschlossen worden, jedenfalls aber sei L.\_\_\_\_\_ nicht vertretungsberechtigt gewesen. Vielmehr sei eine Vergütung nach geleisteten Stunden vereinbart worden. Denn L.\_\_\_\_\_ habe keine Kompetenz zu absolut ungewöhnlichen Geschäften, wie eine Ausmassvereinbarung eines sei, gehabt. L.\_\_\_\_\_ habe nur die bewilligten Verleihverträge abschliessen dürfen. Andere Befugnisse seien nie eingeräumt worden. Die Beklagte habe dies gewusst (act. 16 Rz 21 ff., insb. auch Rz 38 bis 40 sowie Rz 140 f.).

Nachfolgend ist zuerst darauf einzugehen, was die Beklagte mit L.\_\_\_\_\_ vereinbart hat, bevor zu untersuchen ist, ob Letzterer die Klägerin in diesem Umfang verpflichten konnte. Die Klägerin hat zudem keinen übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen behauptet. Namentlich hat sie nicht vorgebracht, der tatsächliche Wille der Beklagten habe trotz der Rücksendung der jeweiligen Verleihverträge mit dem Vermerk "[d]ie definitive Verrechnung erfolgt auf Grundlage eine[s] bestätigten Ausmasses der geleisteten Arbeit" (vgl. act. 9/7 und act. 8 Rz 40) darin bestanden, eben nicht nach Ausmass, sondern nach Anzahl geleisteter Arbeitsstunden abzurechnen, weshalb der jeweilige tatsächliche Wille der Parteien übereinstimmt hätte (vgl. act. 16 Rz 110). Es ist deshalb einzig zu prüfen, ob die Beklagte die Äusserungen bzw. Handlungen L.\_\_\_\_\_s dahingehend verstehen durfte, dass die Abrechnung nach Ausmass erfolgen sollte (BGE 121 III 118, E. 4aa).

5.2.2. Wie gezeigt, ist unbestritten, dass die Klägerin der Beklagten für die 34 Temporärmitarbeiter je einen Verleihvertrag zugesandt hat (act. 16 Rz 7 und 21;

act. 20 Rz 36 und 53). Weiter ist unbestritten, dass die Beklagte diese Verleihverträge mit einem (unterzeichneten) Schreiben zurückgesandt hat, zwischen dem 14. April 2008 bis zum 8. September 2008 zudem mit dem Vermerk, "[d]ie definitive Verrechnung erfolgt auf Grundlage eine[s] bestätigten Ausmasses der geleisteten Arbeit" (vgl. act. 8 Rz 40; act. 16 Rz 110). Diese Schreiben von April bis September 2008 befinden sich im Übrigen bei den Akten (vgl. act. 9/7). Schliesslich ist auch unbestritten, dass L. \_\_\_\_\_ auf diesen Schreiben seine Unterschrift angebracht hat und das Dokument der Beklagten zurückgeschickt hat (act. 8 Rz 40 und act. 16 Rz 110).

Vor diesem Hintergrund fragt sich nun, ob die Beklagte aufgrund der Unterzeichnung ihres Schreibens durch L. \_\_\_\_\_ – unabhängig von der Frage der Vertretungswirkung – davon ausgehen durfte, dieser sei mit der Abrechnung nach Ausmass einverstanden. Dies ist der Fall. Die Klägerin schickte der Beklagten von ihr unterzeichnete Verleihverträge, die eine Abrechnung nach Arbeitsstunden vorsahen. Die Beklagte schickte diese Verleihverträge ohne Unterschrift zurück und bestätigte in einem separaten, unterzeichneten Schreiben einerseits den Einsatz des Mitarbeiters und andererseits, mit Verweis auf ein Verhandlungsgespräch bzw. auf per Fax ausgetauschte Grundlagen, den Abrechnungsmodus nach bestätigtem Ausmass der geleisteten Arbeit (act. 9/7). Diese Feststellungen wurden anschliessend von L. \_\_\_\_\_ unterzeichnet und der Beklagten zurückgeschickt. Bei einer solchen Ausgangslage durfte nicht nur die Klägerin davon ausgehen, es seien tatsächlich Verleihverträge abgeschlossen worden, sondern die Beklagte durfte die Unterzeichnung ihres Schreibens durch L. \_\_\_\_\_ auch so verstehen, dass die Abrechnung nach bestätigtem Ausmass der geleisteten Arbeit erfolgt. Jedenfalls sind keine (behaupteten) Umstände ersichtlich, die darauf hinweisen würden, trotz klaren Wortlauts beträfe die Bestätigung von L. \_\_\_\_\_ nicht die Abrechnungsfrage. Insbesondere lassen auch weitere Auslegungsmittel diesen Schluss nicht zu (vgl. BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 19 ff.). Insofern ist nach dem Vertrauensprinzip davon auszugehen, dass die Parteien Personalverleihverträge mit einer Abrechnung nach Ausmass vereinbart haben. Wie noch zu zeigen sein wird, durfte L. \_\_\_\_\_ eine solche Vereinbarung jedoch nicht in Vertretung der Klägerin abschliessen. Aus diesem Grund braucht nicht auf die Frage eingegangen

zu werden, ob auch ein tatsächlich übereinstimmender Wille der Parteien vorgelegen hätte, sollte ein solcher denn überhaupt als (substantiiert) behauptet betrachtet werden. Vielmehr ist sogleich darauf einzugehen, weshalb L.\_\_\_\_\_ die Klägerin durch den Abschluss eines Personalverleihvertrages mit Abrechnung nach Ausmass nicht verpflichten konnte.

5.2.3. Wie gezeigt, stellte sich die Beklagte in der Klageantwort insbesondere auf den Standpunkt, seitens von L.\_\_\_\_\_ bzw. der Klägerin habe eine Anscheins- oder Duldungsvollmacht bestanden. Von einer *Duldungsvollmacht* wird gesprochen, wenn dem Vertretenen der Wille zur Vollmachtserteilung fehlt, er aber vom Auftreten eines anderen als seinem Vertreter Kenntnis hat und dagegen nicht einschreitet. Entscheidendes Kriterium für die Annahme einer Duldungsvollmacht ist demnach, dass der Vertretene von den Handlungen des Vertreters vor dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses Kenntnis hat und die Vertretung zwar nicht will, dagegen aber auch nichts unternimmt (BK-ZÄCH, Art. 33 Rz 47 ff., m.w.H.; vgl. auch BSK OR I-WATTER/SCHNELLER, Art. 33 Rz 16).

Inwiefern die vertretungsberechtigten Organe der Klägerin vor Abschluss der einzelnen Verleihverträge bzw. vor der Gegenzeichnung der Schreiben der Beklagten Kenntnis von der Abrechnungsmethode nach Ausmass hatten, wird von der Beklagten nicht ausgeführt. Sie behauptet lediglich, die Organe der Klägerin hätten für ihre wichtigste Filiale genau gewusst, welche Verträge abgeschlossen würden (act. 20 Rz 137 und 139). Damit aber erklärt die Beklagte nicht, welches vertretungsberechtigte Organ der Klägerin zu welchem Zeitpunkt und warum von den hier fraglichen Verträgen wusste. Ungenügend ist auch der Hinweis darauf, dass der Austausch zwischen dem Verwaltungsratspräsidenten der Klägerin, N.\_\_\_\_\_, und L.\_\_\_\_\_ eng gewesen sei, weshalb N.\_\_\_\_\_ jederzeit genau gewusst habe, welche Geschäfte durch L.\_\_\_\_\_ abgeschlossen worden seien (act. 20 Rz 141). Vielmehr wäre entscheidend, ob und wann N.\_\_\_\_\_ über die *konkreten* Verleihverträge und die Unterzeichnung der Schreiben der Beklagten durch L.\_\_\_\_\_ orientiert worden war – und zwar vor deren Unterzeichnung. Dazu lassen sich den Ausführungen der Beklagten aber keine Angaben entnehmen. Schliesslich genügt es auch nicht, auf den Umfang des Projekts hinzuweisen (act. 8 Rz

119). Daraus lässt sich nicht ableiten, die Organe der Klägerin wären vor Unterzeichnung der Verleihverträge bzw. der Schreiben der Klägerin über den Abrechnungsmodus *tatsächlich informiert* gewesen. Es ist daher nachfolgend zu prüfen, ob die Voraussetzungen einer Anscheinsvollmacht erfüllt sind.

Eine *Anscheinsvollmacht* liegt dann vor, wenn jemand als Vertreter eines anderen handelt, der Vertretene davon – im Gegensatz zum Tatbestand der Duldungsvollmacht – keine Kenntnis hat, er aber das Vertreterhandeln bei pflichtgemässer Sorgfalt hätte erkennen müssen und verhindern können und der als Vertreter Handelnde das Verhalten des Vertretenen (nach Treu und Glauben) als Bevollmächtigung beurteilen darf. Die einzelnen Voraussetzungen der Anscheinsvollmacht sind somit ähnlich wie bei der Duldungsvollmacht, jedoch mit dem Unterschied, dass der Vertretene das Vertreterhandeln nicht gekannt hat, sondern "nur" hätte kennen müssen, weshalb er es auch nicht geduldet hat, sondern nur den Anschein erweckte, als dulde er es. Abgestellt wird daher nicht auf äussere Umstände oder einen "objektiven" Rechtsschein und in diesem Sinne ebenso nicht auf Zufall oder das Verhalten Dritter, sondern nur auf Umstände, auf die der Vertretene tatsächlich Einfluss hat (BK-ZÄCH, Art. 33 Rz 52 f.; BSK OR I-WATTER/SCHNELLER, Art. 33 Rz 16). Ein Dritter kann sich daher nur dann auf eine (Anscheins-)Vollmacht berufen, wenn der Vertretene durch sein Verhalten den Anschein geschaffen hat, dass er dem Vertreter Vollmacht bestimmten Inhalts erteile oder wenn er in Kenntnis eines von Dritten (insbesondere des Vertreters selbst) geschaffenen Anscheins nicht widerspricht und damit eine (ursprüngliche) Duldungsvollmacht wirksam werden lässt. Die Annahme einer Anscheinsvollmacht ist nach dem Gesagten also nur dann gerechtfertigt, wenn das Verhalten des Vertretenen selber als Äusserung eines Bevollmächtigungswillens verstanden werden durfte, nicht jedoch, wenn aufgrund sonstiger Umstände der Dritte auf eine Vertretungsmacht schliessen durfte. Denn auch im Zusammenhang mit der Anscheinsvollmacht muss der Grundsatz gewahrt werden, dass im Zivilrecht kein Schutz des objektiven Rechtsscheins gewährleistet werden kann, sondern die Behaftung eines Vertretenen durch die Vertreterhandlung nur dann zulässig ist, wenn das vom Vertretenen ausgehende Verhalten nach dem Vertrauensgrundsatz vom Drit-

ten als eine Vollmachtkundgabe verstanden werden durfte (BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 1988, § 33/III 6).

Wie gezeigt, bringt die Beklagte vor, L.\_\_\_\_\_ sei langjähriger und einziger Ansprechpartner gewesen. Er habe die Klägerin jeweils in allen Geschäften vertreten. Insbesondere habe er auch (alleine) alle bisherigen Verträge unterzeichnet und sei jederzeit als unterschreibungsberechtigt aufgetreten (act. 8 Rz 21 und 72). L.\_\_\_\_\_ sei "Geschäftsführer/Filialleiter" der Filiale O.\_\_\_\_\_ gewesen und habe Mitglieder der Beklagten zum Essen oder an Formel-1-Rennen eingeladen, an denen insbesondere auch der Verwaltungsratspräsident der Klägerin, N.\_\_\_\_\_, anwesend gewesen sei. L.\_\_\_\_\_ habe die Klägerin vertreten, als handle es sich um seine eigene Gesellschaft (act. 8 Rz 72). Die Position von L.\_\_\_\_\_ sei von den Organen der Klägerin stets bestätigt worden und diese hätten ihn in seinen Aktivitäten unterstützt (act. 20 Rz 137). Im Übrigen sei L.\_\_\_\_\_ die rechte Hand des Verwaltungsratspräsidenten der Klägerin gewesen und deren Key Account Manager, der die wichtigsten Kunden betreut habe (act. 20 Rz 95 und 141).

Entscheidend ist vorliegend, wie gezeigt, die Frage, ob die Klägerin bzw. ihre Organe ein Verhalten an den Tag gelegt haben, das den Schluss zuliesse, L.\_\_\_\_\_ habe für den Abschluss eines Personalverleihvertrages mit einem Abrechnungsmodus gemäss Ausmass der geleisteten Arbeit eine Vollmacht der Klägerin gehabt. Bei den Vorbringen der Beklagten, namentlich, dass L.\_\_\_\_\_ "Geschäftsführer/Filialleiter" der Filiale O.\_\_\_\_\_ und langjähriger Ansprechpartner gewesen sei und Mitglieder der Beklagten zum Essen oder an Formel-1-Rennen eingeladen habe, an denen insbesondere auch der Verwaltungsratspräsident der Klägerin, N.\_\_\_\_\_ anwesend gewesen sei, handelt es sich jedoch entweder um den objektiven Rechtsschein, der im Rahmen der Anscheinsvollmacht unberücksichtigt zu bleiben hat, oder um ein Verhalten, das keinen Schluss auf eine Vollmacht hinsichtlich des Abrechnungsmodus gemäss Ausmass zulässt. Gleiches gilt für die Behauptung, L.\_\_\_\_\_ sei die rechte Hand des Verwaltungsratspräsidenten der Klägerin gewesen und deren Key Account Manager. Daraus lässt sich noch keine Vollmacht für das *konkrete* Geschäft, mithin für den Abschluss eines Verleihvertrages mit Abrechnung nach Ausmass, ableiten. Dies wäre jedoch erforderlich,

bezieht sich die Anscheinsvollmacht als bürgerliche Vollmacht doch stets auf eine konkrete Aufgabe (vgl. zur Abgrenzung zwischen den bürgerlichen und den handelsrechtlichen Vollmachten gleich nachfolgend). Dass L. \_\_\_\_\_ die Klägerin in einer Weise vertreten habe, als handle es sich um seine eigene Gesellschaft, betrifft sodann das Verhalten des Vertreters und nicht des Vertretenen, weshalb es unter dem Titel der Anscheinsvollmacht grundsätzlich irrelevant ist. Schliesslich führt die Beklagte nicht weiter aus, auf welche Weise die Position von L. \_\_\_\_\_ von den Organen der Klägerin stets bestätigt worden wäre und diese ihn in seinen Aktivitäten unterstützt hätten. Bedeutsam wäre vielmehr, welche Umstände im Verhalten der Klägerin es erlauben würden, auf das Vorliegen der hier strittigen Vollmacht zu schliessen. Denkbar wäre die Annahme einer Anscheinsvollmacht in Fällen, in denen der Vertreter bereits zuvor Geschäfte dieser Art im Namen des Vertretenen abgeschlossen hat. In diesem Zusammenhang mag zwar stimmen, dass L. \_\_\_\_\_ bereits früher alleine Verträge für die Klägerin unterzeichnet hat. Doch selbst die Beklagte verweist dazu einzig auf abgeschlossene Verleihverträge mit einem Abrechnungsmodus nach geleisteten Stunden und nicht etwa nach Ausmass (act. 8 Rz 73; act. 9/8). Inwiefern L. \_\_\_\_\_ (mit Wissen der Klägerin) auch Personalverleihverträge mit einer Abrechnung nach Ausmass oder gar Werkverträge abgeschlossen hätte, bringt die Beklagte nicht vor – was die Werkverträge betrifft, jedenfalls nicht genügend substantiiert. So erklärt sie zwar, die Klägerin habe auf der J. \_\_\_\_\_-Baustelle weitere Akkordarbeiten bzw. Arbeiten nach Ausmass durchgeführt (Montage von Jochs, Bohrarbeiten etc.), doch führt sie nicht aus, wann welche handelnden Organe der Klägerin mit wem (Organe der Beklagten oder einer anderen Gesellschaft) einen Werkvertrag hinsichtlich welcher Werke abgeschlossen hat. Es handelt sich somit lediglich um pauschale, nicht näher spezifizierte bzw. um unsubstantiierte Behauptungen (vgl. act. 20 Rz 76 und 124, vgl. auch Rz 140). Wurden aber zwischen den Parteien bzw. mit L. \_\_\_\_\_ in der Vergangenheit lediglich Personalverleihverträge mit Abrechnung nach geleisteten Stunden abgeschlossen, durfte die Beklagte nach Treu und Glauben nicht davon ausgehen, L. \_\_\_\_\_ habe auch eine Vollmacht für den Abschluss von Verträgen mit anderen Abrechnungsmodi. Vor diesem Hintergrund lässt sich somit keine Anscheinsvollmacht begründen.

Soweit die Beklagte objektive Umstände vorbringt, mithin solche, die sich nicht auf das konkrete Geschäft beziehen, namentlich die Stellung L.\_\_\_\_s bei der Klägerin ("Geschäftsführer/Filialleiter", rechte Hand des Verwaltungsratspräsidenten, Key Account Manager), so spricht sie insbesondere Vollmachten im kaufmännischen Bereich an (vgl. zur Unterscheidung zwischen den bürgerlichen und den handelsrechtlichen Vollmachten den Hinweis bei MEIER-HAYOZ/ FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Auflage, Bern 2007, § 9 N 7). Die Abgrenzung zu den bürgerlichen Vollmachten erweist sich oft als schwierig. Entscheidend ist, dass sich Letztere nach einer konkret dem Bevollmächtigten anvertrauten Aufgabe begrenzt, während sich die handelsrechtlichen Vollmachten nach den Bedürfnissen des Handelsverkehrs richten (BK-GAUTSCHI, Art. 462 N 7c). In diesem Zusammenhang führt die Beklagte auch aus, L.\_\_\_\_ sei in seiner Funktion und im Rahmen des Geschäftszwecks einschränkungslos handlungsbevollmächtigt gewesen (act. 20 Rz 52).

Wenn von Vollmachten im kaufmännischen Bereich gesprochen wird, so sind damit in der Regel die Prokura und die Handelsbevollmächtigung gemeint. Die Prokura ist vorliegend nicht von Bedeutung. Hingegen ist im Rahmen der Vorbringen der Beklagten die Handelsbevollmächtigung näher zu untersuchen. Die gesetzliche Regelung dazu findet sich in Art. 462 OR. Nach dieser Bestimmung erstreckt sich eine Vollmacht, die der Inhaber eines Handels-, Fabrikations- oder eines anderen nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes jemandem als Vertreter erteilt, sei es zum Betriebe des ganzen Gewerbes, sei es zu bestimmten Geschäften in seinem Gewerbe, auf alle Rechtshandlungen, die der Betrieb eines derartigen Gewerbes oder die Ausführung derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt. Zu unterscheiden sind demnach zwei unterschiedliche Handlungsvollmachten, nämlich die Spezialhandlungsvollmacht zur Erledigung einer bestimmten Sorte von Geschäften und die Generalhandlungsvollmacht für die Geschäfte des Betriebes überhaupt. Die Bevollmächtigung muss keine ausdrückliche sein, vielmehr ist sie auch stillschweigend bzw. durch konkludentes Verhalten möglich. Der Umfang der Handlungsvollmacht ergibt sich aus dem Inhalt der Bevollmächtigung. Dabei gilt vermutungsweise der gesetzlich typisierte Umfang als gewollt, nämlich, dass sich die Vollmacht auf alle Rechtshandlungen, die der Be-

trieb eines derartigen Gewerbes oder die Ausführung derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringen, erstreckt. Die Handlungsvollmacht bezieht sich somit in der Regel nur auf das Übliche (BSK OR I-WATTER, Art. 462 N 1 ff.; MEIER-HAYOZ/ FORSTMOSER, a.a.O., § 9 N 37 ff.).

Nachfolgend ist daher zu prüfen, ob L. \_\_\_\_\_ eine Handlungsvollmacht hatte, und alsdann, ob der Personalverleihvertrag mit Abrechnung nach Ausmass ein im Sinne der obigen Ausführungen übliches Geschäft war. Dabei ist unbestritten (vgl. act. 16 Rz 38), dass L. \_\_\_\_\_ grundsätzlich eine Handlungsvollmacht für den Abschluss von Personalverleihverträgen besessen hat. Festzuhalten ist daher, dass er mindestens Verträge mit einer Abrechnung nach geleisteten Stunden abschliessen durfte, ohne dass dafür eine zusätzliche Bevollmächtigung durch die Klägerin erforderlich gewesen wäre (siehe dazu auch die jeweils zugestellten Formularverträge, act. 4/4 und 4/8). Diese Verträge sind ohnehin als gewöhnliche Geschäfte im Sinne von Art. 462 Abs. 1 OR zu qualifizieren. Es fragt sich jedoch, ob auch der Abschluss eines Personalverleihvertrages mit Abrechnung nach Ausmass als üblich qualifiziert werden kann.

Sollte die Beklagte der Auffassung sein, die Üblichkeit ergebe sich aus dem im Handelsregister eingetragenen Zweck, so ist zu entgegnen, dass der Zweck einer Gesellschaft keinen direkten Schluss auf die Üblichkeit eines Geschäftes zulässt. Dies ergibt sich ohne Weiteres bereits aus dem Wortlaut der gesetzlichen Bestimmungen und ihrer Systematik. Während die Prokura eine umfassendere Vollmacht darstellt, ist die Handlungsvollmacht ihrem Zweck entsprechend begrenzter. Insofern kann die Handlungsvollmacht nicht so weit gehen wie die Erteilung einer Prokura. Art. 459 Abs. 1 OR hält zu Letzterer nun aber fest, dass der Prokurist unter anderem ermächtigt ist, alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die der Zweck des Geschäftes mit sich bringen kann. Mit Zweck im Sinne der Bestimmung ist der im Handelsregister eingetragene Zweck gemeint (BSK OR I-WATTER, Art. 459 N 2 f.). Entscheidend für die Ermächtigung des Prokuristen ist somit der eingetragene Zweck. Mithin geht es um Geschäfte, die in objektiver Weise vom Zweck gedeckt sind. Dies gilt unabhängig davon, ob sie aussergewöhnlich oder gewöhnlich sind, denn auch aussergewöhnliche Geschäfte können noch irgend-

wie durch den Zweck gedeckt sein (BK-GAUTSCHI, Art. 462 N 8a). Demgegenüber spricht Art. 462 OR von Rechtshandlungen, die der Betrieb eines Gewerbes oder die Ausführung derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringen. Ein Prokurist kann demnach auch einen nicht branchenüblichen Vertrag abschliessen, soweit dieser Vertrag nicht geradezu als zweckfremd beurteilt werden muss. Dem Handlungsbevollmächtigten ist dies jedoch verwehrt, da der Betrieb eines Gewerbes oder die Ausführung eines Geschäftes gewöhnlich keine branchenfremde Verträge mit sich bringen (BK-GAUTSCHI, Art. 462 N 8a). Eine ähnliche Konstellation findet sich beim Handlungsbevollmächtigten eines Verkaufsladens. Dieser darf nicht Waren bestellen, die das Sortiment ändern. Die gesetzlich typisierte Vollmacht des Prokuristen hingegen würde eine solche Handlung decken. Schliesslich ist noch auf ein letztes Beispiel hinzuweisen: Ein Bericht über die ordentliche Abschlussrevision darf ohne Weiteres von einem Handlungsbevollmächtigten unterzeichnet werden, da eine solche Prüfung zur üblichen Tätigkeit des Revisionsunternehmens gehört, während ein Bericht über eine ausserordentliche Revision nur vom Prokuristen gezeichnet werden darf (BSK OR I-WATTER, Art. 462 N 4 f.).

Der Zweck der (vormaligen) Klägerin im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses lautete gemäss Handelsregisterauszug wie folgt: *"Übernahme und Ausführung von Aufträgen in der Bau- und Industriebranche; kann in eigener Regie Industrieanlagen, Rohrleitungsbau und Montagen aller Art ausführen; betreibt private Arbeitsvermittlung und Personalverleih; kann Patente und Lizenzen erwerben und verkaufen sowie sich an anderen Unternehmen beteiligen; kann Grundeigentum erwerben, überbauen und belasten; kann Handel mit Waren aller Art sowie Import- und Exportgeschäfte betreiben"* (act. 4/1). Vor diesem Hintergrund lässt sich zunächst festhalten, dass der Abschluss eines *Werkvertrages* ohne Weiteres vom Zweck gedeckt gewesen wäre. Gleiches gilt für den Abschluss eines einfachen Personalverleihvertrages. Schliesslich könnte auch der Abschluss eines Personalverleihvertrages mit Abrechnung nach Ausmass als vom Zweck gedeckt qualifiziert werden, und zwar unabhängig davon, ob ein solcher Vertrag üblich oder unüblich wäre. Ein Prokurist wäre somit ermächtigt gewesen, alle drei Verträge abzuschliessen. Die Erteilung einer Prokura wird jedoch, wie gezeigt, nicht vorgebracht. Daher muss geprüft werden, ob der konkrete Vertrag als gewöhnlich oder

aussergewöhnlich betrachtet werden muss. Dabei ist auf die bereits vorstehend genannten Beispiele abzustellen. Darf der Handlungsbevollmächtigte einer Revisionsstelle nur ordentliche Abschlussrevisionen unterzeichnen, weil ausserordentliche Revisionen aussergewöhnlich sind, so muss auch der Abschluss eines Personalverleihvertrages mit Abrechnung nach Ausmass im Verhältnis zu einem Personalverleihvertrag mit Abrechnung nach geleisteten Stunden als aussergewöhnlich qualifiziert werden. Dies ergibt sich bereits aus dem Mustervertrag des Staatssekretariats für Wirtschaft (seco), der eine betragsmässige Nennung der Entschädigung vorsieht und aufgrund seiner Mustereigenschaft ohne Weiteres als üblich bezeichnet werden kann (vgl. act. 17/21, S. 150; vgl. auch act. 17/22). Schliesslich ist anzufügen, dass Art. 462 OR vom Betrieb eines Gewerbes spricht. Bekanntlich sind Zweckumschreibungen im Handelsregister in der Regel äusserst weit gefasst und lassen nur indirekt einen Schluss auf die tatsächliche Branche zu, in der die Gesellschaft tätig ist (BSK OR I-WATTER, Art. 459 N 3). Entscheidender ist daher, welches die Tätigkeiten sind, die von der Gesellschaft auch *effektiv* und branchenüblich ausgeführt werden. Während die Klägerin behauptet, sie sei stets im Personalverleih tätig gewesen und habe jeweils Verleihverträge mit Abrechnung nach geleisteten Stunden abgeschlossen (vgl. act. 16 Rz 16 f. und 123), stellt sich die Beklagte auf den Standpunkt, die Klägerin habe insbesondere auch Werkverträge abgeschlossen (act. 20 Rz 46 und 124). Wie gezeigt, reichen diese Vorbringen der Beklagten jedoch nicht, um *rechtsgenügend* zu behaupten, die Klägerin sei in einer Branche tätig, in der üblicherweise Personalverleihverträge mit Abrechnung nach Ausmass oder Werkverträge abgeschlossen würden. Es ist somit davon auszugehen, dass die Klägerin *üblicherweise* lediglich Personalverleihverträge mit Abrechnung nach geleisteten Stunden abgeschlossen hat. Auch vor diesem Hintergrund erscheint der Abschluss eines Personalverleihvertrages mit Abrechnung nach Ausmass als unüblich im Sinne von Art. 462 OR.

Aber selbst wenn der Abschluss eines Personalverleihvertrages mit einer Abrechnung nach Ausmass generell als gewöhnlich betrachtet werden könnte, müsste der hier vorliegende *konkrete* Vertrag dennoch als ungewöhnlich qualifiziert werden. Wie erwähnt, finden sich die Regeln, die gewisse Erfordernisse an einen

Verleihvertrag stellen, im Arbeitsvermittlungsgesetz (AVG). Dessen Art. 22 schreibt für den Verleihvertrag einen bestimmten Mindestinhalt vor, namentlich die Regelung der Dauer des Einsatzes, der Kündigungsfristen, Arbeitszeiten und die Kosten des Verleihs, einschliesslich aller Sozialleistungen, Zulagen, Spesen und Nebenleistungen (vgl. dazu insb. Art. 22 Abs. 1 lit. f AVG). Der Grund für die Angabe dieser einzelnen Komponenten der Verleihkosten liegt in der mittelbaren Beweis- und Schutzfunktion des Verleihvertrages für den Leiharbeitnehmer (REHBINDER, Arbeitsvermittlungsgesetz, Art. 22 Ziff. 6). Auch wenn die Vereinbarung eines Personalverleihvertrages mit einer Abrechnung nach Ausmass grundsätzlich nicht undenkbar erscheint, so ist doch festzuhalten, dass nach Art. 22 Abs. 1 lit. f AVG wenigstens ersichtlich sein muss, welches die einzelnen Komponenten überhaupt sind bzw. inwiefern die Entschädigung diese beinhaltet. Entsprechendes wurde jedoch von keiner Partei, namentlich nicht von der Beklagten, vorgebracht. Der Hinweis "[d]ie definitive Verrechnung erfolgt auf Grundlage eines bestätigten Ausmass der geleisteten Arbeit" (vgl. act. 9/7) und die Versendung von allgemeinen Ausmasspreisen (vgl. act. 9/2) genügen den Anforderungen von Art. 22 Abs. 1 lit. f AVG offensichtlich nicht.

Nun ist zwar richtig, dass eine Verletzung von Art. 22 Abs. 1 (lit. f) AVG nicht etwa die Nichtigkeit des Vertrages zur Folge hat (SENTI, a.a.O., S. 1503). Art. 39 Abs. 2 lit. c AVG hält jedoch fest, dass mit Busse bis zu Fr. 40'000.– bestraft wird, wer vorsätzlich als Verleiher den wesentlichen Vertragsinhalt nicht schriftlich oder nicht vollständig mitteilt oder eine unzulässige Vereinbarung trifft (Art. 19 und 22 AVG). Der Zweck dieser Strafbestimmung liegt in der Durchsetzung von Arbeitnehmerschutzbestimmungen. Der hier zur Diskussion stehende Art. 22 Abs. 1 AVG dient zwar primär den Interessen des Arbeitgebers und schützt den Arbeitnehmer nur mittelbar. Art. 39 AVG nimmt diesbezüglich jedoch keine Differenzierung vor und ist deshalb gleichermassen auch auf Art. 22 Abs. 1 AVG und damit auf den vorliegenden Fall anwendbar (REHBINDER, a.a.O., Art. 39 Ziff. 7). Es zeigt sich somit, dass der hier strittige Vertrag über den Personalverleih mit Abrechnung nach Ausmass gegen Art. 39 Abs. 2 lit. c i.V.m. Art. 22 Abs. 1 (lit. f) AVG verstösst. Der Abschluss eines Geschäftes, das – wenn auch nur im Sinne des Nebenstrafrechts – eine strafbare Handlung darstellt, kann jedoch nicht als ge-

wöhnlich im Sinne von Art. 462 Abs. 1 OR bezeichnet werden. Auch daraus würde daher folgen, dass hierfür keine Handlungsvollmacht bestanden haben konnte.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass über den Abschluss von Personalverleihverträgen mit Abrechnung nach geleisteten Stunden hinaus keine weitergehende Handlungsvollmacht bestanden hat. L.\_\_\_\_\_ hat deshalb durch den Abschluss eines Personalverleihvertrages mit Abrechnung nach Ausmass anstatt nach Anzahl geleisteter Stunden seine Handlungsvollmacht überschritten.

5.2.4. Damit stellt sich die Frage nach den Folgen des Überschreitens der Vollmacht, wobei festzuhalten ist, dass nach einem allfälligen guten Glauben der Beklagten nicht zu forschen ist, nachdem sich ein solcher ohnehin nur auf den gesetzlich typisierten Umfang einer Handlungsvollmacht beziehen könnte, mithin auf gewöhnliche, nicht aber auf aussergewöhnliche Geschäfte (BSK OR I-WATTER, Art. 462 N 8; vgl. auch BK-GAUTSCHI, Art. 462 N 9h). Anzumerken ist jedoch, dass die Beklagte kaum als gutgläubig qualifiziert werden könnte, war sie doch unbestrittenermassen erfahren im Bereich des Personalverleihs (vgl. vorstehend Ziff. 4.1.4) und musste sie die fragliche Gesetzesbestimmung somit kennen. Wie erwähnt, wurde durch die Beklagte zudem nur ungenügend substantiiert behauptet, die Klägerin bzw. L.\_\_\_\_\_ hätten bereits zuvor Werkverträge, geschweige denn Personalverleihverträge mit Abrechnung nach Ausmass, abgeschlossen (vgl. vorstehend Ziff. 4.2.3), so dass auch keine Umstände vorgebracht worden sind, die einen Schluss auf eine hinsichtlich des gesetzlich typisierten Umfangs erweiterte Handlungsvollmacht zulassen würden. Ob die Beklagte selber Werkverträge oder gar Personalverleihverträge mit Abrechnung nach Ausmass mit Dritten abgeschlossen hat, wie sie selber vorbringt (act. 8 S. 24), ist in diesem Zusammenhang nicht von Belang, geht es doch vorliegend nicht darum, ob die Beklagte solche Verträge abgeschlossen hat, sondern vielmehr darum, ob auch die Klägerin bereits zuvor entsprechende Vereinbarungen getroffen hat, was den Schluss auf irgendeine Handlungsvollmacht zulassen würde. Im Übrigen handelt es sich bei den von der Beklagten eingereichten Verträgen um solche anderen Inhalts (vgl. act. 9/9), weshalb sie bereits deshalb nicht weiter zu berücksichtigen sind.

### 5.3. Überschreiten der Vollmacht

5.3.1. Besass L. \_\_\_\_\_ eine Vollmacht zum Abschluss eines üblichen Verleihvertrages, das heisst mit einem Abrechnungsmodus nach geleisteten Stunden, nicht jedoch zu einem solchen mit Abrechnung nach Ausmass, überschritt dieser die Vollmacht lediglich hinsichtlich des Abrechnungsmodus. Damit erweisen sich die Verleihverträge grundsätzlich lediglich in dieser Hinsicht als nicht von der Vollmacht gedeckt. Bei überschrittener Vollmacht wird ein Geschäft nicht in jedem Fall gleich behandelt wie bei völlig fehlender Vollmacht. Lässt sich das Geschäft teilen, bindet es den Vertretenen und den Dritten so weit, als die Vollmacht dies zulässt. Der Vertretene muss das Geschäft nach Treu und Glauben auch ohne Genehmigung so gelten lassen, wie der Vertreter es mit seiner Vollmacht hätte abschliessen können. Das von der Vollmacht nicht gedeckte Teilgeschäft ist schwebend ungültig. Die Lehre verweist in diesem Zusammenhang auf Art. 20 Abs. 2 OR und plädiert für eine analoge Anwendung (vgl. BK-ZÄCH, Art. 38 N 13; VON TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, Zürich 1979, S. 399 f.; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 38 N 3 und 14; BSK OR I-WATTER/SCHNELLER, Art. 38 N 2; CHK-KUT/SCHNYDER, OR 38 Ziff. 4; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 9. Auflage, Zürich 2008, Rz 1441 ff.).

5.3.2. Art. 20 Abs. 2 OR behandelt die sogenannte Teilnichtigkeit. Betrifft ein Mangel bloss einzelne Teile eines Vertrages, so sind nur diese nichtig. Erforderlich ist aber, dass nicht anzunehmen ist, die Parteien hätten den Vertrag ohne den nichtigen Teil überhaupt nicht geschlossen. Diese Annahme erfolgt gestützt auf den hypothetischen Parteiwillen. Es handelt sich hierbei somit nicht um einen empirischen Willen, den die Parteien wirklich gehabt hätten. Vielmehr kommt es darauf an, was die Parteien als vernünftig und korrekt sowie nach Treu und Glauben handelnde Vertragspartner vereinbart hätten, wenn ihnen die Nichtigkeit des mangelhaften Teils schon bei Vertragsabschluss bewusst gewesen wäre. Ist nach diesem normativen Kriterium und unter Berücksichtigung der damaligen Interessenlage anzunehmen, der Vertrag wäre ohne den nichtigen Teil überhaupt nicht geschlossen worden, so erfasst die Nichtigkeit des Vertragsteils die ganze Vereinbarung. Ansonsten bleibt es bei der Nichtigkeit des mangelhaften Teils, während der "Rest" des Vertrages gültig ist (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., Rz 699

f.). Nach dem Wortlaut des Art. 20 Abs. 2 OR gibt es somit nur zwei Möglichkeiten: Entweder beschränkt sich die Nichtigkeit auf den mangelhaften Teil des Vertrages, während der Rest unverändert gültig ist (schlichte Teilnichtigkeit), oder der Vertrag gilt überhaupt nicht. Er ist in diesem Fall ganz nichtig, obwohl der Mangel nur einen einzelnen Vertragsteil betrifft (Ganznichtigkeit).

5.3.3. Von Art. 20 Abs. 2 OR bleibt somit der mögliche Fall unberücksichtigt, in dem anzunehmen ist, die Parteien hätten als vernünftige und korrekte Vertragsparteien anstelle des nichtigen Teils eine andere Regel vereinbart und den Vertrag mit dieser Ersatzregel geschlossen. Aus diesem Grund wurde in der Literatur das Konzept der modifizierten Teilnichtigkeit entworfen, das mittlerweile auch in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Niederschlag gefunden hat (vgl. BGE 114 II 159, E. 2c; ebenso BGE 107 II 216, E. 3). Entsteht durch den Teilmangel eine Lücke, so ist nach Massgabe des hypothetischen Parteiwillens eine Ergänzung des Vertrages in Betracht zu ziehen. Denn es rechtfertigt sich, dass der (ganze) Vertrag trotz des Teilmangels gilt, allerdings so, wie er von den Parteien vereinbart worden *wäre*. Die modifizierte Teilnichtigkeit führt somit dazu, dass an die Stelle des nichtigen Teils eine Ersatzregel tritt und der Vertrag mit dieser Regel gilt. Dieses Konzept entspricht dem Zweckgedanken von Art. 20 Abs. 2 OR und erlaubt es, den an einem Teilmangel leidenden Vertrag mit einer Ersatzregel aufrechtzuerhalten, soweit der hypothetische Parteiwille es zulässt (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., Rz 703 ff.; HÜRLIMANN, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 abs. 2 OR, Freiburg 1984, S. 74 ff.). In diesem Sinne dient Art. 20 Abs. 2 OR in direkter oder analoger Anwendung nicht nur als Entscheidungs-, sondern auch als Ergänzungsregel. Die Figur des hypothetischen Parteiwillens wird sowohl für die Entscheidung zwischen den Alternativen Teil- oder Ganzunwirksamkeit, als auch für die Ergänzung des infolge eines Mangels lückenhaften Vertrages herangezogen. Die auf Art. 20 Abs. 2 OR abgestützte Methode der Vertragsergänzung stellt sicher, dass der richterlich moderierte Vertrag seinerseits konsensfähig zu sein hat, um wirksam zu sein (BSK OR I-HUGUENIN, Art. 20 N 64 f.). Die analoge Anwendbarkeit der Entscheidungsregel der fraglichen Bestimmung auf andere Teilmängel eines Vertrages hängt davon ab, ob es

zulässig und sinnvoll ist, bei der Bestimmung des Bindungsausmasses den hypothetischen Parteiwillen zugrunde zu legen (BSK OR I-HUGUENIN, Art. 20 N 66).

5.3.4. Für die Folgen vollmachtlosen Handelns ist grundsätzlich gleichgültig, ob der Vertreter überhaupt keine Vertretungsmacht hatte, ob er ihre Grenzen überschritten hat oder ob seine Vertretungsmacht im Verhältnis zum Dritten bereits erloschen war (VON TUHR/ESCHER, a.a.O., S. 399 f.). Wie gezeigt, besteht bei einem Überschreiten der Vollmacht jedoch die Möglichkeit der teilweisen Gültigkeit des Vertrages im Umfang der tatsächlich bestehenden Vollmacht in analoger Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR, sofern die Parteien den Vertrag auch im Umfang eben dieser Vollmacht abgeschlossen hätten. Vorliegend wäre somit zu prüfen, ob sich die Parteien auch ohne den Abrechnungsmodus nach Ausmass auf den Personalverleihvertrag geeinigt hätten. Dies müsste wohl verneint werden, ist doch nicht anzunehmen, dass vernünftige und korrekte Vertragsparteien einen Personalverleihvertrag abschliessen würden, ohne gleichzeitig auch die Frage der Entschädigung zu regeln. Durch die einhellige Anerkennung des Konzepts der modifizierten Teilnichtigkeit wird das Erfordernis der Teilbarkeit allerdings erheblich relativiert. Soweit anzunehmen ist, die Parteien hätten den Vertrag zumindest mit der Ersatzregel geschlossen, kann die durch die Teilnichtigkeit entstehende Lücke geschlossen und dadurch die Aufrechterhaltung des ganzen bzw. ergänzten Vertrages ermöglicht werden (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., Rz 704; HÜRLIMANN, a.a.O., Rz 256).

Durch das Überschreiten der Vollmacht entstand im Personalverleihvertrag eine Lücke (bezüglich der Entschädigung), hinsichtlich welcher es zulässig und sinnvoll erscheint, sie zu schliessen (vgl. BSK OR I-HUGUENIN, Art. 20 N 66, die im Sinne eines Beispiels auf den Fall der teilweisen Formungültigkeit hinweist). Es ist in der Tat nicht einzusehen, weshalb im Nachhinein, nachdem bereits beide Parteien Vertragsleistungen erbracht haben, auf gänzliche Ungültigkeit zu erkennen wäre. Zugunsten des Geschäftes (Grundsatz "in favorem negotii") bzw. der tatsächlich gelebten Vertragsbeziehungen ist somit davon auszugehen, dass die Parteien anstelle des ungültigen Vertragsteils eine andere und von der tatsächlich bestehenden Vollmacht gedeckte Regel vereinbart hätten. Im Übrigen wird die

Befugnis des Gerichts zur Vertragsergänzung von Lehre und Praxis als selbstverständlich anerkannt (BK-MERZ, Art. 2 N 134; ebenso GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., Rz 1263). Aus diesem Grund ist nicht nur die Ersatz-, sondern auch die Ergänzungsregel im Sinne von Art. 20 Abs. 2 OR auf den vorliegenden Fall *analog* anzuwenden.

5.3.5. Es ist somit zu prüfen, was die Parteien hinsichtlich der Entschädigung bzw. Vergütung als vernünftige und korrekte Vertragsparteien vereinbart hätten. Dabei ist selbstredend nicht danach zu fragen, was sie vereinbart hätten, wenn ihnen die Nichtigkeit schon bei Vertragsabschluss bewusst gewesen wäre, sondern danach, was sie vereinbart hätten, wenn sie gewusst hätten, dass L. \_\_\_\_\_ lediglich eine "begrenzte" Handlungsvollmacht ("normale" Personalverleihverträge) hatte. Die Bestimmung dieses mutmasslichen Parteiwillens stellt eine Rechtsfrage dar. Zu ermitteln sind jedoch grundsätzlich jene Sachverhaltselemente, die als Anhaltspunkte in Betracht kommen (BGE 107 II 216, E. 3b). In Betracht zu ziehen sind nebst anderen (vielfältigen) Umständen auch der Inhalt des betroffenen Vertragsteils, dessen Stellenwert für die Parteien, die Vertragsverhandlungen und die Interessenlage der Parteien (HÜRLIMANN, a.a.O., S. 63).

Einen ersten solchen Anhaltspunkt bieten die rechtlichen Rahmenbedingungen und die Erläuterungen des *seco*. Art. 22 Abs. 1 lit. f AVG sieht zwar nicht ausdrücklich, so aber zumindest implizit vor, dass der Verleihvertrag die Entschädigung des Einsatzbetriebes an den Verleiher beziffert, indem gefordert wird, dass die Kosten des Verleihs einschliesslich aller Sozialleistungen, Zulagen, Spesen und Nebenleistungen genannt werden, handelt es sich bei diesen doch um Geldbeträge. Entsprechend sieht der Mustervertrag für einen Verleihvertrag gemäss Art. 22 AVG bzw. Art. 50 AVV folgende Formulierung vor: "Die Einsatzfirma zahlt der Verleihfirma für den Einsatz des Arbeitnehmers bzw. der Arbeitnehmerin Fr. [...]. Darin enthalten sind alle Sozialleistungen, Zulagen, Spesen und Nebenleistungen sowie allfällige Weiterbildungs- und Vollzugskosten und Kosten für den flexiblen Altersrücktritt, FAR, nach Massgabe des für diesen Einsatz geltenden allgemein verbindlichen Gesamtarbeitsvertrages gemäss Arbeitsvertrag zwischen dem Arbeitnehmer bzw. der Arbeitnehmerin und dem Verleihvertrieb" (act. 17/22).

Bedeutsam ist schliesslich auch der in diesem Bereich geltende Gesamtarbeitsvertrag Gebäudetechnik, der minimale *Stundenlöhne* für Monteure verschiedener Kategorien vorsieht.

Neben diesen "rechtlichen" Anhaltspunkten sind weitere Sachverhaltselemente bedeutsam. Die Beklagte erklärte zwar, sie habe für die zu vergebenden Arbeiten keine Verleihverträge abschliessen wollen. Aufgrund ihrer langjährigen Erfahrung habe sie nämlich gewusst, dass Personalverleihverträge grosse Nachteile hätten, da sie einen erhöhten Führungsaufwand, schlechtere Arbeitsleistung und einen finanziellen Mehraufwand bedeuteten. Sie habe kein Personal führen, sondern eine klare und kontrollierbare Werkleistung einkaufen wollen. Weiter habe sie (und auch die Klägerin) keinen Werkvertrag mit einem pauschalen Werkpreis abschliessen wollen, da im Zeitpunkt der Verhandlungen die Ausführungspläne nicht vorgelegen hätten, die Projektgrösse unbekannt gewesen sei und somit ein Pauschalpreis noch nicht habe festgelegt werden können (act. 8 Rz 15 f.). Wie gezeigt, haben die Parteien jedoch keinen Werkvertrag, sondern mehrere Personalverleihverträge abgeschlossen. Zudem führt die Beklagte nicht aus, weshalb sie nur einen Personalverleihvertrag mit Abrechnung nach Ausmass und nicht etwa mit einer solchen nach geleisteten Arbeitsstunden habe vereinbaren wollen. Auch wenn die Beklagte vorbringt, ein Personalverleihvertrag mit Abrechnung nach geleisteten Arbeitsstunden habe nicht ihrer Interessenlage entsprochen, so ist doch unbestritten (bzw. ungenügend bestritten) geblieben, dass die Beklagte auf der fraglichen Baustelle nicht nur mit eigenen und den Mitarbeitern der Klägerin, sondern auch mit von (anderen) Personalverleihern ausgeliehenen Temporärmitarbeitern gearbeitet hat (vgl. act. 16 Rz 19 und act. 20 Rz 50). Zu beachten ist ferner der unbestrittene Sachverhalt hinsichtlich der vertraglichen Beziehungen zwischen den Parteien in der Vergangenheit. So führte die Klägerin aus, sie habe, vertreten durch L.\_\_\_\_\_, auch in den Jahren vor 2008 nur Personalverleihverträge nach AVG und einer Abrechnung nach Stunden der Beklagten offeriert und schliesslich mit ihr abgeschlossen (act. 16 Rz 38 [S. 18]). Dies wird von der Beklagten lediglich pauschal, und damit ungenügend, bestritten. Die daran anknüpfenden Ausführungen betreffen in der Folge ohnehin andere Vorbringen der Klägerin (act. 20 Rz 76 ff.; vgl. auch act. 8 Rz 33 ff.). Selbst die Beklagte hält sodann

fest, dass sie mit der Klägerin nicht nur in der Vergangenheit Personalverleihverträge abgeschlossen (act. 8 Rz 44), sondern auch für andere Arbeiten auf der H.\_\_\_\_-Grossbaustelle Temporärmitarbeiter der Klägerin eingesetzt habe (act. 8 Rz 33, hinsichtlich des P.\_\_\_\_-Gebäudes ...). In diesem Zusammenhang befindet sich auch ein Verleihvertrag bei den Akten, mit welchem der Beklagten ein Heizungsmonteur mit einem Stundentarif von CHF 50.– ausgeliehen worden ist (act. 4/8, vierter Vertrag). Auch dass die Beklagte für andere Baustellen und vor der hier fraglichen Zeit Temporärmitarbeiter der Klägerin ausgeliehen hat, kann bereits den Akten entnommen werden. So hat die Beklagte selber Verträge eingereicht, die einen Verleih von Mitarbeitern der Klägerin mit einer Abrechnung nach geleisteten Stunden (mit Stundentarif) vorsahen (act. 9/8; vgl. im Übrigen auch act. 4/9 mit einem Hinweis auf eine Baustelle in Q.\_\_\_\_). Weiter kann den Akten entnommen werden, und hierauf wurde bereits hingewiesen, dass sich die Beklagte offenbar überlegt hat, nach Ablauf der hier strittigen Personalverleihverträge noch einmal Personal zu organisieren (act. 4/10). Von anderen Verträgen, namentlich von Werkverträgen, ist auch hier nicht die Rede, wobei erneut darauf hinzuweisen ist, dass die Beklagte allfällige mit der Klägerin abgeschlossene Werkverträge ohnehin nicht genügend substantiiert hat.

Die Behauptung der Beklagten, sie habe aus bestimmten Gründen für die hier strittigen Arbeiten gerade keine Personalverleihverträge abschliessen wollen (vgl. bspw. act. 8 Rz 34), entbehrt jeglicher Grundlage angesichts der Tatsache, dass sie mit anderen Personalverleihern und mit der Klägerin sicherlich vor und während, mutmasslich aber auch nach den hier fraglichen Bauarbeiten Personalverleihverträge abgeschlossen hat (und dies sogar auf der gleichen Grossbaustelle der H.\_\_\_\_). Jedenfalls genügt es nicht, pauschal zu behaupten, man habe gerade für einen *bestimmten Fall* keine Personalverleihverträge abschliessen wollen, wenn die langjährige Praxis nicht nur mit der Klägerin, sondern auch mit Dritten gerade auf das Gegenteil hinweist. Bereits das eigene Verhalten der Beklagten widerlegt ihre Behauptung, man habe namentlich den Führungsaufwand gescheut, wenn sie gleichzeitig – und unbestrittenermassen – diverse Personalverleihverträge abschliesst. Es wäre erforderlich gewesen darzulegen, weshalb die Beklagte *für das konkrete Projekt* einen erhöhten Führungsaufwand, schlechtere

Arbeitsleistung und einen finanziellen Mehraufwand befürchtete. Erst diese Ausführungen hätten eine Schlussfolgerung darauf zugelassen, weshalb sich die Interessenlage der Beklagten von den übrigen Fällen, in denen sie Personalverleihverträge abgeschlossen hat, unterscheiden würde. Dies hat die Beklagte aber unterlassen, weshalb ihre diesbezüglichen Vorbringen unbehelflich sind. Daran ändert auch die von ihr eingereichte "Gegenofferte" nichts (act. 9/10), lässt doch auch diese keinen Schluss auf die Interessenlage hinsichtlich des konkreten Projekts zu. Mindestens aber genügt sie nicht, um das Verhalten der Beklagten plausibel erscheinen zu lassen, damit es als Umstand dienen könnte, aufgrund dessen anzunehmen wäre, die Beklagte hätte als vernünftige und redliche Vertragspartei nur einen Personalverleihvertrag mit Abrechnung nach Ausmass abgeschlossen. Zu berücksichtigen ist auch, dass unbestritten (bzw. ungenügend bestritten) geblieben und im Übrigen auch gerichtsnotorisch ist, dass im Personalverleih ein Abrechnungsmodus nach geleisteten Stunden üblich ist (vgl. auch act. 16 Rz 17 und act. 20 Rz 46). Auch aus diesem Grund, sowie aufgrund der Tatsache, dass die Beklagte langjährige Erfahrung im Personalverleih hat (act. 8 Rz 15), hätte sie konkret vorbringen müssen, weshalb sich in diesem Fall die Sachlage anders verhalten hätte.

Beachtlich ist ferner, dass zumindest die Bestätigung der Abrechnung nach Ausmass durch L. \_\_\_\_\_ darauf hinweist, dass in den Verhandlungen zwischen den Parteien diese Form der Berechnung der Vergütung ein Thema gewesen sein könnte (vgl. act. 9/7). Bedeutsam ist jedoch, dass – gestützt auf die vorliegende Behauptungslage – die Parteien schon vorher mehrfach miteinander geschäftlich verkehrt haben. Die Parteien haben, wie bereits dargelegt, nicht nur vor, sondern auch während des hier zu beurteilenden Geschäftsverhältnisses miteinander Personalverleihverträge mit Abrechnung nach geleisteten Stunden und daher mit Stundentarif abgeschlossen, nicht aber mit einer Abrechnung nach Ausmass.

Wie gezeigt, hat die Beklage nur allgemein behauptet, einen Personalverleihvertrag mit Abrechnung nach Stunden hätte sie in diesem Fall gerade nicht gewollt (Führungsaufwand, schlechtere Arbeitsleistung, finanzieller Mehraufwand). Weshalb dies jedoch so gewesen sei, wird von ihr nicht weiter ausgeführt. Wird dem-

gegenüber berücksichtigt, dass die Beklagte einerseits obgenannte Behauptungen vorbringt und andererseits genau gegensätzlich handelt, indem sie nicht nur mit Dritten, sondern auch mit der Klägerin weiterhin Personalverleihverträge abschliesst bzw. abgeschlossen hat, so sind Schlussfolgerungen hinsichtlich des *Stellenwerts* des Abrechnungsmodus nicht möglich.

5.3.6. Bereits die unbestritten gebliebenen Sachverhaltselemente und die "rechtlichen" Rahmenbedingungen lassen nicht den Schluss auf Umstände zu, aufgrund welcher anzunehmen wäre, die Beklagte hätte als korrekte und vernünftige Vertragspartei trotzdem nur einen Personalverleihvertrag mit einer Abrechnung nach Ausmass abgeschlossen, hätte sie gewusst, dass L.\_\_\_\_\_ "lediglich" eine Handlungsvollmacht hinsichtlich Personalverleihverträge mit Abrechnung nach geleisteten Stunden hatte. Dies, zusammengefasst, aus den folgenden Gründen: *Eerstens* ist es üblich, Personalverleihverträge mit einer Abrechnung nach Stunden abzuschliessen. *Zweitens* hat die Beklagte bereits früher bzw. während Jahren unbestrittenermassen mit der Klägerin Personalverleihverträge mit einer Abrechnung nach Stunden abgeschlossen. Dabei haben die Parteien in dieser Weise schon auf anderen Baustellen zusammengearbeitet. *Drittens* hat die Beklagte, was ebenfalls unbestritten ist, selbst für die Grossbaustelle der H.\_\_\_\_\_ mit der Klägerin Personalverleihverträge mit Abrechnung nach Stunden abgeschlossen (bspw. P.\_\_\_\_\_-Gebäude). *Viertens* hat die Beklagte für die H.\_\_\_\_\_-Baustelle aber nicht nur mit der Klägerin, sondern auch mit anderen Gesellschaften Personalverleihverträge abgeschlossen. Auch dies hat als unbestritten zu gelten. *Fünftens* hat die Beklagte selber keine Umstände (substantiiert) behauptet, die namentlich hinsichtlich der Interessenlage oder des Stellenwerts des Abrechnungsmodus für die Beklagte einen anderen Schluss zuliessen.

Unter Berücksichtigung des Massstabs der korrekten und vernünftigen Vertragspartei sowie vor dem Hintergrund obiger Erwägungen ist daher anzunehmen, die Beklagte hätte, wäre ihr der Umfang von L.\_\_\_\_\_'s Handlungsvollmacht bewusst gewesen, an Stelle eines Personalverleihvertrages mit Abrechnung nach Ausmass einen solchen mit Abrechnung nach geleisteten Stunden abgeschlossen, mithin einen üblichen Personalverleihvertrag. Gleiches gilt angesichts ihrer Aus-

führungen ohnehin auch für die Klägerin, weshalb sich diesbezüglich weitergehende Erörterungen erübrigen. Entsprechend ist die aus der Teilungültigkeit entstandene Lücke in den Personalverleihverträgen in analoger Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR zu füllen, und zwar dahingehend, dass die Parteien einen Personalverleihvertrag *mit einer Abrechnung nach Stunden und mit einem entsprechenden Stundentarif* abgeschlossen hätten.

5.3.7. Zu entscheiden bleibt somit lediglich noch die Frage, welche Stundenansätze die Parteien vereinbart hätten, wobei wiederum der Massstab der korrekten und vernünftigen Vertragspartei beizuziehen ist. Zwar kann hier nicht auf die Üblichkeit von bestimmten Stundenansätzen abgestellt werden, doch ist zu beachten, dass der Verhandlungsspielraum seitens der Klägerin durch die Festsetzung von Mindestlöhnen in Gesamtarbeitsverträgen (namentlich "GAV Gebäudetechnik") aus ökonomischer Sicht ohnehin begrenzt ist. Beachtlich ist weiter, dass die Klägerin der Beklagten im fraglichen Zeitraum Personalverleihverträge zugesandt hat, worauf Letztere der Ersteren den Einsatz des jeweiligen Mitarbeiters bestätigt hat (wenn auch mit dem Hinweis auf die Abrechnung nach Ausmass, die hier aber nicht mehr von Bedeutung ist). In diesen Personalverleihverträgen hat die Klägerin bereits einen Stundentarif angegeben, der sich je nach Funktion des Mitarbeiters zwischen CHF 42.– (für einen Hilfsarbeiter) und CHF 60.– (für einen Heizungsmonteur-A) bewegt (vgl. act. 4/8 und 4/16). Im genau gleichen Preisband, wenn auch mit geringen Differenzen, bewegen sich auch die bereits früher oder andernorts zwischen den Parteien abgeschlossenen Personalverleihverträge (act. 9/8). Es ist jedoch erneut darauf hinzuweisen, dass es hier nicht darum geht, zu ermitteln, was die Parteien tatsächlich vereinbart hätten und somit wozu sie bereit gewesen wären, mithin um einen empirischen Willen, den die Parteien wirklich gehabt hätten. Vielmehr ist die Lücke nach Treu und Glauben bzw. unter Anwendung des Vertrauensprinzips zu füllen, nach dem Massstab von Recht und Billigkeit, wodurch der Individualität des konkreten Vertrages Rechnung getragen wird. Es geht somit um ein normatives Kriterium, mithin um die *Würdigung*, was vernünftige und korrekte Vertragsparteien vereinbart hätten (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., Rz 703 und 1259 f.; HÜRLIMANN, a.a.O., S. 61 f.). Dies bedeutet konkret das Folgende: Es ist nicht entscheidend, ob die Beklagte für einen Hei-

zungsmonteur *im konkreten Fall* tatsächlich CHF 50.– oder vielmehr CHF 52.– *bezahlt hätte*, sondern, ob sie allgemein, als vernünftige und korrekte Vertragspartei, einen Personalverleihvertrag mit dem jeweiligen Stundenansatz abgeschlossen hätte. Entsprechend wären auch etwaige Einwände der Beklagten (bzw. der Parteien) zu würdigen.

Vor diesem Hintergrund kann zunächst festgehalten werden, dass aus den Ausführungen der Parteien und den Akten nicht ersichtlich ist, dass Stundenansätze zwischen ihnen je ein Streitthema gewesen wären. Die Beklagte hat sich auch nach Erhalt der jeweiligen Rechnungen, in denen die in den Personalverleihverträgen bereits erwähnten Stundenansätze erneut festgehalten wurden und auf diese sich schliesslich auch die Rechnung stützte (neben der Anzahl geleisteter Stunden; vgl. act. 4/14), nie in der Weise geäussert (auch nicht in einem Eventualstandpunkt), die Stundenansätze wären zu hoch oder zu niedrig. Im Gegenteil hat sie zumindest zu Beginn die Rechnungen stets bezahlt (act. 8 Rz 24). Hinzu kommt, dass sich die von der Klägerin in den Verleihverträgen festgehaltenen Stundenansätze im Rahmen des bereits zuvor oder andernorts von den Parteien Vereinbarten bewegen. Schliesslich ist zu beachten, dass sich die Beklagte selbst während des vorliegenden Verfahrens nie zu den Stundenansätzen geäussert hat (auch nicht in einem Eventualstandpunkt). Es bestehen somit keine Anhaltspunkte, die eine Schlussfolgerung dahingehend erlauben würden, die Beklagte hätte als vernünftige und korrekte Vertragspartei den jeweiligen, von der Klägerin in den Verleihverträgen festgehaltenen Stundenansätzen *nicht* zugestimmt. Vielmehr ist aufgrund des vorstehend Dargelegten davon auszugehen, die Beklagte hätte die Personalverleihverträge auch mit den dort bzw. in den Rechnungen erwähnten Stundenansätzen abgeschlossen. Gleiches gilt ohne Weiteres auch für die Klägerin, bei welcher sich weitere Ausführungen erübrigen, hat sie doch die fraglichen Personalverleihverträge ausgestellt.

5.3.8. Daraus folgt, dass die aus der Teilungültigkeit entstandene Lücke in den Personalverleihverträgen in analoger Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR auch dahingehend zu füllen ist, dass die Parteien als vernünftige und korrekte Vertragsparteien nicht nur Personalverleihverträge mit einer Abrechnung nach Stunden,

sondern auch mit den aus den Personalverleihverträgen bzw. den gestellten Rechnungen hervorgehenden Stundenansätzen abgeschlossen hätten. Dies gilt im Übrigen unabhängig davon, ob die Vergütung als (subjektiv-)wesentlicher Punkt betrachtet wird (HÜRLIMANN, a.a.O., Rz 258; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., Rz 701 und 704). Entsprechend ist für die Beurteilung der geschuldeten Entschädigung vom Bestehen der soeben dargestellten, ergänzten Verträge auszugehen.

#### 5.4. Geschuldete Entschädigung

5.4.1. Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, auf den drei Baustellen seien insgesamt 34 ihrer Temporärmitarbeiter beschäftigt gewesen (act. 1 Rz 20). Von April bis August 2008 habe sie insgesamt 90 Rechnungen gestellt. Alle seien von der Beklagten bezahlt worden. Hingegen seien die mit Datum 18. und 30. September 2008 sowie danach per Monatsende Oktober, November und Dezember 2008 gestellten Rechnungen für die Arbeitsleistungen der 18 auf der Baustelle J.\_\_\_\_\_ ... eingesetzten Mitarbeiter gestellten Rechnungen zum überwiegenden Teil nicht bezahlt worden. Es seien von den 56 Rechnungen lediglich vier bezahlt worden, mithin seien 52 Rechnungen noch offen (act. 1 Rz 27 ff.). Aus diesen ergebe sich ein Totalbetrag von CHF 482'034.50 (act. 1 Rz 30).

Dass insgesamt 34 Temporärmitarbeiter der Klägerin bei der Beklagten im Einsatz waren, von April bis August 2008 90 Rechnungen durch Erstere gestellt und von der Letzteren bezahlt worden sind, wird nicht (bzw. ungenügend substantiiert) bestritten (act. 8 Rz 57). Ebenfalls unbestritten geblieben ist, dass 18 Mitarbeiter der Klägerin noch in der Zeit zwischen September und November, nach Auffassung der Klägerin bis Dezember 2008, auf der Baustelle der Beklagten gearbeitet haben, und dass die Klägerin gestützt darauf 56 Rechnungen gestellt hat, wovon vier von der Beklagten bezahlt worden sind (act. 8 Rz 63 ff.). Die Beklagte stellt sich denn auch auf den Standpunkt, sie habe die Rechnungen nicht etwa deshalb nicht bezahlt, weil sie mit der Anzahl geleisteter Stunden oder dem Stundenansatz nicht einverstanden gewesen wäre, sondern weil das Ausmass – im Rahmen des vermeintlichen Werkvertrages – nicht geliefert worden sei (act. 8 Rz 65, vgl. im Übrigen auch Rz 67).

Die Beklagte äussert sich erst in der Duplik konkreter zur Anzahl geleisteter Stunden. Dennoch unterlässt sie es, sich explizit sowohl zu diesen Stunden als auch zum Stundenansatz zu äussern. Sie hält zunächst lediglich fest, die Angaben der Klägerin zu den geleisteten Arbeitsstunden seien falsch. Im Übrigen seien sie unerheblich für die Abrechnung zwischen den Parteien, hätten sie doch eine solche nach Ausmass vereinbart. Hinsichtlich der Stundenrapporte hält sie weiter fest, diese seien einzig für die internen Abrechnungen der Klägerin von Bedeutung gewesen (act. 20 Rz 36, 38 und 40 sowie Rz 47, 56, 70 und 82). Weshalb die Angaben über die geleisteten Arbeitsstunden jedoch falsch sein sollen, lässt sich lediglich sinngemäss den Ausführungen der Beklagten entnehmen. So bringt sie vor, die geleisteten Stunden würden jeglicher rechnerischer und vertraglicher Grundlage entbehren (act. 20 Rz 84). Dass die Beklagte der Auffassung ist, es bestünde keine vertragliche Grundlage für eine Abrechnung nach Stunden, wurde bereits erwähnt. Dass dies dennoch der Fall ist, wurde ebenfalls festgestellt. Insofern sind die Ausführungen der Beklagten im Zusammenhang mit den Grundlagen für die geleisteten Arbeitsstunden oder die Stundenansätze nicht mehr von Belang. Was die rechnerischen Grundlagen betrifft, so wird die Beklagte ebenfalls nicht konkreter, soweit es um die konkrete Anzahl der Arbeitsstunden geht. Immerhin lassen sich ihren Ausführungen zwei Schwerpunkte entnehmen: (1) Die Kalkulation der Mannstunden und des Mindestlohns sei falsch, weil die Klägerin auf bestimmten Stockwerken gar nicht gearbeitet habe und die Arbeiten spätestens am 19. November 2008 abgeschlossen gewesen seien (act. 20 Rz 36, 38 und 40 sowie Rz 89 und 93) und (2) die Klägerin sich auf Stundenrapporte stütze, die sie bzw. ihre Mitarbeiter selber und nur für interne Zwecke (Abrechnung) erstellt hätten. Es sei nicht an ihr, der Beklagten, gewesen, die Stundenrapporte auszufüllen bzw. zu unterzeichnen oder zu kontrollieren. Auch betreffe dies das Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und ihren Mitarbeitern und nicht dasjenige zwischen ihr und der Klägerin. Insofern seien die Stundenrapporte ohnehin unwesentlich für die hier zu beurteilende Frage der Vergütung. Im Übrigen seien über die Hälfte der Stundenrapporte nicht unterzeichnet oder trügen eine Unterschrift, die ihr, der Beklagten, unbekannt oder die nicht identifizierbar seien (act. 20 Rz 37, 47, 48, 54, 56, 60 bis 62 sowie Rz 65, 70 und 82).

5.4.2. Soweit die Beklagte geltend macht, es sei nicht an ihr gewesen, die Stundenrapporte zu kontrollieren, so liegt sie falsch. Wie gezeigt, haben die Parteien Verleihverträge abgeschlossen. Dies führt zwar nicht dazu, dass zwischen dem Einsatzbetrieb und dem Arbeitnehmer ein *formelles* Arbeitsverhältnis entsteht. Allerdings wird der Temporärmitarbeiter in die Arbeitsorganisation des Einsatzbetriebes eingebunden und Letzterer hat gegenüber Ersterem die Weisungsmöglichkeiten eines ordentlichen Arbeitgebers. Während die Kontrolle der Arbeitszeit in einem ordentlichen Arbeitsverhältnis ohnehin beim Arbeitgeber liegt, trifft auch den Einsatzbetrieb bei einem Temporärarbeitsverhältnis die Pflicht, die geleistete Arbeitszeit der ausgeliehenen Mitarbeiter zu erfassen (MÜLLER/OECHSLE, Die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung, in: AJP 2007, S. 847 ff., insb. S. 853). Insofern kann die Beklagte nicht die Gültigkeit der Stundenrapporte bestreiten, lag es doch an ihr, die Arbeitszeiten der Mitarbeiter der Klägerin korrekt zu erfassen oder zu bestimmen, wer solche Rapporte unterzeichnen darf. Wie bereits erwähnt, erfolgt bei einem Temporärarbeitsverhältnis die Eingliederung des Arbeitnehmers in die Arbeitsorganisation des Einsatzbetriebes. Zu dieser Arbeitsorganisation gehören nicht nur Fragen des Weisungsrechts, sondern auch der Aufsicht und der Rapportierungspflicht. Stellt der Einsatzbetrieb die Arbeitsorganisation auf, so muss er auch entscheiden, welche Arbeitnehmer Vorgesetzte sind und welche Aufgaben oder Pflichten diese Vorgesetzten haben (vgl. auch BACHMANN, a.a.O., S. 67 f.). Insofern ist Zweierlei möglich: Der Temporärmitarbeiter wird in die Arbeitsorganisation des Einsatzbetriebes so eingebunden, dass er an einen vom Einsatzbetrieb angestellten Arbeitnehmer rapportiert bzw. diesem unterstellt wird. Er kann aber auch als Vorgesetzter ausgeliehen und eingebunden werden, dem wiederum fest angestellte oder ausgeliehene Mitarbeiter unterstehen bzw. rapportieren (DRECHSLER, a.a.O., S. 315). Es ist zwar ohne Weiteres zulässig, die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung zu delegieren, namentlich an den Arbeitnehmer. Dann aber muss der Arbeitgeber bzw. in diesem Fall der Einsatzbetrieb mindestens für eine stichprobenweise Überprüfung sorgen. In jedem Fall aber verbleibt die *Verantwortung zur Zeiterfassung* weiterhin beim Arbeitgeber bzw. Einsatzbetrieb (MÜLLER/OECHSLE, a.a.O., S. 852). Beim Personalverleih muss dies umso mehr gelten, hat doch der Verleiher in der Regel weder die Möglichkeit zur stichprobenweisen

Überprüfung noch faktisch das Wissen bzw. die Grundlagen, um die Angaben der Arbeitnehmer zu beurteilen. Mit anderen Worten liegt die Kontrolle des Arbeitsverhältnisses ausserhalb des Einflussbereiches des Verleihers, wie dies auch bereits beim Arbeitsergebnis der Fall ist (vgl. auch DRECHSLER, a.a.O., S. 315).

Die 52 noch offenen bzw. unbezahlten Rechnungen stützen sich auf Stundenrapporte, die allesamt vom "Kunden", mithin vom Einsatzbetrieb bzw. von der Beklagten, unterzeichnet worden sind (act. 4/14). Soweit die Beklagte geltend macht, sie könne die Unterschriften nicht identifizieren bzw. diese seien ihr nicht bekannt oder sie seien von Mitarbeitern der Klägerin unterzeichnet worden, so sind diese Ausführungen ohne Bedeutung. Wie gezeigt, ist die Beklagte für die Arbeitsorganisation und für die Erfassung der Arbeitszeit verantwortlich. Sie hat daher dafür zu sorgen, dass eine von ihr autorisierte Person die Arbeitsrapporte unterzeichnet. Dies schliesst zwar nicht aus, dass sie im Prozess die Ungültigkeit der Arbeitsrapporte bzw. der Unterschriften vorbringt. Dann aber müsste sie dies substantiiert behaupten.

In diesem Zusammenhang bringt die Klägerin vor, ihre an die Beklagte ausgeliehenen Mitarbeiter hätten ihre Arbeitszeit laufend nach Stunden auf einem Rapport erfasst. Der Vorarbeiter (der Beklagten) habe anschliessend diese Rapporte unterzeichnet und Ende Monat der Klägerin übermittelt. Auf Basis dieser Rapporte habe die Klägerin alsdann Rechnung an die Beklagte gestellt und ihren Mitarbeitern monatlich die Löhne bezahlt (act. 1 Rz 20 und 22). Die Unterzeichnung sei in Absprache mit der Beklagten, namentlich mit R.\_\_\_\_\_, wechselnd durch die vor Ort gerade anwesenden Vorarbeiter S.\_\_\_\_\_ und K.\_\_\_\_\_ oder weitere Personen der Beklagten, namentlich durch die Herren T.\_\_\_\_\_ und M.\_\_\_\_\_, sowie teilweise auch durch L.\_\_\_\_\_ erfolgt (act. 1 Rz 24 und 28). Von den 52 noch offenen Rechnungen würden 29 auf Stundenrapporten basieren, die von S.\_\_\_\_\_ unterzeichnet worden seien. Die Stundenrapporte für die restlichen 23 Rechnungen seien von K.\_\_\_\_\_ visiert worden (act. 1 Rz 32).

Die Beklagte bestreitet grundsätzlich nicht, dass K.\_\_\_\_\_ und S.\_\_\_\_\_ die fraglichen Stundenrapporte zumindest teilweise unterschrieben haben. Sie bringt einzig vor, "[e]in Grossteil der erwähnten Unterschriften" sei klar nicht als diejenige

von S.\_\_\_\_\_ identifizierbar, es müsse sich dabei um Fälschungen handeln. Die meisten Rapporte seien durch "Unbekannt" unterzeichnet worden, was letztlich aber auch keine Rolle spiele, da die Rapporte einzig für die internen Lohnzahlungen der Klägerin von Bedeutung gewesen seien (act. 8 Rz 42, 55 und 68). Die Beklagte ist aber ohnehin der Auffassung, dass sowohl K.\_\_\_\_\_ als auch S.\_\_\_\_\_ Angestellte der Klägerin gewesen seien (act. 8 Rz 42 und 68). In der Duplik bestreitet die Beklagte die von der Klägerin behauptete Projektorganisation allerdings lediglich pauschal, um alsdann auszuführen, diese sei ohnehin nicht erheblich (act. 20 Rz 50). Eine pauschale Bestreitung genügt jedoch nicht angesichts der Tatsache, dass die Klägerin nicht nur sämtliche ausgeliehenen Mitarbeiter namentlich auflistet, sondern auch klar behauptet, S.\_\_\_\_\_ sei Angestellter der Beklagten gewesen. Insbesondere wäre es der Beklagten möglich gewesen, die nach ihrer Ansicht richtige Projektorganisation darzulegen, war sie doch für diese verantwortlich. Es ist somit davon auszugehen, dass S.\_\_\_\_\_ Angestellter der Beklagten war und dieser sowie die Herren K.\_\_\_\_\_, R.\_\_\_\_\_ und T.\_\_\_\_\_ die Funktion eines Vorarbeiters bzw. Vorgesetzten inne hatten (act. 16 Rz 19; act. 20 Rz 50).

Dies wird letztlich auch durch die von der Beklagten selbst eingereichten Dokumente belegt. Auf Arbeitsrapporten einer Drittgesellschaft, mit der die Beklagte ebenfalls vertragliche Beziehungen hatte, findet sich auf der Unterschriftenzeile des Auftraggebers, mithin der Beklagten, diejenige Unterschrift wieder, die auch auf einer Vielzahl der Arbeitsrapporte der Klägerin steht und ohne Weiteres S.\_\_\_\_\_ zugeordnet werden kann. Diese Unterschriften betreffen im Übrigen nicht nur Zeiten, in denen auch die Klägerin noch auf der Baustelle tätig war, sondern auch solche danach, mithin Januar 2009 (vgl. bspw. act. 21/14 S. 18 und act. 4/14 S. 6). Insofern ist davon auszugehen, dass S.\_\_\_\_\_ nicht nur Angestellter oder mindestens ein von einem anderen Personalverleiher ausgeliehener Temporärarbeitsnehmer der Beklagten war, sondern dass dieser ganz offensichtlich auch befugt war, Arbeitsrapporte zu unterzeichnen. Gleiches gilt jedoch auch für K.\_\_\_\_\_, war dieser doch selbst nach Auffassung der Beklagten bauleitender Monteur (act. 20 Rz 50). Letztlich ist dies jedoch ohnehin unerheblich. Wie gezeigt, liegt die Verantwortung zur Arbeitsorganisation bei der Beklagten. Es wäre somit an ihr gewe-

sen, dafür zu sorgen, dass Arbeitsrapporte nur durch eine dafür speziell bezeichnete Person unterzeichnet werden. Ohnehin behauptet die Beklagte nicht, eine andere Person hätte, anstelle von S.\_\_\_\_\_ und K.\_\_\_\_\_, eigentlich die Stundenrapporte unterzeichnen müssen.

Was schliesslich die Behauptung der Fälschung betrifft, so ist zu betonen, dass es nicht genügt, eine Behauptung der beweisbelasteten Partei pauschal zu bestreiten, wenn diese Behauptung detailliert vorgebracht worden ist und eine ebenso detaillierte Bestreitung möglich wäre (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., § 113 N 4a, mit diversen Hinweisen auf die Rechtsprechung). Wenn die Klägerin somit vorbringt, 29 Stundenrapporte seien von S.\_\_\_\_\_ und 23 von K.\_\_\_\_\_ unterzeichnet worden, und befinden sich diese Rapporte bei den Akten, dann kann diese Behauptung nicht rechtsgenügend mit dem Vorbringen bestritten werden, "[e]in Grossteil der erwähnten Unterschriften" sei klar nicht als diejenige von S.\_\_\_\_\_ identifizierbar, es müsse sich dabei um Fälschungen handeln, und die meisten Rapporte seien durch "Unbekannt" unterzeichnet worden. Vielmehr hätte die Beklagte aufzeigen müssen, welche Rapporte sie als Fälschung bzw. als von Unbekannt unterzeichnet betrachtet und weshalb. Vor diesem Hintergrund ist daher davon auszugehen, dass 29 Stundenrapporte durch S.\_\_\_\_\_ und 23 von K.\_\_\_\_\_ unterschrieben worden sind.

Damit bleibt auf das letzte Vorbringen der Beklagten einzugehen. Wie gezeigt, stellt sie sich auf den Standpunkt, auch die Berechnungsgrundlagen für die Rechnungen bzw. Stundenrapporte seien falsch, da die Klägerin im Dezember 2008 nicht mehr auf der Baustelle tätig gewesen sei, namentlich seien die letzten Arbeiten am 19. November 2008 beendet worden (act. 20 Rz 101), und insbesondere habe die Klägerin auf bestimmten Stockwerken gar nicht gearbeitet (vgl. act. 20 Rz 36). Zu Letzterem ist festzuhalten, dass die Beklagte bei dieser Bestreitung bzw. Behauptung auf Rz 28 ff. ihrer Duplik (act. 20) verweist. Dort allerdings macht sie Ausführungen zu den Ausmasslisten, welche von der Beklagten eingereicht worden sind. Mit anderen Worten beziehen sich die Behauptungen hinsichtlich der Stockwerke auf die Ausmasslisten und nicht auf die Stundenrapporte, weshalb sie an dieser Stelle grundsätzlich nicht weiter beachtlich sind. Ohnehin

kann den Stundenrapporten nicht entnommen werden, auf welchen Stockwerken die geleistete Arbeit erbracht worden ist, weshalb auch aus diesem Grund die diesbezüglichen Ausführungen der Beklagten nicht von Relevanz sind. Selbst wenn sie aber beachtlich wären, würde die Behauptung, die Klägerin habe beispielsweise im 6. Obergeschoss nicht gearbeitet (act. 20 Rz 105), bereits durch eine von der Beklagten selber eingereichte Beilage widerlegt: In einem E-Mail vom 29. Oktober 2008 schreibt M. \_\_\_\_\_ an L. \_\_\_\_\_, K. \_\_\_\_\_ habe einen für das 6. Obergeschoss zugesicherten Termin nicht eingehalten (act. 9/5).

Soweit sich die Ausführungen der Beklagten schliesslich auf die Behauptung beziehen, die Klägerin sei bereits im Dezember nicht mehr auf der Baustelle tätig gewesen (act. 20 Rz 101), so ist festzuhalten, dass diese nicht genügend substantiiert sind. Das gilt umso mehr, wenn ihnen die weiteren Behauptungen der Beklagten und deren eingereichten Unterlagen entgegengehalten werden. So hat die Beklagte selbst erklärt, K. \_\_\_\_\_ sei noch bis am 18. Dezember 2008 auf der Baustelle gewesen, um aufzuräumen (act. 20 Rz 129). Mindestens diese Rechnung bzw. der dazu gehörende Stundenrapport ist demnach als unbestritten zu betrachten. Beachtlich ist aber auch Folgendes: Die Vorbringen der Beklagten betreffen letztlich nur neun bzw., unter Abzug derjenigen betreffend K. \_\_\_\_\_, acht von den insgesamt 52 Rechnungen. Die Stundenrapporte zu diesen acht Rechnungen wurden allesamt von K. \_\_\_\_\_ unterzeichnet. K. \_\_\_\_\_ war im Dezember, wie gezeigt, unbestrittenermassen noch auf der Baustelle tätig. Wie sich aus einem E-Mail von M. \_\_\_\_\_ vom 27. November 2008 bzw. dem Anhang dazu ergibt, war K. \_\_\_\_\_ – zusammen mit anderen Temporärmitarbeitern der Klägerin – aber auch noch ausgeliehen und damit noch immer in die Arbeitsorganisation der Beklagten eingebunden (act. 4/10; *Kündigungsfristen*). Nun hat aber Letztere, wie bereits an anderer Stelle erklärt, nicht ausgeführt, K. \_\_\_\_\_ habe Stundenrapporte gar nicht unterzeichnen dürfen. Sie hat auch nicht vorgebracht, sie habe K. \_\_\_\_\_ Ende November bzw. im Dezember 2008 angewiesen, er dürfe keine Stundenrapporte mehr unterzeichnen. Im Übrigen kann dem fraglichen E-Mail bzw. dem Anhang (act. 4/10) im Zusammenhang mit der Liste sämtlicher Rechnungen (act. 4/13) und den Rechnungen samt Stundenrapporten (act. 4/14) entnommen werden, dass diese letzten Rechnungen auf Rapporten derjenigen Temporärmitarbei-

ter der Klägerin basieren, die von M.\_\_\_\_\_ im E-Mail erwähnt wurden. Ersichtlich ist im bereits erwähnten Anhang bezüglich der Kündigungsfristen, dass die Verleihverträge von lediglich vier Mitarbeitern gekündigt worden sind. Es handelt sich um jene Mitarbeiter, die eine Kündigungsfrist von 20 Tagen haben. Alle übrigen Verleihverträge waren am 27. November 2008 somit noch nicht gekündigt. Auch dass die Kündigungen nicht vor dem 27. November 2008 erfolgt sind, ergibt sich aus dem E-Mail. Erstens steht im Anhang in der Rubrik "Status" nicht "gekündigt", sondern "künden". Zweitens erklärt M.\_\_\_\_\_, dass die zwanzigtägige Kündigungsfrist nicht eingehalten werden könne, da die Arbeiten in den Obergeschossen bis spätestens 15. Dezember 2008 abgeschlossen sein müssten (act. 4/10). Diese Bemerkung zeigt nicht nur, dass die Kündigung nicht zwanzig Tage vor dem 15. Dezember 2008 erfolgt ist, sondern auch, dass im Zeitpunkt des E-Mails die Arbeiten noch in Gang waren und demnach nicht am 19. November 2008 abgeschlossen worden sind. Der Hinweis von M.\_\_\_\_\_ auf den 15. Dezember 2008 zeigt zudem deutlich, dass die Arbeiten erst im Dezember 2008 abgeschlossen worden sind. M.\_\_\_\_\_'s Ausführungen widersprechen somit direkt der Behauptung der Beklagten, die Arbeiten seien spätestens am 19. November 2008 beendet gewesen, weshalb die Klägerin im Dezember 2008 gar nicht mehr auf der Baustelle gearbeitet habe.

Vor diesem Hintergrund aber reichen die Ausführungen der Beklagten nicht, um diejenige der Klägerin, sie habe im Dezember 2008 noch auf der Baustelle gearbeitet, rechtsgenügend zu bestreiten. Es ist somit davon auszugehen, dass die klägerischen Mitarbeiter zumindest vereinzelt noch im Dezember 2008 auf der Baustelle gearbeitet haben, weshalb auf die entsprechenden Stundenrapporte abgestellt werden kann. Eventualiter liesse sich im Übrigen auch begründen, dass die Tatsache, dass die Arbeitszeiterfassung in der Verantwortung des Einsatzbetriebes liegt, dazu führt, dass für die auf Stundenrapporten festgehaltenen Arbeitszeiten eine tatsächliche Vermutung besteht, sofern die Rapporte vom Einsatzbetrieb unterzeichnet worden sind. Dafür spricht zudem, dass die Arbeitszeiterfassung letztlich im Einflussbereich des Einsatzbetriebes liegt. Weder auf den Verantwortungs- noch auf den Einflussbereich hat der Verleiher in der Regel einen Einfluss. Dies gilt im Besonderen auch für die Arbeitsorganisation. Es kann

nicht am Verleiher sein, eine Kontrolle der Arbeitszeiten durchzuführen und sicherzustellen, dass die richtige Person die Rapporte jeweils unterschreibt. Wird nun aber eine solche tatsächliche Vermutung angenommen, so trüge der Einsatzbetrieb die Gegenbeweislast und daran anknüpfend die entsprechende Behauptungslast (vgl. BSK ZGB I-SCHMID, Art. 8 N 71 und 85 ff.). Es ist offensichtlich, dass die Behauptungen der Beklagten zu unsubstantiiert sind, um auf einen allfälligen Gegenbeweis überhaupt eingehen zu können.

#### 5.5. Ergebnis

Bei diesem Ergebnis ist davon auszugehen, dass die Temporärmitarbeiter der Klägerin die 7757,5 Mannstunden zwischen September und Dezember 2008 tatsächlich geleistet haben. Die sich darauf stützenden Rechnungen (act. 4/14) sind daher ausgewiesen. Dabei hat die Beklagte nicht den Forderungsbetrag als Summe der gestellten Rechnungen, sondern die Berechnungs- und die vertraglichen Grundlagen bestritten. Da, wie gezeigt, jedoch von den entsprechenden Stundenrapporten bzw. den gestellten Rechnungen auszugehen ist und die vertragliche Grundlage dazu aufgrund der Personalverleihverträge gegeben ist, kann ohne Weiteres vom behaupteten und vor diesem Hintergrund unbestritten gebliebenen Forderungsbetrag von CHF 482'034.50 (inkl. MwSt) ausgegangen werden. Die Beklagte ist daher zu verpflichten, der Klägerin CHF 482'034.50 zu bezahlen.

#### 5.6. Verzugszins und Zahlungsbefehlskosten

Die Beklagte hat weder den Beginn des Zinsenlaufs noch die Höhe der Verzugszinsen, sondern lediglich grundsätzlich das Bestehen einer Forderung bestritten (act. 1 Rz 54 und act. 8 Rz 115). Gemäss obiger Ausführungen besteht eine solche jedoch, weshalb ohne Weiteres vom von der Klägerin behaupteten Beginn, mithin vom 31. Dezember 2008, und von der Zinshöhe von 5 % auszugehen ist, ergibt sich Letztere doch bereits aus dem Gesetz (Art. 104 Abs. 1 OR). Die Beklagte ist daher zusätzlich zu verpflichten, auf den Betrag von CHF 482'034.50 einen Verzugszins von 5 % seit 31. Dezember 2008 sowie die ausgewiesenen Zahlungsbefehlskosten von CHF 200.– zu bezahlen (vgl. auch act. 4/19).

## 5.7. Widerklage

Besteht die fragliche Forderung der Klägerin somit gegenüber der Beklagten, so ist die Widerklageforderung unbegründet, stützt sich diese doch auf die Differenz zwischen den vermeintlichen Akontozahlungen und der Abrechnung nach Ausmass (vgl. act. 20 Rz 33 f.). Wie gezeigt, ist eine Abrechnung nach Ausmass zwischen den Parteien jedoch nicht vereinbart worden. Entscheidend sind daher einzig die noch offenen Rechnungen, aufgrund welcher allerdings kein Saldo zugunsten der Beklagten verbleibt. Im Übrigen sind auch keine weiteren (behaupteten) Grundlagen ersichtlich, die eine Gutheissung der Widerklage zuliessen. Sie ist daher abzuweisen.

#### 5.8. Beseitigung des Rechtsvorschlags

Angesichts der Klageguthesung bzw. der Abweisung der Widerklage ist der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes C.\_\_\_\_\_ (Zahlungsbefehl vom 25. Mai 2009) im Umfang der Klageguthesung aufzuheben (vgl. Art. 79 Abs. 1 SchKG).

#### 6. Aberkennungsklage

Wie gezeigt, ist die in Betreuung gesetzte Forderung der Klägerin über CHF 72'922.– im Aberkennungsprozess unbestritten geblieben (vgl. zuletzt act. 26 Rz 5 in HG100247). Vorstehend wurde sodann dargelegt, dass die Verrechnungsforderung der Beklagten nicht besteht. Aus diesem Grund ist die Forderung nicht durch Verrechnung getilgt worden, weshalb die Aberkennungsklage abzuweisen ist.

#### 7. Prozesskosten

Ausgangsgemäss wird die Beklagte kosten- und entschädigungspflichtig (§§ 64 Abs. 2 und 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Bei der Prozessentschädigung an die Klägerin sind zudem die durchgeführte Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung sowie die beiden zusätzlichen Rechtsschriften zu berücksichtigen. Der Streitwert gemäss Art. 51 BGG beträgt CHF 781'775.–. Dieser Betrag setzt sich aus der Klageforderung der Klägerin sowie der Widerklageforderung und der Verrechnungsforderung der Beklagten zusammen (§ 19 ZPO/ZH; FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., § 19 Rz 1 und 6).

#### **Es wird beschlossen:**

1. Prozess HG100247 wird mit dem Prozess HG100031 vereinigt und unter dieser Nummer weitergeführt.
2. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit nachstehendem Urteil.

**und es wird erkannt:**

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 482'034.50 nebst Zins zu 5 % seit 31. Dezember 2008 sowie die Zahlungsbefehlskosten von CHF 200.– zu bezahlen.

In diesem Umfang wird der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes C.\_\_\_\_\_ (Zahlungsbefehl vom 25. Mai 2009) aufgehoben.

2. Die Forderungswiderklage wird abgewiesen.
3. Die Aberkennungsklage wird abgewiesen. Die in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes C.\_\_\_\_\_ (Zahlungsbefehl vom 26. März 2010) mit Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirkes Dietikon vom 11. August 2011 erteilte provisorische Rechtsöffnung ist damit definitiv.
4. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 35'000.–.
5. Die Kosten werden der Beklagten auferlegt.
6. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Prozessentschädigung von CHF 46'000.– zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie nach Eintritt der Rechtskraft hinsichtlich Dispositivziffern 1 und 3 an das Betreibungsamt C.\_\_\_\_\_, je gegen Empfangsbestätigung.
8. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Zürich, 7. Juni 2012

---

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic. iur. Thomas Seeger

lic. iur. Christian Fischbacher