

I. Zivilabteilung

Z1 2020 45

Oberrichter lic.iur. P. Huber, Abteilungspräsident
Oberrichter Dr.iur. F. Horber
Oberrichter Dr.iur. A. Staub
Gerichtsschreiberin Dr.iur. F. Wiget

Urteil vom 18. Februar 2022

in Sachen

A. _____ AG,
vertreten durch RA MLaw B. _____,
Klägerin und Berufungsbeklagte,

gegen

C. _____ AG,
vertreten durch RA Dr.iur. D. _____,
Beklagte und Berufungsklägerin,

betreffend

Forderung

(Berufung gegen den Entscheid des Kantonsgerichts Zug, 3. Abteilung, vom 5. November 2020)

Rechtsbegehren

Beklagte und Berufungsklägerin

1. Der Entscheid des Kantonsgerichts Zug vom 5. November 2020 sei aufzuheben.
2. Die Klage der Berufungsbeklagten sei vollumfänglich abzuweisen.
3. Eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, unter Einbezug des Schlichtungsverfahrens und des erstinstanzlichen Verfahrens, zulasten der Berufungsbeklagten.

Klägerin und Berufungsbeklagte

1. Es sei die Berufung vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu Lasten der Berufungsklägerin.

Sachverhalt

- 1.1 Die A. _____ AG (nachfolgend: Klägerin) ist eine in Steinhausen domizilierte Gesellschaft mit folgendem Zweck: _____ (act. 1/2). E. _____ ist der Präsident des Verwaltungsrates mit Einzelunterschrift.
- 1.2 C. _____ war im Zeitpunkt des Abschlusses des streitgegenständlichen Vertrages (vgl. hinten Sachverhalt Ziff. 2.2) sowie des vorinstanzlichen Entscheids eine in F. _____ domizilierte _____ mit dem Zweck, insbesondere _____ anzubieten (act. 1/3). Im Jahr _____ wurde die _____ umgewandelt und firmiert seither als C. _____ AG (nachfolgend: Beklagte). Das Rubrum ist entsprechend anzupassen.

Die G. _____ (vormals H. _____; nachfolgend als "G. _____" bezeichnet) mit Sitz in F. _____ ist eine Tochtergesellschaft der Beklagten (vgl. act. 43 E. 4.4.2).

- 2.1 Am 24. Mai 2014 schlossen die Klägerin, vertreten durch den Präsidenten des Verwaltungsrates, und der Radiologe Dr.med. I. _____ (nachfolgend: "I. _____") einen Vertrag betreffend "Vermittlung einer Honorararztstätigkeit/Festanstellung" (act. 15/27; nachfolgend: Vermittlungsvertrag 2014).
- 2.2 Am 6./11./17. Juni 2014 unterzeichneten die Klägerin als "Beauftragte" und die Beklagte als "Auftraggeberin" einen Rahmenvertrag zur "Vermittlung von Temporär- oder folgender Festanstellung von Fachärzten für Radiologie" (nachfolgend: Rahmenvertrag 2014; act. 1/4). In § 2 und § 3 dieses Vertrages wurde Folgendes festgehalten:

"§ 2 Abrechnung

Die Beauftragte erhält von der Auftraggeberin eine Tages-Provision von CHF 550.00 (exkl. MWST). Pro 15 Minuten Überzeit werden zusätzlich CHF 15.30 (exkl. MWST) verrechnet. Die Beauftragte stellt der Auftraggeberin anhand des vom Honorararztes

ausgefüllten und von der Auftraggeberin oder eines(r) bestimmten Vertreters(in) unterzeichneten Abrechnungsbogens monatlich Rechnung für die auf dem Abrechnungsbogen vermerkten Einsatzstunden. Die Provision und Aufwandsentschädigung ist von der Auftraggeberin binnen 30 Tagen zu begleichen.

§ 3 Festanstellung

Für den Fall, dass die Auftraggeberin die/den vermittelten Honorarärztin/arzt fest anstellt (sei es direkt nach dem temporären Einsatz oder innerhalb von 2 Jahren nach dem letzten Einsatz), bezahlt sie der Beauftragten eine einmalige Provision in der Höhe von 22,5 % des jährlichen Gesamthonorars, bestehend aus fixen- und variablen Anteilen, welcher der/dem betreffenden Ärztin/Arzt ab Beginn der Festanstellung bezahlt wird.

Im Falle einer Belegarztztätigkeit wird ein durchschnittlicher Jahreshonorarrichtwert, anstatt einer fixen Festanstellungshonorarprovision definiert. Die Provision beträgt in diesem Fall ebenfalls 22,5 %. Die Provision ist von der Auftraggeberin binnen 30 Tage nach Beginn der Festanstellung zu begleichen."

- 2.3 Mit Daten vom 6./11./16./18. Juni 2014 unterzeichneten die Beklagte als "Auftraggeberin", I. _____ als "Beauftragter" sowie die Klägerin als Vertreterin von I. _____ einen Einsatzvertrag betreffend die "Erbringung von honorarärztlichen Dienstleistungen" (nachfolgend: Einsatzvertrag 2014; act. 1/9). Als Einsatzort war J. _____ vorgesehen, dessen Radiologie aufgrund eines Zusammenarbeitsvertrages von der Beklagten betrieben wird (act. 7 Rz 37). Am 1. Juli 2014 begann I. _____ seinen Einsatz, welcher vertragsgemäss bis Ende September 2014 dauerte (vgl. act. 1/9).
- 2.4 Am 1. Oktober 2014 trat I. _____ eine Festanstellung bei der G. _____ an, und zwar mit einem Jahresgehalt von brutto CHF 280'000.00 (act. 1/7).
- 2.5 Infolge der Festanstellung durch die G. _____ verlangte die Klägerin mit Rechnung vom 21. Dezember 2014 von der Beklagten gestützt auf § 3 des Rahmenvertrags 2014 die Bezahlung einer Provision, welche sie gestützt auf ein mutmassliches Jahresgehalt von I. _____ von CHF 340'000.00 auf CHF 82'620.00 schätzte (act. 1/18). Die Zahlung der geltend gemachten Provision blieb aus.
- 3.1 Nach durchgeführtem Schlichtungsverfahren (act. 1/6) reichte die Klägerin am 23. Oktober 2018 beim Kantonsgericht Zug gegen die Beklagte eine Klage auf Zahlung von 68'040.00 nebst Zins zu 5 % seit dem 1. Januar 2015 ein. Zudem verlangte sie die Beseitigung des Rechtsvorschlags in der Betreuung Nr. _____ des Betreibungsamts F. _____ für den Betrag von CHF 68'040.00 nebst Zins zu 5 % seit dem 21. März 2018. Zur Begründung führte sie zusammengefasst aus, I. _____ habe am 1. Oktober 2014 eine Festanstellung bei der G. _____, dem Röntgeninstitut der Beklagten, angetreten. Gemäss § 3 des Rahmenvertrags 2014 sei die Beklagte verpflichtet – für den Fall der Festanstellung des vermittelten Honorararztes nach dem Temporäreinsatz bzw. bis zu zwei Jahre danach –, der Klägerin eine Provision zu bezahlen. Die Provision werde fällig, wenn aufgrund einer durch die Vermittlung zustande gekommenen Festanstellung die Leistung des vermittelten Honorararztes der Auftraggeberin wirtschaftlich zugutekomme. Die G. _____ und die Beklagte seien rechtlich zwar nicht identisch; die dauernde und enge Zusammenarbeit sowie die wirtschaftlichen und persönlichen Verstrickungen der G. _____ mit der Beklagten hätten jedoch zur Folge, dass der Anstellungsvertrag zwischen der G. _____ und

- I. _____ der Beklagten zuzurechnen sei. Die Tätigkeit von I. _____ bei der G. _____ komme in tatsächlicher Hinsicht der Beklagten zugute (act. 1).
- 3.2 In der Klageantwort vom 11. Januar 2019 beantragte die Beklagte die kostenfällige Abweisung der Klage. Sie stellte sich im Wesentlichen auf den Standpunkt, der Klägerin fehle die notwendige Bewilligung für den Betrieb eines Personalverleihs, weshalb der Rahmenvertrag 2014 nichtig sei. Abgesehen davon, handle es sich bei der Beklagten und der G. _____ um zwei unterschiedliche, eigenständige juristische Personen. Vertragspartei des Rahmenvertrags 2014 und des Einsatzvertrags 2014, auf dessen Grundlage die Klägerin ihren Provisionsanspruch geltend mache, sei die Beklagte gewesen. Arbeitgeberin von I. _____ sei demgegenüber die G. _____. Handlungen einer Gesellschaft würden nicht den Gesellschaftern oder Aktionären zugerechnet, weshalb der Arbeitsvertrag mit I. _____ auch nicht der Beklagten zuzurechnen sei. Die Voraussetzungen für einen Durchgriff seien nicht erfüllt (act. 7).
- 3.3 In der Replik vom 20. Mai 2019 und der Duplik vom 19. August 2019 hielten die Parteien je an ihren Rechtsbegehren fest (act. 15 und 21).
- 3.4 An der Partei- und Zeugenbefragung vom 4. Februar 2020 wurden der Präsident des Verwaltungsrates der Klägerin und K. _____, damaliger Direktor (und heutiger Vorsitzender der Geschäftsleitung) der Beklagten, als Parteien befragt sowie L. _____, Administrativer Geschäftsführer der Radiologie bei der Beklagten und Geschäftsführer der G. _____, und M. _____, Co-Chefarzt der Radiologie bei der Beklagten, als Zeugen einvernommen (act. 27).
- 3.5 In der Folge verzichteten die Parteien auf die Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung (act. 26) und reichten stattdessen am 15. Juni 2020 je einen schriftlichen Schlussvortrag ein (act. 37 [Klägerin] und 38 [Beklagte]).
- 3.6 Mit Entscheid vom 5. November 2020 (Verfahren A3 2018 42; act. 43) verpflichtete das Kantonsgericht, 3. Abteilung, die Beklagte zur Zahlung von CHF 63'000.00 nebst Zins zu 5 % seit dem 1. Januar 2015 an die Klägerin. Ferner wurde festgestellt, dass die Klägerin die Betreuung Nr. _____ des Betreibungsamts F. _____ für den Betrag von CHF 63'000.00 nebst Zins zu 5 % seit dem 21. März 2018 fortsetzen kann. Die Gerichtskosten von CHF 5'400.00 wurden im Umfang von CHF 4'995.00 der Beklagten und im Umfang von CHF 405.00 der Klägerin auferlegt. Weiter wurde die Beklagte verpflichtet, der Klägerin die Kosten des Schlichtungsverfahrens in der Höhe von CHF 573.50 zu ersetzen und ihr für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von CHF 14'229.80 (inkl. MWST) zu bezahlen.
- 4.1 Gegen diesen Entscheid liess die Beklagte mit Eingabe vom 7. Dezember 2020 beim Obergericht des Kantons Zug innert Frist Berufung mit dem eingangs erwähnten Rechtsbegehren einreichen (act. 45).

In der Berufungsantwort vom 1. Februar 2021 schloss die Klägerin auf kostenfällige Abweisung der Berufung, soweit darauf einzutreten sei (act. 49). Zur Berufungsantwort reichte die Beklagte am 9. März 2021 in Ausübung des allgemeinen Replikrechts eine

Stellungnahme ein (act. 53), zu welcher sich die Klägerin am 9. April 2021 äusserte (act. 57). Dazu nahm die Beklagte am 22. April 2021 ein weiteres Mal unaufgefordert Stellung (act. 59).

4.2 Es wurde keine Berufungsverhandlung durchgeführt.

Erwägungen

1. Die zutreffenden Ausführungen des Kantonsgerichts zur örtlichen und sachlichen Zuständigkeit sind zu Recht unbestritten geblieben, weshalb ohne Weiteres darauf verwiesen werden kann (act. 43 E. 1.1).
2. Vorab ist festzuhalten, dass im vorliegenden Berufungsverfahren kein zweiter Schriftenwechsel angeordnet wurde und ein solcher von Gesetzes wegen auch nicht zwingend ist (vgl. Art. 316 Abs. 2 ZPO; act. 50). Die Parteien haben sich indes in Ausübung des allgemeinen Replikrechts mehrmals zur Sache geäussert (vgl. vorne Sachverhalt Ziff. 4), was grundsätzlich zulässig ist. Dabei ist aber zu beachten, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts die Ergänzung eines Rechtsmittels auf dem Weg der Replik nur insoweit statthaft ist, als die Ausführungen in der Vernehmlassung eines anderen Verfahrensbeteiligten dazu Anlass geben. Ausgeschlossen sind hingegen in diesem Rahmen Anträge und Rügen, die bereits vor Ablauf der Rechtsmittelfrist hätten erhoben werden können. Die Replik darf nicht dazu verwendet werden, ein Rechtsmittel zu ergänzen oder zu verbessern (vgl. BGE 132 I 42 E. 3.3.4; BGE 135 I 19 E. 2.2; Urteil des Bundesgerichts 4A_533/2013 vom 27. März 2014 E. 2.3; Urteil des Bundesgerichts 4A_317/2020 vom 15. Dezember 2020 E. 1.5). Dasselbe gilt für die Gegenpartei: Das Replikrecht kann nicht dazu verwendet werden, um die Berufungsantwort beliebig zu ergänzen oder zu verbessern.

Soweit die unaufgeforderten Stellungnahmen der Parteien diesen Rahmen sprengen – was grösstenteils der Fall ist – sind sie im Berufungsverfahren unbeachtlich.

3. Streitig ist im vorliegenden Verfahren, ob die Klägerin gegenüber der Beklagten gestützt auf § 3 des Rahmenvertrags 2014 Anspruch auf die Zahlung einer Provision für die Vermittlung von I. _____ hat.

Die Vorinstanz bejahte dies und führte zur Begründung zusammengefasst aus, I. _____ sei nicht in die Arbeitsorganisation der Klägerin eingegliedert gewesen und es habe auch kein arbeitsvertragstypisches Weisungsrecht der Klägerin bestanden. Vielmehr gehe aus der Auslegung des Vermittlungsvertrags 2014 – auch unter Berücksichtigung des Einsatzvertrags 2014 – hervor, dass die Klägerin als Vermittlerin und nicht als Arbeitgeberin bzw. Personalverleiherin agiert habe. Der Vermittlungsvertrag 2014 sei daher im Ergebnis nicht als Arbeitsvertrag, sondern als Vermittlungsvertrag i.S. eines Mäklervertrags nach Art. 412 ff. OR zu qualifizieren. Entsprechend liege kein Personalverleih im Sinne des Arbeitsvermittlungsgesetzes (AVG) vor, welcher bewilligungspflichtig wäre (vgl. act. 43 E. 3.4.4 f.). Weiter sei vereinbart worden, dass die Beklagte eine Vermittlungsprovision zu zahlen habe, wenn sie I. _____ nach dem Temporäreinsatz innerhalb von zwei Jahren seit dem Einsatz anstellen würde. Die Festanstellung von I. _____ sei zwar unstreitig innert Frist erfolgt, aber

nicht durch die Auftraggeberin – d.h. die Beklagte –, sondern durch die G. _____ (act. 43 E. 4.4.1). Infolge der wirtschaftlichen und persönlichen Verbundenheit zwischen dem Einsatzbetrieb – d.h. der Beklagten – und der G. _____ müsse nach der Erfahrung des Lebens davon ausgegangen werden, dass die Vermittlungstätigkeit der Klägerin auf die G. _____ ausgestrahlt habe und der Beklagten die Festanstellung von I. _____ zuzurechnen sei (act. 43 E. 4.5).

4. Ob die Beklagte der Klägerin die eingeklagte Provision schuldet, hängt in erster Linie davon ab, ob die von der Klägerin angebotene Dienstleistung als bewilligungspflichtiger Personalverleih zu qualifizieren ist oder ob es sich dabei um eine blosser Vermittlungstätigkeit im Sinne eines Mäklerverschlags nach Art. 412 ff. OR handelt.

4.1 Gemäss Art. 12 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (AVG) benötigen Arbeitgeber (Verleiher), die Dritten (Einsatzbetrieben) gewerbsmässig Arbeitnehmer überlassen, eine Bewilligung des kantonalen Amtes. Als Verleiher gilt gemäss Art. 26 Abs. 1 der Verordnung über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (AVV), wer einen Arbeitnehmer einem Einsatzbetrieb überlässt, indem er diesem wesentliche Weisungsbefugnisse gegenüber dem Arbeitnehmer abtritt. Gemäss Art. 29 Abs. 1 AVV verleiht gewerbsmässig Arbeitskräfte, wer den Einsatzbetrieben regelmässig Arbeitnehmer mit der Absicht überlässt, Gewinn zu erzielen oder mit seiner Verleihtätigkeit einen jährlichen Umsatz von mindestens CHF 100'000.00 erzielt.

Das Gesetz bezweckt mit der Bewilligungspflicht allgemein den Schutz der Arbeitnehmenden durch eine fachlich qualifizierte und rechtlich geregelte (Vermittlungs- und) Verleihtätigkeit (Art. 1 lit. a und c i.V.m. Art. 12 AVG). Mit der Bewilligungspflicht verbunden ist die Hinterlegung einer Kautions, welche der Absicherung der Lohnansprüche der verliehenen Arbeitnehmenden dienen soll (Art. 14 Abs. 1 AVG; Art. 35 AVV; vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_132/2018 vom 2. November 2018 E. 4.3.1 m.H.). Verfügt der Verleiher nicht über die erforderliche Bewilligung, so ist der Verleihsvertrag nichtig (Art. 22 Abs. 5 AVG).

4.2 Die Vorinstanz erwog, für das Vorliegen eines Personalverleihs im Sinne des AVG sei das Bestehen eines Arbeitsvertrags mit dem Verleiher vorausgesetzt, weshalb das Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und I. _____ näher zu prüfen sei (act. 43 E. 3.3). Zwar sei aufgrund der unbestimmten Dauer und der sechsmonatigen Kündigungsfrist in § 6 des Vermittlungsvertrags 2014 von einem Dauerschuldverhältnis auszugehen; die Elemente eines Arbeitsvertrags erfülle der Vertrag jedoch – auch unter Berücksichtigung des Einsatzvertrags 2014 – nicht (act. 43 E. 3.4). Die Parteien hätten in § 1 des Vermittlungsvertrags 2014 als Vertragsgegenstand vereinbart, dass die Klägerin "dem Arzt nach Möglichkeit eine Honorararztstätigkeit/ Festanstellung in Krankenhäusern, Privatpraxen etc." vermittele. Dazu sollte I. _____ gemäss § 2 des Vermittlungsvertrags 2014 diverse Dokumente übermitteln (Lebenslauf etc.). Mithin bezweckten die Parteien – so die Vorinstanz weiter – nach dem Wortlaut des Vermittlungsvertrags 2014 nicht die Eingliederung von I. _____ in die Arbeitsorganisation der Klägerin, sondern die Vermittlung des Arztes an einen Dritten, _____. Zwar sei unbestritten geblieben – und dies habe der Präsident des Verwaltungsrates der Klägerin auch an der Parteibefragung bestätigt –, dass die Klägerin den Einsatzvertrag 2014, d.h. den Vertrag zwischen der Beklagten und I. _____, aufgesetzt und als Vertreterin von I. _____

mitunterzeichnet habe. Als Parteien seien im Rubrum jedoch lediglich die Beklagte (als "Auftraggeberin") und I. _____ (als "Beauftragter") als Vertragsparteien bezeichnet worden. Selbst wenn die Klägerin den Vertragsinhalt vorgegeben hätte, mache sie das nicht ohne Weiteres zur Vertragspartei. I. _____ und die Beklagte hätten durch ihre Unterschrift bestätigt, dass sie mit dem Vertragsinhalt einverstanden seien. Aus dem Vertragsinhalt gehe denn auch hervor, dass mit dem Einsatzvertrag 2014 – welcher die Leistung von Arbeit zum Gegenstand gehabt habe – lediglich die Beklagte und I. _____ als Vertragsparteien verpflichtet worden seien. Es sei unstreitig und beabsichtigt gewesen, dass I. _____ für die Beklagte am J. _____ tätig werde (act. 43 E. 3.4.1). Eine Eingliederung von I. _____ in die Arbeitsorganisation der Klägerin sei weder durch den Vermittlungsvertrag 2014 noch den Einsatzvertrag 2014 bezweckt worden. Der Zweck des Vermittlungsvertrags 2014 und dessen Inhalt habe sich gemäss Wortlaut auf die Vermittlung von I. _____ durch die Klägerin an einen Dritten beschränkt, wo die Arbeit gestützt auf den Einsatzvertrag 2014 geleistet werden sollte. Da keine Eingliederung in die Arbeitsorganisation der Klägerin habe erfolgen sollen, enthalte der Vermittlungsvertrag 2014 entgegen der Behauptung der Beklagten auch kein Weisungsrecht der Klägerin gegenüber I. _____. Zwar habe die Beklagte zu Recht ausgeführt, in § 10 des Einsatzvertrags 2014 sei vereinbart worden, dass die Institutsleitung gegenüber dem Beauftragten weisungsbefugt sei; ein solches Weisungsrecht sei aber nicht – wie ebenfalls behauptet – abgetreten worden, da es im Vermittlungsvertrag 2014 nicht vereinbart gewesen sei und mithin zwischen der Klägerin und I. _____ nicht bestanden habe. Der Präsident des Verwaltungsrates der Klägerin habe an der Parteibefragung insbesondere bestätigt, dass die Arbeitsleistung stets beim jeweiligen Auftraggeber zu erbringen und nicht gegenüber der Klägerin geschuldet gewesen sei (act. 43 E. 3.4.2). Weiter sei gemäss § 4 des Vermittlungsvertrags 2014 zwar vereinbart worden, dass I. _____ die Abrechnungsbögen auch der Klägerin übermittle. Die Bestimmung halte jedoch eindeutig fest, dass der Arzt seine Honoraransprüche nicht gegenüber der Klägerin, sondern gegenüber C. _____ AG in Rechnung stelle. Ebenfalls unbestritten geblieben sei, dass I. _____ sein Entgelt von der Beklagten erhalten habe. Entgegen des für den Personalverleih typischen Zwecks der Reduktion des administrativen Aufwands für den Einsatzbetrieb (z.B. Administration des Arbeitsverhältnisses) sei vorgesehen gewesen, dass das Entgelt für die Arbeit von I. _____ vom Einsatzbetrieb und nicht von der Klägerin ausbezahlt werde. Die Verpflichtung von I. _____ zur Übermittlung der Abrechnungsbögen sei vielmehr vor dem Hintergrund von § 2 des Rahmenvertrags 2014 zu sehen, wonach vereinbart gewesen sei, dass die Klägerin der Beklagten anhand dieser Abrechnungsbögen Rechnung im Zusammenhang mit den zu leistenden Tagesprovisionen stelle. Für die Behauptung der Beklagten, wonach der Arzt die Provisions- und Aufwandentschädigung nur deshalb direkt mit dem Einsatzbetrieb abgerechnet habe, um zu verschleiern, dass es sich faktisch um einen Personalverleih handle, bestünden keine Anhaltspunkte (act. 43 E. 3.4.3).

- 4.3 Die Beklagte stellt sich hingegen auf den Standpunkt, der Umstand, dass die Parteien den Vertrag als Vermittlungsvertrag bezeichnet hätten, sei nicht entscheidend. Ebenso sei unbedeutend, ob der Einsatzvertrag 2014 zwischen der Beklagten und I. _____ zustande gekommen sei und die Klägerin dabei nicht als Vertragspartei auftrete (act. 45 Rz 15). Die Zusammenarbeit von I. _____ und der Klägerin sei auf unbestimmte Zeit ausgerichtet gewesen. So sei im Vermittlungsvertrag 2014 eine sechsmonatige Kündigungsfrist vorgesehen gewesen. Weiter ergebe sich aus § 1 des Vermittlungsvertrags 2014, dass I. _____ mehrere Einsätze an verschiedenen Orten habe vornehmen sollen. Die

Feststellung von I. _____ bei der G. _____ nach dem Einsatz am J. _____ sei nicht im Interesse der Klägerin gewesen. Im Normalfall hätten weitere solche Kurzeinsätze stattgefunden, was dem Vermittlungsvertrag 2014 entsprochen hätte und für eine Regelmässigkeit und Dauerhaftigkeit der Einsätze von I. _____ – organisiert durch die Klägerin – spreche. Dies entspreche dem typischen Personalverleih, in welchem die Klägerin als jeweils zuständige Person die Bedürfnisse der Nachfragenden entgegennehme und I. _____ entsprechend zur Verfügung stelle. Dafür spreche auch § 4 des Rahmenvertrags 2014, wonach sämtliche Kontakte der Beklagten bei erneuten Bedürfnissen an Fachärzten wieder über die Klägerin hätten laufen sollen (act. 45 Rz 16). Die Tätigkeit der Klägerin gehe sodann weit über eine blossе Vermittlungstätigkeit hinaus. Es sei unbestritten, dass sie den Einsatzvertrag 2014 aufgesetzt und als Vertreterin von I. _____ mitunterzeichnet habe. Zudem habe sie auch die Konditionen des Einsatzvertrags 2014 vorgegeben. Die Ausarbeitung des "Arbeitsvertrages" und somit auch die Festlegung der Modalitäten stellten zweifelsohne wesentliche Eigenschaften der Festlegung von Rechten und Pflichten des Arbeitsverhältnisses dar (act. 45 Rz 17). Schliesslich verkenne die Vorinstanz, dass es sich beim Personalverleih nicht um ein typisches Arbeitsverhältnis handle. Aufgrund des Dreiparteienvorhältnisses sei es sachlogisch, dass eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation wie im Normalfall nicht stattfinden könne, sondern es zwangsläufig zu einer Zweiteilung der Zuständigkeit zwischen Verleiher und Einsatzbetrieb komme. Beim Verleiher verbleibe z.B. bloss das primäre Weisungsrecht, während der Einsatzbetrieb sämtliche für den Einsatz relevanten Weisungsbefugnisse übernehme. Eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation der Klägerin, wie dies die Vorinstanz voraussetzen scheine, sei nicht möglich (act. 45 Rz 18). Vorliegend seien sämtliche Begriffsmerkmale des Personalverleihs erfüllt und die Klägerin hätte für ihre Tätigkeit eine Bewilligung benötigt. Weil eine solche nicht vorliege, bestehe der Rahmenvertrag 2014 nicht (Art. 22 Abs. 5 AVG) und entfalle die Grundlage für die eingeklagte Forderung (act. 45 Rz 19).

4.4 Demgegenüber bestreitet die Klägerin das Vorliegen eines Personalverleihs. Sie verweist in der Berufungsantwort weitgehend auf ihre Ausführungen im vorinstanzlichen Verfahren und wiederholt die – aus ihrer Sicht zutreffenden – Ausführungen der Vorinstanz (act. 49 Rz 11 ff.). Zusammenfassend hält sie fest, aus den drei Verträgen (Rahmenvertrag 2014, Einsatzvertrag 2014 und Vermittlungsvertrag 2014) gehe unmissverständlich hervor, dass Vertragsgegenstand die Vermittlung eines selbständigerwerbenden Honorararztes sei, dieser in keiner Weise in die Organisation der Klägerin eingegliedert werde, die Vergütung immer durch die Beklagte erfolgt sei und kein Weisungsrecht der Klägerin bestehe. Die Verträge seien denn auch in der Praxis tatsächlich so gelebt worden, was die Zeugen und die Parteien an ihren Befragungen bestätigt hätten. Eine Eingliederung in die Organisation der Klägerin sei nie bezweckt worden und sei auch nie erfolgt. Zwischen der Klägerin und I. _____ habe kein Arbeitsverhältnis vorgelegen (act. 49 Rz 17).

4.5 Ob eine Dienstleistung als bewilligungspflichtiger Personalverleih zu qualifizieren ist oder ob es sich dabei um andere Arten von Dienstleistungen handelt, die einem Dritten erbracht werden, ergibt sich nach bundesgerichtlicher Praxis und Lehre aus einer Abgrenzung im Einzelfall. Massgeblich ist hierbei der Vertragsinhalt und die Umschreibung der konkreten Tätigkeit im Einsatzbetrieb. Hingegen kann die Bezeichnung des Vertrags durch die Parteien nicht entscheidend sein. Als Hilfskriterien für Abgrenzungsfragen orientiert sich die Rechtsprechung auch an den Weisungen und Erläuterungen zum Arbeitsvermittlungsgesetz

des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO (Urteil des Bundesgerichts 2C_132/2018 vom 2. November 2018 E. 4.1 m.w.H.). Abzugrenzen ist der Personalverleih von der ebenfalls bewilligungspflichtigen privaten Arbeitsvermittlung sowie vom Mäklervertrag nach Art. 412 ff. OR.

- 4.5.1 Der Personalverleih ist in Art. 12 ff. AVG und Art. 26 ff. AVV geregelt. Personalverleih ist der Oberbegriff für das Dreiecksverhältnis zwischen Arbeitgeber (Verleiher), Einsatzbetrieb (Entleiher) und Arbeitnehmer. Zwischen dem Verleiher und dem Arbeitnehmer besteht ein Arbeitsverhältnis, welches sich aus einem Rahmen- und einem Einsatzvertrag zusammensetzt (Art. 19 AVG). Zwischen dem Arbeitgeber und dem Einsatzbetrieb wird ein Vertrag sui generis (Verleihvertrag) abgeschlossen (Art. 22 AVG). Darin verpflichtet sich der Verleiher nicht zur Erbringung einer bestimmten Arbeitsleistung. Vielmehr verpflichtet er sich, entsprechende Arbeitnehmer gegen Entgelt und mit ihrem Einverständnis dem Einsatzbetrieb zur Leistung von Arbeit für eine bestimmte Zeit zu überlassen. Die rechtliche Ausgestaltung des Personalverleihs ist darauf angelegt, den administrativen Aufwand, den eine arbeitsrechtliche Anstellung nötig machen würde, vom Einsatzbetrieb fernzuhalten. Gegen ein Entgelt soll die Rekrutierung von Personal und die Administration des Arbeitsverhältnisses, wie die Auszahlung des Lohns oder die Abrechnung mit den Sozialkassen, von einem auf diese Aufgaben spezialisierten Personalverleiher erledigt werden, während der Einsatzbetrieb von den Rechtspflichten eines Arbeitgebers möglichst befreit sein soll. Folgende Kriterien lassen auf die Erbringung einer Arbeitsleistung in Form des Personalverleihs schliessen: Das Weisungs- und Kontrollrecht liegt beim Einsatzbetrieb; der Arbeitnehmer verrichtet seine Arbeitstätigkeit primär am Sitz des Einsatzbetriebs mit den vom Einsatzbetrieb zur Verfügung gestellten Werkzeugen, Materialien oder Geräten; der Einsatzbetrieb trägt die Gefahr für eine allfällige Schlechterfüllung der Arbeitsleistung, während der Verleiher nur für die gute Auswahl des Arbeitnehmers haftet, jedoch keinen bestimmten Erfolg garantiert (Urteil des Bundesgerichts 2C_132/2018 vom 2. November 2018 E. 4.3.1 f. m.H.).

Aufgrund seiner konkreten Stellung als "faktischer" Arbeitgeber während des Verleihs steht dem Einsatzbetrieb das Weisungsrecht, aber auch die Fürsorgepflicht zu. Dabei ist die Delegation des Weisungsrechts ein wesentliches Element des Personalverleihs. Weisungsbefugnisse gelten dann als abgetreten oder überlassen, wenn es der Einsatzbetrieb ist, welcher den Arbeitnehmer über die Art und den Umfang der zu verrichtenden Arbeiten vor Ort instruiert und ihm die notwendigen Arbeitsmittel zur Verfügung stellt. Dabei kommen dem Einsatzbetrieb gegenüber dem Arbeitnehmer Weisungsrechte zu, wie sie sonst gestützt auf Art. 321d OR nur dem Arbeitgeber zur einseitigen Konkretisierung des Arbeitsvertrags zukommen. Dennoch wird der Verleiher nicht vollständig aus seinen Pflichten als Arbeitgeber entlassen, sondern er trägt die Verantwortung für die Auswahl des für den Einsatz am besten geeigneten Arbeitnehmers und übernimmt gegenüber den Kunden die Verantwortung für die Qualität der von seinen Angestellten zu erbringenden Dienstleistungen. Somit kommt es zu einer Aufspaltung der Arbeitgeberfunktion und des Weisungsrechts zwischen Einsatzbetrieb und Personalverleiher. Daher wird mitunter der Einsatzbetrieb als faktischer Arbeitgeber und der Personalverleiher als rechtlicher Arbeitgeber bezeichnet. Der Personalverleiher erfüllt gegenüber dem Arbeitnehmer die Lohnzahlungspflicht und rechnet mit den Sozialkassen und den Steuerbehörden ab. Ist der Entleiher mit der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers nicht zufrieden, kann er sich an den Personalverleiher wenden und allenfalls eine andere geeignete Kraft verlangen. Das Kündigungsrecht betreffend den Arbeitsvertrag steht ausschliesslich dem

Personalverleiher zu (Urteil des Bundesgerichts 2C_132/2018 vom 2. November 2018 E. 4.3.3).

- 4.5.2 Die private Arbeitsvermittlung wird in Art. 2 ff. AVG geregelt. Gemäss Art. 2 Abs. 1 AVG benötigt eine Bewilligung des kantonalen Arbeitsamtes, wer regelmässig und gegen Entgelt im Inland Arbeit vermittelt, indem er Stellensuchende und Arbeitgeber zum Abschluss von Arbeitsverträgen zusammenführt (Vermittler). Ziel der Vermittlung muss der Abschluss eines Arbeitsvertrags gemäss Art. 319 ff. OR sein. Die Zusammenführung im Sinne des AVG ist dann als abgeschlossen zu betrachten, sobald die eine Partei darauf hingewiesen wurde, dass sie mit der anderen Partei einen Vertrag abschliessen könnte. Ob der Vertrag anschliessend effektiv geschlossen wird, ist für die Anwendbarkeit des AVG demgegenüber nicht relevant. Die Arbeitsvermittlung findet im Vorfeld eines Arbeitsverhältnisses statt. Die Dienstleistungen des Arbeitsvermittlers bestehen darin, Informationen über offene Stellen zusammenzutragen, aufzubereiten und an den Arbeitssuchenden weiterzugeben. Der Arbeitsvermittler kann je nach Umständen selber Kontakte zwischen potentiellen Arbeitnehmern und Arbeitgebern herstellen und dem Arbeitssuchenden Empfehlungen abgeben. Arbeitsvermittler können auch Tätigkeiten ausüben, die über das Zusammenführen möglicher Parteien eines Arbeitsverhältnisses hinausgehen, doch müssen diese Tätigkeiten eine sachliche Nähe zur Arbeitsvermittlung aufweisen. Dies ist beispielsweise der Fall bei der Organisations-, Unternehmens- und individuellen Karriereberatung (Urteil des Bundesgerichts 2C_132/2018 vom 2. November 2018 E. 4.2 ff.).
- 4.5.3 Durch den Mäklervertrag erhält der Mäkler den Auftrag, gegen eine Vergütung Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrags nachzuweisen oder den Abschluss eines Vertrages zu vermitteln (Art. 412 Abs. 1 OR). Die Regeln über den Mäklervertrag werden auf Transaktionen, die ganz unterschiedliche Objekte betreffen (sog. Hauptverträge), angewendet: so unter anderem bei Grundstücken, Miet- und Pachtobjekten, Hypothekarkrediten, Darlehen, Arbeitnehmern etc. Die Tätigkeit des Mäklers besteht, je nach Vereinbarung mit der Auftraggeberin, im Nachweisen (Verschaffen) einer Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrages oder im Vermitteln eines solchen Abschlusses (Art. 412 Abs. 1 OR). Die Aufgabe des Mäklers erstreckt sich indessen nicht auch auf den Abschluss dieser Geschäfte selbst; es geht um Tathandlungen, nicht um Rechtshandlungen. Der Mäkler ist von der gesetzlichen (dispositiven) Regelung her nicht berechtigt, den Vertrag direkt im Namen der Auftraggeberin abzuschliessen. Hierzu bedarf es kumulativ eines besonderen Auftrags und einer Vollmacht. Wesentliche Merkmale des Mäklervertrags sind Entgeltlichkeit und Erfolgsbedingtheit. Im Übrigen ist auf den Mäklervertrag das Auftragsrecht anwendbar (Art. 412 Abs. 2 OR; Huguenin, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besondere Teil, 2019, Rz 3340 f.). Schliesst die Auftraggeberin das nachzuweisende oder zu vermittelnde Geschäft mit dem Dritten ab, erlischt der Mäklervertrag in der Regel. Bei einem befristeten Mäklervertrag endet das Rechtsverhältnis spätestens mit Ablauf der vereinbarten Frist. Sodann kann der Mäklervertrag von beiden Parteien gemäss Art. 404 i.V.m. Art. 412 Abs. 2 OR jederzeit gekündigt werden (Huguenin, a.a.O., Rz 3382 f.).
- 4.6 Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz die Stellung der Klägerin als rechtliche Arbeitgeberin und somit das Vorliegen eines Personalverleihs zu Unrecht verneint.

4.6.1 Personalverleih im Sinne des Gesetzes ist in drei Erscheinungsformen möglich: Temporärarbeit, Leiharbeit und gelegentliches Überlassen von Arbeitnehmern an Einsatzbetriebe. Letzteres beinhaltet das kurzfristige, nicht geplante Zurverfügungstellen eines Arbeitnehmers bei einer sich gerade bietenden Gelegenheit, wobei die Ausleihe von Arbeitskräften kein Standardangebot des Arbeitgebers ist. Diese Erscheinungsform ist im Gegensatz zu den anderen beiden nicht bewilligungspflichtig. Bei der Leiharbeit hingegen ist der Zweck der Anstellung von Arbeitnehmern hauptsächlich der Verleih an Einsatzbetriebe, wobei der Verleiher jedoch häufig neben dem Verleihgeschäft auch eine eigene Betriebsstätte betreibt, in welcher der Arbeitnehmer vorübergehend oder sogar regelmässig zum Einsatz kommen kann. Bei der Temporärarbeit ist der Zweck der Anstellung ausschliesslich der Verleih. In der Praxis schliesst der Arbeitgeber (Verleihfirma) mit dem Arbeitnehmer zunächst einen Rahmenarbeitsvertrag ab, in welchem die allgemeinen Bedingungen für die einzelnen Arbeitseinsätze vereinbart werden. In der Folge schliesst der Arbeitgeber mit dem Arbeitnehmer für jeden einzelnen Arbeitseinsatz in einem Kundenbetrieb (Einsatzbetrieb) einen Einsatzvertrag (Arbeitsvertrag) ab. Der Rahmenvertrag tritt erst durch die Unterzeichnung des konkreten Einsatzvertrags in Kraft. Somit entsteht erst durch den Einsatzvertrag ein Arbeitsverhältnis (Verleiher/Arbeitnehmer) zu den im Rahmenvertrag und Einsatzvertrag vereinbarten Arbeitsbedingungen. Der Rahmenarbeitsvertrag begründet weder eine Pflicht des Arbeitgebers, einen Einsatz anzubieten, noch eine Pflicht des Arbeitnehmers, einen Einsatz anzunehmen. Jeder neue Einsatz erfordert den Abschluss eines neuen Einsatzvertrags (neuer Arbeitsvertrag). Der Arbeitsvertrag bezieht sich jeweils nur auf einen einzigen Einsatz. Ist dieser beendet, besteht zwischen den Parteien kein Arbeitsverhältnis mehr. Das Risiko für fehlende Einsätze liegt beim Arbeitnehmer (Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Weisungen und Erläuterungen zum Arbeitsvermittlungsgesetz, zur Arbeitsvermittlungsverordnung und der Gebührenverordnung, 2007, S. 68 ff., <https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Arbeit/Personenfreizuegigkeit_und_Arbeitsbeziehungen/merkblaetter/Weisungen_Erlaeuterungen_Arbeitsvermittlungsgesetz.html> [besucht am 10. Januar 2022]).

4.6.2 Aus den vorstehenden Ausführungen erhellt, dass eine eigentliche Eingliederung von I. _____ in die Arbeitsorganisation der Klägerin, wie dies die Vorinstanz geprüft hat, für das Vorliegen eines Personalverleihs nicht erforderlich ist. Im Rahmen der Temporärarbeit ist dies vielmehr gar nicht möglich, da in diesem Fall der Verleiher keine eigene Betriebsstätte betreibt. I. _____ war jedoch insofern in die Arbeitsorganisation der Klägerin eingegliedert, als diese die Einsätze koordinierte, Ansprechperson für die Einsatzbetriebe war und die Bedingungen des Einsatzvertrags 2014 vorgab (vgl. hinten E. 4.5.3 f.). Dass I. _____ nicht verpflichtet war, Einsätze anzunehmen (act. 33 Frage 4.5), entspricht ebenfalls dem Wesen des Personalverleihs in Form der Temporärarbeit. Dafür trägt der Arbeitnehmer auch das Risiko fehlender Einsätze (vgl. vorne E. 4.5.1). Ferner ist auch das Weisungsrecht des Verleihers – entgegen der Auffassung der Vorinstanz – nicht mit demjenigen des Einsatzbetriebes gleichzusetzen. Das Weisungsrecht bei Personalverleihverhältnissen ist in der Regel gespalten: Während der Einsatzbetrieb den Arbeitnehmer über die Art und den Umfang der zu verrichtenden Arbeiten vor Ort instruiert und – wie vorliegend (vgl. hinten E. 4.6.5) – ihm die notwendigen Arbeitsmittel zur Verfügung stellt, trägt der Verleiher insbesondere die Verantwortung für die Auswahl des für den Einsatz am besten geeigneten Arbeitnehmers. Vorliegend wählte die Klägerin I. _____ als geeigneten Arzt aus und wies ihn der Beklagten zu ("Bei I. _____ haben wir konkrete

Auflagen erhalten, die erfüllt werden mussten. Nach sorgfältiger Prüfung haben wir I. _____ vermittelt" [act. 33 Frage 5.3]; "Vor dem Einsatz nehmen wir eine sorgfältige Prüfung vor, weswegen wir folglich davon ausgehen, dass die auserwählten Ärzte die Leistung erbringen werden" [act. 33 Frage 4.8]).

- 4.6.3 Ferner lässt sich aus dem Umstand, dass die Klägerin im Rubrum des Einsatzvertrags 2014 nicht als Vertragspartei aufgeführt ist, nicht ohne Weiteres ableiten, dass sie nicht ebenfalls Vertragspartei war. Nach Ansicht der Klägerin handelte sie zwar nur als Vertreterin von I. _____. Dagegen spricht aber einerseits, dass die Klägerin den Vertrag zusätzlich zu I. _____ unterzeichnet hat, was im Falle eines Vertretungsverhältnisses nicht nötig gewesen wäre. Andererseits hatte die Klägerin den Vertrag unbestrittenermassen aufgesetzt und die Konditionen vorgegeben. An der Parteibefragung führte der Präsident des Verwaltungsrates der Klägerin auf entsprechende Frage hin aus, dass die Klägerin diesen Vertrag verfasst habe und es sich dabei um einen Standardvertrag der Klägerin handle (act. 33 Frage 6.1 f.). Dieser Standardvertrag sehe für alle Partnerkliniken gleich aus und beinhalte daher auch den gleichen Lohn. Der Lohn diene im Rahmen des Fairnessprinzips als Richtwert, zumal die Ärzte dazu neigen würden, ihr Honorar zu überschliessen. Auf diese Weise vertraue der jeweilige Radiologe der Klägerin und könne davon ausgehen, dass jeder für die gleiche Tätigkeit CHF 1'100.00 erhalte (act. 33 Frage 6.4). I. _____ hatte denn auch an den Vertragsverhandlungen nicht teilgenommen. Er hatte lediglich seine Anliegen im Vorfeld der Klägerin mitgeteilt (z.B. selbständige Befunde im Rahmen der Entscheidungskompetenz, keine Nachtschicht sowie Wochenend- und Feiertagsarbeit [act. 33 Frage 6.3]). Dass die Klägerin einen Standardlohn für alle von ihr vermittelten Ärzte vorgibt, spricht gegen das Vorliegen eines Mäklervertrags, hat sich der Vermittlungsmäkler doch für einen möglichst hohen Preis einzusetzen. Vorliegend würde sich denn auch die Frage stellen, ob sich die Klägerin – sollte es sich beim Vermittlungsvertrag 2014 tatsächlich um einen Mäklervertrag handeln – aufgrund einer Doppelmakelei nicht in einem Interessenkonflikt befunden hätte (vgl. Huguenin, a.a.O., Rz 3369).
- 4.6.4 Abgesehen davon, dass die Klägerin die Höhe des Lohnes bestimmte, koordinierte sie auch die Einsätze von I. _____. § 5 des Vermittlungsvertrags 2014 sieht vor, dass Anfragen von bereits vermittelten Kliniken über die Klägerin abzuwickeln sind (act. 15/27). Auch § 4 des Rahmenvertrags 2014 (Verleihvertrag) hält fest: Sollte die Beklagte zu einem späteren Zeitpunkt wiederum Fachärzte der Klägerin für temporäre Einsätze engagieren wollen, verpflichtet sie sich, die entsprechenden vertraglichen Vereinbarungen nicht direkt mit dem Arzt, sondern ausschliesslich mit der Klägerin abzuschliessen (act. 1/4). Entsprechend ist die Zusammenarbeit von I. _____ und der Klägerin auf Dauer ausgerichtet, worauf auch die vereinbarte, sechsmonatigen Kündigungsfrist in § 6 des Vermittlungsvertrags 2014 hinweist (act. 15/27). Ein Mäklervertrag erlischt hingegen nach Abschluss des vermittelten Geschäfts bzw. ist jederzeit kündbar (vgl. vorne E. 4.4.3).
- 4.6.5 Aus dem Einsatzvertrag 2014 ergibt sich weiter das Weisungsrecht des Einsatzbetriebes gegenüber I. _____ und dessen Eingliederung in die Arbeitsorganisation der Beklagten. Zum einen schreibt § 1 des Einsatzvertrags 2014 die tägliche Anwesenheit von I. _____ von 8.00 Uhr bis 17.00 Uhr vor. Zum anderen hält § 10 desselben Vertrags ausdrücklich fest, dass die beauftragende Institutsleitung gegenüber dem Beauftragten weisungsbefugt ist. Nicht nur diese fehlenden Freiheiten von I. _____ in der Arbeitsorganisation sprechen gegen die

Qualifikation seiner Tätigkeit bei der Beklagten als selbständigerwerbenden Honorararzt bzw. Belegarzt. Auch der Umstand, dass die Beklagte dem Arzt die Spitalinfrastruktur unentgeltlich zur Verfügung stellt und ihm zudem einen kostenlosen Parkplatz sowie eine Tagesspesenpauschale für Kost und Logis entrichtet (§ 1 und 9 des Einsatzvertrags 2014; act. 1/9), deuten nicht auf eine Belegarztstätigkeit hin. Ein klassischer Belegarzt ist ein Arzt, welcher in der Regel eine eigene Praxis führt, indes operative Eingriffe in einem Spital vornimmt, welches ihm einerseits Räumlichkeiten und Apparate sowie andererseits geeignetes Personal im Rahmen des Belegarztvertrages zur Verfügung stellt. Der Belegarztvertrag ist kein Arbeitsvertrag, nicht zuletzt weil der Arzt dem Spital ein Entgelt für die Benutzung der Spitalinfrastruktur zu bezahlen hat und auch nicht vom Spital entlohnt wird (Landolt/Herzog-Zwitter, Arzthaftungsrecht, 2014, § 6 N 383 ff.).

4.6.6 Schliesslich trifft es zwar zu, dass im Rahmen eines Personalverleihs – anders als vorliegend – der Verleiher den Arbeitnehmer entlohnt, um den Einsatzbetrieb vom administrativen Aufwand eines Arbeitsverhältnisses zu entlasten. Entsprechend dem typischen Zweck des Personalverleihs hat die Klägerin den administrativen Aufwand bei der Beklagten dennoch erheblich reduziert, indem sie der Beklagten den Aufwand der Rekrutierung erspart hat. Zudem wurde die Beklagte durch die Bezahlung der Vergütung an I. _____ nicht stark belastet, da I. _____ die Beiträge an die Sozialversicherung selbst zu entrichten hatte (§ 3 des Einsatzvertrags 2014; act. 1/9). Ausserdem ist der Umstand, dass I. _____ bei N. _____ als Selbständigerwerbender aufgenommen wurde (act. 15/28), für das Gericht bei der Beurteilung des infrage stehenden Rechtsverhältnisses nicht bindend. So wie die zivilrechtlichen Verhältnisse allenfalls gewisse Anhaltspunkte für die AHV-rechtliche Qualifikation zu bieten vermögen, jedoch nicht ausschlaggebend sind (Urteil des Bundesgerichts 9C_377/2015 vom 22. Oktober 2015 E. 3.2), lässt umgekehrt die AHV-rechtliche Qualifikation als Selbständigerwerbender nicht ohne Weiteres auf die zivilrechtlichen Verhältnisse schliessen.

4.6.7 Nach dem Gesagten war die Klägerin die rechtliche Arbeitgeberin von I. _____ und ihre Tätigkeit ist daher als Personalverleih im Sinne von Art. 12 Abs. 1 AVG zu qualifizieren. Dass die Klägerin gewerbsmässig handelt, ist nicht umstritten, weshalb sie für ihre Tätigkeit eine Betriebsbewilligung des kantonalen Arbeitsamtes benötigt. Da die Klägerin über keine entsprechende Bewilligung verfügt, ist der Verleihvertrag gemäss Art. 22 Abs. 5 AVG nichtig und die Klägerin hat keinen Anspruch auf Zahlung der im Rahmenvertrag 2014 vereinbarten Provision. Bei diesem Ergebnis kann offenbleiben, ob die Vorinstanz zu Recht zum Schluss gelangte, dass infolge der wirtschaftlichen und persönlichen Verbundenheit zwischen dem Einsatzbetrieb – d.h. der Beklagten – und der G. _____ die Vermittlungstätigkeit der Klägerin auf die G. _____ ausgestrahlt habe und der Beklagten die Festanstellung von I. _____ zuzurechnen sei (vgl. vorne E. 3 a.E.)

5. Zusammenfassend erweist sich die Berufung als begründet, was zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids und zur Abweisung der Klage führt.

5.1 Bei diesem Verfahrensausgang hat die unterliegende Klägerin die gesamten Prozesskosten des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens zu tragen (Art. 318 Abs. 3 und Art. 106 Abs. 1 ZPO).

- 5.2 Die erstinstanzlichen Gerichtskosten von insgesamt CHF 5'400.00 (act. 43 Dispositiv-Ziff. 2) sind der Klägerin aufzuerlegen. Die Klägerin ist zudem zu verpflichten, der Beklagten eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen. Bei einem Streitwert von CHF 68'040.00 (act. 43 E. 9.1) beläuft sich das Grundhonorar der Rechtsanwälte auf CHF 8'623.60 (§ 3 Abs. 1 AnwT). Aufgrund des zweiten Schriftenwechsels und der Partei- und Zeugenbefragung rechtfertigt sich die Berechnung eines Zuschlags von insgesamt 75 % (§ 5 AnwT), was ein Honorar von CHF 15'091.30 ergibt (vgl. act. 43 E. 9.2). Unter Berücksichtigung der geltend gemachten Barauslagen von CHF 102.60 (act. 39) und der Mehrwertsteuer von 7,7 % (= CHF 1'169.90; vgl. § 25 f. AnwT) resultiert für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von gerundet CHF 16'365.00.
- 5.3 Der für die Festsetzung der zweitinstanzlichen Gerichtskosten massgebende Streitwert beträgt – wie schon im erstinstanzlichen Verfahren – CHF 68'040.00 (vgl. act. 43 E. 9.1). Bei diesem Streitwert ist die ordentliche Entscheidunggebühr auf CHF 5'400.00 festzusetzen (§ 15 Abs. 1 i.V.m. § 11 Abs. 1 KoV OG).

Die Parteientschädigung richtet sich im Rechtsmittelverfahren nach dem noch in Betracht kommenden Streitwert (§ 8 Abs. 1 AnwT), welcher vorliegend – ohne Zinsen (vgl. Art. 91 Abs. 1 ZPO) – CHF 63'000.00 beträgt. Bei diesem Streitwert beträgt das Grundhonorar der Rechtsanwälte CHF 8'170.00 (§ 3 Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 1 AnwT). Im Weiteren wurde im vorliegenden Verfahren zwar kein zweiter Schriftenwechsel durchgeführt (vgl. act. 50). Die Beklagte reichte indessen im Rahmen des unbedingten Replikrechts zwei weitere Stellungnahmen ein, was die Berechnung eines Zuschlags von 25 % zu rechtfertigen vermag, womit ein Betrag von CHF 10'212.50 resultiert (§ 5 Abs. 1 Ziff. 2 i.V.m. § 8 Abs. 2 AnwT). Dieser Betrag ist im vorliegenden Fall gemäss § 8 Abs. 1 Satz 1 AnwT auf zwei Drittel, d.h. CHF 6'808.35, zu reduzieren. Umstände, die ausnahmsweise die Berechnung des vollen Grundhonorars als begründet erscheinen liessen (vgl. § 8 Abs. 1 Satz 2 AnwT), sind nicht ersichtlich. Unter Hinzurechnung der von der Beklagten geltend gemachten Auslagen von CHF 26.50 (act. 62; § 25 Abs. 2 AnwT) sowie der Mehrwertsteuer von 7,7 % auf CHF 6'834.50 (= CHF 526.30; § 25a AnwT) ergibt sich somit eine Parteientschädigung von gerundet CHF 7'360.00.

Urteilsspruch

1. In Gutheissung der Berufung wird der Entscheid des Kantonsgerichts Zug, 3. Abteilung, vom 5. November 2020 aufgehoben und die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebür für das Berufungsverfahren von CHF 5'400.00 wird zusammen mit den erstinstanzlichen Gerichtskosten von CHF 5'400.00 (total CHF 10'800.00) der Klägerin auferlegt und mit dem von ihr für das erstinstanzliche Verfahren geleisteten Kostenvorschuss von CHF 5'400.00 sowie dem von der Beklagten für das Berufungsverfahren geleisteten Kostenvorschuss von CHF 5'400.00 verrechnet. Die Klägerin hat der Beklagten den Kostenvorschuss im Umfang von CHF 5'400.00 zu ersetzen.
3. Die Klägerin hat die Beklagte für das erstinstanzliche Verfahren mit CHF 16'365.00 (inkl. MWST) und für das Berufungsverfahren mit CHF 7'360.00 (inkl. MWST) zu entschädigen.
4. Gegen diesen Entscheid mit einem Streitwert von über CHF 30'000.00 ist die Beschwerde in Zivilsachen nach den Art. 72 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) zulässig; die Beschwerdegründe richten sich nach den Art. 95 ff. BGG. Eine allfällige Beschwerde ist innert 30 Tagen seit Zustellung des Entscheids schriftlich, begründet und mit bestimmten Anträgen sowie unter Beilage des Entscheids und der Beweismittel (vgl. Art. 42 BGG) beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Die Beschwerde hat nach Art. 103 Abs. 1 BGG in der Regel keine aufschiebende Wirkung.
5. Mitteilung an:
 - Parteien
 - Kantonsgericht Zug, 3. Abteilung (A3 2018 42)
 - Gerichtskasse (im Dispositiv)

Obergericht des Kantons Zug
I. Zivilabteilung

lic.iur. P. Huber
Abteilungspräsident

Dr.iur. F. Wiget
Gerichtsschreiberin

versandt am: