

ZH_KASSATIONSGERICHT AA050057 vom 9. Februar 2006

Zh Kassationsgericht, 2006-02-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_kassationsgericht_AA050057

FR: ZH_KASSATIONSGERICHT AA050057 du 9 février 2006

IT: ZH_KASSATIONSGERICHT AA050057 del 9 febbraio 2006

Erwägungen

E. 1

Die Vorinstanz erwog, wie sich aus der seiner Bewerbung vorausgegangen Stellenausschreibung ergebe "(Urk. 21/3)" und auch schon von der Erstinstanz zutreffend festgehalten worden sei, habe zum Aufgabenbereich des Beschwerdeführers jedenfalls auch die "Anordnung und Begleitung von Umbauarbeiten" gehört. Das spreche grundsätzlich schon dagegen, dass für derartige Aufgaben separate Entschädigungen vorgesehen oder geschuldet sein sollen. Da der Beschwerdeführer geltend mache, dass es im Verhältnis zwischen ihm und der Beschwerdegegnerin anders gewesen bzw. vereinbart worden sei, trage er die Beweislast für die Richtigkeit seiner diesbezüglichen Behauptungen (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 14).

- 4 - a) Der Beschwerdeführer wendet dazu vorab ein, diese Erwägungen widersprächen dem eindeutigen Text des Stelleninserates AG act. 21/3. Mit diesem Inserat habe die Beschwerdegegnerin per 1. Juli 1998 den Nachfolger des Beschwerdeführers gesucht. Sodann sei in dieser Stellenausschreibung keine Rede von Anordnung und Begleitung von Umbauarbeiten. Die gegenteiligen Feststellungen der Vorinstanz seien aktenwidrig im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO und verletzen klares materielles Recht im Sinne von § 281 Ziff. 3 ZPO (Beschwerde KG act. 1 S. 6 f.). b) Gegen Entscheide, die der Berufung an das Bundesgericht unterliegen, ist die Nichtigkeitsbeschwerde nicht zulässig. Dieser Weiterzug an das Bundesgericht gilt als gegeben, wenn das Bundesgericht frei überprüfen kann, ob der geltend gemachte Mangel vorliege (§ 285 Abs. 1 und 2 ZPO). c) Gegen das angefochtene Urteil ist die Berufung an das Bundesgericht zulässig (Art. 43 ff. OG; vgl. die zutreffende Rechtsmittelbelehrung im angefochtenen Urteil KG act. 2 S. 24 Ziff. 7.b). Mit dieser kann geltend gemacht werden, der angefochtene Entscheid beruhe auf Verletzung des Bundesrechts. Eine solche - auch eine Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften - prüft das Bundesgericht frei (Art. 43 OG). d) Nach Art. 55 lit. d OG kann im eidgenössischen Berufungsverfahren im Zusammenhang mit einer behaupteten Verletzung von Bundesrecht - wozu die von der Vorinstanz in diesem Zusammenhang geprüfte Beweislastverteilung gehört (Art. 8 ZGB) - auch vorgebracht werden, die Feststellung einer nach dem Bundesrecht zu beurteilenden Tatsache durch die kantonale Instanz beruhe auf einem offensichtlichen Versehen (vgl. Messmer/Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zürich 1992, Rz 100; Münch, in: Geiser/Münch [Hrsg.], Prozessieren vor Bundesgericht, Basel/Frankfurt a.M. 1996, Rz 4.59 und 4.65 f.; s.a. Art. 63 Abs. 2 OG). Inhaltlich entspricht die Versehrung nach Art. 55 Abs. 1 lit. d und Art. 63 Abs. 2 OG der Rüge der Aktenwidrigkeit im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO. Eine solche liegt dann vor, wenn ein Bestandteil der Akten gar nicht oder nicht in seiner wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen worden ist und sich die angefochtene Feststellung deshalb als "blanker Irrtum"

- 5 - erweist (ZR 55 Nr. 115; 81 Nr. 88 Erw. 6; von Rechenberg, die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986 S. 27; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 67/68; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 44 zu § 281). Demzufolge kann das Kassationsgericht in berufungsfähigen Fällen grundsätzlich nicht auf den Aktenwidrigkeitseinwand eintreten; ein diesbezüglicher Mangel ist vor Bundesgericht zu rügen (ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; 55 Nr. 115; von Rechenberg, a.a.O., S. 42; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 14 zu § 285, N 44 a.E. zu § 281; Spühler/Vock, a.a.O., S. 68). e) Auf die Aktenwidrigkeitsrüge des Beschwerdeführers kann deshalb nicht eingetreten werden. Sie ist vor Bundesgericht vorzutragen. f) Auch auf die Rüge der Verletzung klaren materiellen Rechts ist nicht einzutreten. Einerseits sind Verletzungen materiellen Bundesrechts ebenfalls vor Bundesgericht geltend zu machen (vorstehend lit. b und c). Ob die Vorinstanz bei der Prüfung der Beweislastverteilung zu Recht oder zu Unrecht keine Unterscheidung zwischen Umbauarbeiten und Unterhaltsarbeiten vornahm bzw. die "Unterhaltsarbeiten" im Stelleninserat AG act. 21/3 als "Umbauarbeiten" bezeichnete (und deswegen davon ausging, dass dies grundsätzlich schon dagegen spreche, dass für derartige Aufgaben separate Entschädigungen vorgesehen oder geschuldet sein sollen), ist ebenfalls eine Frage der Anwendung des Bundesrechts.

E. 2

Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung seines Gehörsanspruchs, indem die Vorinstanz ohne Begründung und in Widerspruch zu seinen detaillierten Ausführungen und Belegen "diese Tätigkeiten" nicht als Bauleitung anerkennt, sondern als Begleitung von Umbauarbeiten bezeichnet. Ferner verletze die Vorinstanz damit klares Recht, nämlich die SIA-Norm 102 (Beschwerde KG act. 1 S. 7 3. Absatz). Diese Rügen sind nicht nachvollziehbar. Wie die Beschwerdegegnerin zutreffend einwendet (Beschwerdeantwort KG act. 16 S. 3), hat die Vorinstanz die fraglichen Tätigkeiten des Beschwerdeführers durchaus als Bauleitungsarbeiten

- 6 - "anerkannt" (vgl. auch das Zitat auf S. 8 der Beschwerde aus S. 55 des erstinstanzlichen Urteils [OG act. 89] sowie Ziff. 2 S. 8 der Beschwerde). Sie ist aber davon ausgegangen, dass nichts dafür vorliege, dass die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer dafür eine separate Entschädigung nach SIA-Tarif zugesichert hätte (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 16 Ziff. 5.4 dritter Absatz). Daran gehen diese Rügen vorbei. Es ist schon deshalb nicht darauf einzutreten.

E. 3

Weiter macht der Beschwerdeführer geltend, mit der Bestätigung der falschen erstinstanzlichen Beweislastverteilung habe die Vorinstanz seinen Gehörsanspruch und wesentliche Verfahrensgrundsätze verletzt (Beschwerde KG act. 1 S. 7 f.). Wie bereits erwähnt (vorstehend Ziff. 2.d), richtet sich die Beweislastverteilung im vorliegenden Prozess nach Bundesrecht (Art. 8 ZGB). Die Rüge, die Beweislast sei falsch verteilt worden, ist deshalb vor Bundesgericht zu erheben und kann nicht in diesem kantonalen Beschwerdeverfahren geltend gemacht werden. Damit kann auch auf Rügen, welche daraus abgeleitet werden, dass die Beweislast falsch verteilt worden sei, nicht eingetreten werden. Solche Rügen gehen am angefochtenen Urteil (und der Beweislastverteilung, auf welcher dieses Urteil beruht) vorbei. Auch auf die eingangs dieser Ziffer erwähnten Rügen des

Beschwerdeführers ist deshalb nicht einzutreten.

E. 4

Der Beschwerdeführer führt weiter aus, die Vorinstanzen hätten missachtet, dass die Beschwerdegegnerin den Beweis weder angetreten noch geleistet habe, dass er keine Bauleitungsaufgaben im eigentlichen Sinne ausgeführt habe. Die Unrichtigkeit dieser negativen Behauptungen der Beschwerdegegnerin hätten Arbeitsgericht und Vorinstanz anerkannt (Beschwerde KG act. 1 S. 8). Diese Ausführungen sind widersprüchlich und nicht nachvollziehbar (vgl. auch vorstehend Ziff. 2). Wenn die Vorinstanzen nach der Darstellung des Beschwerdeführers die Unrichtigkeit der Behauptungen der Beschwerdegegnerin

- 7 - "anerkannten", gingen sie sehr wohl davon aus, dass diese den Beweis dafür nicht geleistet habe. Auf diese Rüge ist nicht weiter einzutreten.

E. 5

In diesem Zusammenhang macht der Beschwerdeführer geltend, die Vorinstanz habe eine Zugabe der Beschwerdegegnerin missachtet (bzw., sie habe nicht darauf abgestellt), dass spezifische Architektenleistungen oder eine Bauführung im bautechnischen Sinne nicht zu seinem Aufgabenbereich als Verwalter gehört hätten (Beschwerde KG act. 1 S. 8). a) Es ist nicht leicht erkennbar, was der Beschwerdeführer damit rügen will. Will er damit geltend machen, a) die Beschwerdegegnerin habe zugestanden, dass die von ihm separat verrechneten Bauleitungsarbeiten nicht zu seinem Aufgabenbereich als Arbeitnehmer, als Verwalter gehörten, b) die Vorinstanzen hätten anerkannt, dass er solche Arbeiten geleistet habe, c) daraus folge, dass diese Arbeiten nicht als Arbeitnehmer/Verwalter bzw. dass sie separat, ausserhalb des Arbeitsverhältnisses geleistet worden seien, d) daraus folge im Gegensatz zur vorinstanzlichen Schlussfolgerung, dass sie auch separat, ausserhalb des Arbeitsverhältnisses zu entschädigen (gewesen) seien, so ist er auch damit ans Bundesgericht bzw. auf die eidgenössische Berufung zu verweisen: b) Die Vorinstanz erwog, der Beschwerdeführer sei als Arbeitnehmer mit einem vollen Pensum grundsätzlich verpflichtet gewesen, die Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren. Die Beschwerdegegnerin habe als Arbeitgeberin das Recht auf seine Arbeitsleistung gehabt. Habe der Beschwerdeführer über den vereinbarten Umfang von 42 wöchentlichen Arbeitsstunden hinaus Arbeit leisten müssen, habe er - mangels einer anderweitigen diesbezüglichen Vereinbarung im Arbeitsvertrag - grundsätzlich ausschliesslich auf eine Kompensation oder eine Überstundenentschädigung Anspruch gehabt. Da er demgegenüber behaupte, für seine (seinem Vorbringen entsprechend zusätzlich zur wöchentlichen Arbeitszeit erbrachten) Bauleitungseinsätze eine besondere Entschädigung nach SIA-Tarif beanspruchen zu können, obliege es ihm zu beweisen, dass die Voraussetzungen für eine solche separate Vergütung erfüllt seien (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 14 f.). Der Beschwerdegegnerin sei bekannt gewesen, bzw. es habe ihr bekannt sein müssen, dass der Beschwer-

- 8 - deführer die fraglichen Bauleitungsaufgaben übernommen habe. Hingegen liege nichts dafür vor, dass sie ihm dafür eine separate Entschädigung ausdrücklich oder auch nur konkludent zugesichert hätte. Ein Arbeitnehmer habe für Arbeiten, die er ausserhalb seines Pflichtenheftes (Fettschrift durch das Kassationsgericht) erfülle und mit denen die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit überschritten werde, grundsätzlich Anspruch auf eine Überzeitentschädigung. Allein aus solchen Umständen könne keine Rechtsgrundlage für

eine spezielle Entschädigung und namentlich für eine Entschädigung nach Massgabe der SIA-Normen abgeleitet werden (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 16). Zu keinem anderen Schluss führe, dass bei gewissen, vom Vorgänger A. und vom Beschwerdeführer im Zusammenhang mit Umbauten arbeitsteilig übernommenen Aufgaben die Honorare für Architektur- und Bauleitungsaufgaben aufgeschlüsselt worden seien, da ohne anderweitige Vereinbarung das Ergebnis der Arbeit des Beschwerdeführers - mithin auch ein allfälliger Anspruch auf Bauleitungshonorare - ohnehin der Beschwerdegegnerin zugestanden sei (Art. 312b Abs. 2 OR) bzw. als Eigenleistungen der Beschwerdegegnerin zu werten wäre und der Beschwerdeführer höchstens Anspruch auf die Entschädigung von Überstunden bzw. Überzeit gehabt hätte (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 17 f.). c) Die Vorinstanz berücksichtigte damit durchaus die Möglichkeit, dass der Beschwerdeführer mit den fraglichen Bauleitungsarbeiten Tätigkeiten ausserhalb seines Pflichtenheftes bzw. Aufgabenbereichs als Verwalter der Beschwerdegegnerin und ausserhalb der vereinbarten Arbeitszeit ausübte. Sie ging indes aufgrund seiner Stellung als Arbeitnehmer mit einem vollen Pensum bzw. aufgrund der arbeitsrechtlichen Bestimmungen davon aus, dass daraus kein Anspruch auf ein separates Bauleitungshonorar nach SIA-Norm folge. Einerseits geht die Rüge daran vorbei. Andererseits erachtete die Vorinstanz die entsprechenden Ausführungen des Beschwerdeführers aus rechtlichen Gründen für irrelevant (bzw. als nichts an ihrer rechtlichen Schlussfolgerung ändernd). Erachtet der Beschwerdeführer das für unzutreffend, hat er das als Rechtsverletzung beim Bundesgericht zu beanstanden. Im vorliegenden Beschwerdeverfahren kann auch darauf nicht eingetreten werden.

- 9 -

E. 6

Der Beschwerdeführer führt aus, er habe Beweise für die Richtigkeit seiner Sachdarstellung erbracht. Diese Beweise seien von den Vorinstanzen in Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht gewürdigt oder dann mit willkürlichen Annahmen übergangen worden (Beschwerde KG act. 1 S. 9). In der Folge listet der Beschwerdeführer auf 5 Seiten "insbesondere die nachfolgenden Tatsachen" auf (Beschwerde KG act. 1 S. 9 - 13). a) Aus der Natur des Beschwerdeverfahrens, das keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter darstellt, folgt, dass sich der Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzen und den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen muss (§ 288 Ziff. 3 ZPO). In der Beschwerdebegründung sind insbesondere die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheides zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Es ist nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes zu suchen. Wer die vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich rügt, muss in der Beschwerde genau darlegen, welche tatsächlichen Annahmen des angefochtenen Entscheides auf Grund welcher Aktenstellen willkürlich sein sollen. Wird Aktenwidrigkeit einer tatsächlichen Annahme behauptet, so sind ebenfalls die Bestandteile der Akten, die nicht oder nicht in ihrer wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen worden sein sollen, genau anzugeben. Wer vorbringt, angerufene Beweismittel seien nicht abgenommen worden, hat zu sagen, wo und zu welchen Behauptungen er sich auf diese berufen hat (ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 zu § 288; Spühler/Vock, a.a.O.; von Rechenberg, a.a.O., S. 16 ff.). Zu prüfen ist, ob der angefochtene Entscheid auf Grund des bei der Vorinstanz gegebenen Aktenstandes an einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 ZPO leidet. Daher

sind neue tatsächliche Behauptungen, Einreden, Bestreitungen und Beweise, die eine Vervollständigung des Prozessstoffes bezwecken, über welchen der erkennende Richter zu entscheiden hatte, im Beschwerdeverfahren nicht zulässig. Gemäss § 290 ZPO werden lediglich die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe überprüft. Diese sind nach § 288 Ziff. 3 ZPO in der Beschwerde

- 10 - nachzuweisen; die blosser Verweisung auf frühere Vorbringen genügt daher nicht (vgl. Guldener, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 67; von Rechenberg, a.a.O., S. 16 ff.; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 f. zu § 288 mit Hinweisen; Spühler/Vock, a.a.O., S. 56 f., 72 f.). b) Die Ausführungen des Beschwerdeführers unter Ziff. 3 der Beschwerde (KG act. 1 S. 9 - 13) genügen diesen Substantiierungsanforderungen an eine Nichtigkeitsbeschwerde nicht. Insbesondere erklärt der Beschwerdeführer nicht, welche vorinstanzlichen Feststellungen er damit beanstanden möchte. Im Gegenteil: Mit der Ausführung, diese Beweise seien von den Vorinstanzen überhaupt nicht gewürdigt oder dann mit willkürlichen Annahmen übergangen worden, möchte es der Beschwerdeführer dem Kassationsgericht übertragen, die vorinstanzlichen Entscheide darauf hin zu durchsuchen, welche der vom Beschwerdeführer in der Beschwerde aufgelisteten "Beweise" bezüglich welcher relevanten Tatsachenbehauptungen nicht gewürdigt oder mit willkürlichen Annahmen (mit welchen?) übergangen worden sein sollen. Das ist nicht zulässig, sondern ungenügend substantiiert. Das gilt auch für die fehlenden Darlegungen, wo der Beschwerdeführer die von ihm aufgelisteten tatsächlichen Ausführungen bereits vor den Vorinstanzen dargelegt und wo er die genannten Akten zu welchen Behauptungen zum Beweis offeriert hätte. Auf diese appellatorischen Ausführungen kann nicht eingetreten werden. c) Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz treffe eine willkürliche Beweiswürdigung und verletze seinen Gehörsanspruch, indem sie im Widerspruch zu den aufgelisteten und beweismässig erhärteten Tatsachen erwäge, nichts liege dafür vor, dass ihm die Beschwerdegegnerin eine separate Entschädigung nach SIA-Tarif für seine Bauleitungsaufgaben ausdrücklich oder auch nur konkludent zugesichert habe (Beschwerde KG act. 1 S. 13 vor Ziff. 4 mit Verweisung auf das angefochtene Urteil KG act. 2 S. 16 Mitte).

- 11 - Zwar bezieht sich der Beschwerdeführer dabei auf eine klar bezeichnete vorinstanzliche Erwägung. Dabei verwies die Vorinstanz indes einerseits auf die erstinstanzlichen Erwägungen zum Beweisergebnis und andererseits auf eigene vorher ausgeführte und weitere erstinstanzliche Erwägungen (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 16). Mit all diesen Erwägungen setzt sich der Beschwerdeführer nicht auseinander, wie die Beschwerdegegnerin zu Recht einwendet (Beschwerdeantwort KG act. 16 S. 4). Den vorstehend dargelegten Substantiierungsanforderungen genügt es nicht, einer vorinstanzlichen Zusammenfassung eines Beweisergebnisses einfach in appellatorischer Weise verschiedene - evtl. relevante, evtl. völlig irrelevante, als solche wiederum ungenügend substantiierte (vgl. vorstehend lit. b) - Aktenstellen entgegenzuhalten, statt sich mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinanderzusetzen.

E. 7

Der Beschwerdeführer macht weiter geltend, die Vorinstanz anerkenne die Richtigkeit seiner Ausführungen, dass für die Umbauten in der Liegenschaft ____strasse __ in Luzern die separate Entschädigung klar vorgeschlagen und von der Verwaltung der Beschwerdegegnerin ausdrücklich beschlossen worden sei. Diese separate Entschädigung betreffe - so der Beschwerdeführer in der Beschwerde weiter - gemäss AG act. 52/3/6 S. 2

die einzelnen Leistungen für Pläne und für Bauleitung, somit die Entschädigung an A. für die Pläne und an den Beschwerdeführer für die Bauleitung (Beschwerde KG act. 1 S. 13 Ziff. 4). Daraus möchte der Beschwerdeführer eine Gehörsverletzung ableiten, indem die Vorinstanz nicht begründe, weshalb diese Ausführungen nicht zum Nachweis genügen, dass nicht nur der frühere Verwalter A., sondern auch der Beschwerdeführer als Verwalter für solche ausserhalb seines Pflichtenheftes liegende Aufgaben separat entschädigt worden sei (Beschwerde KG act. 1 S. 14 oben). a) Die Vorinstanz bezog die damals klar vorgeschlagene und ausdrücklich beschlossene separate Entschädigung auf diejenige von A. (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 17 zweiter Absatz). In der Beschwerde möchte der Beschwerdeführer diese separate Entschädigung auch auf sich selber für die Bauleitung beziehen. Dazu verweist er auf AG act. 52/3/6 S. 2. Dabei handelt es sich um das

- 12 - Protokoll der Sitzung der Verwaltung der Beschwerdegegnerin vom 13. Februar 1974. Zwar erläuterte dabei A., dass die Ansätze für Pläne und Bauleitung in der Honorarordnung für architektonische Arbeiten des SIA geregelt seien. Das Honorar werde im allgemeinen nach Prozenten der Baukosten berechnet, für jede einzelne Leistung seien Prozent-Ansätze des entsprechenden Arbeitsaufwandes festgelegt (AG act. 52/3/6 S. 2). Davon, dass der Beschwerdeführer die Bauleitung übernehmen und dafür separat, neben seinem Lohn als Verwalter, entschädigt werde, ist keine Rede. Insofern geht die Beschwerde fehl. b) In diesem Zusammenhang erwog die Vorinstanz, dass "auch" (so der Beschwerdeführer gemäss vorinstanzlichem Zitat wörtlich) bei seinem Vorgänger A. separate Honorare vereinbart worden seien, genüge entgegen seinen Ausführungen und Schlussfolgerungen keineswegs zum Nachweis, dass dies dann "auch" bei ihm der Fall gewesen wäre (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 17 unten). Dem Beschwerdeführer ist unklar, was die Vorinstanz damit meint. Zudem werde er mit der Behauptung "auch" falsch zitiert (Beschwerde KG act. 1 S. 13 unten). Die Vorinstanz bezog sich dabei offensichtlich (so auch gemäss Beschwerdeführer) auf OG act. 93 S. 14 2. Absatz. Dieser lautet vollständig: "Diese drei Aktenstellen, der Kostenvoranschlag Waschküchen-Modernisierung" _____strasse _____ "(act. 52/3/1 S. 2), der Kostenvoranschlag Umbauprojekt" _____strasse _____ "mit Erläuterungen zu den Positionen Pläne und Bauleitung (act. 52/3/6 S. 2 und 3) sowie das Akontozahlungsgesuch" A. "vom 30. Juni 1974 (act. 63) beweisen, dass auch bei" A, "Vorgänger des Beklagten, die Ausarbeitung von Plänen und die Durchführung der Bauleitung bei Umbauten und Sanierungen nicht zum Aufgabenbereich des Verwalters gehört haben. Diese Arbeiten waren nicht in seinem Lohn enthalten. Sie sind als separater Auftrag nach SIA entschädigt worden. Auf einen weiteren Beweis (Umbau" _____strasse _____, "1971 - 73) in act. 52/3/1 und act. 57/4 wird der Beklagte noch eingehen".

- 13 - aa) Direkt bezog der Beschwerdeführer in dieser Passage zwar das "auch" auf den Aufgabenbereich des Verwalters bei A. bzw. darauf, dass bei A. die Ausarbeitung von Plänen und die Durchführung der Bauleitung nicht zum Aufgabenbereich des Verwalters gehört hätten. Da er diese Darlegung indes offenkundig mit der Entschädigung als separaten Auftrag nach SIA verband, ist die vorinstanzliche Zitation nicht falsch. bb) Es ist klar, was die Vorinstanz damit erwog: Daraus, dass beim Vorgänger des Beschwerdeführers separate Honorare vereinbart worden seien, folge kein Nachweis, dass mit dem Beschwerdeführer separate Honorare vereinbart worden wären. Das vom Beschwerdeführer eingefügte "auch" sei verfehlt. c) Die Vorinstanz begründete ihre Erwägung sehr wohl. Einerseits ist die in vorstehender lit. b erwähnte Erwägung bereits Begründung und bedarf

als solche keiner weiteren Erklärung. Andererseits begründete die Vorinstanz verschiedentlich, weshalb der Beschwerdeführer aus der Entschädigungsart seines Vorgängers A. nicht das gleiche für sich ableiten kann (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 16 unten und S. 17 oben, S. 17 unten, S. 18 oben). Von einer Verletzung des Gehörsanspruchs durch eine Verletzung der Begründungspflicht kann keine Rede sein.

E. 8

In Ziff. 5 der Beschwerde macht der Beschwerdeführer geltend, mit der Erwägung, er habe gestützt auf Art. 321b OR ohnehin das Bauleitungshonorar an die Beschwerdegegnerin abliefern müssen, treffe die Vorinstanz eine willkürliche tatsächliche Annahme und verletze klares Recht (Beschwerde KG act. 1 S. 14 f. Ziff. 5). Zu Recht wendet die Beschwerdegegnerin ein, dabei vermische der Beschwerdeführer Tatsächliches und Rechtliches (Beschwerdeantwort KG act. 16 S. 5 zu Ziff. 5). Bei dieser Rüge bezieht sich der Beschwerdeführer entweder auf die vorinstanzliche Erwägung, dass die Beschwerdegegnerin als Arbeitgeberin das Recht auf seine Arbeitsleistung gehabt habe (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 14 unten mit Verweisung auf den Basler Kommentar OR I, Rehbinden/Port-

- 14 - mann, N 3 zu Art. 321b OR), und/oder auf die vorinstanzliche Erwägung, dass ohne anderweitige Vereinbarung das Ergebnis der Arbeit des Beschwerdeführers - mithin (so die Vorinstanz) auch ein allfälliger Anspruch auf Bauleitungshonorare - ohnehin der Beschwerdegegnerin zugestanden sei (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 18 oben mit Verweisung auf Art. 321b Abs. 2 OR sowie auf den Basler Kommentar OR I, Rehbinden/Portmann, N 2 zu Art. 321b OR). Ob dies zutrifft und ob die Anwendung dieser Bestimmung auf den vorliegenden Sachverhalt richtig ist oder nicht, ist eine Frage des materiellen Bundesrechts, auf welche in diesem kantonalen Beschwerdeverfahren nicht eingetreten werden kann (vorstehend Ziff. 1.b und c). Ob hingegen der Sachverhalt richtig festgestellt wurde, wäre auf entsprechende substantiierte Rüge im vorliegenden Verfahren auf Willkür zu prüfen. Die unter Ziff. 5 der Beschwerde erhobene Rüge genügt indes, soweit sie sich auf eine tatsächliche Feststellung der Vorinstanz beziehen möchte, den dargelegten Substantiierungsanforderungen (vorstehend Ziff. 6.a) nicht. Auf diese Rügen kann nicht eingetreten werden.

E. 9

Die Vorinstanz erwog, habe der Beschwerdeführer über den vereinbarten Umfang von 42 wöchentlichen Arbeitsstunden hinaus Arbeit leisten müssen, hätte er - mangels einer anderweitigen diesbezüglichen Vereinbarung im Arbeitsvertrag (und entgegen seiner danach geprüften Behauptung von separaten Entschädigungen nach SIA-Tarif) - grundsätzlich ausschliesslich Anspruch auf eine Kompensation oder eine Überstundenentschädigung gehabt (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 14 f.). Dass er Überzeitarbeit geleistet habe, habe er zunächst gar nicht und dann teilweise zu spät und im Übrigen nicht genügend substantiiert behauptet. Für das (ohne substantiierte Quantifizierung) behauptete Mehrpensum sei der Beweis nicht erbracht (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 18 Ziff. 5.5). Der Beschwerdeführer macht dazu geltend, er habe in der Duplik vor Erstinstanz ausgeführt, dass er die zusätzlichen Aufträge (gemeint: die Bauleitungen) ausserhalb oder in Kompensation der während der Bürozeit benötigten Zeit, in Überzeitarbeit, die nicht entschädigt worden sei, geleistet habe (Beschwerde KG act. 1 S. 15 unten). Ferner habe er in seiner persönlichen Befragung sein Wochenarbeitspensum auf

ca. 55 - 60 Stunden beziffert und erklärt, er habe

- 15 - regelmässig am Abend, an Samstagen und wenn nötig auch am Sonntag die für Bauleitungsaufgaben benötigte Zeit kompensiert. Im Gegensatz zu den vorinstanzlichen Erwägungen sei er auch seiner diesbezüglichen Substantiierungspflicht nachgekommen, indem er die detaillierten Aufstellungen A. (AG act. 21/4 - 6, 34/3, 57/3) sowie das Privatgutachten B. (AG act. 34/5) eingereicht habe. Gemäss § 55 ZPO hätte ihn das Arbeitsgericht zur Substantiierung des Zeitaufwandes für die einzelnen in Rechnung gestellten Bauleitungsaufgaben auffordern und darüber Beweis abnehmen müssen. Den ihm durch das Arbeitsgericht auferlegten Hauptbeweis dafür, dass er die Bauleitungsaufgaben ausserhalb der Normalarbeitszeit geleistet oder aber Normalarbeitszeit, die er für Bauleitungsaufgaben verwendet habe, (ohne Überstundenentschädigung) kompensiert habe, habe er erbracht (Beschwerde KG act. 1 S. 16). Wie viele Stunden er ausserhalb der Normalarbeitszeit oder mit Kompensierung für die Bauleitungsaufgaben verwendet habe, habe das Arbeitsgericht nicht zum Beweis verstellt. Indem ihm die Vorinstanzen entgegenhielten, diesen Aufwand nicht genügend substantiiert zu haben, sie ihn aber nie auf diese mangelnde Substantiierung hingewiesen hätten, liege eine Verletzung von § 55 ZPO und eine Verletzung wesentlicher Verfahrensgrundsätze vor. Zudem hätten die Vorinstanzen sein Recht auf Beweisführung verletzt, indem sie zwar seinen Anspruch auf Entschädigung der Überstunden anerkannt, zum Quantitativen dieser Überstunden aber keinen Beweis abgenommen hätten (Beschwerde KG act. 1 S. 17 oben). a) Die Vorinstanzen übersahen die vom Beschwerdeführer zitierten Ausführungen in der Duplik vor Erstinstanz nicht und übergingen sie auch nicht. Vielmehr bezeichnete sie die Erstinstanz - auf deren Erwägungen die Vorinstanz verwies (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 18 Ziff. 5.5) - explizit als ungenügend substantiiert (erstinstanzliches Urteil OG act. 89 S. 56 f. Ziff. 13.2). Zur Frage der genügenden bzw. ungenügenden Substantiierung vgl. nachfolgend lit. d. b) Auch die Aussagen des Beschwerdeführers in seiner persönlichen Befragung übersahen oder übergingen die Vorinstanz nicht. Sie bezeichneten sie als verspätet (erstinstanzliches Urteil OG act. 89 S. 57 zweiter Absatz; angefochtenes

- 16 - Urteil KG act. 2 S. 19 zweiter Absatz a.E.). Dagegen wendet der Beschwerdeführer nichts ein. c) Unbehelflich sind die Verweisungen des Beschwerdeführers auf "die detaillierten Aufstellungen" A "(act. 21/4 - 6, 34/3, 57/3) sowie das Privatgutachten" B. "(act. 34/5)". Einerseits zeigt der Beschwerdeführer nicht auf, dass er im erstinstanzlichen Hauptverfahren auf in diesen Unterlagen enthaltene Mehr- bzw. Überstunden verwiesen hätte (vgl. dazu ZR 95 Nr. 12). Andererseits finden sich in den vom Beschwerdeführer hierbei angerufenen, im erstinstanzlichen Hauptverfahren (und nicht erst im Beweisverfahren, was die Vorinstanz als verspätet bezeichnete) eingereichten Akten (AG act. 21/4 - 6) keinerlei Angaben zu einem Zeitaufwand des Beschwerdeführers, geschweige denn zu Mehr- bzw. Überstunden. Schliesslich finden sich auch in den vom Beschwerdeführer hierbei weiter zitierten AG act. 34/3, 34/5 und 57/3 keinerlei Angaben zum Zeitaufwand des Beschwerdeführers, mit Ausnahme eines Vermerks im Gutachten der B. Bauleitungen AG vom 10. Oktober 2001, wonach der mutmassliche monatliche Stundenaufwand der Bauleitung für Mehrwertinvestitionen beim von Mai 1978 bis Mai 1979 realisierten Objekt ____strasse ____ in Zürich 45 Stunden betragen habe (AG act. 34/5 S. 7). Abgesehen davon, dass der Beschwerdeführer wohl kaum vor 1980 geleistete Überstunden geltend machen wollte - was aber dahingestellt bleiben kann und irrelevant ist -, erachtete die Vorinstanz schon die Behauptung des Beschwerdeführers, 55 - 60 Std. in der

Woche gearbeitet zu haben, als ungenügend substantiiert (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 19 zweiter Absatz a.E.). Umso mehr hätte sie die Behauptung eines monatlichen Aufwandes von 45 Std. für die Bauleitung für Mehrwertinvestitionen als zur Substantiierung der Behauptung von Überstunden ungenügend erachtet, wenn eine solche Behauptung verfahrenskonform, d.h. rechtzeitig im Hauptverfahren, erhoben worden wäre. d) Ob die Sachvorbringen einer Partei einen von ihr geltend gemachten bundesrechtlichen Anspruch ausreichend substantzieren, entscheidet sich nach Bundesrecht (Frank/Sträuli/Messmer, N 6 zu § 54, N 13d zu § 285; BGE 127 III 365, 368 mit Verweisungen). Auch auf die Rüge, die Vorinstanz sei unzutreffen-

- 17 - derweise von einer ungenügenden Substantiierung ausgegangen, kann somit im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht eingetreten werden. Auch diese Rüge ist im eidgenössischen Berufungsverfahren vorzubringen. e) Bereits vor Vorinstanz hatte der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang eine Verletzung der in § 55 ZPO festgelegten richterlichen Fragepflicht durch die Erstinstanz beanstandet (vgl. angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 18 unten mit Verweisung auf OG act. 93 S. 34). Die Vorinstanz verwarf diesen Einwand mit ausführlicher Begründung (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 19). Mit dieser setzt sich der Beschwerdeführer in keiner Weise auseinander. Seine Ausführungen in der Beschwerde gehen daran vorbei und sind damit ungenügend substantiiert. Es ist auch darauf nicht einzutreten. f) Damit hat es für dieses Beschwerdeverfahren bei den vorinstanzlichen Erwägungen zu bleiben, dass die Behauptungen des Beschwerdeführers betreffend Überstunden verspätet und ungenügend substantiiert waren. Somit ist auch auf die Ausführungen des Beschwerdeführers zum Beweis von Überstunden nicht einzugehen. Diese wären nur relevant, wenn die zu beweisenden Behauptungen rechtzeitig und genügend substantiiert in das Verfahren eingebracht worden wären.

E. 10

Im Berufungsverfahren hatte der Beschwerdeführer geltend gemacht, die Erstinstanz wäre verpflichtet gewesen, seinen "bedeutenden Aufwand" in Anwendung von Art. 42 OR abzuschätzen bzw. mit Expertise ermitteln zu lassen (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 19 unten). Die Vorinstanz erwog dazu, zwar könne in Fällen, in denen Überstundenarbeit feststehe, deren Umfang aber nicht mehr exakt berechnet werden könne, der Entschädigungsanspruch in analoger Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR richterlich geschätzt werden. Voraussetzung für die Zulässigkeit sei allerdings, dass ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht mehr möglich oder nicht zumutbar sei und die Schätzung im Ergebnis nicht zu einer Umkehr der Beweislast führe sowie dass die beweisbelastete Partei alle Umstände, die für die Verwirklichung des behaupteten Sachverhaltes sprächen, soweit möglich und zumut-

- 18 - bar behauptete und auch bewiese. Hinzu komme, dass eine Schätzung der zu entschädigenden Überstunden von vornherein ausgeschlossen sei, wenn der Arbeitnehmer die Beweise für die genaue Zahl seiner Überstunden hätte sichern können. Dass hier keine dieser Voraussetzungen auch bloss annähernd erfüllt sei, bedürfe schon angesichts des sich damit in keiner Weise auseinandersetzenen Vorbringens des Beschwerdeführers keiner weiteren Erörterung (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 19 f. mit Verweisung auf BGE 128 III 217 E. 2b und weitere). Der Beschwerdeführer macht dazu geltend, entscheidend sei, dass während der ganzen 25jährigen Anstellung für seine Leistungen nie die Rede von Überstundenentschädigung gewesen sei. Seine Leistungen seien stets nach den

Grundsätzen der SIA Honorarordnung berechnet und abgerechnet worden. Er habe somit nie Veranlassung gehabt, Überstunden aufzuschreiben. Somit könne ihm das Fehlen solcher Aufzeichnungen nicht zur Last gelegt werden. Überdies lasse sich anhand der ausgewiesenen Arbeiten und der Grundsätze der SIA Honorarordnung 102 der Zeitaufwand mit Gutachten ermitteln. Die Verweigerung der Entschädigungsberechnung nach Art. 42 OR beruhe somit auf einer nichtigen aktenwidrigen tatsächlichen Annahme (Beschwerde KG act. 1 S. 17 f.). Vorab ist festzuhalten, dass gemäss den vorinstanzlichen Feststellungen, bezüglich welcher der Beschwerdeführer keinen Nichtigkeitsgrund nachgewiesen hat, nicht mit der Beschwerdegegnerin vereinbart worden war, dass er "seine Leistungen" (gemeint: für Bauleitungen) separat nach den Grundsätzen der SIA-Honorarordnung abrechnen könne. Wenn diese so abgerechnet worden sind, so vom Beschwerdeführer selber und allein (vgl. angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 14 zweiter Absatz, S. 15 zweiter Absatz, S. 16 Ziff. 5.4 dritter und vierter Absatz, S. 17, S. 18 zweiter Absatz). Sodann weist die Beschwerdegegnerin zu Recht darauf hin (Beschwerdeantwort KG act. 16 S. 6 f.), dass die Vorinstanzen entgegen der Behauptung in der Beschwerde (KG act. 1 S. 18 vor Ziff. 8) "das Vorliegen von Überstunden" nicht "anerkannten"; im Gegenteil (vgl. angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 18 Ziff. 5.5 erster Absatz a.E. mit Verweisung auf das erstinstanzliche Urteil OG act. 89 S. 63).

- 19 - Der Beschwerdeführer erläutert nicht, was für eine tatsächliche Annahme der Vorinstanz in diesem Zusammenhang willkürlich sein soll. Die Vorinstanz stellte nicht fest, dass sich der Zeitaufwand nicht mit Gutachten ermitteln liesse. Ob dem Beschwerdeführer das Fehlen von Überstundenaufzeichnungen "zur Last gelegt werden" darf oder nicht, ist ebenso eine Rechtsfrage wie die Frage, ob die vorinstanzliche Verweisung auf BGE 128 III 271 zutrifft, und die Frage der Verteilung der Beweislast (Beschwerde KG act. 1 S. 18 vor Ziff. 8). Darauf kann in diesem kantonalen Beschwerdeverfahren nicht eingetreten werden.

E. 11

Die Vorinstanz erwog im Zusammenhang mit der Prüfung der Verbuchung der vom Beschwerdeführer sich selber ausbezahlt bzw. für sich selber in Rechnung gestellten Entschädigungen, dieser weise darauf hin, dass die Buchhaltung von der Revisionsstelle als genügend akzeptiert worden sei und der Revisor C. als Zeuge bestätigt habe, dass die Angaben "Bauleitung betreffend .." mit der Unterschrift des Beschwerdeführers als Angabe des Empfängers "absolut genügend" gewesen seien. Zwar - so die Vorinstanz - habe der Zeuge C. ausgesagt, die Belege, mit denen der Beschwerdeführer sich Bauleitungshonorare ausbezahlt habe, seien "formell in Ordnung" gewesen. Jedoch habe er präzisiert, "aus heutiger Sicht müsste der Beleg lauten 'zugunsten' X. Sodann müsse bei der Bestätigung, dass die Belege "formell in Ordnung" gewesen seien, berücksichtigt werden, dass der Zeuge als Verantwortlicher der Revisionsstelle ja alles Interesse an einer solchen Bestätigung haben müssen und dass diese Bestätigung aus der Sicht der Revisionsstelle nichts daran ändere, dass die vom Beschwerdeführer erstellten Belege für die an sich selbst ausbezahlt Honorare in der Buchhaltung der Beschwerdegegnerin und namentlich ihren Organen gegenüber zumindest verschleiert hätten, dass er damit Auszahlungen an sich selber veranlasst habe (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 17). a) Der Beschwerdeführer rügt, damit unterstelle die Vorinstanz dem Zeugen C., dass seine Aussagen durch die Stellung als Verantwortlicher der Revisionsstelle beeinflusst seien, der alles Interesse an der Bestätigung habe, formell sei alles in Ordnung gewesen. Diese Kritik gehe fehl. Entscheidend sei nicht, was der Zeuge rückblickend zu den formellen

Anforderungen der Belege ausführe, son-

- 20 - dern ob er die Belege des Beschwerdeführers in der Zeit, als sie ihm vorgelegt und von ihm kontrolliert worden seien, in irgendeiner Weise beanstandet oder gar zurückgewiesen habe. Das sei nicht der Fall. Somit sei für den Beschwerdeführer festgestanden, dass die von ihm ausgestellten Belege in Ordnung gewesen seien und keiner Änderung bedurft hätten, auch soweit sie seine eigenen Bezüge betroffen hätten. Die Unterstellung, er habe mit diesen Belegen seine Bezüge den von Finanzverwaltern des VHTL geleiteten Organen der Beschwerdegegnerin gegenüber zumindest verschleiert, behaupte eine durch keine Aktenstelle bewiesene Absicht des Beschwerdeführers und sei somit aktenwidrig (Beschwerde KG act. 1 S. 18 f. Ziff. 8). b) Die Vorinstanz hatte im Zusammenhang mit der vom Beschwerdeführer gerügten Erwägung darauf hingewiesen, dass - wie auch schon von der Erstinstanz zutreffend festgestellt worden sei - beim Vorgänger des Beschwerdeführers, A., die entsprechenden Entschädigungen separat vereinbart, separat ausgewiesen sowie insbesondere auch separat und überdies klar verbucht worden seien, was bei den vom Beschwerdeführer sich selber ausbezahlten bzw. für sich selber in Rechnung gestellten Entschädigungen keineswegs der Fall gewesen sei (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 17 oben mit Verweisung auf das erstinstanzliche Urteil OG act. 89 S. 28 f.). An der zitierten Stelle hatte die Erstinstanz ausgeführt, sämtliche Quittungen über die im Prozess streitigen Honorarbezüge des Beschwerdeführers trügen zwar dessen Unterschrift, wiesen ihn aber im übrigen nicht namentlich als Empfänger aus. Entsprechendes gelte für seine früheren Honorarbezüge. Dies im Gegensatz zu den dortigen Quittungen von A., in welchen dessen Name regelmässig ausgewiesen werde. Nur in den Honorarquittungen vom 11. August 1978 (____strasse) und 5. Dezember 1988 (____strasse) werde der Bezüger X. namentlich ausgewiesen (erstinstanzliches Urteil OG act. 89 S. 28 Ziff. 5.1). Die Bauabrechnung ____strasse ____ (1988) weise ein Total der Baukosten (Konto 1'700-E) von Fr. 629'283.65 aus. Die Honorare für Architekt und Bauleiter würden darin nicht separat ausgewiesen. Dafür lägen zwei Quittungen des Beschwerdeführers über Fr. 25'000.-- (korrekt verbucht am 5. Dezember 1988) und - 21 - Fr. 38'120.30 (ebenfalls korrekt verbucht am 13. März 1990) vor. Weiter habe A. für Fr. 48'761.10 am 6. März 1990 quittiert. Diese Zahlung sei auf dem Baukonto 1'700-E indessen nicht separat verbucht worden; vielmehr finde sich unter der Bezeichnung "Architekten und Bauleitungshonorar" am 6. März 1990 die Buchung eines Gesamtbetrages von Fr. 105'371.55, mitumfassend den Beleg 1227 über eine Zahlung von Fr. 56'610.45 an einen namentlich nicht ausgewiesenen Empfänger, die jedoch unbestrittenermassen an den Beschwerdeführer selbst gegangen sei. Der Beschwerdeführer habe sich damit seine Bauleitungsaufgaben mit insgesamt rund Fr. 120'000.-- vergüten lassen (bei einer honorarberechtigten Bausumme von Fr. 630'000), welche Vergütungen sich der Bauabrechnung überhaupt nicht und den Buchhaltungsbelegen nur sehr beschränkt entnehmen liessen (erstinstanzliches Urteil OG act. 89 S. 29 f.). c) Damit setzt sich der Beschwerdeführer nicht auseinander. Die Vorinstanzen verwiesen damit entgegen der Darstellung des Beschwerdeführers auf verschiedene Aktenstellen, aus denen sich ergebe, dass die vom Beschwerdeführer erstellten Belege für die an sich selbst ausbezahlten Honorare in der Buchhaltung der Beschwerdegegnerin und namentlich ihren Organen gegenüber zumindest verschleiert hätten, dass er damit Auszahlungen an sich selbst veranlasst habe (vgl. zudem dazu auch angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 15 zweiter Absatz mit Verweisung auf das erstinstanzliche Urteil OG act. 89 S. 28 f., S. 32 f. und S. 54 f.,

insbesondere Ziff. 5.6. auf S. 32 f., worauf auch die Beschwerdegegnerin verweist; Beschwerdeantwort KG act. 16 S. 7 zu Ziff. 8). Die Willkürüge des Beschwerdeführers geht fehl, und zwar auch unter Würdigung seiner Behauptung, dass für ihn aufgrund der fehlenden Beanstandung durch den Revisor C. festgestanden sei, dass die von ihm ausgestellten Belege in Ordnung gewesen seien und keiner Änderung bedurft hätten. d) In diesem Zusammenhang erklärt der Beschwerdeführer, eine Verschleierungsabsicht lasse sich auch nicht aus einzelnen Fehlern in der Verbuchung ableiten, die ab 1993 aufgetreten seien. Diese ständen offenkundig im Zusammenhang mit ernstlichen gesundheitlichen Problemen seinerseits in den Jahren 1992 und folgende (Beschwerde KG act. 1 S. 19 vor Ziff. 9). Abgesehen

- 22 - davon, dass diese Behauptung ungenügend substantiiert ist, indem sie nicht darlegt, welche Fehler in der Verbuchung ab 1993, aus welchen die Vorinstanzen eine Verschleierungsabsicht abgeleitet hätten, inwiefern mit seinen gesundheitlichen Problemen zusammenhängen sollen, unterlässt es der Beschwerdeführer darzulegen, dass er einen solchen Zusammenhang bereits vor den Vorinstanzen ausgeführt hätte. Darauf kann nicht eingetreten werden.

E. 12

Die Vorinstanz erwog, die Verteilung der Beweislast sei vor allem für die Konsequenzen des Fehlens jeglichen Beweises entscheidend, während Art. 8 ZGB keine Anwendung finde, wenn die Würdigung der Beweise den Richter von der Darstellung des Sachverhaltes und davon überzeuge, dass eine Tatsache bewiesen sei, weil dann die Frage der Beweislast gegenstandslos werde. Vorliegend habe ja die Erstinstanz die von den Parteien zu dem ihnen auferlegten Haupt- und Gegenbeweis offerierten, auf weiten Strecken identischen Beweise abgenommen und in deren Würdigung die vom Beschwerdeführer beanstandeten Schlüsse gezogen (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 13 mit Verweisung auf den BGE vom 11.1.2005 4C.324/2004). a) Der Beschwerdeführer rügt, diese Erwägung stehe in klarem Widerspruch zu Doktrin und Praxis (Beschwerde KG act. 1 S. 19 Ziff. 9). Auch damit spricht der Beschwerdeführer ausschliesslich Fragen des materiellen Bundesrechts, nämlich der Anwendung von Art. 8 ZGB an. Auch darauf kann in diesem kantonalen Beschwerdeverfahren nicht eingetreten werden. b) Weiter rügt der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang, die Vorinstanz habe mit der zitierten Erwägung § 136 ZPO, insbesondere dessen Abs. 1 Ziff. 2 missachtet (Beschwerde KG act. 1 S. 19 f.). Das trifft nicht zu. Die Erstinstanz erliess durchaus einen mit § 136 ZPO konformen Beweisauflagebeschluss, der im Sinne von § 136 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO bestimmte, welcher Partei der Haupt- bzw. der Gegenbeweis obliegt (AG Prot. S. 31 - 33; act. 25 und 26). Wenn die Vorinstanz mit der gerügten Erwägung davon abwich bzw. Art. 8 ZGB als nicht anwendbar bezeichnete, so ebenfalls in

- 23 - Anwendung von materiellem Bundesrecht. Auch auf diese Rüge kann im vorliegenden kantonalen Beschwerdeverfahren nicht eingetreten werden. c) Schliesslich rügt der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang, die Vorinstanz sei auf seine Rüge nicht eingegangen, dass die Erstinstanz im Beweisauflagebeschluss die Beschwerdegegnerin in Verletzung von § 136 ZPO, Art. 8 ZGB und Art. 62 OR von der Leistung des ihr obliegenden Hauptbeweises entbunden habe. Damit habe die Vorinstanz seinen Gehörsanspruch verletzt (Beschwerde KG act. 1 S. 19 f. Ziff. 9). Die Vorinstanz ging sehr wohl auf die Einwendung des Beschwerdeführers ein, die Erstinstanz habe Art. 8 ZGB verletzt (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 12 ff.). Auf die Rüge der Verletzung des

Gehörsanspruchs durch fehlendes Eingehen auf eine vor Vorinstanz erhobene Beanstandung der Verletzung von § 136 ZPO durch die Erstinstanz ist schon deshalb nicht einzutreten, weil der Beschwerdeführer nicht aufzeigt, wo er vor Vorinstanz eine solche Behauptung erhoben hat.

E. 13

Die Ausführungen in Ziff. 10 der Beschwerde (KG act. 1 S. 20) beinhalten eine Zusammenfassung der vorangehenden Rügen, ohne einen zusätzlichen Nichtigkeitsgrund geltend zu machen.

E. 14

Der Beschwerdeführer wies keinen Nichtigkeitsgrund nach. Seine Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die ihr verliehene aufschiebende Wirkung. II I. Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer für dieses Beschwerdeverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO, § 68 Abs. 1 ZPO).

- 24 - Das Gericht beschliesst:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.