

ZH_OBERGERICHT LA170029 vom 16. November 2018

ZH Obergericht, 2018-11-16, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LA170029

FR: ZH_OBERGERICHT LA170029 du 16 novembre 2018

IT: ZH_OBERGERICHT LA170029 del 16 novembre 2018

Erwägungen

E. 1

Der Kläger trat per 1. Mai 2011 mit einem Arbeitspensum von je 50% als Technischer Leiter in den Dienst der Beklagten und der C._____ ag. In beiden Firmen figurierte D._____ als einziges Mitglied des Verwaltungsrates mit Einzel- unterschrift (Urk. 3/2, Urk. 3/8). Die beiden schriftlichen Arbeitsverträge datieren zwar vom 29. April 2011 (Urk. 3/4, Urk. 3/5 = Urk. 69/2, Urk. 69/3, Urk. 22/14, Urk. 22/15). Die Unterzeichnung erfolgte aber erst später. Der Kläger will die Arbeits- verträge am 21. oder 22. Juni 2011 unterschrieben haben (Urk. 25 S. 12 Rz 27); in der Parteibefragung äusserte er sich dahingehend, die Verträge seien am 22. Juni 2011 unterzeichnet worden (Urk. 107 S. 3, S. 19). Nach Darstellung der Be- klagten unterzeichneten der Kläger und D._____ die beiden Arbeitsverträge erst am 23. Juni 2011 (Urk. 21 S. 5 Rz 13, Urk. 30 S. 5 Rz 5, S. 14 Rz 13).

E. 1.1

Die Vorinstanz bezifferte den Streitwert mit Fr. 166'560.– (8 x Fr. 14'080.– [Rechtsbegehren Ziffer 1 bis 4] zuzüglich 3 x Fr. 13'480.– [Rechtsbegeh- ren Ziffer 5 und 6] zuzüglich Fr. 13'480.– [Rechtsbegehren Ziffer 7]). Der Kläger obsiegt mit Fr. 21'530.90 (Fr. 4'855.20 [Dispositiv Ziffer 1] zuzüglich 3'195.70 [Dispositiv Ziffer 2] zuzüglich Fr. 13'480.– [Dispositiv Ziffer 3]) oder 12.9%. Die

- 130 - erstinstanzlichen Kosten sind zu bestätigen und – soweit sie nicht auf die Staats- kasse genommen wurden – dem Kläger zu 7/8 und der Beklagten zu 1/8 aufzuer- legen. Der Bezug aus den von den Parteien für die Beweiserhebung geleisteten Vorschüssen wurde nicht angefochten und ist ebenfalls zu bestätigen.

E. 1.2

Die Vorinstanz legte die Parteientschädigung auf Fr. 32'500.– zuzüglich Mehrwertsteuer fest (Urk. 201 S. 96), was von keiner Seite beanstandet wurde. Entsprechend ist der Kläger zu verpflichten, der Beklagten eine auf 3/4 reduzierte Parteientschädigung von Fr. 26'325.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen. Zudem ist die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger einen Achtel der Kosten des Schlich- tungsverfahrens (Fr. 950.–), die zur Hauptsache geschlagen werden (Art. 207 Abs. 2 ZPO), zu erstatten.

E. 1.3

Nach Darstellung der Beklagten betraf die Koppelung der Verträge ledig- lich das gemeinsame Zustandekommen der Verträge. Die Solidarhaftung sei erst auf den vom Kläger nachträglich und heimlich ausgetauschten Seiten enthalten gewesen. Die Beklagte bestreitet, dass dies so je besprochen oder gar vereinbart worden sei. Selbst wenn aber die gegenseitige Haftung gelten würde, könnte der Kläger nach der Kündigung der C._____ ag von dieser nichts mehr und von der Beklagten nicht mehr als den vereinbarten 50%-Lohn

aus dem Arbeitsverhältnis verlangen, da die Beklagte nach der Klausel lediglich für die Erfüllung des Anstellungsvertrags mit der C._____ ag haften. Nachdem dieser auf Anfang August gekündigt worden sei, habe seitens der Beklagten seit August 2011 nichts mehr erfüllt bzw. kein Lohn mehr bezahlt werden müssen. Eine Haftung der Beklagten für die C._____ ag sei entfallen, denn wo nichts zu erfüllen sei, gebe es keine Haftung für die Erfüllung (Urk. 21 S. 36). Es habe keine Vermischungen und keine Aufteilung der Arbeitsverträge, sondern Baustellen der Beklagten und Baustellen der C._____ ag gegeben. Lediglich eine Baustelle der C._____ ag sei von der Beklagten übernommen worden. Ein gemeinsamer Wille, ein nicht mehr bestehendes Arbeitspensum auf die Beklagte zu übertragen, habe nicht bestanden, zumal die Beklagte selber in finanziellen Schwierigkeiten gewesen sei. Mit der Koppelung sei die Abhängigkeit der Gültigkeit des einen vom anderen Vertrag gemeint. Die Koppelungsklausel sei so zu verstehen, dass der Kläger nach der Kündigung seines Arbeitsverhältnisses mit der C._____ ag auf der Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten hätte bestehen können. Zutreffend sei,

- 64 - dass einzelne Mitarbeiter nach dem Konkurs neu von der Beklagten angestellt worden seien. Dafür seien aber neue Verträge abgeschlossen worden. Beim Kläger, zu dem das Vertrauen aufgrund der Vertragsfälschungen mehr als getrübt gewesen sei, sei davon nie die Rede gewesen. Effektiv habe der Kläger auch nie mehr als 50% gearbeitet, die Beklagte habe nur eine Baustelle von der C._____ ag übernommen. Die vom Kläger eingereichten Stundenkarten seien falsch und würden nicht akzeptiert (Urk. 21 S. 37 ff., Urk. 30 S. 16, S. 18 f.).

E. 1.4

Für eine ausführliche Darstellung der Parteivorbringen kann auf das vorinstanzliche Urteil verwiesen werden (Urk. 201 S. 38 bis S. 48).

E. 2

Der Unterzeichnung gingen längere Vertragsverhandlungen voraus. Der Kläger liess sich von einem befreundeten Juristen, Dr. E._____, beraten. (Urk. 2 S. 14 Rz 43, Urk. 25 S. 9 Rz 22). Am 23. Mai 2011 übermittelte der Kläger

- 9 - D._____ ein "mögliches Vertragsmuster als Gesprächsgrundlage" (Urk. 22/4). Am 10. Juni 2011 fand eine Besprechung statt, an der unter anderem "2 Verträge zu je 50%" thematisiert wurden (Urk. 22/5; Urk. 21 S. 4 Rz 11, Urk. 25 S. 11 Rz 32). Mit E-Mail vom 20. Juni 2011 sandte der Kläger D._____ einen weiteren Entwurf eines Arbeitsvertrags (mit der C._____ ag), der in Ziffer 1 die Erstellung eines analogen und gekoppelten Arbeitsvertrags mit der Beklagten vorsah (Urk. 22/8). Schliesslich wurden die beiden Verträge zwischen dem 21. und 23. Juni 2011 in vierfacher Ausfertigung unterzeichnet (Urk. 21 S. 6 Rz 13, Urk. 25 S. 15 Rz 54).

E. 2.1

Zweitinstanzlich ist von einem Streitwert von Fr. 132'196.90 auszugehen (Fr. 138'936.90 [Urk. 201 S. 95] abzüglich Fr. 13'480.– [Arbeitszeugnis ein Monatslohn gemäss Vorinstanz] zuzüglich Fr. 6'740.– [Arbeitszeugnis ein Monatslohn gemäss Berufungsinstanz]). Der Kläger obsiegt mit Fr. 14'790.90 (Fr. 4'855.20 [Dispositiv Ziffer 1] zuzüglich Fr. 3'195.70 [Dispositiv Ziffer 2] zuzüglich Fr. 6'740.– [Dispositiv Ziffer 3]) oder 11.2%. Die zweitinstanzlichen Kosten von Fr. 10'000.– (§ 12 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 GebV OG) sind dem Kläger zu 9/10 und der Beklagten zu 1/10 aufzuerlegen. Die

Kostenliquidation erfolgt gemäss Art. 111 Abs. 1 und 2 ZPO.

E. 2.2

Der Kläger ist zudem zu verpflichten, der Beklagten eine auf 4/5 reduzierte Parteientschädigung von Fr. 6'400.– zu bezahlen (§ 13 Abs. 1 und 2 sowie § 4 Abs. 1 AnwGebV). Ein Mehrwertsteuerzusatz wurde nicht verlangt. Für die unaufgefordert eingereichte Replik (Urk. 208) ist kein Ersatz geschuldet. Es wird beschlossen:

E. 3

Mit Schreiben vom 27. Juli 2011 kündigte die C._____ ag das Arbeitsverhältnis in der Probezeit (drei Monate) unter Einhaltung der vertraglichen Kündigungsfrist von einer Woche per 5. August 2011 (Urk. 3/6). Mit E-Mail vom 29. Juli 2011 hielt D._____ gegenüber dem Kläger fest, dass "der nun seit Mittwoch 27.7.2011 vorliegende Arbeitsvertrag von Dir" nicht dem unterzeichneten Arbeitsvertrag entspreche und viele geänderte Punkte enthalte, die er niemals unterschrieben habe, weshalb er den Arbeitsvertrag in Abrede stelle und in keiner Weise akzeptiere. Eine Klärung wurde für die Zeit nach den Ferien des Klägers in Aussicht gestellt (Urk. 22/23). Mit Urteil vom 12. August 2011 wurde über die C._____ ag der Konkurs eröffnet (Urk. 3/8). Mit Schreiben vom 5. September 2011 setzte der Kläger der Beklagten Frist an, um ihm "100% Lohn" für den August 2011 zu überweisen; zugleich hielt er der guten Ordnung halber fest, dass er "[s]einen Arbeitsvertrag zu 100% in der A._____ AG erfülle" (Urk. 3/12). Die Beklagte teilte dem Kläger mit Schreiben vom 8. September 2011 mit, der Arbeitsvertrag mit der C._____ ag sei aufgelöst worden und das Arbeitspensum mit der Beklagten betrage 50%, wofür der August-Lohn ausbezahlt worden sei. Die Beklagte wies zudem darauf hin, dass "das Vertragsexemplar in den Akten der A._____ AG nicht dem verhandelten und gemeinsam unterzeichneten Vertragstext" entspreche, und unterbreitete dem Kläger ein Angebot (Arbeitspensum von 100% von August bis Oktober 2011; Auflösung des Arbeitsverhältnisses per 31. Oktober 2011; Urk. 3/13). Mit Schreiben vom 14. September 2011 hielt der Kläger an seiner Forderung und seinem Standpunkt fest (Urk. 3/14). Er leitete am 21. September 2011 die Betreuung für den ausstehenden August-Lohn (50%) - 10 - und am 12. Oktober 2011 die Betreuung für den ausstehenden September-Lohn (50%) ein (Urk. 3/16, Urk. 3/17). Die Beklagte erhob Rechtsvorschlag (Urk. 3/18, Urk. 3/19).

E. 3.1

Die Beklagte wirft der Vorinstanz in diesem Zusammenhang eine Verletzung von Art. 1 und 18 OR, Art. 8 ZGB und eine willkürliche Beweismwürdigung vor (Urk. 200 S. 6 Rz 21). Bei der Interpretation der Koppelungsklausel gehe es letztlich um die Frage, ob damit im Falle der Kündigung oder Beendigung der einen 50%-Stelle ein "Abbau"-Recht des Klägers im Sinne einer verkürzten Kündigungsfrist für die andere 50%-Stelle oder ob damit eine "Aufbau"-Pflicht der Beklagten auf die verbleibende Stelle vereinbart worden sei (Urk. 200 S. 51 Rz 247). Keiner der angerufenen Zeugen habe die in Beweissatz c) formulierte Absicht der Parteien, dem Kläger bei Wegfall des Arbeitsvertrags mit der C._____ ag ein 100%-Pensum bei der Beklagten zu sichern oder umgekehrt, auch nur im Ansatz bestätigen können (Urk. 200 S. 48 Rz 224). Der Wortlaut der Bestimmung sei im Grundsatz genommen klar und werde nur unklar, wenn man die nachgeschobenen Auslegungen des Klägers damit in Übereinstimmung bringen wolle. Selbst der Zeuge und Jurist Dr. E._____, der den Kläger während der Vertragsverhandlungen beraten habe, habe die

Koppelungsklausel als unklar taxiert, weshalb er die Solidar-

- 68 - haftung angehängt habe (Urk. 200 S. 49 Rz 234 ff., Rz 241). Wenn der Zeuge Dr. E._____ zwei Jahre nach seiner ersten Einvernahme die Koppelungsklausel als Sicherung des Arbeitsverhältnisses betrachte für den Fall, dass eine Firma aufgebe, sei dies lediglich als ein nachträglicher Rettungsversuch zu betrachten, da in Unkenntnis des Konkurses der C._____ ag schwer nachvollziehbar sei, was mit "aufgeben" habe gemeint sein können. Auch sei nicht verständlich, aus welchen Gründen die Klausel nicht so formuliert worden sei, wie es der Jurist gemeint habe (Urk. 200 S. 50 f. Rz 235 ff.). Der Kläger selber habe sich gemäss seinen Aussagen im Falle einer Kündigung eines einzelnen Vertrags lediglich ein Recht zum Abbau auch des zweiten Vertrags ausbedingen wollen; ein Recht auf Aufbau des Pensums aus dem zweiten Vertrag im Falle der Beendigung des anderen lasse sich seiner Interpretation jedenfalls nicht entnehmen (Urk. 200 S. 50 Rz 238 ff., Rz 248). Derjenige, der eine solche Regelung – unter fachmännischer Anleitung – einem juristischen Laien vorlege, müsse die allfällige Unklarheit gegen sich gelten lassen (Urk. 250 S. 51 Rz 245). Selbst im Prozess habe der Kläger anerkannt, dass die Koppelungsklausel mit Solidarhaftung in den Verträgen nicht optimal formuliert worden sei (Urk. 200 S. 50 Rz 242). Es sei fraglich, wie D._____ als juristischer Laie eine angeblich dogmatisch falsche und nicht optimal formulierte Klausel, die vom Kläger und seinen rechtlichen Beiständen bis zuletzt und nur durch Ergänzung unterschiedlich interpretiert würden, hätte verstehen sollen (Urk. 200 S. 52 Rz 249). Die Koppelung könne vorliegend einzig bedeuten, dass der Abschluss des einen Vertrags die Bedingung des Abschlusses (Zustandekommens) des anderen sei, und – wenn man es weit interpretiere – die Bedingung für den Bestand (Gültigkeit) des anderen sei, bei Beendigung also kongruent dahinfalle (Urk. 200 S. 52 Rz 252). Die Solidarhaftung sei – wie der Zeuge Dr. E._____ richtig bemerkt habe – nicht mehr als eine Lohnsicherung des einen Unternehmens für vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten des anderen. Mehr als der Schöpfer der Klausel meine, dürfe auch D._____ nach dem Vertrauensprinzip nicht unterstellt werden (Urk. 200 S. 52 Rz 254). Die Vorinstanz übersehe sodann völlig, dass es dem Kläger nachweislich klar gewesen sei, dass sich die Beklagte ihn nicht zu 100% habe leisten können (Urk. 200 S. 53 Rz 259). Dieses Motiv habe der Kläger bestätigt (Urk. 200 S. 53 Rz 261). Zu beachten sei auch, dass die

- 69 - Abfindungsklausel, die der Kläger der Beklagten in Ziffer 5 Abs. 2 ebenfalls untergeschoben habe, ebenfalls gegen die Aufbau-These spreche, denn es leuchte nicht ein, eine Entlassungsabfindung zu vereinbaren, wenn man mit dem automatischen Anwachsen des beendeten Pensums auf der verbleibenden Stelle absichert sei (Urk. 200 S. 53 Rz 263). Indem D._____ es zwecks gütlicher Auflösung des Arbeitsverhältnisses für zwei weitere Monate in Kauf genommen habe, dem Kläger 100% Lohn zu bezahlen, habe er sich schlicht freikaufen wollen (Urk. 200 S. 54 Rz 267). Im Zusammenhang mit dem ab August 2011 tatsächlich geleisteten Arbeitspensum des Klägers rügt die Beklagte ein Verletzung "der Beweislastregel" und eine fehlerhafte Feststellung des Sachverhalts. Es sei Sache des Klägers, ein geleistetes Pensum von 100% zu behaupten und zu beweisen. Die Vorinstanz werfe ihr zu Unrecht die Verletzung der vermeintlichen Substantiierungslast für die Bestreitung vor. Es sei der Kläger, der seiner Substantiierungspflicht bezüglich der geleisteten Arbeitsstunden nicht nachgekommen sei, da Pauschalverweise auf eingereichte Unterlagen nicht genügten. Die vom Kläger eingereichten Stundenkarten stellten lediglich eine Parteibehauptung dar (Urk. 200 S. 54 Rz 270, S. 58 Rz 292 ff.). Die eingereichten Outlook-Auszüge seien unrichtig, von schlechter Qualität und zweifelhafter Gestaltung

(ohne Datum und Stundeneinteilung); sie würden durchschnittlich max. zwei Stunden und kaum mehr als zwei Termine pro Tag ausweisen. Die enormen Differenzen zu den Stundenkarten liessen sich entgegen der Vorinstanz nicht mit der angeblichen Ungenauigkeit von Outlook-Einträgen übergehen (Urk. 200 S. 57 Rz 286, S. 61 ff. Rz 294 ff.). Die vielen angerufenen Zeugen hätten die pauschale Behauptung zum Arbeitsumfang nicht im Ansatz bestätigen können (Urk. 200 S. 59 Rz 292).

E. 3.2

Auch der Kläger geht in der Berufungsantwort davon aus, dass die Vorinstanz die Koppelungsklausel auszulegen hatte, um festzustellen, ob nach dem Vertrauensprinzip ein normativer Konsens besteht (Urk. 205 S. 14 Rz 45). Er ist der Auffassung, die Vorinstanz sei bei dieser Auslegung unter Beachtung der "Entstehungsgeschichte der Verträge sowie der Interessenlage der Parteien" zum richtigen Ergebnis gelangt (Urk. 205 S. 14 f. Rz 45 und Rz 49). Der Grundsatz "in

- 70 - dubio contra stipulatorem", den die Beklagte im Berufungsverfahren erstmals anrufe, finde nur auf vorformulierte allgemeine Geschäftsbedingungen und auf Formularverträge Anwendung. Die Berufung auf diese Regel durch die geschäftserfahrene Beklagte, die sich in der Arbeitgeberrolle befunden habe, erscheine zudem rechtsmissbräuchlich (Urk. 205 S. 14 Rz 48). Nach Auffassung des Klägers hat die Vorinstanz die Beweise zum Ausmass seiner Tätigkeit richtig gewürdigt. Die Beklagte setze sich mit diesen Erwägungen nicht genügend auseinander und wiederhole einzig ihre Behauptungen. Der Kläger weist darauf hin, dass die Beklagte, die als Arbeitgeberin über sämtliche Daten verfüge, es unterlassen habe, die Stundenerfassung einzureichen, obwohl laut dem Zeugen J._____ eine solche geführt worden sei. Dies sei stossend, zumal die Beklagte den Vorwurf erhebe, ein ihr nicht ins Konzept passendes Dokument (Outlook-Auszüge) sei "gefälscht". Vom Kläger könne nicht erwartet werden, für jede Stunde und Minute zu beweisen, welche Tätigkeit er ausgeführt habe. Zudem würde es für die Begründung seines Lohnanspruchs bereits genügen, dass er zu 100% anwesend und arbeitsbereit gewesen sei (Urk. 205 S. 19 f. Rz 69 ff.).

E. 4

Mit Schreiben vom 12. Oktober 2011 forderte die Beklagte den Kläger zur Übergabe von zurückgehaltenen Ausmassen (insbesondere die aktuellsten Ausmassen der Baustellen F._____ ... [Ortschaft], G._____ ... [Ortschaft], H._____ ... [Ortschaft] und I._____ ... [Ortschaft]) und von Geschäftsdokumenten auf und setzte ihm dazu Frist bis 14. Oktober 2011. Zudem übte sie Kritik am Verhalten des Klägers am Arbeitsplatz und drohte ihm für den Fall der Nichtherausgabe oder anderer geschäftsschädigender Handlungen die fristlose Kündigung an (Urk. 3/24). Eine zweite Abmahnung unter Androhung der fristlosen Kündigung erging am 14. Oktober 2011 mit Fristansetzung bis 17. Oktober 2011 (Urk. 3/23). Mit Schreiben vom 16. Oktober 2011 wies der Kläger die Abmahnung vom 12. Oktober 2011 und die Androhung der fristlosen Kündigung vollumfänglich zurück (Urk. 3/27). Am 19. Oktober 2011 setzte die Beklagte dem Kläger eine "allerletzte Frist, den abgemahnten Verpflichtungen nachzukommen bis Freitag 21.10.2011 um 11:00 Uhr", widrigenfalls sie sich veranlasst sehe, ihm fristlos zu kündigen (Urk. 3/26).

E. 4.1

Die Vorinstanz hat zu Unrecht bestimmt, dass der Beklagten der Hauptbeweis für die nachträgliche Fälschung des Arbeitsvertrags obliegt (Urk. 50 S. 2).

- 113 - Gemäss Art. 178 ZPO hat die Partei, die sich auf eine Urkunde beruft, deren Echtheit zu beweisen, sofern die Echtheit von der anderen Partei bestritten wird und die Bestreitung ausreichend begründet wird. Dafür ist auf konkrete Umstände hinzuweisen, die zumindest gewisse Zweifel an der Authentizität der Urkunde rechtfertigen. Eine pauschale Bestreitung der Echtheit genügt nicht (BSK ZPO- Dolge, Art. 178 N 2). Es kann nun aber nicht zweifelhaft sein, dass die Beklagte die Echtheit beider Arbeitsverträge substantiiert bestritt und Zweifel an deren Echtheit zu wecken vermochte, indem sie sich auf folgende Umstände berief: – Die wesentlichen inhaltlichen Veränderungen gegenüber dem am 20. Juni 2011 vom Kläger per E-Mail übermittelten Entwurf (Urk. 20/8), die nie diskutiert und allesamt zu ihrem Nachteil ausgefallen seien, wie die Aufnahme der Solidarhaftung zwischen der Beklagten und der C._____ ag in Ziffer 1, der Wegfall der Probezeit in Ziffer 1 und die Verneinung einer Probezeit in Ziffer 12, die Aufnahme einer Abgangsentschädigung von Fr. 60'000.– in Ziffer 5 und die Ausdehnung des Ferienanspruchs in Ziffer 10 (Urk. 21 S. 8 ff.) – Die Redaktion sämtlicher Vertragsentwürfe durch den Kläger, der die unterzeichneten Vertragsexemplare für die Beklagte und die C._____ ag wieder an sich genommen und versprochen habe, sie ins Fach von J._____ zu legen (Urk. 21 S. 6, S. 11) – Das Verschwinden und Auffinden der Originalverträge durch D._____ am 27. Juli 2011 (Urk. 21 S. 7 ff.) – Die von Heftklammern stammende doppelte Lochung lediglich der vierten Seiten der beiden Arbeitsverträge (Urk. 21 S. 10 f.) – Der grosse Abstand vor und nach Ziffer 12 der Arbeitsverträge (Urk. 21 S. 10) – Der von ihr nach Entdeckung der Originalverträge erhobene Widerspruch (Urk. 21 S. 15, S. 18)

- 114 - Auch die Vorinstanz kam zum Ergebnis, dass durchaus gewisse Indizien vorliegen würden, die auf eine Fälschung der Verträge durch den Kläger hinwiesen (Urk. 201 S. 38). Sie erwähnt auch den Umstand, dass die elektronischen Dateien der Arbeitsverträge auf dem (im Strafverfahren sichergestellten) USB-Stick des Klägers unwiderruflich überschrieben worden seien, wobei der letzte Zugriff auf diese Dateien nach Unterzeichnung der Verträge am 29. Juni 2011 stattgefunden habe (Urk. 201 S. 35). Da somit eine ausreichende Echtheitsbestreitung durch die Beklagte vorliegt, hat der Kläger, der geltend macht, seine gesamte Forderung ergebe sich "aus den ins Recht gelegten Arbeitsverträgen" (Urk. 205 S. 10 Rz 28), deren Echtheit zu beweisen.

E. 4.2

Bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ist der mutmassliche Parteiwille so zu ermitteln, wie er vom jeweiligen Erklärungsempfänger nach den gesamten Umständen nach Treu und Glauben verstanden werden durfte und musste. Dabei hat das Gericht zu berücksichtigen, was sachgerecht ist, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben. Auch wenn der gewählte Wortlaut auf den ersten Blick klar erscheint, kann sich aus den anderen Vertragsbestimmungen, aus dem von den Parteien gewollten Zweck und aus weiteren Umständen ergeben, dass der Wortlaut der strittigen Bestimmung nicht genau den Sinn der Vereinbarung unter den Parteien wiedergibt (BGE 140 III 134 E. 3.2 S. 138 f., mit weiteren Hinweisen). Zu den sog. Begleitumständen gehören Ort und Zeit des Vertragsabschlusses, das Verhalten der Parteien vor und nach Vertragsschluss (insbesondere die Vertragsverhandlungen und allfällige Vertragsentwürfe) und die Interessenlage der Parteien bei Vertragsschluss (Gauch/Schluep/Schmid, OR/AT, 10. Aufl., 2014, N 1212 ff.; BK-Müller, Art. 18 OR N 139 ff.).

- 72 - Von einem klaren Vertragswortlaut ist jedoch nur abzuweichen, wenn sich ernsthafte Anhaltspunkte dafür ergeben, dass dieser nicht dem Willen der Parteien entspricht (BGE 137 III 444 E. 4.2.4 S. 451 f.; 136 III 186 E. 3.2.1 S. 188; 135 III 295 E. 5.2 S. 301 f.; 133 III 406 E. 2.2 S. 409; 131 III 606 E. 4.2 S. 611 f.). Verwenden die Parteien präzise juristische Bezeichnungen, ist das für sich allein nicht entscheidend. Sind die Parteien aber geschäftsgewandte Personen oder gar durch rechtskundige Personen beraten und darf bei ihnen eine gewisse Vertrautheit mit der rechtlichen Terminologie vorausgesetzt werden, drängt sich eine strikte Auslegung nach dem Wortlaut auf (BK-Müller, Art. 18 OR N 135, Gauch/Schluep/Schmid, a.a.O., N 1209; BGer 4A_310/2015 vom 29. Oktober 2015, E. 3.2; BGE 131 III 606 E. 4.2 S. 612, 129 III 702 E. 2.4.1/2 S. 707 f. mit weiteren Hinweisen).

E. 4.2.1

Die Vorinstanz liess zum Beweissatz a) "dass der im Recht liegende Arbeitsvertrag vom 29. April 2011 gefälscht wurde, mithin die Seiten 1-3 nicht der Originalvereinbarung entsprechen" mit Beschluss vom 26. Februar 2014 nebst diversen Urkunden (Urk. 3/4+5, 3/20 und 3/21; Urk. 22/6, 22/23, 22/28+29; Urk. 26/2, 26/4-7) die Zeugen Dr. E._____ und AS._____ als Gegenbeweismittel des Klägers zu (Urk. 50 S. 2). Auf die Einvernahme des Zeugen AS._____ verzichtete der Kläger in der Folge (Urk. 109). Zum Beweissatz b) "dass sich die Parteien – entgegen Ziff. 12 des Arbeitsvertrages vom 29. April 2011 – auf eine Probezeit von drei Monaten geeinigt haben und somit Ziff. 12 bzgl. Wegbedingung der Probezeit nicht dem tatsächlichen Willen der Beklagten entspricht", akzeptierte die Vorinstanz mit Beschluss vom 26. Februar 2014 als einziges Beweismittel des Klägers Dr. E._____ als Zeugen (Urk. 50 S. 3). Zudem nahm die Vorinstanz mit Beschluss vom 24. Juni 2014 zu allen Beweissätzen die Urk. 48/1-2, 69/2-12 und 78/1-6 als Gegenbeweismittel des Klägers ab (Urk. 85 S. 8).

E. 4.2.2

Als Hauptbeweismittel der Beklagten liess die Vorinstanz mit Beschluss vom 26. Februar 2014 diverse Urkunden (Urk. 22/4-9, 22/11-21; Urk. 31/1-4), das Zeugnis von J._____ und AS._____, die Parteibefragung D._____, die von Dr. E._____ zu edierenden "Originalarbeitsverträge" und die vom Kläger zu edierenden "Seiten 1-3 der am 23. Juni 2011 vorgelegten und unterschriebenen Verträge" zu (Urk. 50 S. 2, Urk. 85 S. 9). Zudem nahm die Vorinstanz mit Beschluss vom 24. Juni 2014 zusätzlich die Urk. 22/23, 22/33-35 und 22/37 sowie zu

- 115 - allen Beweissätzen die Urk. 45/1-4, 53/1-5, 74/1-4, 80/1-7 und 82/1-8 als Hauptbeweismittel der Beklagten ab (Urk. 85 S. 8).

E. 4.3

Mit den Aussagen bzw. dem Zeugnis von Dr. E._____ vermag der Kläger den ihm obliegenden Beweis nicht zu erbringen, und zwar weniger wegen seiner Freundschaft zum Zeugen an sich als vielmehr wegen seiner Einflussnahme und der widersprüchlichen Aussagen Dr. E._____. Die Rüge der Beklagten bezüglich der (sehr knapp gehaltenen) Beweiswürdigung der Vorinstanz ist berechtigt (Urk. 200 S. 40 ff. Rz 194 ff.):

E. 4.3.1

In der polizeilichen Befragung vom 14. März 2013 sagte Dr. E._____ als Auskunftsperson aus, er sei mit dem Kläger befreundet und kenne ihn seit zehn Jahren. Er sei der gemeinsame Anwalt der Eheleute B._____AG._____ gewesen (Urk. 80/1/6/1 S. 1).

Soweit er sich erinnern könne bzw. aufgrund des Eintrages in seiner Agenda habe ein erstes Treffen mit dem Kläger in dieser Sache am 29. Juni 2011 im Restaurant K. _____ in ... stattgefunden. Ob bereits vorher Treffen wegen der Arbeitsverträge stattgefunden hätten, wisse er nicht mehr. Es könne sein, dass sie im Clublokal des AO. _____-Club in Zürich hin und wieder über die Thematik "Arbeitsvertrag" gesprochen hätten. Sicher sei, dass auf Wunsch des Klägers am 29. Juni 2011 in ... dieses Treffen stattgefunden habe. Gemäss Aussagen Dr. E. _____s wurde anlässlich dieses Treffens ein vom Kläger mitgebrachter Entwurf des Arbeitsvertrags besprochen. Da unklar gewesen sei, so Dr. E. _____, was unter einem gekoppelten Arbeitsvertrag gemeint sei, habe er eine Textänderung bzw. Präzisierung vorgeschlagen. Seine Formulierung habe er mit blauem Kugelschreiber selbst auf den Vertrag geschrieben (laut Urk. 80/1/6/2: "Diese Aufteilung erfolgt aus internen Gründen. Beide Unternehmen haften solidarisch für die integrale Erfüllung der beiden AV."). Kernpunkt der Besprechung sei die Formulierung "analoger gekoppelter Arbeitsvertrag" und dann seine handschriftliche Ergänzung zur Klärung des Begriffes "gekoppelter Vertrag" gewesen. Er habe weder am 29. Juni 2011 noch später ein unterschriebenes Exemplar des Arbeitsvertrags erhalten (Urk. 80/1/6/1 S. 2, S. 4). Eine Kopie der Agenda von Dr. E. _____ wurde zu den Akten des Strafverfahrens genommen. Darin ist am 29. Juni 2011 ein Treffen im "K. _____" in ... mit dem Kläger vermerkt (Urk. 80/1/6/8).

- 116 - Der Entwurf mit der von Dr. E. _____ vorgenommenen handschriftlichen Ergänzung von Ziffer 1 wurde ebenfalls zu den Akten des Strafverfahrens genommen (Urk. 80/1/6/2). Dieser Entwurf sah (im Gegensatz zu dem am 20. Juni 2011 übermittelten Entwurf; Urk. 22/8) in Ziffer 5 eine Abgangsentschädigung von Fr. 54'000.- und in Ziffer 12 die Wegbedingung der Probezeit vor.

E. 4.3.2

In einer E-Mail vom 15. März 2013 teilte Dr. E. _____ dem einvernehmenden Polizisten mit, er habe nach Durchsicht der Klageantwort von Rechtsanwalt X. _____ festgestellt, dass seine Aussage, er hätte den Änderungsvorschlag für die Anstellungsverträge am 29. Juni 2011 an den Kläger übergeben, nicht stimmen könne. Der Kläger habe am 23. Juni 2011 die Unterzeichnung der bereinigten Verträge, also die Verträge mit der von ihm angeregten Änderung in Ziffer 1, verlangt. Dies bedeute, dass er dem Kläger vor diesem Datum seinen Änderungsvorschlag unterbreitet habe. Dies bedeute auch, dass am Gespräch vom 29. Juni 2011 nicht über die Anstellungsverträge, sondern über die zuvor erfolgte Kündigung gesprochen worden sei. Nach der Unterzeichnung der Anstellungsverträge hätte er dem Kläger nie und nimmer geraten, die Vertragstexte nochmals abzuändern. Dies sei mit seiner ethischen Einstellung unvereinbar. Er sei gerne bereit, diese Feststellung in einer zweiten Einvernahme als Auskunftsperson zu Protokoll zu geben (Urk. 80/1/6/5).

E. 4.3.3

In der polizeilichen Befragung vom 18. März 2013 sagte Dr. E. _____ aus, er habe am 29. Juni 2011 den Kläger im Restaurant K. _____ getroffen. Sie hätten nicht über den Arbeitsvertrag, sondern über die Scheidung des Klägers gesprochen. Er habe nach seiner Befragung Kontakt mit dem Kläger gehabt. Als er bei der Polizei mit der Befragung fertig gewesen sei, sei ihm auf der Heimfahrt in den Sinn gekommen, dass bei seinen Aussagen zum 29. Juni 2011 etwas nicht stimmen könne. Zudem habe er die Klageantwort zu Hause gelesen. Der Kläger habe ihm diese zu einem früheren Zeitpunkt gezeigt und sie ihm am

letzten Donnerstags oder Freitag auf seinen Wunsch hin gemailt. Der Kläger habe ihn aber nicht zur Korrektur bewogen. Wie bereits bekannt, sei er jahrelang Personalverantwortlicher in zwei grossen Firmen gewesen. Der Kläger sei ja formal in zwei Firmen, materiell aber nur in einem Anstellungsverhältnis gewesen. Er (der Zeu-

- 117 - ge) habe Wert darauf gelegt, dass dies in den Verträgen klar zum Ausdruck komme. Darum habe er vor der Unterzeichnung der Verträge die handschriftlichen Änderungen vorgeschlagen. Seine Vorschläge seien dann durch den Kläger für die Arbeitsverträge übernommen worden. Die Besprechungen dazu hätten nicht am 29. Juni 2011, sondern am 15. Juni 2011 stattgefunden. Am 20. Juni 2011 habe der Kläger ihm dann die fertigen Entwürfe der Arbeitsverträge gezeigt, in die er seine Anregungen übernommen gehabt habe. Danach hätten sie nicht mehr über die Arbeitsverträge gesprochen. Der Kläger habe ihm die unterschriebenen Arbeitsverträge weder gezeigt, noch habe er ihm ein unterschriebenes Exemplar ausgehändigt. Der Kläger habe ihm aber mitgeteilt, dass die Arbeitsverträge mit den von ihm vorgeschlagenen Änderungen so unterschrieben worden seien (Urk. 80/1/6/6 S. 2). Auf die Frage, um welche Kündigung es in seiner E-Mail vom 15. März 2013 gegangen sei, antwortete Dr. E._____, es sei nicht um die Kündigung gegangen. Auf den Hinweis, dass er mit seiner Aussage fast einen Monat neben dem Datum der Kündigung der C._____ ag vom 27. Juli 2011 liege, meinte Dr. E._____, das könne sein. Er müsse erwähnen, dass er im November 2011 einen Zusammenbruch (Heliobakter) gehabt habe und durch diese Krankheit einen Blutverlust und einen Hirnschaden erlitten habe. Daher habe er manchmal Probleme mit den Terminen und dem Gedächtnis. Von seiner Agenda könnten betreffend den Monat Juni 2011 Kopien gemacht werden. Zudem reiche er eine E-Mail des Klägers vom 17. März 2013 zu den Akten (Urk. 80/1/6/6).

E. 4.3.4

In dieser E-Mail vom 17. März 2013 (Urk. 80/1/6/7) teilte der Kläger Dr. E._____ mit, er habe seine Mitteilung auf Combox erhalten. Bei sich in der Agenda habe er aufgeschrieben: "8.6.2011 E._____ ... [Ortschaft] Arbeitsvertrag 50% / 50%, Konsequenzen? 15.6.2011 E._____ ..., Arbeitsvertragsentwurf 20.6.2011 E._____ ..., Vertragsentwurf besprechen (Habe da eine Geburtstagskarte und Flasche Wein erhalten) 21./22.6.2011 Vertragsunterzeichnung mit D._____ 24.6.2011 Geburtstag und Wohnsitzwechsel nach ..., Tel. von E._____ Geburtstagsgratulation und meinerseits) Mitteilung Vertragsunterzeichnung

- 118 - 25.6.2011 Mail siehe unten 26.6.2011 Telefonische Vereinbarung Treffen 29.6.2011 K._____ 29.6.2011 K._____ ...: Unterhaltszahlungen AG._____ auf Grund der Verträge, Nachzahlung Unterhaltszahlungen an AG._____, Vorübergehende Verantwortung Kinder da AG._____ Probleme, dunkle Wolken A._____ AG (Bilanz / Erfolgsrechnung) Haben auf bessere Zeiten angestossen, Geburtstag, Wohnsitz und Arbeitsvertrag Weitere Daten mit Themen: Kündigung, Vorübergehende Verantwortung Kinder, Arbeitssituation, AO._____ " Abschliessend teilte der Kläger mit, er sei am Durcharbeiten der Replik und sollte erreichbar ein.

E. 4.3.5

Anlässlich der staatsanwaltschaftlichen Zeugeneinvernahme vom 15. Mai 2014 sagte Dr. E._____ im hier interessierenden Zusammenhang aus, er habe dem Kläger konkret geraten, dass man die beiden Verträge wieder als Einheit behandle. Er habe ihm deshalb diesen Passus empfohlen, den er auf dem zu den Akten gereichten Vertragsexemplar

handschriftlich notiert habe ("Diese Aufteilung erfolgt aus internen Gründen. Beide Unternehmen haften solidarisch für die integrale Erfüllung der beiden AV [Arbeitsverträge]"). Das habe er vermutlich bei der Besprechung am 20. Juni 2011 bei ihm zuhause in ... vorgeschlagen. Auf die Frage, woher er wisse, dass dieser handschriftliche Passus umgesetzt worden sei, sagte Dr. E._____ aus, er habe den Kläger am 29. Juni 2011 in ... getroffen, also nach Unterzeichnung der Verträge. Der Kläger habe ihm die unterschriebenen Verträge gezeigt. Dort sei dieser Passus drin gewesen. Er habe dem Kläger gesagt, dass es "ok" sei. Er habe nichts von ihm mitgenommen, weder einen Vertrag noch sonst etwas. Dann sei er auf die Fähre und heimwärts gegangen (Urk. 80/3 S. 4). Auf ein Treffen am 15. Juni 2011 angesprochen, erklärte der Zeuge, er sei sich nicht mehr ganz sicher, ob der Kläger ihm am 15. Juni 2011 den Vertragsentwurf per E-Mail geschickt habe oder ob sie ihn zusammen angesehen hätten. Es sei korrekt, dass ihm der Kläger am 20. Juni 2011 die fertigen Entwürfe gezeigt habe, in welche seine Änderungen übernommen worden seien. Auf die Frage, weshalb die Treffen am 15. und 20. Juni 2011 nicht in seiner Agenda eingetragen seien, das Treffen vom 29. Juni 2011 hingegen schon, antwortete der

- 119 - Zeuge, seine Agenda sei kein Verfahrensprotokoll, sondern ein Mittel gegen seine Vergesslichkeit. Wenn der Kläger am Vormittag anrufe und am Abend komme, nehme er das nicht pro memoria in seine Agenda. Er sei froh um die E-Mail des Klägers vom 17. März 2013 gewesen und "das ist das im Kopf oben wieder eingemassen 'gekommen'" (Urk. 80/3 S. 7). Dr. E._____ bestätigte weiter, dass der Kläger ihm die Originalverträge mit den Unterschriften gezeigt, er diese aber nicht mitgenommen habe (Urk. 80/3 S. 5). Auf die Frage, weshalb im Entwurf vom 20. Juni 2011 samt "Herleitung auf Beiblatt" (Urk. 22/8) in Ziffer 5 keine Entlassungsabfindung enthalten sei, antwortete Dr. E._____, die E-Mail des Klägers an D._____ sei morgens um 8.50 Uhr geschickt worden und die Besprechung habe abends stattgefunden (Urk. 80/3 S. 11). Die wesentliche Besprechung sei am 20. Juni 2011 gewesen. Der Passus mit der Entlassungsabfindung sei zu diesem Zeitpunkt bereits enthalten gewesen. Den Vertrag, den er am 20. Juni 2011 gesehen habe, habe mit dem Vertrag übereingestimmt, den er nach der Unterzeichnung am 29. Juni 2011 gesehen habe (Urk. 80/3 S. 12).

E. 4.3.6

In der vorinstanzlichen Zeugeneinvernahme vom 20. Januar 2015 sagte Dr. E._____ aus, er und der Kläger seien im AO._____ -Club Zürich. Daraus habe sich eine Freundschaft entwickelt. Er habe die Eheleute B._____ AG._____ während der Scheidung als gemeinsamer Anwalt begleitet und geholfen, die Konvention auszuarbeiten. Die Scheidung sei vor ca. fünf bis sechs Jahren erfolgt. Er habe letztes Wochenende zum letzten Mal Kontakt zum Kläger gehabt und dabei mit ihm kurz über den Fall gesprochen (Urk. 142 S. 1 f.). Seines Wissens hätten aufgrund der neuen Anstellung des Klägers bei der C._____ ag bzw. der Beklagten die Unterhaltsbeiträge an die Ex-Ehefrau des Klägers nicht neu berechnet werden müssen. Er könne sich nicht daran erinnern und sei mit dieser Neuberechnung nicht betraut gewesen (Urk. 142 S. 6). Die unterzeichneten Originalverträge habe er allenfalls kurz gesehen, vom Kläger aber nicht erhalten (Urk. 142 S. 6 f.). Er könne nicht sagen, wie oft er den Kläger im Vorfeld der Vertragsunterzeichnung (23. Juni 2011) zwecks Besprechung der Arbeitsverträge getroffen habe. Manchmal hätten sie sich kurz im "AO._____" getroffen und sich darüber unterhalten oder telefoniert, wie es unter Freunden üblich sei. Da er es nicht

- 120 - verrechnet habe, habe er dies aber nicht notiert. Er könne dem Gericht nicht mehr mitteilen, wie das ganze Prozedere der Vorbereitung/Besprechung abgelaufen sei. Der Kläger sei ein Freund, und wenn der Kläger ein Problem gehabt habe, habe er ihn telefonisch oder im "AO. _____" kontaktiert. Er selbst habe einen Schlaganfall gehabt, der sein Gedächtnis in gewisser Weise beeinträchtigt habe. Auf die Frage, ob nach dem 23. Juni 2011 nochmals über den Inhalt der Arbeitsverträge gesprochen worden sei bzw. ob es noch Änderungsbedarf gegeben habe, antwortete Dr. E. _____, er wisse es nicht, könne es sich aber auch nicht vorstellen, dass sie nochmals Kontakt deswegen gehabt hätten (Urk. 142 S. 7). Auf Vorhalt seiner E-Mail an den einvernehmenden Polizisten vom 15. März 2013 und die Frage, ob er nochmals erläutern könne, weshalb er zunächst der Meinung gewesen sei, dass am 29. Juni 2011 die Besprechung mit den Änderungsvorschlägen stattgefunden habe, erklärte Dr. E. _____, er habe gemeint, sie hätten sich getroffen, hätten aber über die Probleme mit der Ex-Frau gesprochen, im Hinblick auf die Neueinstellung. Der Kläger habe gemeint, dass der Vertrag unterschrieben sei. Da habe ihn der Vertrag nicht mehr interessiert. Die in der gleichen E-Mail enthaltene Aussage, man habe am 29. Juni 2011 über die davor ergangene Kündigung gesprochen, sei falsch. Am 29. Juni 2011 hätten sie sich getroffen, das Thema sei aber mehr die Familie gewesen (Urk. 142 S. 8). Auf die Frage, weshalb in der Agenda nicht weitere Treffen zu finden seien, gab Dr. E. _____ zu Protokoll, er habe es nicht eingetragen, wenn der Kläger z.B. um 11 Uhr angerufen und gefragt habe, ob er abends schnell vorbeikommen könne. Weil er diese Treffen nicht verrechnen müsse, habe er diese nicht immer notiert. Es seien mehr Gedächtnisstützen für ihn gewesen (Urk. 142 S. 8 f.). Auf die Ergänzungsfrage von Rechtsanwalt X. _____ ergänzte Dr. E. _____, die erste Aussage bei der Polizei habe er widerrufen, weil ihm bewusst geworden sei, dass er die Daten zu wenig präsent gehabt habe und er sich geirrt haben müsse. Er sei nicht mehr zwanzig (Urk. 142 S. 11).

E. 4.3.7

Aufgrund der Aussagen Dr. E. _____s in der vorinstanzlichen Zeugenvernehmung (E. 4.3.6) kann der Beweis der Echtheit der Seiten 1 bis 3 des Arbeitsvertrags mit der Beklagten nicht erbracht werden. Der Zeuge bestätigt nir-

- 121 - gends, dass die im Recht liegenden Verträge denjenigen Dokumenten entsprechen, die D. _____ unterzeichnete. Dr. E. _____ konnte nicht einmal mit Bestimmtheit sagen, ob er nach dem 23. Juni 2011 mit dem Kläger nochmals über die Ausgestaltung der Arbeitsverträge sprach. Anlässlich der staatsanwaltlichen Vernehmung versicherte Dr. E. _____ zwar, dass der Vertrag, den er am 20. Juni 2011 gesehen habe, mit dem Vertrag übereinstimme, den er nach der Unterzeichnung am 29. Juni 2011 gesehen habe. Auf diese Aussage kann jedoch nicht abgestellt werden, weil sie früheren Aussagen widerspricht, mit weiteren Umständen nicht in Einklang zu bringen und erst unter erheblicher Beeinflussung durch den Kläger zustande gekommen ist.

E. 4.3.8

Zu Recht weist der Kläger darauf hin, dass Dr. E. _____ in der ersten Befragung durch die Polizei am 14. März 2013 gestützt auf den Eintrag in seiner Agenda (die auszugsweise bei den Akten liegt) das Treffen mit dem Kläger im Restaurant K. _____ in ... ausdrücklich auf den 29. Juni 2011 ansetzte (Urk. 80/1/6/1 S. 2 und S. 4) und Dr. E. _____ dieses Treffen ausführlich, detailliert und ohne Gedächtnislücken schilderte. Ein allfälliges früheres Treffen könnte gemäss Dr. E. _____ lediglich im Clublokal des AO. _____-Club

stattgefunden haben. Seine Aussage änderte Dr. E._____ erst, nachdem er vom Kläger die Klageantwort erhalten und darin gelesen hatte, dass die Unterzeichnung der Verträge spätestens am 23. Juni 2011 erfolgt war. Ein vorangehendes Treffen nannte er in seiner E-Mail vom 15. März 2013 noch nicht, sondern hielt dafür, dies bedeute, dass am 29. Juni 2011 nicht über die Verträge, sondern über die zuvor erfolgte Kündigung gesprochen worden sei, was indes nicht stimmen konnte. Erst in der zweiten Befragung am 18. März 2013 berief sich Dr. E._____ auf zwei weitere Treffen am 15. und 20. Juni 2011, an denen die Entwürfe besprochen bzw. vorgelegt worden sein sollen, und machte geltend, danach sei nicht mehr über die Arbeitsverträge gesprochen worden; am 29. Juni 2011 will Dr. E._____ den Kläger im Restaurant K._____ in ... zwar getroffen, dabei aber über die Scheidung des Klägers gesprochen haben (Urk. 80/1/6/6 S. 2). Diese Schilderung entsprach genau dem Geschehensablauf, welcher der Kläger Dr. E._____ in seiner E-Mail einen Tag zuvor gestützt auf seine eigene Agenda in Erinnerung gerufen hatte (Urk. 80/1/6/7).

- 122 - Damit erscheinen die Aussagen von Dr. E._____ ganz wesentlich vom Kläger beeinflusst, zumal Dr. E._____ im Zusammenhang mit der zeitlich völlig falsch lokalisierten Kündigung geltend machte, infolge eines Hirnschadens Probleme mit den Terminen und dem Gedächtnis zu haben. Hinzu kommt, dass keineswegs feststeht, dass die vom Kläger zu den fraglichen Daten gemachten Hinweise tatsächlich in ihrer ganzen Länge in dessen Agenda Eingang gefunden haben und damit authentisch sind. Sie muten jedenfalls mehr wie ein nachträglich angefertigtes Protokoll an ("Habe da eine Geburtstagskarte und Flasche Wein erhalten"). In der Agenda von Dr. E._____ finden sich am 15. und 20. Juni 2011 jedenfalls keine Einträge über Besprechungen mit dem Kläger (Urk. 80/1/6/8), was zwar nicht bedeutet, dass keine Treffen stattfanden, dass aber die Wahrscheinlichkeit solcher Treffen auch nicht mit einem weiteren Beweismittel untermauert werden kann. Anlässlich der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme sagte Dr. E._____ denn auch aus, er sei nicht mehr ganz sicher, ob der Kläger ihm am 15. Juni 2011 den Vertragsentwurf per E-Mail geschickt habe oder ob sie ihn zusammen angesehen hätten (Urk. 80/3 S. 7). Schliesslich sei mit der Beklagten nochmals in Erinnerung zu rufen, dass der letzte Zugriff auf die (unwiederbringlich überschriebenen, nicht mehr herstellbaren) Dateien mit den Arbeitsverträgen gemäss USB-Stick ebenfalls am 29. Juni 2011 erfolgte (Urk. 82/6; Urk. 200 S. 42 Rz 203d), was aber zur Version passt, dass nach dem 23. Juni 2011 noch Anpassungen an den Verträgen vorgenommen wurden. Die Erklärung des Klägers zum Vorgang der Datenüberschreibung ist dürftig bzw. ausweichend (Urk. 80/1/4 S. 8, Urk. 107 S. 10, S. 24). Von einem defekten Stick ist in der Aktennotiz der Kantonspolizei nicht die Rede (Urk. 82/6).

E. 4.3.9

Es kommen weitere Unstimmigkeiten hinzu: Nicht konsequent ist, wenn Dr. E._____ anlässlich der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme ausführte, der Kläger habe ihm am 29. Juni 2011 die Verträge gezeigt und er habe die Verträge ca. fünf Minuten in den Hand gehabt (Urk. 80/3 S. 8). Anlässlich seiner zweiten polizeilichen Einvernahme gab Dr. E._____ hingegen zu Protokoll, sie hätten am 29. Juni 2011 nicht über den Arbeitsvertrag, sondern über die Scheidung gesprochen, nachdem er in der E-Mail vom 15. März 2013 noch geschrie-

- 123 - ben hatte, es sei um die Kündigung gegangen. Von Vorinstanz sagte der Zeuge wiederum aus, ihn habe der (unterschriebene) Vertrag nicht mehr interessiert (Urk. 142 S.

7). Der Kläger wiederum behauptete, er habe die Originalexemplare am 29. Juni 2011 Dr. E._____ übergeben, damit dieser seine Unterhaltsverpflichtungen neu berechnen können (Urk. 25 S. 16). Dr. E._____ sagte hingegen aus, er habe weder die Originalverträge erhalten (Urk. 142 S. 6 f., Urk. 80 S. 3), noch sei er mit der Neuberechnung der Unterhaltsbeiträge betraut gewesen (Urk. 142 S. 6). Zu Recht weist die Beklagte auch darauf hin, dass der von Dr. E._____ anlässlich der (zweiten) polizeilichen Einvernahme geschilderte Geschehensablauf (15. Juni 2011: Besprechung mit handschriftlichen Änderungen Dr. E._____s; 20. Juni 2011: Präsentation der "fertigen Entwürfe", in welche der Kläger die Anregungen von Dr. E._____ übernommen hatte) schlecht zu dem ebenfalls am 20. Juni 2011 per E-Mail an D._____ übermittelten Entwurf des Arbeitsvertrags (Urk. 22/8) passt. Der an D._____ am 20. Juni 2011, 8.50 Uhr, übermittelte Entwurf 2 wurde mit handschriftlichen Korrekturen D._____s betreffend Lohnauszahlung und Ferienanspruch versehen (Urk. 22/9), die in dem von Dr. E._____ der Polizei überlassenen Entwurf (auf dem er handschriftliche Ergänzungen anbrachte) bereits erfasst sind (Urk. 8/1/6/2 Ziff. 4: "5. des Folgemonats"; Ziff. 10: "3 Wochen"). Auch der von der Vorinstanz erwähnte Änderungsvorschlag D._____s betreffend Repräsentations- und Kleinspesen (Urk. 201 S. 30) scheint in dem von Dr. E._____ bearbeiteten Entwurf bereits erfasst worden zu sein (Urk. 8/1/6/2 Ziff. 11.3). Zudem war in dem am 20. Juni 2011 an D._____ übermittelten Entwurf im Gegensatz zu dem von Dr. E._____ der Polizei überlassenen Entwurf keine Entlassungsabfindung (von zunächst Fr. 54'000.-) enthalten. Die Beklagte leitet daraus ab, dass der von Dr. E._____ zu den Polizeiakten gegebene Entwurf jedenfalls nach dem 20. Juni 2011 entstanden sein muss (Urk. 200 S. 42 Rz 2031). Auf Vorhalt, dass in dem an D._____ übermittelten Entwurf keine Entlassungsabfindung enthalten ist, erklärte Dr. E._____, diese E-Mail mit dem Entwurf sei um 8.50 Uhr abgeschickt worden und die Besprechung mit dem Kläger habe erst am Abend stattgefunden; am 20. Juni 2011 sei die wesentliche Besprechung gewe-

- 124 - sen (Urk. 80/3 S. 11 f.). Zwar stimmt dies nicht mit seinen Ausführungen in der zweiten polizeilichen Befragung überein, in welcher er zu Protokoll gab, die Besprechungen zu den Arbeitsverträgen hätten am 15. Juni 2011 stattgefunden und der Kläger habe ihm am 20. Juni 2011 die fertigen Entwürfe gezeigt, in die seine Anregungen übernommen worden seien. Doch ist einzuräumen, dass theoretisch am 20. Juni 2011 unmittelbar nach der Übermittlung der E-Mail um 8.50 Uhr an D._____ noch die hier interessierenden Änderungen an den Entwürfen vorgenommen worden sein könnten. Dies ist aber nicht sehr wahrscheinlich und wurde vom Kläger auch gar nicht behauptet. Die Entlassungsabfindung (von Fr. 54'000.-) war jedenfalls in dem Dr. E._____ am 20. Juni 2011 vorgelegten Entwurf bereits enthalten. Der Kläger müsste sich auch die Frage gefallen lassen, weshalb er den Entwurf an D._____ unmittelbar vor der wesentlichen Besprechung mit Dr. E._____ versandte (Urk. 107 S. 19) und er den Entwurf mit den in der abendlichen Besprechung vorgenommenen Änderungen D._____ nicht nochmals zukommen liess. Der Kläger will die Entwürfe, die Dr. E._____ einreichte, zwar D._____ gezeigt haben; er räumte in der staatsanwaltlichen Einvernahme aber ebenso ein, dafür keinen Nachweis zu haben (Urk. 82/4 S. 6). Rechtzeitig behauptet hat er im Zivilprozess für diese kritische Phase jedenfalls nichts; vielmehr sollen die Verträge am 21. oder 22. Juni 2011 unterzeichnet worden sein (Urk. 25 S. 12 Rz 37), wobei er sich an den genauen Ablauf beim Ausdruck der Verträge nicht mehr erinnern konnte (Urk. 25 S. 26 Rz 105). Am Tag der Unterzeichnung wurde laut Aussage des Klägers nichts mehr besprochen, doch soll D._____ "nach [s]einem Dafürhalten" Seite für Seite durchgelesen und am Schluss unter-

zeichnet haben (Urk. 82/4 S. 7). D._____ sagte in der Parteibefragung wiederum aus, er habe den am 20. Juni 2011 erhaltenen Entwurf (Urk. 22/8) gegen Mittag vor der Fahrt auf ... [Ortschaft] mit dem Kläger besprochen und ihn nochmals auf die Probezeit angesprochen, womit dieser einverstanden gewesen sei; ansonsten habe es nur noch ein paar unwesentliche Änderungen gegeben und es sei zwischen dem 20. und 22./23. Juni nicht noch einmal über die Verträge verhandelt worden (Urk. 108 S. 6, S. 26 f.). In der Parteibefragung vor Vorinstanz sagte der Kläger dann aus, er wisse nicht mehr genau, wann Dr. E._____ die Solidarhaftungsklausel eingeführt habe; man müsse Dr. E._____ fragen, wann dies genau

- 125 - passiert sei (Urk. 107 S. 20). Das von Dr. E._____ nach seiner ersten polizeilichen Einvernahme Geschilderte vermag nach dem Dargelegten aber nicht zu überzeugen.

E. 4.4

J._____ wurde zunächst als Auskunftsperson von der Polizei, danach von der Staatsanwaltschaft als Zeuge und schliesslich von der Vorinstanz wiederum als Zeuge befragt. Bei der Vertragsunterzeichnung war er nicht anwesend (Urk. 80/1/6/7 S. 4, Urk. 80/4 S. 4, Urk. 144 S. 5, S. 17).

E. 4.4.1

In der polizeilichen Einvernahme vom 13. März 2013 sagte J._____ aus, er könne sich an das genaue Datum der Unterzeichnung der Arbeitsverträge nicht mehr erinnern, habe aber mitbekommen, dass die Verträge (um die Mittagszeit) unterschrieben worden seien. Er habe die Arbeitsverträge aber erst in der darauffolgenden Woche erhalten, wobei er den genauen Tag nicht mehr wisse. Als er in der darauffolgenden Woche über Mittag sein Büro verlassen habe, habe er in seinem Fach ein einzelnes grosses, geschlossenes Kuvert vorgefunden. Er habe angenommen, dass es sich dabei um die Arbeitsverträge gehandelt habe. Er habe es kurz herausgenommen und wieder in sein Fach zurückgelegt. Als er zurückgekommen sei, sei sein Fach leer gewesen. Es sei für ihn damals klar gewesen, dass D._____ das Kuvert wieder zu sich genommen habe, da dieser das übrige Dossier des Klägers bei sich im Büro aufbewahrt habe. Aus diesem Grunde habe er ihn auch nicht danach gefragt. Er habe gegenüber dem Kläger nie bestätigt, die Arbeitsverträge erhalten zu haben (Urk. 80/1/6/7 S. 4). In der Folge schilderte J._____, wie er und D._____ in dessen Büro am 27. Juli 2011 (an das genaue Datum konnte er sich nicht mehr erinnern) zu ihrem beidseitigen Erstauswechslern ein Kuvert mit zwei Arbeitsverträgen des Klägers vorgefunden hätten, wobei D._____ nach Einsicht in die Arbeitsverträge zu ihm gesagt habe, dass gewisse Punkte in den Arbeitsverträgen nicht mehr stimmen würden, insbesondere das Weglassen der Probezeit und die Abgangsentschädigung von Fr. 60'000.-. D._____ habe gemeint, er (J._____) würde über das Kuvert verfügen, während er (J._____) gedacht habe, D._____ habe das Kuvert aus seinem Fach genommen (Urk. 80/1//7 S. 5).

- 126 -

E. 4.4.2

J._____ bestätigte in der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 15. Mai 2014, dass er die Arbeitsverträge rund eine Woche nach dem 22. oder

E. 4.4.3

Im Wesentlichen gleich äusserte sich J._____ bei der Vorinstanz (Urk. 144 S. 17). Er wiederholte, dass er davon ausgegangen sei, die Verträge würden sich bei D._____ befinden.

befinden, während dieser gemeint habe, die Verträge seien bei ihm (Urk 144 S. 18).

E. 4.4.4

Mit den Aussagen J. _____s lässt sich klarerweise nicht erstellen, dass die Seiten 1 bis 3 der Arbeitsverträge echt bzw. von D. _____ zusammen mit der vierten Seite (dazu unten E. 4.6) unterzeichnet wurden. J. _____ hat die unterzeichneten Arbeitsverträge erstmals am 27. Juli 2011 gesehen. Zwischen 23. Juni und 27. Juli 2011 verschwand ein Kuvert aus seinem Fach. Die Gewährung einer Abgangsentschädigung seitens der Beklagten schloss er geradezu aus. An der Beweiswürdigung bzw. am mangelnden Nachweis ändert nichts, dass der Kläger

- 127 - darauf hinwies, der Zeuge J. _____ habe "die Geschichte ausgerechnet bezüglich deren Höhepunkts" grundsätzlich anders dargestellt als D. _____. Während D. _____ explizit bestätigt habe, beim Öffnen des Kuverts alleine gewesen zu sein und anschliessend J. _____ herbeigerufen zu haben, habe J. _____ ausgesagt, er sei im Büro D. _____s dabeigestanden, als D. _____ das Kuvert geöffnet habe (Urk. 191 S. 4 f. Rz 14 ff.). Einerseits handelt es bei dieser Differenz nicht um den Kernpunkt der Aussagen J. _____s, sondern um das Randgeschehen. Im Kernpunkt sind seine Aussagen durchaus stimmig. Andererseits präzisierte J. _____, er sei quasi zwischen "Tür und Angel" gestanden, D. _____ sei in seinem Büro gestanden oder gesessen und sie hätten miteinander gesprochen (Urk. 80/4 S. 15).

E. 4.5

Mit den Aussagen D. _____s in der Parteibefragung (Urk. 108) und den Zeugenaussagen AG. _____s, die im Jahre 2009 vom Kläger geschieden wurde (Urk. 112), kann der Nachweis der Echtheit der Seiten 1 bis 3 des Arbeitsvertrages ebenfalls nicht erbracht werden. Aus den Arbeitsverträgen (Urk. 3/4, Urk. 3/5) leitete der Kläger in der Stellungnahme zum Beweisergebnis ab, dass der von der Beklagten behauptete Vertragsinhalt nicht zutreffen könne. Er wies dabei darauf hin, dass sich die Zeilenschaltungen und Seitenumbrüche der beiden Arbeitsverträge voneinander unterschieden, aber jeweils zusammenpassen würden (Urk. 191 S. 5 Rz 18). Nach Darstellung der Vorinstanz (Urk. 201 S. 37) dürfte der unterschiedliche Übergang von Seite 3 auf Seite 4 bei den Verträgen aber ganz einfach damit zu tun haben, dass die Ziffer 9 der jeweiligen Verträge betreffend Personalvorsorge bei der C. _____ ag drei Zeilen und bei der Beklagten vier Zeilen lang sei, da "AT. _____" (Beklagte) ein wenig länger sei als "AU. _____" (C. _____ ag). Ein Beweis der Echtheit der ersten drei Seiten der Arbeitsverträge ergibt sich aus dem vom Kläger erwähnten Umstand selbstredend nicht, da die ersten drei Seiten jedes Arbeitsvertrags individuell angepasst worden sein könnten.

E. 4.6

Auch ist nicht ersichtlich, wie der Beweis der Echtheit der Seiten 1 bis 3 mit den weiteren als Beweismittel zugelassenen Urkunden oder den weiteren Akten des Strafverfahrens (vgl. E. 4.2.1 und 4.2.2) geleistet werden könnte. In der Stellungnahme zum Beweisergebnis verwies der Kläger auf den vor Bezirks- und

- 128 - Obergericht erfolgten Freispruch vom Vorwurf der Urkundenfälschung (Urk. 191 S. 1 ff.). Im Strafverfahren hatte aber nicht der Kläger die Echtheit der Urkunden, sondern die Anklagebehörde die Fälschung der Urkunden durch den Kläger zu beweisen (Urk. 169 S. 28). In der Berufungsantwort verweist der Kläger zudem auf die echten Unterschriften und

die Kurzberichte und das Gutachten des Forensischen Instituts Zürich, in denen festgestellt worden sei, dass keine Manipulationen vorliegen würden. Damit sei ihm der Beweis der Echtheit der Arbeitsverträge gelungen (Urk. 205 S. 11 Rz 32). Dem kann hinsichtlich der Seiten 1 bis 3 nicht gefolgt werden. Kurzbericht und Gutachten halten fest, dass die vierten und letzten Seiten zweimal geheftet wurden, weshalb davon auszugehen sei, dass die Seiten 1 bis 3 ausgetauscht worden seien (Urk. 26/7 S. 3, Urk. 80/1 S. 15). Von blosserem Auge lässt sich erkennen, dass dies auch bei den vom Kläger eingereichten Originalverträgen der Fall ist (Urk. 69/2+3). Wie bereits die Vorinstanz festhielt, erschliesst sich daraus nicht, ob dies vor oder nach der Unterzeichnung der Verträge passiert ist (Urk. 201 S. 29; vgl. auch Urk. 25 S. 28 Rz 119).

E. 4.7

Hingegen müssen die vierten Seiten der Arbeitsverträge, welche die Unterschriften des Klägers und D.____s tragen, als echt gelten. Die Vorinstanz erwog, die Echtheit der Unterschriften von D.____ sei seitens der Beklagten nie in Frage gestellt worden. Im Kurzbericht des Forensischen Instituts vom 12. September 2012 werde festgehalten, dass unter den verwendeten Papieren keine signifikanten Unterschiede in Bezug auf die Dicke, Wolligkeit, Siebstruktur sowie das UV- und IR-Verhalten bestehen würden. Bei allen Papieren sei sodann nicht magnetisches Tonermaterial verwendet worden. Die Überprüfung auf die Zeilenparallelität habe sodann keine Hinweise darauf ergeben, dass nachträglich Passagen eingefügt worden seien. Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass eine nachträgliche Abänderung im Sinne eines Aufdruckens des Passus betreffend Wegbedingung der Probezeit (Ziffer 12 der Arbeitsverträge) de facto ausgeschlossen werden könne (Urk. 291 S. 32 mit Verweis auf Urk. 26/4 S. 5; vgl. auch Urk. 80/10/6 S. 6). Diese Beweiswürdigung wird von der Beklagten in der Berufung nicht beanstandet (Urk. 200 S. 14 ff.). Vielmehr geht sie davon aus, die vierte Seite sei ihr untergeschoben worden (Urk. 200 S. 23 Rz 119, S. 29 Rz 138u; vgl.

- 129 - auch Urk. 200 S. 14 Rz 71 f.). Aus der Echtheit der vierten Seiten kann aber nicht geschlossen werden, auch die ersten bis dritten Seiten seien echt, obwohl auch die vierte Seite mit dem Passus "Es wird keine Probezeit vereinbart." eine Klausel enthält, die im Entwurf vom 20. Juni 2011 noch nicht enthalten war. Denn es ist nicht auszuschliessen, dass D.____ bei der Unterzeichnung der Verträge die Hinzufügung dieses kurzen Passus entgangen ist.

E. 4.8

Zusammenfassend muss der Beweis der Echtheit der in Ziffer 1 enthaltenen Klausel "Diese Aufteilung erfolgt aus internen Gründen. Beide Unternehmen haften solidarisch für die integrale Erfüllung der beiden Anstellungsverträge." als gescheitert betrachtet werden. Umso weniger kann ein Übergang des Arbeitsverhältnisses der C.____ ag auf die Beklagte in Frage kommen. Auch Ziffer 5 Abs. 2, welche u.a. eine Entlassungsabfindung vorsieht, kann nicht als vereinbart gelten. Die Entlassungsabfindung spielt für den Ausgang des Verfahrens indes keine Rolle. Nicht relevant ist weiter der Umstand, dass in Ziffer 12 eine Probezeit wegbedungen wurde. Es kann offengelassen werden, ob die Wegbedingung der Probezeit der Beklagten untergeschoben wurde und wie der offensichtliche Widerspruch zu Ziffer 4 Satz 2 ("Dieser Lohn ist für die Dauer der Probezeit vereinbart.") zu werten ist. Der Kläger hat die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die C.____ ag "innerhalb der Probezeit" (Urk. 3/6) nicht angefochten. Für den vorliegenden Rechtsstreit

war jene Kündigung nur insofern von Bedeutung, als der Kläger im Nachgang dazu einen Übergang des Arbeitsverhältnisses auf die Beklagte behauptete. IX. (Kosten- und Entschädigungsfolgen)

E. 4.9

Nichts abzuleiten vermag der Kläger aus dem Schreiben der Beklagten vom 8. September 2011, worin die Beklagte dem Kläger die Anstellung von 100% von August bis Ende Oktober 2011 und eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses per 31. Oktober 2011 "per Saldo aller weiteren Ansprüche" anbot. Im gleichen Schreiben hielt die Beklagte ausdrücklich fest, der Arbeitsvertrag mit ihr bestehe nach wie vor im Umfange von 50% und der Lohn werde für dieses Pensum aus- bezahlt (Urk. 22/34).

E. 4.10

Die Berufung der Beklagten ist daher auch in diesem Punkt begründet. Aus den Arbeitsverträgen lässt sich nicht ableiten, dass das Vertragsverhältnis mit der C. _____ ag auf die Beklagte übergegangen ist.

E. 5

Mit Schreiben vom 21. Oktober 2011 teilte Rechtsanwalt X. _____ dem Kläger namens der Beklagten und der C. _____ ag mit, die beiden Arbeitsverträge würden zufolge absichtlicher Täuschung und Grundlagenirrtums angefochten und für ungültig erklärt. Zudem kündigte er die Arbeitsverhältnisse "rein vorsorglich" fristlos und stellte dem Kläger Strafanzeigen wegen Urkundenfälschung und allen- falls Nötigung in Aussicht (Urk. 3/20). Mit Schreiben vom 7. November 2011 wies der damalige Rechtsvertreter des Klägers den Vorwurf der Verfälschung der Ar- beitsverträge zurück; die Anfechtung wegen Willensmängeln und die fristlose Kündigung taxierte er infolge fingierter Vorwürfe als ungerechtfertigt (Urk. 3/21). Mit Schreiben vom 18. November 2011 nahm der Rechtsvertreter der Beklagten erneut Stellung und kündigte die Ausstellung eines Arbeitszeugnisses für einen späteren Zeitpunkt an (Urk. 3/22).

- 11 -

E. 5.1

Mit Beschluss vom 26. Februar 2014 wies die Vorinstanz den Hauptbe- weis für die Behauptung "dass der Kläger ab August 2011 zu 100% für die Be- klagte tätig war" dem Kläger zu. Als Hauptbeweismittel des Klägers nahm sie di- verse Urkunden und acht Zeugen ab. Als Gegenbeweismittel liess sie diverse Ur- kunden, zwei Zeugen und die Parteibefragung (D. _____) zu (Urk. 50 S. 4 f., Urk. 85 S. 9). Die Vorinstanz hielt dafür, aus den Stundenkarten und Outlook- Auszügen ergebe sich ein 100%-Pensum und auch die Zeugenaussagen sprä- chen nicht für die Version, wie sie die Beklagte geltend mache. Die Einwände der Beklagten wurden zurückgewiesen (Urk. 201 S. 56 f.; vgl. oben E. 2.2).

E. 5.2

Gemäss Art. 320 Abs. 1 OR kann ein Arbeitsvertrag oder eine Änderung desselben auch durch konkludentes Verhalten bzw. stillschweigend zustande

- 85 - kommen (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 320 OR N 4 S. 135). Zudem gilt ein Arbeitsvertrag auch dann als abgeschlossen, wenn der Arbeitgeber Arbeit in seinem Dienst auf Zeit entgegennimmt, deren Leistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist (Art. 320 Abs. 2 OR). Die Beweislast für das Zustan- dekommen eines

Arbeitsvertrags (und für die Abänderung desselben) trägt nach Art. 8 ZGB diejenige Partei, die daraus Rechte ableiten will. Verlangt ein Arbeitnehmer Lohn, hat er das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses und die Lohnhöhe zu beweisen. Gleich verhält es sich im Falle der Erhöhung des Arbeitspensums. Der Beweis, dass Arbeit im Sinne von Art. 320 Abs. 2 OR geleistet wurde, ist gleichbedeutend mit dem Beweis des Vertragsschlusses (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 320 OR N 2 S. 131, mit Verweisen).

E. 5.3

Der Kläger behauptete vor Vorinstanz, er habe ab der operativen Einstellung der C._____ ag zu 100% für die Beklagte gearbeitet. Die für die einzelnen Projekte (u.a. F._____ ..., I._____ ..., H._____ ..., AI._____ ..., G._____ ...) aufgewendeten Stunden hätten jeweils ein Vollpensum ergeben. Zum Beweis berief er sich auf sechs Zeugen (AJ._____, AD._____, AE._____, AK._____, AL._____ und AF._____) und auf die Stundenkarten für den Monat August und September (Urk. 2 S. 9 Rz 17, Rz 19, Urk. 3/9+10). Weiter brachte er vor, die anderen Mitarbeiter der C._____ ag seien mit neuen Arbeitsverträgen bei der Beklagten beschäftigt worden; das operative Geschäft inklusive ein Teil der Mitarbeiter der C._____ ag seien somit vollständig von der Beklagten übernommen worden. Zum Beweis offerierte er zwei weitere Zeugen, AM._____ und AN._____ (Urk. 2 S. 10 Rz 22). Die Beklagte bestritt, dass der Kläger mehr als 50% für sie gearbeitet hat. Die Stundenkarten seien falsch und von ihr nie akzeptiert worden (Urk. 21 S. 38). Es sei lediglich eine einzige Baustelle, G._____ ..., von der Beklagten übernommen worden; im übrigen seien bis im Oktober 2011 von den übernommenen Mitarbeitern nur noch zwei geblieben (Urk. 21 S. 39). In der Republik ergänzte der Kläger, er habe ab August 2011 mehr und mehr begonnen, mit einer elektronischen Agenda zu arbeiten. Die entsprechenden Outlook-Wochenauszüge für August bis Oktober 2011 (Urk. 26/3) seien anfangs unvollständig, da sie nicht alle Termine enthalten würden. Sie zeigten aber deutlich,

- 86 - dass ein 100%-Pensum vorliege (Urk. 25 S. 13 Rz 44). In der Duplik behauptete die Beklagte, der Kläger habe selbst ein Pensum von 50% nicht erreicht. Die angebliche Arbeitslast werde vom Kläger nicht substantiiert behauptet. Es sei nicht klar, was er überhaupt gearbeitet habe. Die Outlook-Auszüge erschienen manipuliert und stimmten nicht mit den Stundenkarten überein. Beide müssten als unkorrekt gelten (Urk. 30 S. 19 ff.). Neue Verträge habe es nur für wenige Mitarbeiter der C._____ ag gegeben (Urk. 30 S. 24). An der Hauptverhandlung ging der Kläger von der konkludenten Entstehung eines 100%-Pensums aus und wies darauf hin, dass die Arbeitszeiterfassung Sache des Arbeitgebers sei. Die Stundenkarten zeigten klar auf, wie viel Zeit der Kläger für welchen Tag auf welcher Baustelle aufgewendet habe. "Diese" seien jeweils vor Abschluss des Arbeitstages korrekt eingetragen worden (Urk. 40 S. 11, S. 14). Die Beklagte hielt an ihrem Standpunkt fest (Prot. I S. 20). 5.4.1 Dass die Vorinstanz die Beweislast für eine volle Arbeitsleistung dem Kläger zuwies, wird in der Berufungsantwort nicht beanstandet, obwohl der Kläger vor Vorinstanz die Auffassung vertrat, die Beklagte habe zu beweisen, dass er die in Abrede gestellten Stunden nicht geleistet habe (Urk. 40 S. 15 Rz 50). Auf die Einvernahme der Zeugen AK._____, AL._____ und AN._____ hat der Kläger in der Folge verzichtet (Prot. I S. 60 f., Urk. 165). Die Vorinstanz ging in ihrem Urteil nur kurz auf die von ihr einvernommenen Zeugen AD._____, AE._____ und AF._____ ein und hielt dazu fest, diese hätten keine Veränderungen im Pensum des Klägers bemerkt; der Zeuge U._____ wolle den Kläger sowohl am Morgen im Magazin als auch teilweise am Nachmittag auf den Baustellen gesehen haben, was ebenfalls für die Darstellung des

Klägers spreche (Urk. 201 S. 56). 5.4.2 Zu Recht rügt die Beklagte diese Beweiswürdigung der Vorinstanz. Selbst der Kläger hatte in der Stellungnahme zum Beweisergebnis festgehalten, die Zeugen hätten nur einzelne Baustellen betreut, weshalb sie über den gesamten Arbeitstag des Klägers nur fragmentarisch Auskunft geben können (Urk. 191 S. 11). Hinzu kommt, dass die Zeugen AD._____, AE._____ und AF._____ nicht auf von der C._____ ag übernommenen Baustellen, sondern auf Baustellen der Beklagten tätig waren (Urk. 148 S. 1, S. 3 [AD._____], Urk. 149 S.

- 87 - 1, S. 3 [AE._____], Urk. 150 S. 2 [AF._____]). Der Kläger war also bereits aufgrund seiner bisherigen Tätigkeit bei der Beklagten auf diesen Baustellen tätig. Von den vom Kläger genannten Baustellen war lediglich die Baustelle G._____ ... von der C._____ ag nach deren Konkurs von der Beklagten übernommen worden (Urk. 2 S. 9 f.). Die drei Zeugen wussten über das Arbeitspensum des Klägers nicht Bescheid und haben keine Veränderungen im Pensum des Klägers bemerkt (Urk. 148 S. 3 [AD._____], Urk. 149 S. 3 [AE._____], Urk. 150 S. 3 [AF._____]). Der Zeuge AM._____, den der Kläger zum Nachweis des Übergangs des gesamten operativen Geschäfts auf die Beklagte angerufen hatte, konnte lediglich aus- sagen, er habe nach dem Konkurs nahtlos mit einem Pensum von 100% bei der Beklagten weitergearbeitet, was offensichtlich nicht gleichbedeutend mit einem Übergang sämtlicher Baustellen ist. Zum Arbeitspensum des Klägers konnte er nichts sagen; der Kläger habe sich jeweils eine halbe bis eine ganze Stunde auf der Baustelle aufgehalten (Urk. 120 S. 3 f.). 5.4.3 Der Zeuge U._____ wurde im vorliegenden Zusammenhang vom Klä- ger nicht als Beweismittel angerufen (vgl. auch Urk. 50 S. 4 f.). Trotzdem erwähnt ihn die Vorinstanz im Zusammenhang mit dem vom Kläger geleisteten Arbeits- pensum, was von der Beklagten nicht beanstandet wird (Urk. 200 S. 59). U._____ war als Polier der Beklagten auf der Baustelle F._____ ... und auf der Baustelle G._____ ... tätig. Letztere Baustelle übernahm die Beklagte von der C._____ ag (Urk. 2 S. 10, Urk. 25 S. 35 Rz 158, Urk. 30 S. 24). Der Zeuge sagte aus, er wisse nicht, ob der Kläger ganztätig für die Beklagte tätig oder fix zu einer bestimmten Tageszeit nicht anwesend gewesen sei; der Kläger sei im Büro und er auf der Baustelle gewesen. Der Kläger sei auf der Baustelle G._____ ... anzutreffen ge- wesen und habe Ausmasse gemacht (Urk. 121 S. 5). Der Kläger sei morgens auch im Magazin gewesen. Er habe teilweise auch am Nachmittag mit dem Klä- ger zu tun gehabt. Der Kläger sei jeweils alle zwei bis drei Tage auf der Baustelle für ein bis eineinhalb Stunden, maximal zwei Stunden vor Ort gewesen (Urk. 121 S. 6). Über das Arbeitspensum des Klägers können daraus keine Rückschlüsse gezogen werden. Aus der Zeugenaussage erhellt zwar, dass der Kläger auch für die von der C._____ ag übernommene Baustelle G._____ ... tätig war. Jedoch

- 88 - kann aus den Aussagen des Zeugen nicht geschlossen werden, ob der Kläger diese Arbeit ab August 2011 im Rahmen des bestehenden 50%-Pensums mit der Beklagten erledigte oder ob (bzw. um wie viel) er dafür sein Arbeitspensum von 50% ausdehnen musste. Die Beklagte bestritt jegliche Mehrarbeit und erklärte, die zusätzliche Arbeit durch die übernommene Baustelle G._____ ... sei durch Wegfall der im Sommer fertiggestellten Baustellen mehr als kompensiert worden, so dass der Kläger insgesamt keine Mehrarbeit gehabt habe; kleinere Fertigstel- lungsarbeiten habe D._____ selber vorgenommen (Urk. 30 S. 24). Der Kläger wi- dersprach dem nicht, brachte in der Hauptverhandlung aber vor, die Beklagte ha- be nicht nur eine Baustelle, sondern weitere Baustellen von der C._____ ag über- nommen. Er berief sich dafür auf die Zeugen AK._____ und AJ._____ (Urk. 40 S. 10). Dieses Vorbringen ist als verspätet zu taxieren, da der Aktenschluss nach zweimaligen

Parteivortrag mit Erstattung der Replik eintrat (Art. 229 Abs. 2 ZPO) und die Beklagte bereits in der Klageantwort vortrug, sie habe nur eine einzige Baustelle (G. _____ ...) von der C. _____ ag übernommen (Urk. 21 S. 39, Urk. 25 S. 15 Rz 50). Aber selbst wenn die Behauptung zugelassen würde, ist sie nicht bewiesen. Auf die Einvernahme des Zeugen AK. _____ hat der Kläger verzichtet (Prot. I S. 60). Der Zeuge AJ. _____ konnte die klägerische Behauptung nicht bestätigen (Urk. 118 S. 3). Und in der Parteibefragung hat selbst der Kläger nur die Baustelle in ... genannt, die von der Beklagten übernommen worden sei (Urk. 107 S. 7). 5.5.1 Als Gegenbeweismittel der Beklagten liess die Vorinstanz unter anderem die Zeugen J. _____ und S. _____ zu (Urk. 50 S. 4 f., Urk. 85 S. 9). Auf die beiden Zeugen wurde im vorinstanzlichen Urteil im Zusammenhang mit dem vom Kläger ab August 2011 geleisteten Arbeitspensum aber überhaupt nicht eingegangen (Urk. 201 S. 55). Der Kläger wirft der Beklagten in der Berufungsantwort eine Verletzung der Mitwirkungspflicht vor, weil sie es unterlassen habe, die "Stundenerfassung des Klägers" einzureichen, obwohl eine solche laut dem Zeugen J. _____ geführt worden sei (Urk. 205 S. 19 Rz 69, Rz 72). Bereits in der Stellungnahme zum Beweisergebnis wies der Kläger auf vorhandene Tages- und Stundenrapporte betreffend die Baustellen hin, welche gemäss dem Zeugen

- 89 - J. _____ vorhanden seien bzw. der Kläger wöchentlich abgegeben habe. Daraus ergebe sich zweifelsfrei, dass die Beklagte über detaillierte Aufzeichnungen verfügt habe, welche die Arbeitszeit des Klägers exakt belegen würden. Dass die Beklagte diese Aufzeichnungen nicht eingereicht habe, sei als Beweisvereitelung zu werten (Urk. 191 S. 12). 5.5.2 Der Zeuge J. _____ sagte vor Vorinstanz aus, alle Bauführer und Bauleiter hätten die Stundenrapporte der Baustellen auf Wochenbasis abgegeben. "Wir im Büro" hätten diese dann in einem Excel-File vorerfasst, so dass man eine erste Kostenkontrolle gehabt habe. Insofern habe ihm der Kläger die Rapporte abgegeben. Auf die Frage, ob der Kläger ihm nebst den erwähnten Stundenrapporten jeweils seine eigenen Stundenkarten (bspw. Urk. 3/10) abgeben habe, antwortete der Zeuge, er würde sagen ja; sie hätten diese Stunden auch erfasst gehabt. Zur Frage, was sie konkret mit diesen Stundenkarten gemacht hätten, meinte der Zeuge, eigentlich dasselbe wie mit allen; die seien von allen Mitarbeitern zusammengekommen. Dann habe man diese, wie man es hier sehen könne (gemäss Urk. 3/10), auf die Baustellen kontiert. Man habe sie durchgerechnet und mit den Feiertagen, Ferien, Krankheitstagen usw. verglichen. Die Stundenkarten seien so aufbereitet worden, dass sie danach im Buchhaltungssystem hätten erfasst werden können (Urk. 144 S. 5 f.). Auf die Frage, ob der Kläger nach dem Konkurs der C. _____ ag nur zu 50% zur Arbeit erschienen sei, stellt der Zeuge die Frage, ob damit 50% Leistung oder 50% Anwesenheit gemeint sei, was einen grossen Unterschied mache. Auf die weitere Frage, ob der Kläger nach dem 12. August 2011 merklich weniger vor Ort gewesen sei, sei dies auf dem Bau, im Büro oder sonst wo für die Beklagte, antwortete der Zeuge, er sei "in diesem Sinne bei der Beklagten angestellt" gewesen und sei für die übrig bleibende Arbeit verantwortlich gewesen. Er sei noch verpflichtet gewesen, für die Beklagte zu arbeiten. Er nehme an, dass in den vorhandenen Tagesrapporten nachgesehen werden könnte, wie viele Stunden der Kläger anwesend gewesen sei (Urk. 144 S. 14). 5.5.3 Es kann keine Rede davon sein, dass die Beklagte durch Zurückhalten der Stundenerfassung des Klägers (gemeint wohl: der Tages- und Stundenrap-

- 90 - orte) treuwidrig den zu erbringenden Beweis erschwert bzw. ihre Mitwirkungspflicht verweigert hätte. Der Kläger legt in der Berufungsantwort nicht dar, wo er vor

Vorinstanz prozesskonform und vor Aktenschluss die Tages- und Stunden- rapporte im Sinne eines Beweismittels angeboten hat (Art. 152 ZPO). In seinen Parteivorträgen berief er sich auf die genannten Zeugen, die eingereichten Stundenkarten und die Outlook-Auszüge (Urk. 2 S. 9, Urk. 25 S. 13 f.). Die Existenz der selber abgegebenen Rapporte musste ihm bekannt sein. Aber selbst ein nachträgliches Beweisangebot wäre nur rechtzeitig gewesen, wenn es unmittelbar nach der Zeugeneinvernahme J. _____s erfolgt wäre. Dies war nicht der Fall. Der Kläger kann nicht darauf verzichten, Tages- und Stundenrapporte als Beweismittel zu bezeichnen, um sich in der Stellungnahme zum Beweisergebnis darauf zu berufen und geltend zu machen, die Beklagte verfüge über detaillierte Aufzeichnungen, die sie aber nicht einreiche. Auch kann der Kläger unter diesen Umständen nicht geltend machen, er habe "sämtliche ihm zur Verfügung stehenden Beweismittel ausgeschöpft" (Urk. 205 S. 19 Rz 71).

5.5.4 Auch wenn der Zeuge J. _____ nicht davon sprach, der Kläger habe nach dem Konkurs sein Pensum reduziert, sagte er doch aus, dass der Kläger für die "übrig bleibende Arbeit" verantwortlich gewesen sei. Darüber, welches Pensum der Kläger versah bzw. welche Stunden er arbeitete, konnte der Zeuge keine Aussagen machen. Dies ist insofern nicht verwunderlich, als der Zeuge die Buchhaltung und die Lohnadministration besorgte. Aufgrund seiner Aussage kann der Nachweis nicht als erbracht gelten.

5.5.5 Der Kläger erwähnt in der Berufungsantwort "der Vollständigkeit halber", dass es für die Begründung eines Lohnanspruchs bereits genügt hätte, dass er 100% anwesend und arbeitsbereit gewesen sei (Urk. 205 S. 19 Rz 71). Dem kann nicht gefolgt werden. Bereits in der Stellungnahme zum Beweisergebnis hatte der Kläger ausgeführt, die Beklagte habe sich darauf beschränkt, die in den Stundenkarten angegebenen Tätigkeiten zu bestreiten, habe es aber unterlassen zu bestreiten, dass der Kläger eine "Präsenzzeit" von 100% geleistet habe (Urk. 191 S. 10 Rz 39; vgl. auch Urk. 40 S. 15 Rz 53). Ist ein Arbeitnehmer zu 50% an- gestellt, genügt Präsenz und Arbeitsbereitschaft nicht, um einen darüberhinaus-

- 91 - gehenden Lohnanspruch zu begründen. Vielmehr muss der Arbeitgeber ein zustimmendes Verhalten an den Tag legen bzw. eine Arbeitsleistung in seinem Dienst auf Zeit entgegennehmen (Art. 320 Abs. 2 OR). Andernfalls könnte der Arbeitnehmer durch die bloße Präsenz am Arbeitsplatz eine Mehrvergütung gleichsam erzwingen.

5.6.1 Die Beklagte moniert weiter, die Vorinstanz werfe ihr zu Unrecht vor, sie sei mit Bezug auf die Stundenkarten und Outlook-Auszüge ihrer Bestreitungs- und Substantiierungslast nicht nachgekommen (Urk. 201 S. 56, Urk. 200 S. 55 Rz 272, S. 56 Rz 281 f.). Sie habe eine substantiierte Gegendarstellung bzw. einen substantiierten Vergleich verfasst, jede auf den Stundenkarten nicht akzeptierte Arbeit in Abrede gestellt und jeden auf den Outlook-Auszügen eingetragenen Tag durch Vergleich mit den Stundenkarten substantiiert bestritten, indem detailliert aufgezählt und vereinzelt sogar mit objektiver Unmöglichkeit begründet worden sei, welche eingetragene Arbeit abzuziehen sei und wie viele Stunden übrigbleiben bzw. "als möglich" stehen gelassen würden (Urk. 200 S. 55 Rz 276, Rz 278, S. 57 Rz 285, Rz 287). Bereits in der Klageantwort habe sie darauf hingewiesen, dass – der Kläger ab August 2011 keine Offerten mehr erstellt habe, ansonsten er diese vorlegen solle (Urk. 200 S. 55 Rz 276, S.56 Rz 281); – der Kläger bei der Baustelle T. _____ ... keine einzige Mehrleistung der Beklagten angemeldet habe (Urk. 200 S. 55 Rz 276); – mit Einstellung des operativen Geschäfts der C. _____ ag 50% der Arbeit weggefallen sei (Urk. 200 S. 55 Rz 276); – Beispiele von objektiven Unmöglichkeiten auf den Stundenkarten angegeben worden seien (S. 56 Rz 281). Zudem habe sie die Arbeitsverweigerung des Klägers substantiiert dargelegt (Urk. 200 S. 56 Rz 281). Nach

Einreichung der Outlook-Auszüge habe sie in der Duplik ihre substantiierte Bestreitung erweitert, indem sie

- 92 - – auf die Notorietät hingewiesen habe, dass ein Bauführer nicht Stunden auf Baustellen oder gar bei Krandemontagen verbringe, erst recht nicht, wenn er wie der Kläger die Baustellen in Halbschuhen besuche, was nicht bestritten worden sei (Urk. 200 S. 57 Rz 285); – die Outlook-Auszüge hinsichtlich ihrer Richtigkeit bestritten und dargelegt habe, weshalb diese als manipuliert erscheinen würden (Urk. 200 S. 57 Rz 286); – in der Folge jeden eingetragenen Tag der Monate August bis Oktober einzeln durch Vergleich der Stundenkarten mit den sog. Outlook-Auszügen bestritten und jede auf den Stundenkarten nicht akzeptierte Arbeit in Abrede gestellt habe (Urk. 200 S. 55 Rz 178, S. 57 Rz 286 f.); – nochmals darauf hingewiesen habe, dass der Kläger keine brauchbaren Arbeitsergebnisse abgeliefert habe und seine Baustellen zu Verlusten geführt hätten, weil er seinen Pflichten der Kontrolle, der Erfassung von Mehrarbeiten, Bestellungsänderungen und Zusatzaufträgen sowie der Ausmasserstellung nicht nachgekommen sei (Urk. 200 S. 57 Rz 288). Aufgrund ihrer Bestreitung wäre der Kläger – so die Beklagte weiter – verpflichtet gewesen, seine Arbeiten auf der Grundlage der Stundenkarten substantiiert darzulegen, die Diskrepanzen zwischen den Stundenkarten und den Outlook-Auszügen und vor allem die objektiven Unmöglichkeiten zu erklären und substantiiert zu behaupten, welche Arbeitsresultate (Offerten, Abgebote) er in diesen Monaten abgegeben habe. Der Kläger habe nichts dergleichen getan (Urk. 200 S. 58 Rz 290, S. 56 Rz 279). Der Kläger genüge mit dem pauschalen Verweis auf die Stundenkarten und die Outlook-Auszüge seiner Behauptungslast nicht. Die Vorinstanz verkenne, dass die vom Kläger eingereichten Stundenkarten nichts anderes als eine nicht gehörig in den Prozess eingebrachte Parteibehauptung darstellten (Urk. 201 S. 55 Rz 273, Rz 275). Sie sei zu Unrecht von einer 100%-Tätigkeit des Klägers für die Beklagte ab August 2011 ausgegangen (Urk. 200 S. 6 Rz 21). 5.6.2 Mit der Klageschrift reichte der Kläger zum Nachweis, dass er ab August 2011 100% für die Beklagte gearbeitet hat, Stundenkarten für die Monate

- 93 - August und September 2011 ein (Urk. 2 S. 9 Rz 19, Urk. 3/9+10). Darin hat er teilweise die Anzahl der Stunden eingetragen, die er für die aufgeführten Baustellen aufgewendet haben will. Zudem wurden "Offerten/Abgebote" sowie "Ausmasse/Abrechnungen" gesondert ohne Baustellenbezug erfasst. Für den Monat Oktober 2011 wurde keine Stundenkarte eingereicht. 5.6.3 In der Klageantwort führte die Beklagte aus, die Stundenkarten seien falsch und von ihr nie akzeptiert worden. Die Arbeit sei grösstenteils ungenügend gewesen und habe später von D._____ und andern Mitarbeitern nachgeholt werden müssen. Offerten und Abgebote habe der Kläger seit August nicht mehr erstellt, ansonsten er diese vorlegen solle. Somit fielen diese Stunden alle weg. Es sei unmöglich, dass der Kläger auf den Baustellen die eingetragenen Stunden verbracht habe. Ein Bauführer sitze nicht täglich eine bis vier Stunden auf einzelnen Baustellen herum. Wie grosszügig der Kläger auf den Stundenkarten mit Stundengutschriften für sich umgegangen sei, zeige das Beispiel des externen Ausmasses vom 30. August 2011. Dieses habe er auf der Absenzliste (Urk. 22/71) vom 1. September 2011 noch mit drei Stunden angegeben. Auf der Stundenliste seien es dann auf einmal vier Stunden. An diesem Tag will der Kläger 12 ½ Stunden gearbeitet haben. Diese und auch die übrigen Stundenangaben könnten gar nicht stimmen (Urk. 21 S. 38). Es sei lediglich eine einzige Baustelle, G._____ ..., von der C._____ ag übernommen worden (Urk. 21 S. 39). 5.6.4 Mit der Replik reichte der Kläger zum Nachweis der Erfüllung eines 100%-Pensums "Outlook

Wochenauszüge" für die Monate August bis Oktober 2011 ein (Urk. 26/3a-k). Die Auszüge weisen im Sinne eines Kalenders Tag und Uhrzeit von Baustellen, Büroarbeiten und Freizeitaktivitäten aus. Der Kläger führte dazu aus, ab August habe er mehr und mehr mit einer elektronischen Agenda zu arbeiten begonnen. Die entsprechenden Wochenauszüge seien anfangs noch unvollständig, da sie nicht alle Termine enthielten. Sie zeigten aber deutlich, dass ein 100%-Pensum vorliege (Urk. 25 S. 13 Rz 44). Er sei konsequent von einem Vollpensum ausgegangen und habe auch nach dem Konkurs der C. _____ ag ein Vollpensum geleistet (Urk. 25 S. 14 Rz 48, S. 42 Rz 194). Er bestreite, dass er sich geweigert habe, Offerten zu erstellen. Die entsprechende Behauptung sei

- 94 - weder substantiiert noch belegt (Urk. 25 S. 32 Rz 140). Falls die Beklagte tatsächlich nur noch von einem Pensum von 50% ausgegangen wäre, hätte sie dies aufgrund ihrer Fürsorgepflicht umgehend anzeigen müssen (Urk. 25 S. 15 Rz 51, S. 42 Rz 194). Aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sei der Arbeitgeber dafür verantwortlich, die Stundenkarten regelmässig zu kontrollieren und zu visieren. Überstunden gälten als bewiesen, wenn der Arbeitgeber davon Kenntnis habe oder hätte haben können. Dies gelte auch, wenn der Arbeitnehmer die Pflicht habe, die Stundenkarten vorzulegen, und dies unterlasse. Dem Arbeitgeber sei es zuzumuten, den Arbeitnehmer nach der Anzahl der Mehrstunden zu fragen. Auch wenn sich die Rechtsprechung auf Überstunden beziehe, gelte Analoges für den vorliegenden Fall (Urk. 25 S. 42 Rz 195). 5.6.5 In der Duplik entgegnete die Beklagte, der Kläger habe selbst ein Pensum von 50% nicht erreicht. Es sei nicht klar, was er überhaupt gearbeitet habe, die angebliche Arbeitslast werde vom Kläger nicht substantiiert behauptet. Die Stundenkarten und Outlook-Auszüge seien reine Parteibehauptungen, die von Anfang an nicht korrekt geführt oder für das vorliegende Verfahren "aufgestockt" worden sein könnten. Sie würden "allesamt" bestritten. Insbesondere verbringe ein Bauführer nicht Stunden auf Baustellen oder gar bei Krandemontagen. Die Aufgaben eines Bauführers seien das Offertwesen, die Vor- und Nachkalkulation sowie die Erstellung der Ausmasse und der Akonto- und der Schlussrechnungen, also grundsätzlich administrative Arbeiten. Die Outlook-Auszüge seien von schlechter Qualität (Stundeneinteilungen liessen sich nur erraten) und würden nicht so "nackt" erfolgen, wie sie der Kläger einreiche. Doch selbst wenn von den vagen Einträgen ausgegangen werde, werde deutlich, dass er keine 50% gearbeitet habe. Da die Outlook-Auszüge nicht mit den Stundenkarten übereinstimmten, müssten beide als unkorrekt gelten. Offenbar habe der Kläger im August schlicht nicht gewusst, welche Arbeit er noch erfinden könnte. Aber auch nach Abzug von AO. _____, Beerdigung, Apéro, ... und ..., "Natel holen", Baulüüt-Brunch, E. _____ etc. seien durchschnittlich keine zwei Stunden Arbeit pro Tag "belegt" (Urk. 30 S. 19, S. 24 Rz 17).

- 95 - Die Beklagte verglich sodann für jeden einzelnen Tag den Outlook-Auszug für den August (Urk. 26/3a-d) mit der Stundenkarte für den August, hielt die Diskrepanzen fest und kam zum Schluss, die Stundenkarten müssten reine Erfindungen darstellen. Zu einzelnen Tagen (15., 19., 24. und 30.) brachte sie Auffälligkeiten und spezifische Bestreitungen an. Zum 15. August 2011 hielt sie etwa fest, dass die Beerdigung und "AP. _____" mitten am Tag stattgefunden hätten, die 11 Stunden gemäss Stundenkarte somit offensichtlich gefälscht seien (Urk. 30 S. 20). Auch für den September erfolgte dieser Vergleich, wobei die Beklagte praktisch an jedem Tag mehrere Einträge im Outlook-Auszug (Urk. 26/3e-h) spezifisch bestritt, und die im Outlook noch verbleibende Zeit (zwischen 0 und 2 Stunden) den auf der Stundenkarte ausgewiesenen Stunden

gegenüberstellte. Den 6. September 2011 kommentierte sie dahingehend, im Outlook würden drei Stunden "AO. _____ Club" und zwei Stunden "AQ. _____ [Schule]" ausgewiesen gegenüber 10 ½ Stunden gemäss Stundenblatt. Auf dem Stundenblatt sei also der AO. _____ Club-Besuch als Arbeit ausgewiesen worden. Sie kam zum Schluss, dass im September offensichtlich Lücken im Outlook mit "administrativen Arbeiten" gefüllt worden seien, die gerade nicht erfüllt worden seien. Die zahlreichen angeblichen Besuche derselben Baustellen nacheinander jeden Tag seien jedenfalls unnötig gewesen und würden bestritten. Trotz des "Nachfüllens" von Stunden gehe die Geschichte mit den Stundenkarten immer noch nicht auf (Urk. 30 S. 20 f.). Für den Oktober analysierte die Beklagte einzig den Outlook-Auszug (Urk. 26/3i-k), da keine Stundenkarte eingereicht worden war. Sie bestritt für jeden einzelnen Tag spezifische Einträge und kam so auf Arbeitszeiten zwischen 0 bis 2 Stunden pro Tag (Urk. 30 S. 22 f.). Schliesslich hielt die Beklagte fest, die ganze Arbeit des Klägers gelte als bestritten, auch wenn vorstehend einige Arbeiten als möglich stehen gelassen würden. Der Kläger habe keine brauchbaren Arbeitsergebnisse abgeliefert, seine Baustellen hätten zu Verlusten geführt, weil er seine Pflichten der Kontrolle, der Erfassung von Mehrarbeiten, Bestellungenänderungen und Zusatzaufträgen sowie

- 96 - der Ausmasserstellung nicht nachgekommen sei (Urk. 40 S. 23). Es sei am Kläger, substantiiert zu behaupten und zu beweisen, dass er ab dem 6. August 2011 mehr Arbeit von der Beklagten entgegengenommen habe, und dies in einem Umfang, in dem er auf den Willen der Beklagten habe schliessen können, den Arbeitsvertrag mit ihm aufzustocken. Auch wären allfällige Überstunden substantiiert zu behaupten und zu belegen. Da der Kläger in der Klage keine solchen geltend mache, obwohl die Stundenkarten angeblich 11, z.T. 15 Stunden Arbeitszeit "belegen würden", könnten solche von vornherein ausgeschlossen werden. Ein gewisses Mass an Überstunden wäre von einem Kadermitglied im Übrigen entschädigungslos zu leisten gewesen. Bei der Beklagten habe der Kläger nie mehr als 50% gearbeitet; da der von ihm selbst verfasste Arbeitsvertrag auf 50% gelautet habe, habe das Pensum auch nicht "neuerdings" 50% betragen können. Hätte der stets juristisch beratene Kläger aus dem Arbeitsvertrag mit der Beklagten einen Anspruch auf Erhöhung des Pensums abgeleitet, hätte er den Anspruch anmelden müssen, was unterblieben sei. Die Beklagte wäre ohne Klärung der veränderten Arbeitsverträge sicher nicht darauf eingegangen. Der Kläger sei als höheres Kadermitglied auch nicht verpflichtet gewesen, Stundenkarten auszufüllen, habe bis im Herbst 2011 auch keine ausgefüllt und habe der Beklagten gegenüber nie erwähnt, dass er Stundenkarten ausfülle. Wahrscheinlich habe er auf Anraten seines Beraterteams irgendwann für sich damit angefangen, ohne der Beklagten die Karten vorerst vorzulegen. Er habe die Karten zum ersten Mal gezeigt, als sie bereits ausgefüllt gewesen seien. D. _____ habe die Angaben sofort als falsch zurückgewiesen (Urk. 30 S. 46 f. Rz 30, S. 24 f.). 5.6.6 Anlässlich der Hauptverhandlung vom 21. Januar 2014 trug der Kläger schliesslich vor, die Führung der Arbeitszeiterfassung sei Sache des Arbeitgebers. Dies gelte auch für das Kader. Es gehe nicht an, dass die Beklagte, statt eine eigene Arbeitszeiterfassung ins Recht zu legen, diejenige des Klägers im Stile eines Milchbüchleins bestreite. Die Stundenkarten zeigten klar auf, wie viel Zeit der Kläger für welchen Tag auf welche Baustelle verwendet habe. Diese sei jeweils vor Abschluss des Arbeitstages korrekt eingetragen worden. Demgegenüber sei ein Outlook-Kalender klarerweise ein Planungsinstrument, in welchem bereits

- 97 - im Voraus Zeit reserviert werde. Dass dieses Instrument nach Stattfinden der Termine nicht noch angepasst werde, verstehe sich von selbst. Weiter würden gewöhnlich nur fixe Termine und nicht sämtliche Arbeitstätigkeit in einen Kalender eingetragen. Es könne also nicht erwartet werden, dass die Stundenzahlen von Karte und Kalender genau korrespondierten. Ohnehin genüge es nicht, die Stunden einfach unsubstantiiert zu bestreiten. Der Beklagte hätte vielmehr zu beweisen, dass der Kläger die von ihm in Abrede gestellten Stunden nicht geleistet habe. Die Beklagte übergehe in der Duplik zudem die Tatsache, dass der Kläger erst ab Mitte August kontinuierlich mit dem Outlook-Kalender zu arbeiten begonnen habe. Vorher habe er eine Agenda in Papierform geführt. Die Beklagte behaupte nie, der Kläger habe systematisch ihm zugewiesene Arbeiten nicht ausgeführt oder verweigert (Urk. 40 S. 14 f. Rz 48 ff.). 5.6.7 Vorliegend trat der Aktenschluss grundsätzlich mit dem zweiten Parteivortrag ein (Art. 229 Abs. 1 und 2 ZPO). Im Rahmen der ersten beiden Parteivorträge hat der Kläger das von ihm behauptete "Vollzeitpensum" lediglich pauschal umschrieben und die von ihm bearbeiteten Objekte aufgeführt. Die Arbeitsstunden und Termine ergeben sich aus den eingereichten Stundenkarten und Outlook-Auszügen, auf die verwiesen wurde. Es stellt sich in der Tat die Frage, ob der Sachvortrag des Klägers damit genügend schlüssig bzw. substantiiert worden ist, denn die Tatsachen müssen grundsätzlich in der Rechtsschrift selbst dargelegt werden. Tatsachen, die sich lediglich aus einer Beilage zu einer Rechtsschrift ergeben, sind vom Gericht unter der Geltung der Verhandlungsmaxime nicht zu beachten. Selbst mit einem allgemeinen Verweis in der Rechtsschrift auf eine Beilage oder mit der allgemeinen Erklärung, dass eingereichte Akten als integrierender Bestandteil der Rechtsschrift gelten, wird der Behauptungslast nicht genügend nachgekommen. Nicht behauptete Tatsachen dürfen im Rahmen der Verhandlungsmaxime grundsätzlich nicht berücksichtigt werden (BGer 4A_443/2017 vom 30. April 2018, E. 2.2 m.w.H.; BSK ZPO-Willisegger, Art. 221 N 27 m.w.H.; KUKO ZPO-Naegeli/Richers, Art. 221 N 27 m.w.H.). Eine ausreichende Substantiierung ist zudem Voraussetzung für den Beweisführungsanspruch (BGer 4A_252/2016 vom 17. Oktober 2016, E. 2.2 m.w.H.). Ob die Vorbringen den An-

- 98 - forderungen an die Substantiierung genügen, kann vorliegend offengelassen werden. Jedenfalls können mit Blick auf die Bestreitungslast der Beklagten keine höheren Anforderungen gestellt werden als für die Behauptungslast des Klägers. Für das Ausmass der im Einzelfall erforderlichen Substantiierung des Bestreitens ist nämlich auf die Einlässlichkeit der Sachdarstellung der behauptungsbelasteten Partei abzustellen und überdies zu prüfen, inwieweit der bestreitenden Partei eine substantiierte Bestreitung zuzumuten ist (BK ZPO-Brönnimann, Art. 150 N 13, mit Verweis auf BGer 4A_390/2011 vom 9. November 2011, E. 3.1.2). 5.6.8 Auf den Stundenkarten werden die Stunden auf einzelne Baustellen aufgeschlüsselt und zwei Tätigkeiten (Offerten/Abgebote und Ausmasse/Abrechnung) separat ausgewiesen. Indes geht aus ihnen nicht hervor, ob der Kläger für die genannten oder auf den genannten Baustellen tätig war und welche Tätigkeiten er für die aufgeführten Objekte, die mit einer Ausnahme zuvor im Rahmen einer Teilzeitstelle betreut wurden, leistete (vgl. auch Urk. 40 S. 14 Rz 48: "auf welche Baustelle"). Die Beklagte hat jedenfalls bestritten, dass der Kläger Stunden auf den Baustellen verbrachte, weil das gar nicht Aufgabe eines Bauführers sei. Auch die Tätigkeit "Offerten/Abgebote" hat die Beklagte bestritten und vom Kläger verlangt, er möge ein entsprechendes Arbeitsergebnis vorlegen. In der Folge wurden vom Kläger keine Offerten/Abgebote bezeichnet. Aus den Stundenlisten lässt sich auch nicht ersehen, für welche Objekte er Ausmasse und Abrechnungen erstellte. Die Beklagte hat sodann

tageweise auf die Diskrepanzen zwischen Stundenlisten und Outlook-Auszügen hingewiesen, für den September und Oktober spezifische, auf den Outlook-Auszügen enthaltene Einträge bestritten und die verbleibende Restarbeitszeit aufgeführt. Dabei ist es nicht Sache des Gerichts oder der Gegenpartei, Stundenkarten und Outlook-Auszüge abzugleichen, um zu eruieren, ob sich anhand der Outlook-Auszüge allenfalls ein sinnvolles Ganzes ergibt. Wenn der Kläger an der Hauptverhandlung die Bedeutung der Outlook-Auszüge unter Hinweis auf deren Planungsfunktion relativierte und ausführte, damit werde im Voraus Zeit reserviert, räumte er eigentlich ein, dass darauf für die stundenmässige Bestimmung der geleisteten Arbeit gar nicht abgestellt werden kann. Für Oktober 2011 liegen folglich auch aus Sicht des Klägers

- 99 - wenig aussagekräftige Unterlagen für die aufgewendete Arbeitszeit vor. Aus alledem ergibt sich, dass die Vorinstanz der Beklagten zu Unrecht eine nicht hinreichende bzw. substantiierte Bestreitung der Stundenkarten und Outlook-Auszüge vorwirft. Die Vorinstanz hat in der Beweisverfügung die zu beweisenden Tatsachen im Übrigen auch nicht genauer formuliert (Urk. 50 S. 4: "dass der Kläger ab August 2011 zu 100% für die Beklagte tätig war"). Der Inhalt der Stundenkarten und Outlook-Auszüge wurde nicht zum Beweis verstellt. Die Beklagte hat die Vorbringen der Klägerin somit ausreichend bestritten. 5.6.9 Die Stundenkarten und Outlook-Auszüge sind Urkunden im Sinne von Art. 177 ZPO und unterliegen der freien Beweiswürdigung durch das Gericht (Art. 157 ZPO). Nach dem Regelbeweismass der an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit ist der Beweis erbracht, wenn das Gericht von der Verwirklichung der umstrittenen Tatsachen überzeugt ist, wobei die zu beweisende Tatsache nicht mit Sicherheit feststehen muss. Es genügt, wenn die (regelmässig auch) vorhandenen Zweifel als nicht erheblich erscheinen (Leu, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], 2. Aufl., 2016, Art. 157 ZPO N 61). Die Stundenkarten vermögen den Beweis einer Arbeitsleistung des Klägers von mehr als 50% ab August 2011 nicht zu erbringen: Sie sind nicht datiert und vom Kläger selber ausgefüllt. Die Behauptung, dies sei "jeweils vor Abschluss des Arbeitstages" erfolgt, blieb eine nach Aktenschluss vorgetragene und damit verspätete Behauptung (Urk. 40 S. 14 Rz 48). Der Kläger selbst wies darauf hin, dass die Beklagte die "abgegebenen Stundenrapporte August und September" 2011 in ihrer zweiten Abmahnung vom 14. Oktober 2011 (Urk. 22/52) zurückgewiesen hatte (Urk. 25 S. 37 Rz 168). In jenem Zeitpunkt waren seitens des Klägers u.a. gestützt auf die "Stundenkartenkopien" bereits Betreibungen für die ausstehenden Löhne (50%) der Monate August und September 2011 eingeleitet worden (Urk. 22/40+42). In den Schreiben vom 5. und 14. September 2011, mit denen der Kläger der Beklagten mitteilte, er halte der guten Ordnung halber nochmals fest, dass er seinen gültigen Vertrag zu 100% nachweislich erfülle, fehlt jeglicher Hinweis auf die Stundenkarten (Urk. 22/33, Urk. 22/35). Für die vorherge-

- 100 - henden Monate (bis und mit Juli 2011) brachte der Kläger keine Stundenkarten bei, die einen Vergleich erlauben würden. Wie bereits erwähnt, übernahm die Beklagte lediglich eine Baustelle von der C._____ ag, so dass eine Verdoppelung der Arbeitslast nicht unterstellt werden kann, zumal die Beklagte unwidersprochen ausführte, die zusätzliche Arbeit sei durch im Sommer fertig gestellte Baustellen kompensiert worden (Urk. 30 S. 24). Welche Tätigkeiten der Kläger für die in den Stundenkarten aufgeführten Baustellen im Einzelnen verrichtete, wird nicht näher erläutert. Damit kann nicht als erstellt gelten, dass die vom Kläger für die einzelnen Baustellen bzw. Tätigkeiten aufgeführten

Stunden tatsächlich geleistet wurden. Der Kläger könnte irgendwelche Stunden erfasst haben, um ein Pensum von 100% bzw. mehr als 50% zu belegen. Die Einträge im Outlook wurden ebenfalls vom Kläger vorgenommen. Die Outlook-Auszüge sind von schlechter Qualität (Urk. 26/3a-k). Datum, Wochentag und Uhrzeit sind kaum lesbar. Wann, wo und wie sie erstellt oder ausgedruckt wurden, kann nicht eruiert werden. Die Möglichkeit, dass der Kläger im Outlook irgendwelche Einträge vorgenommen oder Stunden erfasst hat, um ein Pensum von 100% zu belegen, besteht und kann vom Kläger nicht ausgeräumt werden. Die Vorinstanz hielt dafür, die Verteilung der Einträge über die ganze Woche und unterschiedliche Tageszeiten sei "ein weiteres Indiz für die Richtigkeit der Version des Klägers, dass er in einem vollen Pensum gearbeitet habe und seine elektronische Agenda noch unvollständig gewesen sei, da er damals erst begonnen habe, diese zu benutzen." Denn von jemandem, der in einem Teilzeitpensum arbeite und seine Arbeitszeit weitgehend frei einteilen könne, wäre zu erwarten gewesen, dass er seine Termine effizienter plane, als dies der Kläger getan habe (Urk. 201 S. 56). Diese Überlegung der Vorinstanz geht an der Sache vorbei. Die Verteilung der Einträge (wobei diese Einträge gemäss Kläger deutlich zeigten, dass ein 100%-Pensum vorliegt; Urk. 25 S. 13 Rz 44) vermag selbstredend nicht zu indizieren, dass im entsprechenden Ausmass Arbeit geleistet bzw. entgegengenommen wurde. Schliesslich kann der Beweis auch nicht als erbracht gelten, weil die Vorinstanz das Argument der Beklagten, die ins Outlook aufgenommene Adresse W.____-Strasse ... in ... sei im Jahre 2011 gar noch nicht bekannt gewesen

- 101 - (Urk. 30 S. 23), anhand der Ausmasse von September und Oktober 2011 (Urk. 22/61+62) widerlegte (Urk. 201 S. 56). 5.6.10 Der Beklagten ist sodann zuzustimmen, dass sich aus den Stundenkarten und Outlook-Auszügen Unstimmigkeiten bzw. erklärungsbedürftige Sachverhalte ergeben: - In der Stundenkarte August 2011 ist am 30. August 2011 das "Ausmass extern" mit vier, in der Absenzenliste vom 1. September 2011 hingegen mit drei Stunden angegeben (Urk. 36/3g, Urk. 22/71). - Am 15. August 2011 hat der Kläger laut Stundenkarte elf Stunden gearbeitet; im Outlook-Auszug hat er während der normalen Arbeitszeit zweieinhalb Stunden anderweitige Aktivitäten eingetragen. - Am 6. September 2011 hat der Kläger laut Stundenkarte zehneinhalb Stunden gearbeitet; gemäss Outlook-Auszug hat er über Mittag zwei Stunden für "AO.____ Club" und am Nachmittag eineinhalb Stunden "AQ.____" eingetragen. Der Kläger hat darauf in der Hauptverhandlung lediglich auf die Pflicht der Beklagten zur Arbeitszeiterfassung und auf den Charakter der Outlook-Auszüge als Planungsinstrument verwiesen. Damit werden aber die erklärungsbedürftigen Sachverhalte letztlich nicht geklärt. 5.7.1 Fehl geht der Kläger, wenn er aus der arbeitsrechtlichen Fürsorgepflicht (Art. 328 OR) ableitet, die Beklagte hätte ihm anzeigen müssen, falls sie neu nur noch von einem 50%-Pensum ausgegangen wäre (Urk. 25 S. 15 Rz 51, S. 42 Rz 194). Der Kläger war bei der Beklagten nur zu 50% angestellt. Die Kündigung der C.____ ag hat der Kläger akzeptiert. Es lag daher an ihm, die Beklagte darüber zu orientieren, er gehe von einem Übergang des Arbeitsverhältnisses und ab dem 6. August 2011 von einer vollen Arbeitsverpflichtung gegenüber der Beklagten aus. Dies hat der Kläger mit Schreiben vom 5. September 2011 denn auch getan (Urk. 22/33). Die Beklagte ging aber nicht darauf ein (Urk. 22/34).

- 102 - 5.7.2 Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 129 III 171 E. 2.2; BGer 4A_42/2011, 4A_68/2011 vom 15. Juli 2011 E. 5.2) zur Überstundenentschädigung kann der Kläger nichts zu seinen Gunsten ableiten. Entgegen der Darstellung des Klägers (Urk. 25 S. 42 Rz 195) gelten Überstunden nicht als be- wiesen, wenn der Arbeitgeber davon

Kenntnis hatte oder hätte haben können, was auch dann gelte, wenn es der Arbeitnehmer unterlasse, Stundenkarten vor- zulegen, weil dem Arbeitgeber zuzumuten sei, den Arbeitgeber nach den Anzahl Mehrstunden zu fragen. In BGE 129 III 171 ging es um die Verwirkung angeblich geleisteter Überstunden wegen verspäteter Anzeige des Arbeitnehmers. Da der Arbeitgeber aufgrund seiner Erfahrung mit Überstunden rechnete bzw. rechnen musste, führte eine Mitteilung erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht zur Verwirkung wegen verspäteter Mitteilung des Umfangs der angeblich geleisteten Arbeitsstunden. In BGer 4A_42/2011, 4A_68/2011 stand ebenfalls fest, dass die Arbeitgeberin um die geleisteten Überstunden wusste oder hätte wissen müssen, so dass es ihr zumutbar gewesen wäre, die Arbeitnehmerin nach ihrer Anzahl Mehrstunden zu fragen. Vorliegend verhält es sich anders. Zunächst steht eine Änderung des Arbeitspensums und nicht die Leistung von Überstunden zur Diskussion. Sodann bestritt die Beklagte sowohl die Notwendigkeit von (über ein Pensum von 50% hinausgehender) Mehrarbeit (Urk. 30 S. 24: "mehr als kompensiert") als auch die tatsächliche Erbringung von (über ein Pensum von 50% hinausgehender) Mehrarbeit. Der Kläger kann weder das eine noch das andere beweisen. Der Kläger legte nicht dar, in welchem Zeitpunkt er die Stundenkarten der Beklagten erstmals vorlegte (an der Hauptverhandlung sprach er – verspätet – einzig davon, die Zeit sei jeweils vor Abschluss des Arbeitstages korrekt eingetragen worden [Urk. 40 S. 14 Rz 48]); vielmehr wies er selbst darauf hin, dass die Beklagte die "abgegebenen Stundenrapporte August und September" 2011 in ihrer zweiten Abmahnung vom 14. Oktober 2011 (Urk. 22/52) zurückgewiesen hatte (Urk. 25 S. 37 Rz 168). 5.8.1 Zusammenfassend ergibt sich, dass der Kläger nicht nachzuweisen vermag, dass er ab dem 6. August 2011 zu 100% bzw. zu mehr als 50% für die Beklagte tätig war. Demnach kann weder von einer konkludent vereinbarten Auf-

- 103 - stockung des Pensums von 50% auf 100% noch von einem faktischen Vertragsverhältnis im Umfange von 100% ausgegangen werden. Die Beklagte schuldet dem Kläger den vertraglich vereinbarten Lohn von Fr. 6'740.– brutto samt Spesen bis und mit 21. Oktober 2011. Die Lohnhöhe (Fr. 6'740.– brutto für eine Verpflichtung von 50% bzw. Fr. 13'480.– für eine Verpflichtung von 100%) ist nicht Gegenstand des Fälschungsvorwurfs. Für Oktober 2011 hat die Beklagte dem Kläger keinen Lohn ausbezahlt. Sie schuldet ihm daher Fr. 4'648.30 (Fr. 6'740.– : 21.75 x 15) zuzüglich Repräsentations- und Kleinspesen von Fr. 68.95 (Fr. 100.– : 21.75 x 15) zuzüglich Vertrauensspesen von Fr. 137.95 (Fr. 200.– : 21.75 x 15) zuzüglich Zins zu 5% seit 6. November 2011 (zum Zins vgl. Urk. 201 S. 89 E. 6.5.5). 5.8.2 Die Vorinstanz hat die Beklagte verpflichtet, dem Kläger den 13. Monatslohn von Fr. 13'480.– (Bruttolohn anteilmässig für die Monate Mai 2011 bis April 2012) zuzüglich Zins zu 5% seit 21. Oktober 2011 zu bezahlen (Urk. 201 S. 82 f., S. 97 Dispositiv Ziffer 5). Da das Arbeitsverhältnis per 21. Oktober 2011 rechtmässig aufgelöst wurde, schuldet die Beklagte den 13. Monatslohn (Fr. 6'740.– brutto) anteilmässig für die Dauer von 1. Mai bis 21. Oktober 2011. Der anteilmässige 13. Monatslohn beträgt Fr. 3'195.70 (Fr. 6'740 : 261 x 123.75 [5 x 21.75 + 15]). 5.8.3 Der Kläger hat von der Arbeitslosenkasse Zahlungen für die Monate Januar bis April 2012 erhalten (Urk. 201 S. 83). Sie können nicht vom Lohn für den Monat Oktober 2011 in Abzug gebracht werden. Bei diesem Ergebnis muss auch nicht näher auf die Frage eingegangen werden, ob sich der Kläger ab Januar 2012 Zahlungen der M._____ AG als Einkommen und allfällige Vergütungen für seine Tätigkeit als Lehrer bei der AR._____ [Schule] ... anrechnen lassen muss (Urk. 201 S. 84, Urk. 200 S. 80 ff. Rz 423 ff.).

- 104 - VI. (Gegenforderungen) 1. Die Beklagte machte vor Vorinstanz verrechnungsweise Schadenersatzforderungen gegenüber dem Kläger geltend. Durch die Versäumnisse des Klägers sei bei folgenden Baustellen ein Schaden entstanden (ohne MwSt): Baustelle Nachkalkulation Einnahmen Verlust F. _____ ... 321'484.00 287'000.00 34'484.00 G. _____ (W. _____-Str.) ... 572'672.00 339'696.00 232'976.00 T. _____, ... 127'561.00 44'185.00 83'376.00 Total: 350'836.00 D. _____ habe für die nachträgliche Aufarbeitung der Ausmasse und Abrechnungen der genannten Baustellen bis 29. Mai 2013 insgesamt 472.5 Stunden aufwenden müssen, weil der Kläger seine Arbeit nicht ausgeführt habe. Damit sei der Beklagten weiterer Schaden von Fr. 67'095.– entstanden (472.5 x Fr. 142.–). Die Schadenssumme (ohne entgangener Gewinn) aufgrund der Fehlleistungen des Klägers belaufe sich damit auf Fr. 417'931.– (Urk. 30 S. 41 ff. Rz 28). Der Kläger bestritt eine Schlechterfüllung des Arbeitsvertrags und die Entstehung eines Schadens (Urk. 40 S. 18). 2. Die Vorinstanz erwog, der Beklagten gelinge es nicht ansatzweise, einen Schaden für die genannten Baustellen bzw. für ein nachträgliches Erstellen der Ausmasse durch D. _____ nachzuweisen. Auch fehlten Äusserungen und Beweise zum adäquaten Kausalzusammenhang zwischen dem Schaden und der behaupteten Vertragsverletzung und zum Verschulden des Klägers. Ohnehin könne dem Kläger, der aufgrund der ausstehenden Lohnzahlungen sogar zur Verweigerung der Arbeitsleistung berechtigt gewesen wäre, keine Sorgfaltspflichtverletzung im Sinne nicht geleisteter Arbeit vorgeworfen werden (Urk. 201 S. 87 ff.).

- 105 - 3. Die Beklagte trägt diesbezüglich mit ihrer Berufung vor, es sei erstellt, dass der Kläger das Ausmass F. _____ ... widerrechtlich zurückgehalten und nie abgegeben habe. Es sei ferner erstellt, dass O. _____ bestätigt habe, dass D. _____ bei der Nachbearbeitung über wenige Dokumente verfügt und man letztlich auf die Ausmasse der Bauleitung abgestellt habe. Damit stehe fest, dass sämtliche Mehraufwendungen der Beklagten nicht abgegolten worden seien; es sei notorisch, dass es auf dem Bau immer Mehraufwendungen im Vergleich zur Offerte und dem darin enthaltenen Ausmass gebe (Urk. 200 S. 83 Rz 449 ff.). Q. _____ habe bestätigt, dass die Schlussrechnung der Baustelle G. _____ ... über Fr. 54'000.– gänzlich unbezahlt geblieben sei, weil kein Ausmass dabei gewesen sei, und dass für die letzte Akonto-Rechnung über Fr. 43'200.– nur Fr. 20'000.– bezahlt worden seien, weil kein Ausmass vorhanden gewesen sei. Aus Sicht der Beklagten sei dies ein Schaden von Fr. 77'200.–, auch wenn die Zeugin Q. _____ als Architektin und Vertreterin der Bauherrschaft auf die Frage nach dem Schaden natürlich habe aussagen müssen, dass kein solcher entstanden sei, ansonsten sie eine Nachforderung riskiert hätte. Im Übrigen bestehe für die Beklagte eine Beweisnot. Sie könne nicht vorhandene Ausmasse nicht vorlegen. Damit könne sie auch die Differenz zwischen dem korrekten Ausmassen während des Baus und den Ausmassen der Bauleitung nach Plänen zumindest für die Unterbodenarbeiten und sämtliche Planabweichungen, das heisst für jeglichen Mehraufwand und für die Zusatzaufträge, nicht belegen. Deshalb habe der Schaden in den Rechtsschriften nur mit Ca.-Werten angegeben werden können. Sie sei hier auf eine Schätzung im Sinne von Art. 42 Abs. 2 OR angewiesen (Urk. 200 S. 84 Rz 452 ff.). Diese Ausführungen in der Berufung sind eine fast wörtliche Wiedergabe des Schlussvortrags der Beklagten (Urk. 192 S. 39).

E. 6

Am 19. Januar 2012 erstattete die Beklagte Strafanzeige und -antrag gegen den Kläger wegen Urkundenfälschung, Nötigung und Datenbeschädigung (Urk. 12/1). Die

Anklageschrift der Staatsanwalt Winterthur / Unterland betreffend Urkundenfälschung, mehrfache Nötigung und Datenbeschädigung datiert vom 24. Juni 2014 (Urk. 89/1). Mit Urteil vom 30. Oktober 2014 wurde der Kläger vollumfänglich freigesprochen (Urk. 103). Mit Urteil vom 22. Oktober 2015 bestätigte das Obergericht des Kantons Zürich, I. Strafkammer, diesen Freispruch (Urk. 167, Urk. 169). Auf die von der Beklagten gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde trat das Bundesgericht mit Urteil vom 25. Mai 2016 nicht ein (Urk. 175).

E. 6.1

Mit Schreiben vom 12. Oktober 2011 forderte die Beklagte den Kläger bis 14. Oktober 2011, 18 Uhr, auf, "alle von Dir zurück behaltenen Ausmasse und Geschäftsdokumente an D._____ zu übergeben, insbesondere die aktuellsten Ausmasse der Baustellen F._____ ..., G._____ ..., H._____ ... und I._____" Falls er die Geschäftsdokumente nicht herausgibt oder inskünftig solche Dokumente zurückbehalte oder weitere geschäftsschädigende Handlungen vornehme, sehe sich die Beklagte veranlasst, ihm fristlos zu kündigen (Urk. 3/24).

E. 6.2

Mit Schreiben vom 14. Oktober 2011 teilte die Beklagte dem Kläger mit, sie nehme zur Kenntnis, dass er auf die Abmahnung vom 12. Oktober 2011 nicht reagiert habe. Durch das Zurückhalten der Ausmasse seien die Debitorenzahlungen durch die Bauleitungen gestoppt oder Rechnungen gekürzt worden, wobei es um Beträge im sechsstelligen Bereich gehe. Der Kläger treibe die Firma in den

- 33 - Ruin bzw. gefährde ihren Weiterbestand massiv. Es werde dem Kläger eine letzte Frist bis Montag, 17. Oktober 2011, 14 Uhr, gesetzt, um alle aktuellen Ausmasse und Geschäftsdokumente zu übergeben, insbesondere die aktuellsten Ausmasse der Baustellen F._____ ..., G._____ ... und I._____ ..., damit die Debitorenzahlungen von den Bauleitungen endlich ausgelöst werden könnten. Falls er die Geschäftsdokumente nicht herausgibt oder inskünftig solche Dokumente zurückbehalte oder weitere geschäftsschädigende Handlungen vornehme, sehe sich die Beklagte veranlasst, ihm fristlos zu kündigen (Urk. 3/23).

E. 6.3

Mit Schreiben vom 19. Oktober 2011 nahm die Beklagte zur Kenntnis, dass der Kläger auf die zweite Abmahnung bis heute, 17 Uhr, nicht reagiert habe. Es wurde ihm eine allerletzte Frist bis Freitag, 21. Oktober 2011, 11 Uhr, gesetzt, um den abgemahnten Verpflichtungen nachzukommen. Wenn er die Geschäftsdokumente nicht herausgibt oder wenn er künftig Dokumente zurückbehalte oder weitere geschäftsschädigende Handlungen vornehme, sehe sich die Beklagte veranlasst, ihm fristlos zu kündigen (Urk. 3/26).

E. 6.4

Der Kläger hatte bereits mit Schreiben vom 16. Oktober 2011, zur Post gegeben am 17. Oktober 2011, die Abmahnung "Ausmasse und Geschäftsdokumente" vom 12. Oktober 2011 vollumfänglich zurückgewiesen, und zwar mit folgender Begründung: Bis zum heutigen Tage würden die allseits unterzeichneten, werkvertraglichen Grundlagen für die eingeforderten Unterlagen der Objekte F._____ ... und G._____ ... fehlen. Die jeweiligen Entwürfe würden seit Monaten (Beginn Baustelle F._____ ... im Mai 2011, G._____ ... im Juni 2011) bei der Administration liegen. Beim Werkvertrag F._____ ... sei momentan eine

Pauschale gemäss SIA 118 vereinbart. Beim Objekt G. _____ ... solle der Werkvertrag von der in Konkurs getretenen Unternehmung C. _____ ag auf die Beklagte übertragen werden. Der rechtsgültige Werkvertrag mit den genauen Bedingungen liege bis anhin nicht allseitig rechtsgültig unterzeichnet vor. Zumal noch ein eingetragenes und ausgelöstes Bauhandwerkerpfandrecht berücksichtigt werden müsse. Das Ausmass I. _____ ... könne noch nicht abgeschlossen werden, weil die Arbeiten in der Woche vom 17. Oktober 2011 nach einem Stillstand der Baustelle infolge Wartens auf die Produktion der Steine wieder aufgenommen würden. Die Kos-

- 34 - ten der Rücklieferung, der Mehraufwand und die zusätzlichen Lieferungen hätten noch nicht ermittelt werden können. Die Ausmass-Schnittstellen bei allen Ausmassen hätten mit dem in den Ferien weilenden Mitarbeiter N. _____ nicht abgeschlossen werden können. Beim Ausmass H. _____ ... würden noch die Kreditoren fehlen, damit die Ausmasse vervollständigt werden könnten (Urk. 3/27, Urk. 3/28).

E. 7

Die Klageschrift ging am 31. Mai 2012 mit obgenannten Rechtsbegehren und unter Beilage der Klagebewilligung vom 29. Februar 2012 bei der Vorinstanz ein (Urk. 1, Urk. 2). Für den Verlauf des vorinstanzlichen Verfahrens kann auf das angefochtene Urteil verwiesen werden (Urk. 201 S. 6 ff.). Der Beweisbeschluss erging am 26. Februar 2014 und wurde mit Beschluss vom 24. Juni 2014 abändert bzw. ergänzt (Urk. 50, Urk. 84). Am 22. August 2017 fällte die Vorinstanz das eingangs im Dispositiv wiedergegebene Urteil (Urk. 197 = Urk. 201).

E. 7.1

Für die Nichtvorlage der Ausmasse der Baustelle F. _____ ... gab der Kläger also folgende Gründe an: – Die Werkverträge seien noch nicht unterzeichnet worden. – Es sei eine Pauschale vereinbart worden. – Ausmass-Schnittstellen mit N. _____ hätten noch nicht abgeschlossen werden können. Nicht behauptet wurde seitens des Klägers in diesem Schreiben, die Ausmasse der Baustelle F. _____ ... seien a) nicht in seinem Besitz oder b) im Besitz von D. _____ oder eines anderen Mitarbeiters.

E. 7.2

Was die Herausgabe der bereits aufgenommenen Ausmasse mit der Unterzeichnung der Werkverträge zu tun hat, erschliesst sich nicht, nachdem die Abnahme des Werkes F. _____ ... bereits am 5. September 2011 erfolgt war (Urk. 22/32) und N. _____ dieses Ausmass bis zum Schluss weiterführte (Urk. 143 S. 8; vgl. nachfolgend E. 8.1). Nicht zutreffend ist, dass lediglich eine Pauschale vereinbart wurde. Der Kläger anerkennt, dass für den Zusatzauftrag der Flachdachsanierung keine Pauschale vereinbart war und ein Ausmass benötigt wurde (Urk. 205 S. 20). Entgegen der Aussage des Klägers in der Parteibefragung handelte es sich beim Ausmass F. _____ ... nicht lediglich um ein internes Ausmass (Urk. 107 S. 11). Das Ausmass wurde vom Bauherrn benötigt, um die Rechnungen der Beklagten zu kontrollieren. Ohne Ausmass gab es keine Bezahlung. Dies haben die Zeugen O. _____ und J. _____ bestätigt (Urk. 110 S. 7, Urk. 144 S. 25). Es kann auch nicht nachvollzogen werden, inwiefern eine allfällige Fertigstellung des Ausmasses der Herausgabe des bereits aufgenommenen provisorischen Ausmasses entgegenstand. Im Übrigen lässt sich dem Schreiben des Klägers nicht entnehmen, welche "Ausmass-Schnittstellen" bei der Baustelle F. _____ ...

- 35 - überhaupt noch bestanden hätten. Dieser Punkt wurde auch im Prozess nie näher substantiiert (vgl. E. 4.3 und 4.5). Anlässlich der Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft vom 15. Mai 2014 führte der Kläger auf die Frage, wie es dort [Baustellen F. _____, G. _____, H. _____ ... und I. _____] mit der Ablieferung der Ausmasse ausgesehen habe, aus: "Es ist alles erledigt." Auf die weitere Frage, per wann das erledigt worden sei, antwortete der Kläger: "Das wurde laufend erledigt" (Urk. 82/4 S. 11).

E. 7.3

Auch in der Parteibefragung vom 2. Dezember 2014 erläuterte der Kläger nicht näher, welche Schnittstellen noch bereinigt werden mussten bzw. inwiefern diese Schnittstellen der Herausgabe des Ausmasses entgegenstanden. Der Kläger meinte vielmehr, N. _____ habe seine Ausmasse an den Vertreter der Beklagten übergeben. Es seien noch Sachen offen gewesen an der W. _____-Strasse und beim F. _____. Beim F. _____ habe es sich nur um ein internes Ausmass gehandelt. Dieser Auftrag sei eine Pauschale gewesen (Urk. 107 S. 11). Es stimme nicht, dass er die Ausmasse F. _____, G. _____, H. _____ ... und I. _____ ... zurückgehalten habe. Er glaube, da hätte das Gericht die Unterlagen und die notwendigen Beweise betreffend das, was im Monat September in Rechnung gestellt worden sei, als er für das Ausmass zuständig gewesen sei. Es habe sich um einen Betrag von etwas über Fr. 200'000.- gehandelt, wenn er sich recht erinnere. Die von ihm ausgemessenen Ausmasse, die sich auch in den eingereichten Unterlagen befinden würden, seien ins Büro gebracht worden, wo sie in den Computer eingegeben worden seien (Urk. 107 S. 12). Auf Vorhalt von Urk. 22/55 und die Frage, weshalb der Bauleiter die Ausmasse der Baustelle F. _____ mehrfach habe einfordern müssen, führte der Kläger aus, auf der Baustelle F. _____ sei im Rahmen eines Pauschalvertrags gearbeitet worden. Es habe einen Hauptvertrag und zwei Nachträge gegeben sowie das Ausmass der Firma für die Flachdachkonstruktion. "Diese" seien abgegeben worden und es sei auch Rechnung gestellt worden. Die Arbeiten seien damals noch nicht fertig gewesen. Er habe eine Frist bis 28. Oktober 2011 bekommen, um den Schachtdeckel zu ergänzen. Vor einer Vorabnahme bzw. Abnahme könne keine Schlussabrechnung gestellt werden. Auf Vorhalt von Urk. 22/56 und die Frage, weshalb es vor-

- 36 - liegend einer Besprechung bedurft habe, ergänzte der Kläger, es sei um die letzten Arbeiten gegangen. Das Gespräch habe stattgefunden und habe zu einer Verlängerung der Frist bis 28. Oktober 2011 geführt. In der E-Mail seien die noch zu erledigenden Arbeiten sauber aufgelistet worden, u.a. hätten die Schachtleitern gefehlt (Urk. 107 S. 15 f.). Als eigentliches Beweismittel zu Beweissatz e) wurde die Parteibefragung des Klägers von keiner Seite bezeichnet (E. 5.1 und 5.2).

E. 8

Gegen das ihr am 4. September 2017 zugestellte Urteil führt die Beklagte mit Eingabe vom 29. September 2017 (gleichentags zur Post gegeben und hierorts eingegangen am 3. Oktober 2017) Berufung mit obgenannten Anträgen (Urk. 198, Urk. 200). Den ihr auferlegten Kostenvorschuss von Fr. 11'450.- leistete die Beklagte rechtzeitig (Urk. 202, Urk. 203). Der Kläger erstattete die Berufungswort mit Eingabe vom 29. Januar 2018 (Urk. 205). Am 22. Februar 2018 reichte die Beklagte eine Replik ein (Urk. 208), worauf der Kläger mit Schreiben vom 7. März 2018 auf eine Stellungnahme unter Hinweis auf Art. 317 Abs. 1 ZPO verzichtete (Urk. 211). Seither sind keine weiteren Eingaben mehr erfolgt. II. (Urteil der Vorinstanz) 1. Die Vorinstanz prüfte zunächst, ob die von den

Parteien unterzeichneten schriftlichen Arbeitsverträge verfälscht wurden. Dabei gab sie zunächst die Vor-

- 12 - bringen der Parteien zu diesem Themenkomplex ausführlich wieder (Urk. 201 S.

E. 8.1

N._____ war für die C._____ ag und für die Beklagte tätig. Er war insbesondere für das Ausmass, die Abrechnungen und das Betreuen von Baustellen zuständig (Urk. 143 S. 2). Gemäss seinen Aussagen hat er an seinem letzten Arbeitstag (Ende August 2011) sämtliche Ausmass-Unterlagen übergeben (Urk. 143 S. 4). Im hier interessierenden Zusammenhang führte N._____ aus: Anlässlich der polizeilichen Befragung vom 20. März 2013 (Urk. 80/1/8): Er wisse nichts davon, dass der Kläger Ausmasse von Baustellen zurückbehalten habe. Bei seinem Ausscheiden habe er keine Pendenzen mehr gehabt. Er habe vorgängig alles D._____ oder dem Kläger übergeben. Der Kläger habe ihn nach seinem Ausscheiden einmal angerufen und gefragt, ob er sich einmal mit ihm zu einem Kaffee treffen würde. Er habe zugesagt, der Kläger habe sich aber dann nicht mehr gemeldet (S. 2). Die Baustelle F._____ sei etwas speziell gewesen. Er habe anhand der Pläne die Offerte und die Ausmasse während der Ausführung erstellt. Ob es ein Pauschalvertrag gewesen sei, könne er nicht sagen, er habe den Vertrag nie gesehen. Der Kläger sei zu Beginn der Bauarbeiten zu ihm gekommen und habe verlangt, dass er diese Baustelle ausmesse. Er sei dann alle zwei oder drei Tage auf diese Baustelle gegangen, habe die Nachmessung ausgeführt und dann dieses Dossier an den Kläger übergeben. Für die Aufführung (gemeint wohl: Ausführung) der Baustelle F._____ sei er nicht verantwortlich gewesen, sondern nur für das Ausmass. Mehr habe er dort nicht gemacht (S. 3). Anlässlich der staatsanwaltschaftlichen Zeugeneinvernahme vom 15. Mai 2014, die durchgeführt wurde, weil die Teilnahmerechte von der Polizei anlässlich der Befragung vom 20. März 2013 nicht beachtet wurden (Urk. 80/5): Er habe als Bauführer vorwiegend die Ausmasse für die laufenden Baustellen der C._____ ag

- 37 - und die A._____ AG gemacht, und zwar bis am 25. August 2011 (S. 3). Er habe alle Unterlagen der laufenden Baustellen, inkl. Ausmass-Ordner, an D._____ übergeben, mit Ausnahme der Baustelle F._____ ..., die er an den Kläger übergeben habe. Er habe "[i]m Ausmass" den Kläger unterstützt, das habe er für ihn intensiv für die Baustelle in ... gemacht. Es habe für ihn keine Probleme gegeben; die abgelaufenen Arbeiten zu dokumentieren sei eine reine Tätigkeit vor Ort gewesen (S. 4). Am 25. August 2011 seien alle Ausmasse à jour gewesen (S. 5). Von seiner Seite sei bei den Baustellen F._____ ..., G._____ ..., H._____ ... und I._____ ... alles zu 100% fertig gewesen. Was er habe machen können, das habe er gemacht. I._____ ... habe er praktisch fertig abgeben können. Die anderen habe er noch nicht abgeben können, weil die Baustellen noch am Tun gewesen seien. Er habe keine Pendenzen gehabt, als er gegangen sei. Es sei alles ordentlichweise abgelegt gewesen. Und am 25. August 2011 sei im Büro von D._____ die Abgabe gewesen (S. 6). Auf die Frage, was die Aufgabe des Klägers nach der Übergabe des Dossiers F._____ an ihn gewesen sei, erklärte N._____, im Normalfall wäre daraus die Rechnungsstellung geflossen. Diese Baustelle sei zu diesem Zeitpunkt sicher fertig gewesen und man hätte unmittelbar daraus die Rechnungsstellung stellen können. Die laufenden Ausmasse und die Akonto-Rechnungsstellung für eine Baustelle hätten sicher einen Zusammenhang (S. 7). Anlässlich der vorinstanzlichen Zeugeneinvernahme vom 20. Januar 2015 (Urk. 143): N._____ bestätigte, er sei auf das Ausmass, Abrechnen und Führen der Baustellen spezialisiert gewesen. Er habe trotz des Konkurses der C._____ ag Ausmasse

und Abrechnungen für die A._____ AG gemacht (S. 3). Die Aus- masse seien bis auf den letzten Tag und die letzte Stunde (25. August 2011) voll- ständig gewesen. Er habe am 25. August 2011 alles an D._____ im Büro persön- lich übergeben (S. 4). Das Ausmass sei wichtig für die Akonto-Rechnungen (S. 5). Er habe keine Ahnung, ob der Kläger Ausmasse erstellt, zurückbehalten oder nicht in die Administration gegeben habe (S. 7). Nach seinem Austreten habe er keinen Kontakt mit dem Kläger bezüglich Ausmasse F._____ gehabt; auch be- züglich anderer Baustellen habe es keinen Kommunikationsbedarf mit dem Kläger gegeben. Der Kläger habe ihn kontaktiert. Auf Ergänzungsfrage von Rechtsanwalt

- 38 - X._____ bestätigte der Zeuge, die Baustelle F._____ ... an den Kläger abgege- ben zu haben; allerdings habe er das Ausmass bis zum Schluss weitergeführt, das heisse, bis die Baustelle fertig gewesen sei. Dies müsse um den August 2011 gewesen sein. Was die Bauführung anbelange, sei die Baustelle dann fertig ge- wesen (S. 8 f.).

E. 8.2

Gemäss Prüfungsprotokoll wurde das Bauobjekt "Flachdachsanieung" F._____ AG, ..., (... ... Spenglerarbeiten, Blechnerarbeiten) am 5. September 2011 abgenommen. Dabei wurden nur unwesentliche Mängel festgestellt. Die Be- klagte war durch den Kläger vertreten (Urk. 22/32). 8.3.1 O._____ war als Bauleiter der AA._____ AG auf der Baustelle der F._____ ... tätig. Er hatte mit dem Kläger und D._____ Kontakt und kennt N._____ nur vom Hörensagen (Urk. 110 S. 1 f.). Anlässlich seiner Zeugenbefra- gung vom 2. Dezember 2014 sagte er aus, es habe eine Flachdachsanieung und einen Containerbau (Baumeisterarbeiten) gegeben. Er glaube, beide Aufträge seien nach Ausmass abgerechnet worden, er sei sich aber nicht mehr ganz si- cher. Es habe Probleme bei der Zusammenarbeit gegeben. Bei der Schlussab- rechnung sei es eskaliert, weil sie nicht alles erhalten hätten und er sich direkt an die Beklagte habe wenden müssen, um weiter zu kommen. Der Kläger sei nicht mehr erreichbar gewesen und er habe sich an den Vertreter der Beklagten wen- den müssen, der allerdings keinen Zugriff auf die Dokumente gehabt habe. Er ha- be nie ein Ausmass der Beklagten gesehen und habe dies in einem Gespräch mit D._____ bereinigen müssen. Letztendlich habe man ihr (eigenes) Ausmass der Rechnung zugrunde gelegt (S. 3). Seine Erklärung für die Teilzahlungen vom 23. Dezember 2011 sei, dass man gesagt habe, es werde erst bezahlt, wenn das Schlussausmass bereinigt und eingereicht sei. Aber er könne es nicht genau sa- gen (S. 4). Der Beklagten sei ein Schaden entstanden, weil die Arbeiten nicht fachgemäss erledigt worden seien. Die Beklagte habe Abdichtungen zurückbauen müssen. Von der Beklagten sei nach Abnahme beim Flachdach nichts mehr ge- macht worden. Die Spenglerarbeiten seien fertig gewesen und das Ausmass hät- te zu diesem Zeitpunkt auch fertig sein sollen (S. 5 f.). Auf Vorhalt von Urk. 22/52

- 39 - (2. Abmahnung) erklärte der Zeuge, er habe die Rechnung zurückbehalten, denn ohne Ausmass gebe er die Rechnung nicht frei (S. 7). 8.3.2 Vom 6. Oktober bis 17. Oktober 2011 ersuchte O._____ sowohl D._____ als auch den Kläger mehrmals um Abgabe des Ausmasses für die Flachdachsanieung. Am 17. Oktober 2011 erbat er vom Kläger die Erledigung von Abschlussarbeiten und nochmals das Ausmass der Arbeiten der Beklagten für die Flachdachsanieung bis 18. Oktober 2011, damit er es noch vor seinem Urlaub prüfen könne. Bereits am 11. Oktober 2011 hatte S._____ dem Kläger mitgeteilt, sie benötige für die Abrechnungen das Ausmass "Flachdach / Bau- meisterarbeiten". Am 18. Oktober 2011 teilte der Kläger O._____ einzig mit, er habe die notwendigen Arbeitsanweisungen an U._____ erteilt; für die Bespre- chung vor Ort nehme er den Termin

von heute 14 Uhr an (Urk. 22/55+56).

E. 8.4

J._____ machte bei der Beklagten die allgemeine Administration, den Lohn und die Buchhaltung. Er schied bereits im Jahre 2012 bei der Beklagten aus (Urk. 80/4 S. 2, Urk. 144 S. 3). Anlässlich der staatsanwaltschaftlichen Zeugen- einvernahme vom 15. Mai 2014 sagte er aus, dass der Kläger Ausmasse absicht- lich nicht oder zu spät abgeliefert habe. Er (J._____) habe gewusst, dass der Klä- ger hätte Ausmasse abliefern sollen. Der Kläger habe gesagt, er mache das nicht, weil er noch Lohn haben wolle. Er habe das begründet, "macht ihr eure Pflicht, dann mache ich meine". Das Theater hätten sie am Schluss wöchentlich gehabt. Er könne sich an eine kritische Baustelle erinnern, am F._____, ..., eine grössere Geschichte. Da seien es über Fr. 100'000.- gewesen, die sie nicht hätten in Rechnung stellen können, weil die Ausmasse vom Kläger nie gekommen seien. Der Kläger habe ihnen immer wieder gesagt "zahlen den ganzen Lohn", "dann lie- fere ich auch meine Ausmasse", auch wenn dies jetzt keine wörtliche Aussage sei. Auch bei Teamsitzungen, die jeweils am Montag stattgefunden hätten, sei immer wieder die Aussage gekommen, "kommt ihr euern Verpflichtungen nach, dann komme ich meinen Verpflichtungen nach" (Urk. 80/4 S. 7 ff.). Auf die Frage, ob der Kläger ihm gegenüber einmal gesagt habe, er halte die Ausmasse absicht- lich zurück, um seine Lohnforderungen durchzusetzen, antwortete der Zeuge, er - 40 - könne sich nur an allgemein gehaltene Aussagen erinnern und nicht an so kon- krete, wie er jetzt gefragt werde (Urk. 80/4 S. 12). Bei seiner Zeugeneinvernahme vom 20. Januar 2015 bestätigte der Zeuge gegenüber der Vorinstanz, dass der Kläger bei den Ausmassen klar den Lead gehabt habe und sie die Rapporte (gemeint: Ausmasse) vom Kläger nicht mehr so einfach erhalten hätten, als die Situation zwischen dem Kläger und D._____ angespannt gewesen sei. Der Kläger habe die Rapporte teilweise auch an Bedin- gungen geknüpft, nämlich so, dass er teilweise gesagt habe, entweder bezahlten wir ihm den vollen Lohn oder er würde uns die Rapporte nicht geben (Urk. 144 S. 25). Die F._____ sei sicherlich ein Beispiel, bei welchem der Kläger die Ausmas- se zurückbehalten habe. Die F._____ bezahle keinen einzigen Franken ohne ein sauberes klares Ausmass (Urk. 144 S. 28). Der Kläger habe nicht grundsätzlich die Ausmasse zu spät abgeliefert. Dies sei nicht der Punkt. Er habe aber ganz bewusst Ausmasse nicht abgegeben. Darüber habe es auch Diskussionen ge- ben. Die F._____ sei sicherlich eine von diesen gewesen (Urk. 144 S. 40). Die letzten Ausmasse seien zum Vorschein gekommen, als der Kläger entlassen worden sei. Ob dies alle Ausmasse gewesen seien, als der Kläger seinen Schreibtisch habe räumen müssen, könne er nicht sagen (Urk. 144 S. 41 f.).

E. 8.5

S._____ ist im administrativen Bereich bei der Beklagten tätig. Sie er- fasst Rapporte und Ausmasse, wenn sie im Computer erfasst werden müssen, und erstellt Offerten (Urk. 111 S. 2). Anlässlich der Zeugeneinvernahme vom 2. Dezember 2014 erklärte sie vor Vorinstanz, die Ausmasse seien auf Papier er- fasst worden, die meisten von Herrn N._____, und sie habe es auf den PC über- tragen. Häufig würden sie aber auch auf Papier belassen (Urk. 111 S. 4). Auf die Frage, ob ihr der Kläger Ausmasse weitergegeben habe, antwortete die Zeugin mit "Zum Teil ja" (Urk. 111 S. 3). Sie habe die Ausmasse gebraucht, um die Akon- to-Rechnungen zu erstellen (Urk. 111 S. 4). Das Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und D._____ sei zunehmend angespannter geworden (Urk. 111 S. 5). Der Zeugin wurde ihre Aktennotiz/E-Mail vom 20. September 2011 (Urk. 22/36) vorge- legt. Laut dieser

Aktennotiz sei eine Nachfrage von "D'._____" bei B'._____ bezüglich Akonto-Zahlungen vom Kläger wie folgt beantwortet worden: "Wenn Du

- 41 - Deinen Arbeitsvertragsverpflichtungen nachkommst, komme ich meine[n] auch nach". Die Zeugin sagte dazu aus, dies sei eine sehr häufig gefallene Aussage des Klägers gewesen. Sehr oft habe er dies gesagt, wenn man von ihm etwas (Ausmasse oder Unterlagen) gewollt habe. Es sei dann häufig die Antwort gekommen: "Komm du deinen Aufgaben nach, dann tue ich es auch." (Urk. 111 S. 5). Die Zeugin bestätigte weiter, dass es Unstimmigkeiten gegeben habe, seit der Kläger einen Lohn von 100% von der Beklagten gefordert habe, und dass ihr für die Erstellung von Zwischenrechnungen Ausmasse des Klägers gefehlt hätten. Herr N._____ habe bis zu seiner Arbeitsbeendigung die Ausmasse erstellt, sie seien dann aber nicht zu ihr gekommen (Urk. 111 S. 6). Auf Vorhalt von Urk. 22/52 (recte Urk. 22/55), Seite 2, und auf die Frage, wie es dazu gekommen sei, dass sie dem Kläger eine Mahnung habe schicken müssen, erklärte die Zeugin, das Ausmass habe gefehlt, Herr O._____ habe dies gewollt und deshalb habe sie den Kläger zur Herausgabe auffordern müssen (Urk. 111 S. 8). Im Übrigen bemerkte die Zeugin, dass ab Sommer 2011 die Ausmasse immer zu spät gekommen seien. Sie habe Ausmasse im September 2011 bekommen, die Ende oder sogar Mitte August 2011 erstellt worden seien. Zum Teil hätten sie drei bis vier Wochen auf die Ausmasse warten müssen (Urk. 111 S. 9 f.).

E. 8.6

R._____ und P._____ (von der Beklagten angerufen) konnten keine relevanten Aussagen machen, gingen aber beide eher von Verträgen nach Ausmass aus (Urk. 188, Urk. 189). Immerhin bestätigte R._____, dass D._____ auf der Baustelle F._____ ... Messungen gemacht habe (Urk. 188 S. 9), was er wohl kaum gemacht hätte, wenn alle Ausmasse da gewesen wären. Auch U._____ (vom Kläger angerufen) war nicht in der Lage, sachdienliche Aussagen zu machen (Urk. 121). Der Zeuge U._____ bestätigte lediglich, dass der Kläger auf der Baustelle F._____ Ausmasse gemacht habe (Urk. 121 S. 4).

E. 8.7

In der Berufung nicht thematisiert wurden von der Beklagten die Aussagen D._____s in der Parteibefragung (Urk. 108). Auch der Kläger verlor in der Berufungsantwort dazu kein Wort.

- 42 - 9. Die Vorinstanz hat den Hauptbeweis für die Behauptung, dass der Kläger entgegen der Weisung der Beklagten mehrere Ausmasse zurückhielt, obwohl diese bereits erstellt waren, der Beklagten auferlegt. Dies ist insofern korrekt, als grundsätzlich der Kündigende die Beweislast für die wichtigen Gründe trägt, die eine fristlose Kündigung rechtfertigen können (BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 337 OR N 2; ZK-Staehelin, Art. 337 OR N 42; BGE 130 III 213 E. 3.2 S. 221, 128 III 271). Art. 8 ZGB ist aber im Einzelfall zu konkretisieren. Gemäss Art. 321b OR hat der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber alles sofort herauszugeben, was er bei seiner vertraglichen Tätigkeit für diesen von Dritten erhält und was er in Ausübung seiner vertraglichen Tätigkeit hervorbringt. Dabei trägt der Arbeitgeber aber nur für das Bestehen einer Ablieferungspflicht die Beweislast (rechtserzeugende Tatsache). Bei zugestanderener oder erwiesener Ablieferungspflicht trägt der Arbeitnehmer die Beweislast dafür, dass er seiner Ablieferungspflicht gegenüber dem Arbeitgeber tatsächlich nachgekommen ist (ZK-Staehelin, Art. 321b OR N 5). Denn für die Erfüllung von (primären) vertraglichen Nebenleistungspflichten als rechtsvernichtender Tatsache ist der Schuldner beweispflichtig (BK-Walter, Art. 8 ZGB N 542 ff., N 548 ff.). Nach der

Grundregel von Art. 8 ZGB hat das Bestehen einer vertraglichen Verpflichtung zu beweisen, wer einen vertraglichen Anspruch erhebt. Das gilt auch für den Fall, dass die Verletzung von vertraglichen Nebenpflichten behauptet wird. Die Erfüllung der Vertragspflicht hat dagegen jene Partei zu beweisen, welche dies behauptet und damit den Untergang der vertraglichen Pflicht einwendet (BGE 128 III 271 E. 2.a/aa S. 273 f. [einen Arbeitsvertrag betreffend]). Man könnte daher mit Fug die Meinung vertreten, dass die Beklagte nur nachzuweisen hat, dass der Kläger in den Besitz von bestimmten Ausmassen gelangt ist, und der Kläger demgegenüber beweisen muss, dass er diese Ausmasse der Beklagten herausgegeben hat. Die Beklagte hat nicht zu beweisen, dass diese Herausgabe der Ausmasse unterblieben ist. Der Arbeitnehmer, der das Arbeitsverhältnis wegen Zahlungsverzugs des Arbeitgebers mit Geldleistungen, namentlich der Lohnzahlung, kündigt, ist auch nicht beweispflichtig für die Nichtbezahlung des Lohnes. Vielmehr hat der Arbeitgeber zu beweisen, dass er den Lohn bezahlt hat. Die gesetzliche Beweislastverteilung wird freilich gegenstandslos, wenn sich

- 43 - der Richter nach Würdigung der Beweise vom Vorhandensein oder Fehlen einer Tatsache überzeugt hat. 10. Aufgrund der Aussagen der Zeugen, der zum Beweis angerufenen Urkunden und der Parteivorbringen kann folgender Sachverhalt als erstellt betrachtet werden: 10.1 Aufgrund der Aussage des Zeugen N._____ kann nicht daran gezweifelt werden, dass dem Kläger Ende August 2011 das praktisch fertige Ausmass F._____ ... vom Zeugen selbst übergeben wurde. Diesen Punkt hat die Vorinstanz übergangen, als sie festhielt, der Zeuge habe bestätigt, sämtliche Ausmass-Unterlagen direkt persönlich an D._____ übergeben zu haben (Urk. 201 S. 74). Der Kläger hat denn auch nie behauptet, er habe über dieses Ausmass nicht verfügt. Vielmehr machte er geltend, alle Unterlagen abgeliefert zu haben bzw. das Ausmass sei noch in Arbeit gewesen. Die Abnahme des Werkes (Flachdachsanierung) war aber bereits am 5. September 2011 erfolgt, was die Aussage des Zeugen N._____, die Baustelle F._____ sei bei seinem Ausscheiden sicher fertig gewesen, als zutreffend erscheinen lässt. Zuweilen brachte der Kläger vor, es sei um einen Pauschalvertrag gegangen und das Ausmass sei nur ein internes Papier gewesen. Erstaunlich ist dabei, dass sich der Kläger in seinem Schreiben vom 16. Oktober 2011 nicht darauf berief, er habe das Ausmass nicht oder er habe das Ausmass bereits abgegeben. Vielmehr berief er sich darauf, beim Objekt F._____ ... lägen noch keine unterschriebenen Werkverträge vor, beim Objekt F._____ ... sei momentan eine Pauschale vereinbart und – bezüglich aller Ausmasse – (nicht näher bezeichneten) Ausmass-Schnittstellen hätten mit dem ausgetretenen Mitarbeiter N._____ noch nicht abgeschlossen werden können (Urk. 22/54). Der Zeuge N._____ bestätigte demgegenüber, er habe das Ausmass bis zum Schluss weitergeführt und er habe nach seinem Austreten keinen Kontakt mit dem Kläger "bzgl. der Ausmasse F._____" gehabt (Urk. 143 S. 8). 10.2 Aufgrund der Aussage und der verschiedenen E-Mails des Zeugen O._____ kann als erstellt gelten, dass der Bauherr die Ausmasse der Flachdachsanierung benötigte, von der Beklagten mehrmals verlangte, aber nicht er-

- 44 - hielt. Und zwar verlangte der Bauleiter O._____ die Ausmasse sowohl vom Kläger als auch von D._____ (Urk. 22/55). Dem Kläger war also vor der 1. Abmahnung bewusst, dass die Beklagte diese Ausmasse benötigte. Davon wurde der Kläger übrigens auch von S._____ mit E-Mail vom 11. Oktober 2011 in Kenntnis gesetzt (Urk. 22/55). 10.3.1 Aufgrund der im Kern übereinstimmenden Aussagen des Zeugen J._____ und der Zeugin S._____ muss weiter geschlossen werden, dass der Kläger wiederholt diverse Ausmasse

nicht abgeliefert hat. Gemäss dem Zeugen J._____ war das insbesondere bei der Baustelle F._____ ... der Beklagten der Fall. Beide Zeugen brachten dies mit dem zunehmend angespannteren Arbeitsklima (Zeugin S._____) bzw. mit nicht erfüllten Lohnverpflichtungen (Zeuge J._____) in Zusammenhang. Dies passt mit dem vom Kläger an D._____ gerichteten E-Mail vom 22. September 2011 zusammen, worin der Kläger "ein weiteres Mal" festhielt, die Beklagte komme ihren Arbeitgeberverpflichtungen bezüglich seiner ausstehenden Lohnzahlung August 2011 nicht nach (Urk. 22/37). Diese beiden Zeugen hat die Vorinstanz in ihrem Urteil übergangen (Urk. 201 S. 74 ff.); sie hielt nur fest, auch "die anderen hierzu einvernommenen Zeugen" machten keine Aussagen, welche die entsprechenden Behauptungen der Beklagten stützen würden (Urk. 201 S. 75). Entgegen ihrer Darstellung ging es auch nicht um Nachführung des Ausmasses durch den Kläger, sondern um dessen Herausgabe. 10.3.2 Nach Auffassung des Klägers hat der Zeuge J._____ in seinen beiden Zeugenaussagen vom 15. Mai 2014 (bei der Staatsanwaltschaft) und vom 20. Januar 2015 (bei der Vorinstanz) diametral widersprüchlich ausgesagt. So habe er bei der Staatsanwaltschaft erklärt, "Ziel war es wahrscheinlich schon, das könne er nicht bezeugen, dass er [der Kläger] D._____ unter Druck setzt, den Lohn zu bezahlen." und, auf konkrete Nachfrage hin, "Ich kann mich nur an allgemein gehaltene Aussagen erinnern und nicht an so konkrete, wie sie mich jetzt gefragt haben." (Urk. 80/4 S. 12). Das Aussageverhalten von J._____ zeige zwar auf, dass er sich mit D._____ abgesprochen habe, aber nicht, was er tatsächlich wahrgenommen habe (Urk. 205 S. 21).

- 45 - Von diametraler Widersprüchlichkeit kann aber keineswegs gesprochen werden. Der Zeuge J._____ sagte bei beiden Einvernahmen klipp und klar aus, der Kläger habe Ausmasse nicht oder zu spät abgeliefert (Urk. 80/4 S. 9, Urk. 144 S. 25, S. 40, S. 44). Er sagte auch bei beiden Einvernahmen aus, dass für den Bau F._____ ... nie habe Rechnung gestellt werden können, weil die Ausmasse vom Kläger nie gekommen seien (Urk. 80/4 S. 8) bzw. die Ausmasse vom Kläger zurückbehalten worden seien (Urk. 144 S. 28). Die vom Kläger zitierten Aussagen des Zeugen vor der Staatsanwaltschaft ändern daran nichts: Wenn der Zeuge damals zur Erklärung des klägerischen Verhaltens aussagte, er vermute lediglich, dass es dem Kläger darum gegangen sei, D._____ unter Druck zu setzen, damit dieser ihm den Lohnanteil bezahle (Urk. 80/4 S. 11 f.), äusserte er sich über die Motive und Absichten des Klägers, was aber nichts daran ändert, dass er klar bezeugt hat, dass der Kläger Ausmasse, insbesondere diejenigen der Baustelle F._____ ..., zurückbehält mit der Begründung, die Beklagte solle ihre Pflichten erfüllen, dann erfülle er seine (Urk. 80/4 S. 8). Diese Aussage beruht auf eigener Wahrnehmung und nicht auf Absprache. Naturgemäss konnte der Zeuge über die inneren Beweggründe und Ziele des Klägers nichts Definitives aussagen. Und wenn der Zeuge erklärte, er könne sich nur an allgemein gehaltene Aussagen erinnern und nicht an so konkrete, wie er jetzt gefragt werde (Urk. 80/4 S. 12), ist das auch vor dem Hintergrund des Vorwurfs der Nötigung und der konkreten Fragestellung zu sehen, die zunächst lautete: "Hat B._____ nebst dieser Aussage (kommt ihr euern Verpflichtungen nach, dann komme ich meinen Verpflichtungen nach), sich Ihnen gegenüber einmal dahingehend geäussert, dass er Ausmasse zurückhalten werde, wenn er nicht den ganzen geforderten Lohn erhalte?" (Urk. 80/4 S. 11). Darauf bestätigte der Zeuge, dass es immer Aussagen gewesen seien, "kommt ihr euern Verpflichtungen nach, dann komme ich meinen Verpflichtungen nach" oder "Dienst nach Vorschrift". Es sei ein Nervenspiel gewesen. Ziel sei es wahrscheinlich schon gewesen – das könne er nicht bezeugen, nur vermuten – dass der Kläger D._____ unter Druck setze, den Lohn zu bezahlen. Einen anderen Grund könne er sich auf Anhieb nicht vorstellen. Der Kläger sei

lange genug im Business, dass er wisse, dass ein KMU ohne Akontozahlungen unter Druck gerate. "Das sei so klar wie so etwas." (Urk. 80/4 S. 11 f.). Auf die weitere

- 46 - Frage, ob der Kläger ihm gegenüber einmal gesagt habe, dass er die Ausmasse absichtlich zurückhalte, um seine Lohnforderung durchzusetzen, ergänzte der Zeuge, dass er sich nur an allgemein gehaltene Aussagen erinnern könne (Urk. 80/4 S. 12). Aus diesen Aussagen kann natürlich nicht geschlossen werden, die Aussagen vor der Staatsanwaltschaft stünden im unversöhnlichen Gegensatz zu seiner Zeugenaussage vor Vorinstanz. Um welche Verpflichtungen es dem Kläger ging, ergibt sich aus der bereits erwähnten E-Mail vom 22. September 2011, wo- rin er D. _____ mitteilte, die Beklagte komme ihren Arbeitgeberverpflichtungen be- züglich seiner ausstehenden Lohnzahlung nicht nach (Urk. 22/37). 10.3.3 In der Stellungnahme zum Beweisergebnis äusserte sich der Kläger im Zusammenhang mit dem Zurückhalten von Ausmassen lediglich zum Zeugen J. _____ und zu diesem nur insoweit, als er ausführte, das Obergericht habe in seinem Urteil vom 22. Oktober 2015 dessen Aussagen und diejenigen von D. _____ gewürdigt und sei ebenfalls zum Schluss gekommen, dass der Kläger die Anfrage bezüglich Abgabe der Ausmassdokumente ernst genommen, diese sofern möglich nachgeliefert und detailliert und nachvollziehbar begründet habe, wenn ihm dies nicht möglich gewesen sei (Urk. 191 S. 13 f.). Im Strafverfahren war jedoch eine Nötigungshandlung zu beurteilen und nicht das simple Zurückbe- halten von Ausmassen. Das ist nicht das Gleiche. Der Hinweis auf den Freispruch durch das Obergericht des Kantons Zürich vermag nichts daran zu ändern, dass durch die Zeugenaussagen J. _____ und S. _____ als erstellt zu betrachten ist, dass der Kläger die Ausmasse F. _____ ... nicht herausgegeben hat. Ob der Klä- ger damit D. _____ zu nötigen versucht hat, muss im vorliegenden Prozess gar nicht beantwortet werden. Ein Interesse des Zeugen J. _____ am Ausgang des Verfahrens ist nicht er- sichtlich, ist er doch bereits im Jahre 2012 bei der Beklagten ausgeschieden. Er selbst äusserte sich dahingehend, dass er in der Auseinandersetzung zwischen D. _____ und dem Kläger dazwischen gestanden sei (Urk. 144 S. 43). Inwiefern sich der Zeuge mit D. _____ bezüglich der Ausmasse abgesprochen haben könn- te, legt der Kläger nicht näher dar und ist nicht ersichtlich. Zur Zeugin S. _____ äusserte sich der Kläger in der Berufungsantwort und in der Stellungnahme zum

- 47 - Beweisergebnis im hier interessierenden Zusammenhang (Urk. 191 S. 14, Urk. 205 S. 20 f.) mit keinem Wort. In anderem Zusammenhang meinte der Kläger, ihr Aussageverhalten sei äusserst kritisch zu würdigen, da sie offensichtlich in einem Näheverhältnis zur Beklagten stehe (Urk. 191 S. 11). Zutreffend ist, dass die Zeu- gin im Zeitpunkt ihrer Aussage immer noch bei der Beklagten angestellt war (Urk. 111 S. 1). Auch äusserte sie sich in ihrem Fax-Schreiben vom 4. Dezember 2012 dahingehend, sie sei nicht sicher, ob alles richtig protokolliert worden sei, sie habe den Eindruck gehabt, dass das Gericht ihr bzw. der Administration die Schuld für das Versäumnis des Klägers bezüglich Bauabnahme "L. _____" in die Schuhe ha- be schieben wollen (Urk. 117). Dies allein ist aber kein Grund, um ihre Aussage zu den Ausmassen grundsätzlich in Frage zu stellen, zumal ihre Aussagen zu- sammen mit dem Zeugen J. _____ ein stimmiges Gesamtbild ergeben. 11. Auch die vom Kläger angerufenen Gegenbeweismittel (Urk. 50 S. 6, Urk. 85 S. 8) vermögen am Gesagten nichts zu ändern: 11.1 Die Vorinstanz nahm zunächst die Urk. 3/22 bis 3/30, Urk. 22/3 und Urk. 26/1 als Gegenbeweismittel ab (Urk. 50 S. 6). Urk. 3/27 stellt das Schreiben des Klägers vom 16. Oktober 2011 dar, worin dieser die Abmahnung der Beklag- ten vom 12. Oktober 2011 zurückwies. Das Schreiben vermag nicht zu belegen,

dass der Kläger der Beklagten die Ausmasse der Baustelle F._____ ... herausgegeben hat. Dies wird darin nicht einmal behauptet. Vielmehr berief sich der Kläger auf nicht unterzeichnete Werkverträge, die Vereinbarung einer Pauschale und auf noch bestehende Ausmass-Schnittstellen. Darauf wurde bereits Bezug genommen (vgl. E. 6.4, 7.1 und 7.2). In der Stellungnahme zum Beweisergebnis führte der Kläger zu diesem Schreiben aus, weder D._____ noch J._____ habe schlüssig zu erklären vermocht, weshalb auf diese Ausführungen nie reagiert worden sei. Die rasche Abfolge der drei Mahnschreiben ohne Stellungnahme zu den Einwendungen des Klägers belegten, dass die Beklagte die Vorwürfe konstruiert habe, um den Kläger mittels fristloser Kündigung loszuwerden, wie dies auch das Bezirksgericht Hinwil im Strafverfahren festgestellt habe (Urk. 191 S. 13). Es trifft zu, dass sich die Beklagte mit den Einwendungen des Klägers nicht im Einzelnen auseinandersetzte. Wie bereits gesagt, machte der Kläger aber in seinem Schrei-

- 48 - ben nicht geltend, er verfüge nicht über die bestehenden Ausmasse der Baustelle F._____ ... oder er habe sie bereits herausgegeben. Die Beklagte hat zudem auf das Schreiben vom 16. Oktober 2011 insofern reagiert, als sie am 19. Oktober 2011 eine dritte Abmahnung betreffend "Ausmass-Dokumente etc." folgen liess (Urk. 3/26). Der Vorwurf der Konstruktion eines Kündigungsgrundes sticht nicht. Vielmehr war die Beklagte dringend auf die Ausmasse angewiesen. Das Schreiben des Klägers vermag eine Herausgabe nicht zu belegen. Im Gegenteil indiziert es, dass der Kläger die Ausmasse noch nicht herausgegeben hat. Inwiefern die übrigen Urkunden (Urk. 3/22 bis 3/26, Urk. 3/28 bis 3/30, Urk. 22/3 und 26/1) belegen könnten, dass der Kläger das Ausmass der Baustelle F._____ ... herausgegeben hat, ist auch nicht ersichtlich und wurde vom Kläger in der Stellungnahme zum Beweisergebnis auch nicht geltend gemacht. 11.2 Die Vorinstanz nahm sodann die Zeugen U._____, V._____ und N._____ als Gegenbeweismittel ab (Urk. 50 S. 6). Die Zeugen U._____ und N._____ konnten zum Zurückbehalt von Ausmassen aber keine Aussagen machen (vgl. E. 8.1, 8.6). Auf die Einvernahme des Zeugen V._____ wurde verzichtet (Urk. 165). 11.3.1 Die Vorinstanz hat sodann (seitens der Beklagten) die Edition einer Excel-Tabelle mit der Akontoübersicht der Beklagten (Zeitraum 15.8.-30.9.11; angehängt an einer E-Mail vom 29. September 2011 von J._____ an den Kläger), die Edition einer Liste mit Debitoren (Akonto oder Kleinrechnung) per 11. Oktober 2011 sowie (seitens des Klägers) die Edition von Handnotizen und Arbeitskopien bzgl. Akonto-Rechnungen angeordnet (Urk. 50 S. 6). In der Folge reichte der Kläger zwei Excel-Tabellen, fakturierte Akonto-Rechnungen bezüglich der von der Beklagten genannten Baustellen F._____ ..., I._____ ..., G._____ ... und H._____ ... sowie eine Liste der Debitoren vom 11. Oktober 2011 als Urk. 69/4-10 ein (Urk. 67 S. 3). Auf die Einreichung von Handnotizen und Arbeitskopien verzichtete der Kläger (Urk. 67 S. 2). 11.3.2 In der Stellungnahme zum Beweisergebnis äusserte sich der Kläger auch zur Debitorenliste der Beklagten, zu den Akonto-Übersichten und zu den

- 49 - Rechnungskopien (Urk. 69/4-10). Er leitet aus diesen Urkunden ab, dass die Beklagte Rechnung stellen konnte, sie also im Besitz der notwendigen Grundlagen gewesen sein musste (Urk. 191 S. 13 f.). Er ist der Auffassung, die Ausmasse hätten nie gefehlt (Prot. I S. 79 bis S. 83, insb. S. 82). Zudem verwies er auf das Urteil des Bezirksgerichts Hinwil vom 30. Oktober 2014, welches eine Nötigungshandlung verneint habe (Urk. 153), und auf das Urteil des Obergerichts vom 22. Oktober 2015 (Urk. 169 S. 43 f.), das in Würdigung der Aussagen von D._____ und J._____ zutreffend festgehalten habe, der Kläger habe die Abgabe der Ausmassdokumente ernst genommen, diese sofern möglich

nachgeliefert und detail- liert und nachvollziehbar begründet, wenn ihm dies nicht möglich gewesen sei (Urk. 191 S. 14). 11.3.3 Am 23. September 2011 stellte die Beklagte der F._____ ... drei Akonto-Rechnungen gemäss Auftragsstand per "23.09.2011" zu (Urk. 69/4). Eine davon betraf die Flachdacharbeiten über Fr. 30'240.–, die zwei anderen provisorische Raummodule über Fr. 7'560.– und Fr. 9'720.–. Der gesamte Auftragsstand (Verträge 061 bis 063) per 23. September 2011 belief sich laut diesen drei Rechnungen auf Fr. 130'680.–. Gemäss der Umsatzliste Debitoren Juli bis Oktober 2011 wurden diese Rechnungen nicht bezahlt (Urk. 69/9). Aus der ersten Akonto- Übersicht (Urk. 69/8) ergeben sich keine gestellten Rechnungen für das F._____ Die zweite Akonto-Übersicht (Urk. 69/10), angeblich vom 11. Oktober 2011, bestätigt, dass die drei Rechnungen gestellt wurden. Allerdings weicht der Betrag für das Flachdach mit Fr. 31'289.– geringfügig von der gestellten Rechnung ab. Aus der von der Beklagten eingereichten Urk. 22/49 (Kontoblätter der AB._____ AG [Bank] August bis November 2011) geht hervor, dass die F._____ ... nach dem 9. September 2011 keine Rechnungen bezahlte. Dies alles stimmt überein mit den E-Mails von O._____, die er zwischen dem 6. und 17. Oktober 2011 der Beklagten zukommen liess (Urk. 22/55). In der E-Mail vom 6. Oktober 2011 schrieb er etwa, er benötige das Ausmass für die Flachdachsanie rung, da er sonst "eure Akontos" nicht prüfen könne. Am 11. Oktober 2011 bat er die Beklagte um das Ausmass zusammen mit der Schlussrechnung für das Projekt "Flachdachsanie rung" bis Ende der Woche, er könne "eure Akontorechnungen vor Er-

- 50 - halt der Schlussrechnung zusammen mit dem prüfaren Ausmass" nicht freigeben. Schliesslich ersuchte er mit E-Mail vom 17. Oktober 2011 um Abschluss der Arbeiten und um Übermittlung des Ausmasses der Arbeiten der Flachdachsanie rung (Urk. 22/55). Entgegen der Auffassung des Klägers kann somit nicht gesagt werden, die Rechnungstellung zeige, dass die Beklagte über die Ausmasse verfügt habe. Vielmehr benötigte O._____ das Ausmass, weil die Beklagte Akonto-Rechnungen gestellt hatte, die sich aber nicht überprüfen liessen. 11.4.1 Mit Beschluss vom 24. Juni 2014 wurden zu allen Beweissätzen (und damit auch zu Beweissatz e) als Gegenbeweismittel des Klägers auch noch die Urk. 48/1-2, Urk. 69/2-12 und Urk. 78/1-6 zugelassen (Urk. 85 S. 8). In der Stellungnahme zum Beweisergebnis erwähnte der Kläger zu Beweissatz e) keine dieser Urkunden (Urk. 191 S. 13 f.): – Bei Urk. 48/1 handelt es sich um die polizeiliche Einvernahme von D._____ vom 31. Januar 2013. D._____ sagte aus, das Ausmass von grösseren Baustellen wie F._____ ..., G._____ ... habe er vom Kläger nicht erhalten. Er habe wegen der Rechnungstellung Vieles nachmessen müssen und habe gegenüber den Kunden schlecht dagestanden (Urk. 48 S. 8). – Bei Urk. 48/2 handelt es sich um eine E-Mail von Rechtsanwalt X._____ an die Staatsanwaltschaft vom 22. Januar 2014 im Zusammenhang mit der Fälschung der Verträge. – Bei Urk. 69/2 und 69/3 handelt es sich um die zwischen dem Kläger und der Beklagten und der C._____ ag abgeschlossenen Arbeitsverträge (Originale). – Auf Urk. 69/4-10, insbesondere Urk. 69/4 und Urk. 69/8-10 wurde bereits eingegangen (E. 11.3.3). – Bei Urk. 69/11 handelt es sich um Taggeldabrechnungen der Unia Arbeitslosen kasse von November 2011 bis April 2012. – Bei Urk. 69/12 geht es um ein Schreiben der Staatsanwaltschaft vom 13. Februar 2014 an den Rechtsvertreter des Klägers.

- 51 - – Bei den Urk. 78/1-6 handelt es sich um Akten aus dem Strafverfahren: – Zeugeneinvernahme von J._____ (Urk. 78/1 = Urk. 80/4) – Skizze zu Zeugeneinvernahme J._____ (Urk. 78/2) – Zeugeneinvernahme von N._____ (Urk. 78/3 = Urk. 80/5) –

Einvernahme von D._____ als Auskunftsperson (Urk. 78/4) – Einvernahme des Klägers als beschuldigte Person (Urk. 78/5 = Urk. 82/4) – Zeugeneinvernahme von Dr. E._____ (Urk. 78/6) 11.4.2 J._____ vermag die Darstellung des Klägers nicht zu stützen. N._____ hat während seiner Tätigkeit nicht festgestellt, dass der Kläger absichtlich Ausmasse nicht oder zu spät abgegeben hat. Im hier massgebenden Zeitpunkt (Oktober 2011) hatte er die Beklagte aber bereits verlassen. Für ihn war die Sache am 25. August 2011 abgeschlossen, wobei er das Ausmass der Baustelle F._____ ... dem Kläger übergab (Urk. 78/3 S. 4, S. 6). D._____ sagte auch in der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme aus, der Kläger habe Ausmasse nicht oder zu spät abgegeben, er habe Druck aufgesetzt, um den Lohn auszulösen. Bei der "F._____" und der "G._____" sei es ganz extrem gewesen, dass er Ausmasse zurückbehalten habe (Urk. 78/4 S. 11 ff.). Der Kläger sagte wiederum aus, die Ablieferung der Ausmasse der Baustellen F._____ ..., G._____ ..., H._____ ... und I._____ ... sei alles erledigt, dies sei laufend erledigt worden, er habe nie Ausmasse nicht abgegeben, er habe nie zu spät geliefert (Urk. 78/5 S. 11). Den Aussagen von Dr. E._____ kann zu den Ausmassen nichts entnommen werden (Urk. 78/6). Somit sprechen nur die Aussagen des Klägers für die Herausgabe des Ausmasses. Allerdings hat der Kläger im vorliegenden Verfahren gar nicht behauptet, die Ausmasse der Beklagten ausgehändigt zu haben. Vielmehr machte er geltend, die Ausmasse seien nicht fertiggestellt gewesen, da Ausmasse gefehlt hätten, es seien Pauschalen vereinbart gewesen, weshalb keine Ausmasse nötig gewesen seien, der Werkvertrag sei noch nicht unterschrieben gewesen, eine substantiierte Bestreitung sei gar nicht möglich etc. (E. 4.3 und 4.5). Mit seinen Aussagen vermag der Kläger das Zeugnis von J._____ und S._____ nicht zu erschüttern.

- 52 - 11.5 Mit der Berufung weist die Beklagte einerseits darauf hin, dass der Kläger bei der Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft am 15. Mai 2014 aussagte, es seien sämtliche Ausmasse beim Bezirksgericht Hinwil eingereicht worden (Urk. 82/4 S. 10). Für die Beklagte steht andererseits fest, dass sich insbesondere das Ausmass "F._____" nicht bei den Akten befindet (Urk. 200 S. 73 Rz 365). Der Kläger stellte in der Berufungsantwort nicht in Abrede, dass sich das (im Wesentlichen von N._____ erstellte) Ausmass "F._____" nicht bei den Akten befindet (Urk. 205 S. 20 f.). Die als Urk. 22/61-65 eingereichten Ausmasse betreffen nicht die Baustelle F._____ ..., sondern die Baustellen in ... und Das vom Zeugen N._____ erstellte Ausmass F._____ ... wurde vom Kläger auch nicht als (von der Beklagten zu edierendes) Beweismittel angerufen. Jedenfalls bringt der Kläger in der Berufung nicht vor, die Vorinstanz habe insofern irgendwelche Beweisanträge übergangen. 11.6 Aus den dargelegten Gründen ist als erstellt zu betrachten, dass der Kläger das Ausmass der Baustelle F._____ ... bis am 21. Oktober 2011, 11.00 Uhr (Urk. 22/57), nicht an die Beklagte ausgehändigt hat, obwohl er mehrfach dazu aufgefordert wurde. Er hat dadurch seine in Art. 321b Abs. 2 OR festgelegte Herausgabepflicht verletzt, es sei denn, er könne sich auf ein Leistungsverweigerungsrecht berufen. 12.1 Die Vorinstanz hat dem Kläger an den Ausmassen ein Leistungsverweigerungsrecht gemäss Art. 82 OR und ein Retentionsrecht gemäss Art. 895 ZGB zugebilligt mit der Begründung, die Beklagte habe sich spätestens seit dem 6. August 2011 mit ihren Lohnzahlungen in Verzug befunden. Der Kläger wäre demzufolge berechtigt gewesen, die Herausgabe der in seinem Besitz befindlichen Ausmasse zu verweigern, weil die Beklagte ihm seinen Lohn teilweise vor-enthalten habe (Urk. 201 S. 73 f.). Der Kläger hält dafür, das aus Art. 82 OR fließende Leistungsverweigerungsrecht sei umfassend, womit dieses auch die Herausgabe von Dokumenten erfasse (Urk. 295 S. 20 Rz 75). 12.2 Zu Recht rügt die Beklagte eine Verletzung von Art. 896 ZGB und Art. 82 OR. Sie habe den Kläger immer nur zur

Herausgabe und nicht zur Fertigstel-

- 53 - lung des Ausmasses aufgefordert. Bei der Herausgabe von Dokumenten gehe es nicht um Arbeit. Zudem bestehe an nicht verwertbaren Dingen wie Ausmassen kein Retentionsrecht (Urk. 200 S. 66 f.). 12.3 An Sachen, deren Natur eine Verwertung nicht zulässt, kann das Retentionsrecht nicht ausgeübt werden (Art. 896 Abs. 1 ZGB). Nicht verwertbar sind insbesondere Pläne, Kostenberechnungen, technische Zeichnungen, Geschäftsbücher und Geschäftsunterlagen (BSK ZGB II-Rampini/Schulin/Vogt, Art. 896 N 6). Die Ausmasse stellen Geschäftsunterlagen dar; sie weisen keinen Verkehrswert auf und können demzufolge auch nicht retiniert werden. 12.4 Wer bei einem zweiseitigen Vertrag den andern zur Erfüllung anhalten will, muss entweder bereits erfüllt haben oder die Erfüllung anbieten, es sei denn, dass er nach dem Inhalte oder der Natur des Vertrages erst später zu erfüllen hat (Art. 82 OR). Nicht verwertbare Urkunden kann der Arbeitnehmer auch nicht unter Berufung auf das sog. obligatorische Retentionsrecht gemäss Art. 82 OR für rückständige Lohn Guthaben zurückbehalten, da auch das obligatorische Retentionsrecht die Verwertbarkeit des Retentionsobjektes voraussetzt (ZK-Staehelin, Art. 321b OR N 6). Das Zurückbehaltungsrecht nach Art. 82 OR ist im hier zu beurteilenden Fall aber vor allem deshalb nicht gegeben, weil nur die Arbeitsleistung, nicht aber das Arbeitsergebnis zur Lohnzahlung in einem Gegenseitigkeitsverhältnis (Austauschverhältnis) steht (BK-Weber, Art. 82 OR N 111 und N 113; BK-Zobl, Art. 896 ZGB N 8; BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 321b OR N 4). In ihren Schreiben vom 12. Oktober, 14. Oktober und 19. Oktober 2011 verlangte die Beklagte vom Kläger jeweils die Herausgabe von Geschäftsunterlagen, insbesondere Ausmass-Dokumenten (Urk. 22/50, Urk. 22/52, Urk. 22/57). Nach dem Gesagten kann sich der Kläger nicht auf Art. 82 OR berufen. Er hat die sofortige Herausgabe des Ausmasses F. _____ ... demnach unberechtigterweise verweigert.

E. 13

bis S. 28). Sie lauten im Wesentlichen wie folgt:

E. 13.1

Mit Schreiben vom 21. Oktober 2011 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger fristlos unter Hinweis auf die Abmahnungen vom 12., 14. und 19. Oktober 2011 und die unterbliebene Ablieferung verschiedener Ausmasse, insbesondere dasjenige der Baustelle F. _____ ... (Urk. 22/66). Ge-

- 54 - mäss Art. 337 Abs. 1 OR kann der Arbeitgeber wie der Arbeitnehmer aus wichtigen Gründen jederzeit das Arbeitsverhältnis fristlos auflösen. Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Art. 337 Abs. 2 OR). Ein Verschulden oder gar eine Schädigungsabsicht wird von Art. 337 OR nicht vorausgesetzt. Es kann daher offengelassen werden, welche Motive der Kläger mit der Nichtherausgabe des Ausmasses verfolgte. Als leitender Angestellter hatte der Kläger erhöhten Anforderungen punkto Treuepflicht und Verantwortung zu genügen (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 337 OR N 8 S. 1116; ZK-Staehelin, Art. 337 OR N 14, mit Verweis auf die Rechtsprechung).

E. 13.2

Weniger gewichtige Vorfälle können für sich allein eine fristlose Kündigung nicht rechtfertigen, jedoch in Verbindung mit anderen Vorkommnissen oder wenn sie sich trotz Verwarnung (Abmahnung) wiederholen, einen wichtigen Grund darstellen (ZK-Staehelin, Art. 337 OR N 9; BGE 142 III 579 E. 4.2; 130 III 213 E. 3.1 S. 220 f.; 129 III 380 E. 2.1 S. 382). Auch im Fall einer genügend schweren Verletzung der Ablieferungs- bzw. Herausgabepflicht kann eine fristlose Kündigung gerechtfertigt sein (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 321b OR N 3 S. 205; Brühwiler, Einzelarbeitsvertrag, Basel 2014, Art. 321b OR N 3, mit Verweis auf JAR 1989 S. 212; Wyler, Droit du travail, 3e éd., Berne 2014, S. 92).

E. 13.3

Das tatsächliche Ausmass im Sinne des (bisherigen) Leistungsumfangs ist ein zentraler Faktor bei der Bestimmung der Vergütung des Unternehmers bei Einheitspreisen (vgl. Gauch, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich 2011, N 915 ff.; vgl. auch Art. 39 SIA-Norm 118). Es ist auch für Abschlagszahlungen (Akontozahlungen) relevant (Art. 144 f. SIA-Norm 118). Der Kläger hat trotz dreimaliger Aufforderung das Ausmass für die Baustelle F._____ ... nicht beigebracht, obwohl Art. 321b Abs. 2 OR die sofortige Herausgabe erfordert hätte. Der Kläger war als technischer Leiter zu besonderer Treue gegenüber der Beklagten verpflichtet. Ein technischer Leiter, der für die Rechnungstellung bzw. Bezahlung benötigte Ausmasse trotz mehrmaliger Aufforderung seinem Arbeitgeber nicht herausgibt, ist untragbar. In den Abmahnungen drohte die Beklagte dem Kläger explizit auch die

- 55 - fristlose Kündigung an, falls er die Geschäftsdokumente nicht herausgebe (Urk. 22/50, Urk. 22/52, Urk. 22/57). Mit unbenutztem Ablauf der dritten Frist war die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für die Beklagte unzumutbar geworden. Die von der Beklagten in den Abmahnungen gesetzten Fristen waren zwar kurz, mit insgesamt sieben Tagen (13. bis 21. Oktober) aber genügend, zumal der Kläger die erste Abmahnung vom 12. Oktober 2011 mit Schreiben vom 16. Oktober 2011 vollumfänglich zurückwies. Die Kündigung erfolgte aus einem wichtigen Grund im Sinne von Art. 337 OR und ist als gültig zu qualifizieren.

E. 13.4

Vorliegend fällt erschwerend in Betracht, dass die Beklagte geltend machte, der Kläger habe bis zuletzt die Ausmasse der grösseren Baustellen F._____ ..., G._____ ... und I._____ ... zurückgehalten, nachdem er am 20. Oktober 2011 zwei Ausmasse der Baustelle G._____ ... und am 21. Oktober 2011 drei weitere Ausmasse der Baustelle H._____ ... abgegeben habe (Urk. 21 S. 30 Ziff. 37 f.). Aufgrund dieses Verhaltens habe die Beklagte im Oktober 2011 Rechnungsbeträge im Umfange von rund Fr. 200'000.- nicht einfordern können, was ihre äusserst angespannte Liquidität nochmals verschlechtert habe (Urk. 21 S. 31 Ziff. 39). Ende August 2011 sei der Beklagten von der Bank AB._____ die Kreditlimite von Fr. 200'000.- auf Fr. 100'000.- herabgesetzt worden, weil man einerseits die Abschlüsse 2010 noch nicht liefern können und weil man andererseits aufgrund des Konkurses der C._____ ag kurzfristig nicht mehr in der Lage gewesen sei, deren finanzielle Lage transparent darzustellen. Jede Überschreitung der Limite habe ab dann einzeln vom Sachbearbeiter der Bank bewilligt werden müssen und habe der Überzeugungskunst von D._____ bedurft (Urk. 21 S.

E. 13.5

In der Replik bestritt der Kläger, dass Zahlungen an die Beklagte aufgrund eines Verschuldens seinerseits zurückgehalten worden seien. Die Akonto-Rechnungen hätten gestellt werden können. Zum Nachweis berief er sich einerseits auf eine "Excel-Tabelle mit der Akonto-Übersicht" und auf eine Debitoren-Liste per 11. Oktober 2011, die von der Beklagten zu edieren seien; andererseits auf allfällige vereinzelte noch bei ihm vorhandene Unterlagen sowie auf U._____ als Zeugen (Urk. 25 S. 33 ff.). Die Kreditlimite sei der Beklagten bzw. der gesamten Gruppe gekürzt worden, weil diese es versäumt habe, die Bilanzen des Jahres 2010 und weitere Unterlagen einzuliefern (Urk. 25 S. 40).

E. 13.6

In der Duplik ergänzte die Beklagte, betreffend F._____ ... habe zwar ein Pauschalvertrag bestanden. Für die umfangreichen Bestellungsänderungen

- 57 - und Zusatzaufträge im Wert von rund Fr. 160'000.- hätten indes Ausmasse erstellt werden müssen. Da die Akonto-Rechnungen vom 15. August und 23. September 2011 überhaupt nicht belegt gewesen seien, habe sich die Bauleitung geweigert, davon überhaupt etwas zu bezahlen. Die Schlussrechnung habe erst im Dezember gestellt werden können, nachdem D._____ die ganzen Ausmasse neu rekapituliert gehabt habe. Die fehlenden Ausmasse hätten also Mehrleistungen und Bestellungsänderungen sowie Zusatzaufträge über den Pauschal-Werkvertrag hinaus betroffen. Nicht umsonst habe der Bauleiter O._____ diese Ausmasse für die Flachdachsanierung zur Prüfung der Akonto-Rechnungen verlangt (Urk. 30 S. 39).

E. 13.7

Im ersten Parteivortrag an der Hauptverhandlung nahm der Kläger zu den Dupliknoten Stellung. Er wiederholte aber lediglich seinen bereits vorgetragenen Standpunkt, wonach sämtliche provisorischen Ausmasse der verschiedenen angesprochenen Baustellen, die für die Stellung von Akonto-Rechnungen benötigt worden seien, erstellt gewesen seien, so dass Rechnungen zeitgerecht hätten gestellt werden können. Diesen Umstand könnten die Mitarbeiter auf den jeweiligen Baustellen bestätigen (Urk. 40 S. 17).

E. 13.8

Die Vorinstanz hat die Nichtverrechnung von geleisteten Arbeiten und den Rückbehalt von Zahlungen für gestellte Akonto-Rechnungen mangels Ausmassen nicht in ihre Beweisverfügung vom 26. Februar 2014 aufgenommen. Sie hat lediglich den folgenden Beweissatz formuliert (Urk. 50 S. 7): f) "dass der Beklagten durch das Zurückhalten der Ausmasse durch den Kläger ein Schaden in der Höhe von Fr. 417'931.00 entstanden ist." Zu diesem Beweissatz nahm die Vorinstanz als Hauptbeweismittel der Beklagten diverse Urkunden, Zeugen (J._____, S._____, Q._____, O._____, R._____ und P._____) und die Parteiaussage von D._____ ab. Gegenbeweismittel des Klägers führt die Beweisverfügung nicht auf.

E. 13.9

Mit Eingabe vom 11. April 2014 reichte der Kläger nach "Durchsicht der noch vorhandenen Unterlagen" u.a. folgende Urkunden ein (Urk. 67 S. 3 f.):

- 58 - – Drei Akonto-Rechnungen vom 23. September 2011 betreffend die Baustelle F._____ ... über Fr. 7'560.-, Fr. 9'720.- und Fr. 30'240.- (Urk. 69/4) – Umsatzliste Debitoren 07/2011 bis 10/2011 vom 18. Oktober 2011 (Urk. 69/9) – Zwei Akonto-Übersichten, Stand 29. September und 11. Oktober 2011 (Urk. 69/8 und 69/10) Die

Urkunden würden beweisen, dass die Rechnungen bis Ende September 2011 hätten gestellt werden können (Urk. 67 S. 3).

E. 13.10

Weder bestritt der Kläger, dass für die Baustelle F._____ ... aufgrund von Beststellungsänderungen und Zusatzaufträgen in der Höhe von Fr. 160'000.– Ausmasse erstellt werden mussten, noch stellte er in Frage, dass die Beklagte aufgrund von zurückbehaltenen Ausmassen keine Schlussrechnungen stellen konnte. Der Kläger bestritt einzig, dass Zahlungen an die Beklagte aufgrund eines Verschuldens seinerseits zurückgehalten worden seien. Wiederum stellte er aber nicht in Abrede, dass die in der Umsatzliste Debitoren enthaltenen Angaben zu- treffen. Aus der von ihm selbst eingereichten Debitorenliste ergibt sich, dass die am 15. August und 23. September 2011 gestellten Rechnungen am 18. Oktober 2011 noch nicht bezahlt waren (Urk. 69/9). Und aus der von der Beklagten einge- reichten Debitorenliste wird ersichtlich, dass die am 15. August und 23. Septem- ber 2011 gestellten Rechnungen erst am 23. Dezember 2011 und die am 30. No- vember 2011 gestellten Schlussrechnungen erst am 13. Januar 2012 bezahlt wurden (Urk. 22/43).

E. 13.11

In seinem Schlussvortrag wies der Kläger auf den Zeugen O._____, Bauleiter auf der Baustelle F._____ ..., hin, der angegeben habe, er gehe davon aus, dass alle Rechnungen der Beklagten bezahlt worden seien (Urk. 191 S. 17 mit Verweis auf Urk. 110 S. 5). Dies ist jedoch nicht der springende Punkt, da die Beklagte von "bis und mit Oktober 2011" nicht bezahlten Rechnungen ausgeht (Urk. 21 S. 23). Auf die Frage, ob gemäss Urk. 22/43 die F._____ sämtliche Rechnungen der Beklagten ohne Abzüge bezahlt habe, erklärte der Zeuge denn auch, die letzten zwei seien wahrscheinlich fristgerecht bezahlt worden, die davor seien verspätet bezahlt worden (Urk. 110 S. 5). Bei den letzten zwei Rechnungen - 59 - handelt es sich um die erst am 30. November 2011 gestellten Schlussrechnun- gen, bei den Rechnungen "davor" (unter anderem) um die vier von der Beklagten erwähnten, am 15. August und 23. September 2011 gestellten Rechnungen über total knapp Fr. 70'000.–, die gemäss Urk. 22/43 erst am 23. Dezember 2011 be- glichen wurden. Der Zeuge O._____ sagte zudem aus, die Baumeisterarbeiten und Abdichtungen hätten ca. eine Viertelmillion betragen. Die Spenglerarbeiten selber müssten rund Fr. 100'000.– betragen haben. Auf Vorhalt von Urk. 22/52 dritter Absatz führte der Zeuge aus, er habe die Rechnung zurückbehalten, denn ohne Ausmass gebe er die Rechnung nicht frei (Urk. 110 S. 6 f.). In seiner E-Mail vom 6. Oktober 2011 teilte O._____ der Beklagten mit, er benötige das Ausmass "Flachdachsanieierung", da er sonst "eure Akontos" nicht prüfen könne. Mit E-Mail vom 11. Oktober 2011, 08:55, orientierte er die Beklagte, er könne "eure Akonto- rechnungen" vor Erhalt der Schlussrechnung zusammen mit dem prüf- baren Aus- mass nicht freigeben. Und ebenfalls am 11. Oktober 2011, 09:48, sandte er der Beklagten per E-Mail die Angaben "zu den Rechnungen", zu denen er noch "euer Ausmass" brauche, wobei er drei pdf-Dokumente übermittelte (Urk. 22/55).

E. 13.12

Von den drei vom Kläger eingereichten Akonto-Rechnungen vom 23. September 2011 über Fr. 7'560.–, Fr. 9'720.– und Fr. 30'240.– (Urk. 69/4) betrifft die Rechnung Nr. 175'540 über Fr. 30'240.– ausdrücklich "Flachdacharbeiten", die unstrittig nach Ausmass abgerechnet werden mussten. Sie war innert 15 Ta- gen zahlbar. Nachdem Arbeiten nach Ausmass in

der Höhe von Fr. 160'000.– un- bestritten blieben und der Zeuge O._____ von mehreren Akonto-Rechnungen sprach, die auf ihr Ausmass hin überprüft werden müssten (Urk. 22/55 [E-Mails vom 11. Oktober 2011]), muss davon ausgegangen werden, dass für die Prüfung und Begleichung der in beiden Umsatzlisten (Urk. 22/43, Urk. 69/9) figurierenden Rechnungen Nr. ... vom 15. August und Nr. ... vom 23. September 2011 eben- falls Ausmasse benötigt wurden und wegen des fehlenden Ausmasses gemäss Umsatzliste Debitoren 01/2011 bis 12/2012 (Urk. 22/43) die Bezahlung von weite- ren Fr. 20'930.95 bzw. Fr. 9'720.– einstweilen unterblieb.

E. 13.13

Der Zeuge J._____, der bei der Beklagten für die Buchhaltung und den Lohn zuständig war (Urk. 144 S. 3), führte gegenüber der Staatsanwaltschaft

- 60 - aus, bei der Baustelle F._____ ... – ein öffentlicher Bau – sei das Ausmass noch viel wichtiger gewesen. Dort seien es Fr. 100'000.– gewesen, die sie nicht hätten verrechnen können. Als KMU sei das eine hohe Summe. Bei den anderen Bau- stellen (G._____ ..., H._____ ... und I._____ ...) wisse er die Summen nicht; aber auch die hätten nicht sauber abgerechnet werden können. Auf die Frage, wieso nicht jemand anders die Aufgabe der Ausmasse übernommen habe, sagte der Zeuge, dies sei ganz schwierig. Diese Ausmasse seien teilweise sehr komplex. Zu diesem Zeitpunkt sei nur D._____ in Frage gekommen. Dies hätte seine Ka- pazität schlicht gesprengt (Urk. 80/4 S. 8, S. 10 f.). Bei der Vorinstanz bestätigte der Zeuge, dass die Liquidität der Beklagten angespannt gewesen sei (Urk. 144 S. 40). Es sei für eine Bauunternehmung sehr peinlich – so der Zeuge weiter – wenn man bei einer Geschichte wie bei der F._____, einer öffentlichen Aus- schreibung, sagen müsse, dass man die Ausmasse nicht ausliefern könne. Bei einer nächsten Auftragsvergabe überlege sich der Architekt zweimal, ob er mit ei- ner solchen Baufirma zusammenarbeiten wolle, welche nicht einmal die Ausmas- se liefern könne (Urk. 144 S. 41). Auf Vorhalt seiner Aussage bei der Staatsan- waltschaft und der Umsatzliste Debitoren (Urk. 69/9) konnte sich der Zeuge daran erinnern, dass F._____ ... eine grössere Geschichte gewesen sei, es sich sehr summiert habe und es um rund Fr. 100'000.– gegangen sei (Urk. 144 S. 49 f.).

E. 13.14

Der vom Kläger als Zeuge angerufene U._____, der auf der Baustelle F._____ ... als Polier tätig war (Urk. 121 S. 3), konnte lediglich aussagen, dass der Kläger ein- bis zweimal pro Woche Ausmasse erstellte und sonst auf der Baustelle tätig war. Zur Frage, was nachfolgend mit den vom Kläger erstellten Ausmassen geschah, konnte der Zeuge keine Angaben machen (Urk. 121 S. 4 f.). Zur Rechnungsstellung und zum Zurückhalten von Zahlungen wurde er gar nicht befragt.

E. 13.15

Erstellt ist damit, dass die F._____ ... in einer für die Beklagte prekä- ren finanziellen Situation die am 23. September 2011 für Flachdacharbeiten ge- stellte Rechnung über Fr. 30'240.– zunächst nicht beglich, weil das Ausmass fehl- te bzw. vom Kläger nicht beigebracht wurde. Sodann wurde die Bezahlung von zwei weiteren Rechnungen in der Höhe von ca. Fr. 30'000.– zurückgestellt. Damit

- 61 - ging der ohnehin finanziell angeschlagenen Beklagten zeitweilig Liquidität im fünf- stelligen Bereich abhanden. Durch sein Verhalten nahm der Kläger in Kauf, dass sich die

finanziellen Schwierigkeiten der Beklagten vorübergehend verschärften. Zudem erwähnt der Kläger selbst, die Aussage des Zeugen J._____ habe sich auf Liquidationsengpässe (gemeint wohl: Liquiditätsengpässe) und Reputations- schäden bezogen (Urk. 119 S. 17). Unter diesen Umständen konnte der Beklag- ten – wie bereits gesagt – die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden und sie verfügte über einen wichtigen Grund, um das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger fristlos aufzulösen. 14. Nach dem Gesagten hat die Beklagte dem Kläger den Lohn bis zur frist- losen Kündigung des Arbeitsverhältnisses, d.h. bis und mit 21. Oktober 2011, zu bezahlen (ZK-Staehelin, Art. 337b OR N 2). Die Beklagte hat in ihrem Kündi- gungsschreiben beide Arbeitsverträge zufolge absichtlicher Täuschung bzw. Grundlagenirrtums angefochten und für ungültig erklärt (Urk. 22/66 S. 2). In der Klageantwort hat sie sich zwar auf die Ungültigkeit der Arbeitsverträge berufen (Urk. 21 S. 34), gleichzeitig aber eingeräumt, dass der Lohn samt Sozialbeiträge vom 1. bis 21. Oktober 2011 im Umfang des Arbeitsverhältnisses von 50% noch offen sei (Urk. 21 S. 41). Ohnehin wäre der Arbeitsvertrag mit der Beklagten durch konkludentes Verhalten genehmigt worden (Art. 31 OR), indem die Beklag- te nach Entdeckung des Willensmangels und der Anfechtbarkeit (27. Juli 2011) sowohl die Arbeitsleistung des Klägers weiterhin vorbehaltlos entgegennahm als auch den Lohn vorbehaltlos weiterbezahlte (BSK OR I-Schwenzer, Art. 31 OR N 17). V. (Ausstehender Lohn)

E. 16

Ziff. 22). Bei der Baustelle F._____ ... habe es sich um die wichtigste und grösste Baustelle der Beklagten gehandelt (Urk. 21 S. 27 Ziff. 34 f.). Am 4. Okto- ber 2011 sei von der Beklagten ein Ausmass F._____ ..., Stand 30. Juli 2011, an die Bauleitung versandt worden. Dies sei der letzte Stand gewesen, den die Be- klagte besessen habe und der noch von N._____ erstellt worden sei, der aber nicht die Flachdachsanierung betroffen habe (Urk. 21 S. 37 Ziff. 35). Am 11. Ok- tober 2011 habe sich die Bauleitung der Baustelle F._____ ... geweigert, ohne Ausmasse Rechnungen der Beklagten über Fr. 107'779.30 zur Zahlung weiterzu-

- 56 - leiten. Für die Baustelle F._____ ... seien aufgrund der vom Kläger zurückbehal- tenen Ausmasse folgende Rechnungen unbezahlt geblieben (Urk. 21 S. 22 Ziff. 28): – 15. August 2011 Fr. 12'060.00 (recte: 12'960.00) – 15. August 2011 Fr. 20'930.95 – 23. September 2011 Fr. 9'720.00 – 23. September 2011 Fr. 25'920.00 Total Fr. 68'630.95 (recte: 69'530.95) Aufgrund der zurückbehaltenen Ausmasse hätten zudem folgende Schluss- rechnungen erst nach der Aufarbeitung der Ausmasse durch D._____ nach der Entlassung des Klägers gestellt werden können (Urk. 21 S. 23 Ziff. 28): – Offene Schlussrg. Fr. 15'660.00 – Offene Schlussrg. Fr. 33'960.00 (recte: 33'630.65) Total Fr. 49'620.00 (recte: 49'290.65) Aufgrund der Weigerung des Klägers, die Ausmasse herauszugeben, seien somit bis Oktober 2011 insgesamt für die Baustelle F._____ ... Arbeiten im Wert von Fr. 118'250.95 (recte: Fr. 118'821.60) nicht bezahlt worden oder hätten nicht in Rechnung gestellt werden können. Zum Nachweis verwies die Beklagte auf die Umsatzliste des Debtors F._____ ... von "01/2011 bis 12/2012" (Urk. 22/43).

E. 21

oder 22. Juni 2011 (Urk. 25 S. 12 Rz 37, Urk. 40 S. 8 Rz 17). In der Parteibe- fragung vom 2. Dezember 2014 sagte er aus, sie hätten den Arbeitsvertrag am

E. 22

Juni 2011 unterschrieben (Urk. 107 S. 3). Die Beklagte brachte vor, die Verträge seien am 23. Juni 2011 unterzeichnet worden (Urk. 21 S. 5 Rz 13, Urk. 30 S. 17 Rz 15). Nach Darstellung der Beklagten wurde der Passus "Diese Aufteilung erfolgt aus internen Gründen. Beide Unternehmen haften solidarisch für die integrale Erfüllung der beiden Anstellungsverträge." vom Kläger nach dem 23. Juni 2011 ohne ihr Wissen in die unterzeichneten Arbeitsverträge eingefügt.

E. 23

Juni 2011 in einem mit der Unterschrift des Klägers versehenen Kuvert in seinem Fach entdeckt habe, wobei er nicht sagen könne, ob die Verträge im Kuvert gewesen seien; er habe es einfach angenommen. Er würde sagen, das Kuvert sei verschlossen gewesen, denn über der Klebstelle des Kuverts sei die Unterschrift des Klägers angebracht gewesen. Als er nach dem Mittag zurückgekommen sei, sei das Kuvert nicht mehr da gewesen. Er habe angenommen, dass D._____ es herausgenommen habe. Nachgefragt habe er nicht. An ein Gespräch, wonach er am Nachmittag der Vertragsunterzeichnung dem Kläger bestätigt habe, die Arbeitsverträge erhalten zu haben, könne er sich nicht erinnern (Urk. 80/4 S. 4 f.). In der Folge schilderte J._____ erneut, wie er und D._____ am 27. Juli 2011 ein Kuvert mit den Arbeitsverträgen des Klägers aufgefunden hätten, D._____ darüber sehr verwundert gewesen sei und das Kuvert in seiner Gegenwart geöffnet habe (Urk. 80/4 S. 6 f.). Über die Abgangsentschädigung sei D._____ "baff, schockiert oder was auch immer" gewesen. J._____ war der Meinung, dass D._____ "nie, nie" Fr. 60'000.– Abgangsentschädigung in einen Vertrag hineingeschrieben hätte, da sie Liquiditätsprobleme gehabt hätten (Urk. 80/4 S. 15). Über eine Abfindung zugunsten des Klägers hat er selbst mit D._____ nie gesprochen (Urk. 80/4 S. 4).

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