

# ZH\_OBERGERICHT LB140052 vom 5. März 2015

ZH Obergericht, 2015-03-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LB140052](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB140052)

FR: ZH\_OBERGERICHT LB140052 du 5 mars 2015

IT: ZH\_OBERGERICHT LB140052 del 5 marzo 2015

## Erwägungen

### E. 1

Vertrag Urk. 97/1: "Darlehensvertrag zwischen A.\_\_\_\_\_, F.\_\_\_\_\_-strasse ..., AH.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_, AA.\_\_\_\_\_-strasse ..., ... 1) H.\_\_\_\_\_ verpflichtet sich, A.\_\_\_\_\_ ein Darlehen von Fr. 100'000.00 zu gewähren. Diese Summe wurde am 17.1.2008 bereits ausbezahlt. 2) A.\_\_\_\_\_ verpflichtet sich, das Darlehen bis spätestens am 31. Januar 2013 zurückzuzahlen. 3) Der jeweils ausstehende Betrag ist mit vier Prozent zu verzinsen. Zins- termin ist der 31. Dezember. ORT DATUM UNTERSCHRIFTEN Zürich 17. Januar 2008 sig. A.\_\_\_\_\_ sig. H.\_\_\_\_\_ "

### E. 1.1

Der Kläger betreibt das seit dem Jahre 1984 im Handelsregister eingetragene Einzelunternehmen "C.\_\_\_\_\_, ... ". Gemäss dem Eintrag im Handelsregister verfolgt das Einzelunternehmen die "Ausführung von bauhandwerklichen Arbeiten insbesondere von Schreinerei-Innenausbau, Deckenverkleidungen, Schall- und Wärmeisolationen, Brandschutz" (vgl. Urk. 116). Nach seinen Angaben beschäftigt der Kläger 14 Mitarbeiter und erzielt einen Umsatz von ca. 3 Mio. Franken pro Jahr (Prot. I S. 5). Im Büro des Einzelunternehmens arbeitet die Ehefrau des Klägers, D.\_\_\_\_\_. Sie bearbeitet namentlich die Kreditoren und die Debitoren

- 4 - des Einzelunternehmens, währenddessen die weiteren Buchhaltungsarbeiten von der Firma E.\_\_\_\_\_ gemacht werden (vgl. Urk. 58 S. 1 ff.).

### E. 1.2

Die Beklagte ist von Beruf Liegenschaftenverwalterin und ist Geschäftsführerin der an der F.\_\_\_\_\_-strasse ... in AH.\_\_\_\_\_ domizilierten G.\_\_\_\_\_ GmbH (Urk. 105). Sie ist Alleineigentümerin der Liegenschaft F.\_\_\_\_\_-strasse ... in AH.\_\_\_\_\_, welche sie im Jahre 2004 aus der Erbschaft ihres Grossvaters übernommen hat (Prot. I S. 19f.). In der Folge unterzog die Beklagte das Haus einer "Gesamtrenovation", und zwar im Rahmen eines "grossen Umbaus". Dazu gehörten namentlich auch grössere Schreinerarbeiten (Prot. I S. 21).

### E. 1.3

Die Beklagte war von 2004 bis 2008 die Lebenspartnerin von H.\_\_\_\_\_, hat aber nie mit ihm zusammengewohnt (Prot. I S. 20, Urk. 18 S. 2). H.\_\_\_\_\_, der sich bisweilen auch "H'.\_\_\_\_\_" nennen lässt (Prot. I S. 11,20; Urk. 18 S. 4), betreibt etwa fünf Bordellbetriebe in Dübendorf, Zürich und Winterthur bzw. in der übrigen Schweiz (Urk. 18 S. 2; Urk. 35 Rz 5; vgl. Urk. 66 S. 3,9 ). Der "I.\_\_\_\_\_" befindet sich an der J.\_\_\_\_\_-strasse ... in AG.\_\_\_\_\_ An dieser Adresse sind auch die folgenden Firmen H.\_\_\_\_\_s domiziliert: K.\_\_\_\_\_ GmbH (Urk. 109), L.\_\_\_\_\_ GmbH (Urk. 110), M.\_\_\_\_\_ GmbH (Urk. 112) sowie N.\_\_\_\_\_ GmbH

(Urk. 113). An der O.\_\_\_\_-strasse ... befindet sich der "P.\_\_\_\_", wo die folgenden Firmen domiziliert sind: Q.\_\_\_\_ AG (Urk. 107), R.\_\_\_\_ GmbH (Urk. 114) sowie S.\_\_\_\_ GmbH (Urk. 115). Einen weiteren Betrieb unterhält H.\_\_\_\_ in Win-terthur, wo die T.\_\_\_\_ GmbH, deren einziger Gesellschafter H.\_\_\_\_ ist, an der U.\_\_\_\_-gasse ... domiziliert ist (Urk. 108). Schliesslich ergibt sich aus dem Han- delsregister, dass H.\_\_\_\_ Verwaltungsratspräsident mit Einzelunterschrift der V.\_\_\_\_ AG, W.\_\_\_\_-strasse ..., ... Zürich, ist (Urk. 106).

#### **E. 1.4**

Fest steht, dass der Kläger im Laufe der Jahre in verschiedenen Bordellbe- trieben H.\_\_\_\_s grössere Schreinerarbeiten ausgeführt hat. Für seine Arbeiten erstellte er jeweils keine Rechnungen; ebenso wenig stellte er für die jeweils von H.\_\_\_\_ empfangenen Barzahlungen Quittungen aus (Prot. I S. 10, 14; Urk. 18 S. 3, 6; Urk. 66 S. 10 f.).

- 5 -

#### **E. 1.5**

Weiter steht fest, dass der Kläger zwischen Herbst 2006 und Ende 2007 im Hause der Beklagten durch seine Angestellten verschiedene Schreinerarbeiten ausführte (Urk. 2 S. 4 und Urk. 10 S. 5). Unbestritten ist, dass die Schreinerarbei- ten, die der Kläger in den Jahren zuvor in den Bordellbetrieben H.\_\_\_\_s zu des- sen Zufriedenheit ausgeführt hatte, diesen weiteren Auftrag bei der Beklagten und damaligen Lebenspartnerin H.\_\_\_\_s nach sich zog.

#### **E. 1.6**

Am 11. April 2011 stellte der Kläger der Beklagten für seine in den Jahren 2006 und 2007 im Hause erbrachten Leistungen unter 22 verschiedenen Positio- nen Rechnung, und zwar für einen Betrag von Fr. 166'287.35 (Urk. 4/2). Ange- rechnet wurden der Beklagten gemäss der erwähnten Rechnung eine "bisher ge- leistete Akontozahlung für Türen" von Fr. 10'000.00. Das ergab gemäss Rech- nung einen "Restbetrag" von Fr. 156'287.35.

#### **E. 1.7**

Die Beklagte stellt sich zunächst auf den Standpunkt, nicht sie, sondern H.\_\_\_\_ sei der Vertragspartner des Klägers gewesen. Ferner sei für die hier in Frage stehenden Arbeiten ein Kostendach zwischen Fr. 120'000.00 und Fr. 150'000.00 vereinbart worden (Urk. 10 S. 5, 9, 24). H.\_\_\_\_ habe die Arbeiten des Klägers mit zwei Barzahlungen ohne Quittung abgegolten. Die erste Zahlung von Fr. 70'000.00 sei Anfang 2007 erfolgt (Urk. 10 S. 7); und die zweite Zahlung von Fr. 80'000.00 sei Anfang 2008 geleistet worden (Urk. 10 S. 8 f., 24). Mithin sei die erste Zahlung "während des Baus" und die zweite "nach dem Bau" erfolgt (Urk. 35 S. 25).

#### **E. 1.8**

Die Beklagte macht geltend, sie habe bei H.\_\_\_\_ ein Darlehen von Fr. 180'000.00 aufgenommen. Fr. 150'000.00 davon beträfen die Schreinerarbeiten und Fr. 30'000.00 "zusätzlich ... für die Bezahlung von Rechnungen" (Prot. I S. 23; Urk. 10 S. 9). Mit ihrer Duplik reichte die Beklagte in der Folge diese Darle- hensverträge in Kopie ein (Urk. 35 S. 11 mit Hinweis auf Urk. 36/8a-b). Auf den Beschluss der Berufungsinstanz vom 7. Oktober 2014 (Urk. 95, Dispositiv-Ziff. 4) hin reichte die Beklagte die Originale der Darlehensverträge ein (Urk. 97/1-2). Die Darlehensverträge wurden handschriftlich

abgefasst. Sie haben den folgenden Wortlaut:

- 6 -

## **E. 2**

Prozessverlauf

### **E. 2.1**

Die Vorinstanz führte einen doppelten Schriftenwechsel durch (Urk. 2, 10, 29, 35). Im Verlaufe des vorinstanzlichen Verfahrens erging am 11. Juni 2013 ein Beweisbeschluss bzw. eine Beweisverfügung gemäss Art. 154 ZPO (Urk. 46; Prot. I S. 31-33). Am 1. November 2012 fand vor der Vorinstanz eine Instruktions- verhandlung statt (Prot. I S. 5 - 28), anlässlich welcher die Parteien im Sinne von Art. 56 ZPO "formlos" befragt wurden; ferner wurde der Zeuge H.\_\_\_\_\_ ein erstes Mal befragt (vgl. unten Ziff. 2.2.). Am 18. Juni 2013 fand sodann der erste Teil der Hauptverhandlung (Prot. I S. 35 ff.) statt, zu der die Beklagte unentschuldigt nicht erschien (Prot. I S. 35). Anlässlich dieser Hauptverhandlung wurden zwei Zeugen einvernommen; der Zeuge H.\_\_\_\_\_ befolgte die Vorladung unentschuldigt nicht (Prot. I S. 40). Im Rahmen der Fortsetzung der Hauptverhandlung konnte der Zeuge H.\_\_\_\_\_ ein zweites Mal befragt werden; ferner wurde der Kläger der Par- teibefragung unterzogen. (Prot. I S. 43 f.). Im Sinne von Art. 232 Abs. 2 ZPO reichten die Parteien in der Folge je zwei Schlussvorträge ein, der Kläger die Schriftsätze vom 17. September und vom 7. Oktober 2013 (Urk. 70 und 75) und die Beklagte die Schriftsätze vom 17. September und vom 1. Oktober 2013 (Urk. 71 und 74).

### **E. 2.2**

Im Rahmen des vorinstanzlichen Verfahrens wurden die folgenden Perso- nen vernommen:  
Person Datum Art der Befragung Fundstelle • Kläger • 1.11.2012 • Art 56 ZPO; "formlo- • Prot. I S. 5 - se Befragung" 18 • Beklagte • 1.11.2012 • Art 56 ZPO; "formlo- • Prot. I S. 19- se Befragung" 27 • H.\_\_\_\_\_ • 1.11.2012 • Zeuge • Urk. 18 • AB.\_\_\_\_\_ • 1.11.2012 • Zeuge • Urk. 19 • AC.\_\_\_\_\_ • 1.11.2012 • Zeuge • Urk. 20 • AD.\_\_\_\_\_ • 18.6.2013 • Zeuge • Urk. 57 • D.\_\_\_\_\_ (Ehefrau des • 18.6.2013 • Zeugin • Urk. 58 Klägers) • H.\_\_\_\_\_ • 3.9.2013 • Zeuge • Urk. 66 • Kläger • 3.9.2014 • Parteibefragung ge- • Urk. 67 mäss Art. 191 ZPO

### **E. 2.3**

Das angefochtene Urteil wurde den Parteien zunächst unbegründet zuge- stellt. In der Folge verlangte die Beklagte rechtzeitig die Begründung (Urk. 79,

- 8 - 80). Gegen das schliesslich der Beklagten am 4. Juni 2014 zugestellte Urteil er- hob diese rechtzeitig Berufung (Urk. 84/1 und Urk. 88). Die Berufung wurde vom Kläger mit Schriftsatz vom 15. September 2014 beantwortet (Urk. 94).

### **E. 2.4**

Im obergerichtlichen Verfahren erging am 7. Oktober 2014 ein erster Be- weisbeschluss im Sinne von Art. 154 ZPO (Urk. 95). Mit diesem Beschluss wurde namentlich von Amtes wegen die Parteibefragung beider Parteien gemäss Art. 191 ZPO angeordnet. Alsdann fanden die folgenden an den Referenten dele- gierten ergänzenden Beweismassnahmen statt: – 4. November 2014: Augenschein an der F.\_\_\_\_\_ -strasse ... in AH.\_\_\_\_\_ (Prot. II S. 8-20); – 17. November 2014: Parteibefragung des Klägers (Prot. II S. 21-32); – 17. November 2014: Parteibefragung der Beklagten (Prot. II S. 33- 41); – 17. November 2014: Konfrontationseinvernahme der Parteien im Rahmen der Parteibefragung (Prot. II S. 42 f.);

– 17. November 2014. Stellungnahme der Parteien zum Beweisergebnis (Prot. II S. 44-48).

### **E. 2.5**

Mit Beschluss vom 4. Dezember 2014 (Urk. 119) ordnete die Kammer die Beweisaussage beider Parteien im Sinne von Art. 192 ZPO an; ferner ordnete sie die nochmalige Vernehmung des Zeugen H.\_\_\_\_\_ an. Am 6. Februar 2015 fanden sodann vor der Kammer die folgenden Prozesshandlungen statt: – Beweisaussage des Klägers (Prot. II S. 50-58); – Beweisaussage der Beklagten (Prot. II S. 59-60); – Vernehmung des Zeugen H.\_\_\_\_\_ (Prot. II S. 61-69); – Stellungnahmen der Parteien zum Beweisergebnis (Prot. II S. 70-73).

### **E. 3**

Passivlegitimation

#### **E. 3.1**

Die Beklagte bestreitet ihre Passivlegitimation. So machte sie mit der Klageantwort geltend, nicht sie, sondern H.\_\_\_\_\_, ihr damaliger Lebenspartner, sei der "Auftraggeber" des Klägers gewesen. Das gehe daraus hervor, dass "auf dem Plan der Bauherrschaft" H.\_\_\_\_\_'s Telefonnummer unter dessen Decknamen "H.\_\_\_\_\_" vermerkt worden sei. Entsprechend habe vom Kläger mit H.\_\_\_\_\_

- 9 - "Rücksprache genommen werden" müssen (Urk. 10 Rz 11). Verwiesen wird damit offensichtlich auf den Plan Urk. 5/20 "Grundriss Erdgeschoss" (vgl. dazu Prot. I S. 12 und Urk. 18 S. 5). Mit ihrer Duplik anerkannte die Beklagte sodann, dass es in der Tat H.\_\_\_\_\_ gewesen sei, der den Kontakt zwischen ihr und dem Kläger hergestellt habe; indessen sei H.\_\_\_\_\_ und nicht sie Vertragspartner des Klägers gewesen (Urk. 35 Rz 8). Dessen Behauptung, wonach sie, die Beklagte, die letzte Entscheidungsmacht bei der Abwicklung des Geschäfts gehabt habe, sei falsch (Urk. 35 Rz 60 mit Bezugnahme auf die Replik, Urk. 29 Rz 41). Demgegenüber stellt sich der Kläger auf den Standpunkt, dass der Vertrag zwischen ihm und der Beklagten und nicht zwischen ihm und H.\_\_\_\_\_ zustande gekommen sei. Anlässlich der gerichtlichen Befragung vom 1. November 2012 habe die Beklagte dargelegt, dass sie die Werkverträge für ihr Umbauprojekt jeweils in eigenem Namen abgeschlossen habe (Urk. 29 Rz 38 mit Hinweis auf Prot. S. 25). Es sei "nur logisch und folgerichtig", dass die Beklagte Bestellerin der "streitbetroffenen Schreinerarbeiten" sei. H.\_\_\_\_\_ könne die eingebauten Möbel weder nutzen noch stünden sie in seinem Eigentum; vielmehr seien sie kraft des Akzessionsprinzips in das Eigentum der Beklagten übergegangen (Urk. 29 Rz 40). Die Beklagte habe anlässlich der gerichtlichen Befragung zugegeben, dass H.\_\_\_\_\_ sie aus Gefälligkeit und als ihr Lebenspartner beim Umbauprojekt unterstützt habe (Urk. 29 Rz 40 mit Hinweis auf Prot. I S. 25). Bei der Umsetzung des Projekts habe jeweils die Beklagte selber das letzte Wort und die "letzte Entscheidungsmacht" gehabt (Urk. 29 Rz 41 mit Hinweis auf Prot. I S. 25). Der von der Vorinstanz vor Erstattung der Replik als Zeuge vernommene H.\_\_\_\_\_ habe bestätigt, dass er "für die Beklagte" tätig geworden sei. Aus seinen Zeugenaussagen ergebe sich, dass er als Hilfsperson der Beklagten gehandelt habe (Urk. 29 Rz 47 mit Hinweis auf Urk. 18 S. 3). Im Rahmen der gerichtlichen Befragung habe die Beklagte anerkannt, sieben Skizzen für die Schreinerarbeiten selber erstellt zu haben (Urk. 29 Rz 44). Der Angestellte des Klägers, AC.\_\_\_\_\_, habe die Werkstattpläne jeweils der Beklagten zur Genehmigung vorgelegt, was die Beklagte in der gerichtlichen Befragung anerkannt habe.

- 10 - Die Beklagte stellt in Abrede, dass H. \_\_\_\_\_ die Funktion einer blossen Hilfsperson zugekommen sei. Ihre protokollierten Einlassungen will sie sich nicht entgehen lassen, denn "bekanntlich" würden "die Protokolle des Gerichts nicht wörtlich ausgefertigt" (Urk. 35 Rz 61). Auch die Zeugenaussagen H. \_\_\_\_\_s anlässlich dessen erster Befragung hält sie nicht für massgebend, denn H. \_\_\_\_\_ habe anlässlich dieser gerichtlichen Befragung unter starken Ohrenscherzen gelitten, habe auf einem Ohr nichts gehört und sei überdies unter Medikamenten- einfluss gestanden (Urk. 35 Rz 5, 14). Die Frage, zwischen welchen Personen der Werkvertrag für die Arbeiten im Hause der Beklagten zustande kam, ist Gegenstand von Beweissatz 1 des vor- instanzlichen Beweisbeschlusses vom 11. Juni 2013 (Urk. 46).

### **E. 3.2**

Ein Vertrag kommt durch übereinstimmende gegenseitige Willensäusserungen zustande, wobei diese Willensäusserungen ausdrücklich oder stillschweigend (konkludent) sein können (Art. 1 OR). Massgebend sind namentlich auch konkludente Willenserklärungen, d.h. solche durch schlüssiges Verhalten (Kramer, BK, N 9 f. zu Art. 1 OR), die sowohl stillschweigend sein als auch in einem aktiven Benehmen bestehen können. So kann Schweigen Zustimmung bedeuten, jedoch nur, wenn dem Schweigenden Widerspruch möglich und zuzumuten war (von Tuhr/Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, S. 163 f.). Eine konkludente Willensäusserung kann nur angenommen werden, wenn "genügend sichere Anhaltspunkte für einen hinter dem Verhalten stehenden Willen" vorliegen (KUKO, OR-Wiegand, N. 5 zu Art. 1 OR).

#### **E. 3.2.1**

Die Beklagte versucht die Bedeutung der Gerichtsprotokolle zu relativieren (vgl. oben E. 3.1. mit Hinweis auf Urk. 35 Rz 61). Diese nicht näher begründeten Ausführungen sind nicht zielführend: Gerichtsprotokolle sind öffentliche Urkunden. Im Sinne von Art. 9 ZGB bzw. Art. 179 ZPO erbringen sie daher für die durch sie bezeugten Tatsachen vollen Beweis, solange nicht die Unrichtigkeit ihres Inhalts nachgewiesen ist.

#### **E. 3.2.2**

Fest steht, dass die Beklagte Eigentümerin jener Liegenschaft ist, in der der Kläger Schreinerarbeiten, namentlich auch Einbauarbeiten, auszuführen hatte.

- 11 - Dies geschah nach der Darstellung der Beklagten im Rahmen einer Gesamtrenovation des im Jahre 1936 gebauten Hauses (Prot. I S. 19-21). Die vom Kläger ausgeführten Schreinerarbeiten machten gemäss den Angaben der Beklagten nur einen Teil dieser Gesamtrenovation aus. Das Haus hatte die Beklagte sodann 2004, d.h. zwei Jahre vor Beginn der hier interessierenden Arbeiten, übernommen (Prot. I S. 20). Nach der Darstellung der Beklagten war es H. \_\_\_\_\_, der zum Kläger "den Kontakt hergestellt" hat (Prot. I S. 21). Sie habe alles mit H. \_\_\_\_\_ besprochen, denn sie habe "im Gegensatz zu ihm wenig Erfahrungen gehabt im Umbau" (Prot. I S. 21). Fest steht weiter, dass die Beklagte persönlich im Rahmen der beim Kläger veranlassten Arbeiten dem Kläger bzw. dessen Angestellten eine Reihe von selber erstellten Skizzen mit ihren Vorstellungen über die auszuführenden Arbeiten übergeben hat (Prot. I S. 25).

#### **E. 3.2.3**

Wer als Hauseigentümer in der Art, wie das die Beklagte gegenüber dem Kläger und seinen Angestellten tat, in Erscheinung tritt, gibt zu verstehen, dass er als Auftraggeber bzw.

Besteller im Sinne des Werkvertragsrechts handelt. Durch- aus nicht ungewöhnlich ist es, dass eine in Bausachen erfahrene Person einen Hauseigentümer bei der Ausführung von Bauarbeiten mehr oder weniger eng be- gleitet, wie das H.\_\_\_\_\_ für die Beklagte getan hat. Ein solcher Begleiter kann ei- ne Fachperson, z.B. ein Architekt, sein; es kann aber auch, wie das im Falle der Beklagten geschah, ein guter Freund sein. Die Arbeiten von der hier interessie- renden Art konnten ohne Zustimmung des Hauseigentümers ohnehin nicht ausge- führt werden, denn er allein ist befugt, darüber zu entscheiden, ob den Handwer- kern Zutritt zu seinem Hause gewährt wird. Ebenso wenig sind Eingriffe durch Bauarbeiten in das Eigentum denkbar, ohne dass der Hauseigentümer seine Zu- stimmung dafür gibt. Schliesslich trägt allein der Grundstückseigentümer das Ri- siko dafür, dass es zu Bauhandwerkerpfandrechten kommt. Unter diesen Um- ständen kann es nicht entscheidend sein, wie intensiv sich H.\_\_\_\_\_ in das bauli- che Geschehen einmischte. Entscheidend ist, dass sich die Beklagte als Grund- stückseigentümerin ihrerseits durchaus aktiv und erkennbar an diesem Gesche- hen beteiligte. Damit gab sie dem Kläger und seinen Angestellten konkludent zu verstehen, dass sie sich als Vertragspartnerin des Klägers betrachtete. Gegen- über sämtlichen andern Handwerkern, die an der von der Beklagten veranlassten

- 12 - "Gesamtrenovation" beteiligt waren, traf dies denn auch zu (Prot. I S. 22). Schwer verständlich ist es, weshalb dies einzig gegenüber dem Kläger anders gewesen sein sollte.

#### **E. 3.2.4**

Nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr musste die Beklagte mithin davon ausgehen, dass der Kläger sie und nicht etwa H.\_\_\_\_\_ als Vertragspartner betrachtete. Anders verhielte es sich nur, wenn gegenteilige übereinstimmende Willensäusserungen der Parteien vorliegen sollten. Solche Willensäusserungen werden indessen im Prozess nicht behauptet. Für ihre Behauptung, dass nicht sie, sondern H.\_\_\_\_\_ Vertragspartei des Klägers sei, verweist die Beklagte zwar auf den vom Kläger zu den Akten gegebenen "Grundrissplan Erdgeschoss" Urk. 5/20.1, wo die Telefonnummer H.\_\_\_\_\_s unter dem Decknamen "H'.\_\_\_\_\_" ver- merkt sei (Urk. 10 Rz 11). Aus dem besagten Plan ergeben sich indessen keine Willensäusserungen im Sinne des Gesagten: Der in Fotokopie vorliegende Plan "Grundriss Erdge- schoss" wurde offensichtlich für die Erstellung der Türen verwendet (handschriftli- cher Vermerk: "Alle Türen Zylinderschloss Schiebetüre kein Schloss"). Der Plan enthält sodann einen unmissverständlichen Hinweis auf die Bauherrschaft, wie ihn Architekten anzubringen pflegen. Der Hinweis lautet wie folgt: "EFH F.\_\_\_\_\_-STRASSE ... – ... FRAU A.\_\_\_\_\_ Grundriss Erdgeschoss" Unter diesem Vermerk in einer "Architektenschrift" steht – in normaler Hand- schrift und damit nachträglich zugefügt – eine Telefonnummer (079 / ...). Es ist dies die Telefonnummer H.\_\_\_\_\_s (Urk. 18 S. 5). Und links neben H.\_\_\_\_\_s Tele- fonnummer wurde schliesslich auf der Kopie ganz klein nachträglich mit Bleistift der Vermerk "H'.\_\_\_\_\_" angebracht, H.\_\_\_\_\_s Decknamen. Das von der Beklag- ten ins Feld geführte Dokument weist mithin klar auf ihre eigene Bauherrschaft hin und nicht auf jene H.\_\_\_\_\_s. H.\_\_\_\_\_ wird auf dem Plan nämlich nur in der Weise vermerkt, wie man sich auf Bauplänen die Koordinaten eines Beauftragten der Bauherrschaft notiert. Es gibt keine Hinweise darauf, dass H.\_\_\_\_\_ entgegen den allgemeinen Gepflogenheiten anstelle der Hauseigentümerin bezüglich der Arbei- ten in deren Haus die vertraglichen Rechte und Pflichten aus dem Werkvertrag

- 13 - mit dem Kläger übernommen hätte. Damit ist die Beklagte hinsichtlich des Werk- vertrages mit dem Kläger als Bestellerin anzusehen. Ihre Passivlegitimation ist gegeben.

Insoweit ist der Vorinstanz ohne weiteres, namentlich ohne weiteres Beweisverfahren, zu folgen.

### **E. 3.2.5**

Die Vorinstanz hätte zur Frage der Passivlegitimation nach dem Gesagten kein Beweisverfahren durchführen müssen. Sie hat es aber dennoch getan (vgl. Beweisbeschluss, Urk. 46; Beweissatz 1). Das einzige abzunehmende Beweismittel ist das Zeugnis H.\_\_\_\_s. Und dieses ist in dem hier interessierenden Punkt denkbar klar: H.\_\_\_\_ führte anlässlich seiner ersten Zeugenbefragung am 1. November 2012 aus, dass es die Beklagte gewesen sei, die das Haus umgebaut habe. Er habe dann mit der Beklagten geschaut, "was sie will und es dann mit Herrn B.\_\_\_\_ und Herrn AC.\_\_\_\_ umgesetzt." Er habe nichts "eigenmächtig" in Auftrag gegeben (Urk. 18 S. 3). Bei der Auftragserteilung sei man schrittweise vorgegangen; man habe etappenweise umgebaut (Urk. 18 S. 4). Diese Zeugenaussagen belegen, dass H.\_\_\_\_ für die Beklagte gehandelt hat und nicht etwa in eigenem Namen. Die Beklagte allerdings möchte diese Zeugenaussagen nicht gegen sich gelten lassen, weil der Zeuge H.\_\_\_\_ anlässlich seiner ersten Befragung unter schweren Ohrenscherzen gelitten habe (Urk. 35 Rz 5, Urk. 88 Rz 4). Das ist haltlos, weil Ohrenscherzen noch längst keinen Grund für unrichtige Zeugenaussagen darstellen. Dazu kommt, dass H.\_\_\_\_ anlässlich seiner zweiten Befragung zunächst ausdrücklich dementierte, bei der ersten Befragung gesundheitliche Probleme gehabt zu haben und nicht in der Lage gewesen zu sein, die gestellten Fragen richtig zu beantworten (Urk. 66 S. 3). Erst auf die konkrete Frage des Anwaltes der Beklagten erinnerte er sich zwar wieder seiner Ohrenscherzen, bestätigte aber gleichwohl sofort, seinerzeit dennoch alle Fragen verstanden zu haben (Urk. 66 S.15). In der zweiten Befragung vom 3. September 2013 erwähnte der Zeuge ein Dokument, dessen er sich erst seit drei Tagen zu entsinnen vermöge und das er für den Kläger habe unterschreiben müssen. Auf die Frage, weshalb denn nicht die Beklagte dieses Dokument unterschrieben habe, antwortete der Zeuge, das sei deswegen geschehen, weil er den Kläger gekannt habe. Und auf die weitere Frage, ob er denn bei den Auftragsvergaben in eigenem Namen aufgetreten sei, antwortete er: "Ja, das bin ich" (Urk. 66 S. 6).

- 14 - Sofort relativierte er das allerdings wieder, indem er erklärte, er habe "alles geleitet", er habe das "Bauliche erledigt, weil die Beklagte davon nicht so viel Ahnung hat." Er habe mehr Erfahrung und "habe das deshalb übernommen" (Urk. 66 S. 6). Dem Kläger habe er gesagt, die Beklagte sei "die Hausbesitzerin und meine Freundin". Diese Aussagen weisen indessen wiederum auf ein Stellvertreterverhältnis hin. Sie belegen, dass sich der Zeuge gegenüber dem Kläger als blosser Berater und Betreuer der Beklagten gerierte. Die Ausführungen des Zeugen anlässlich seiner zweiten Befragung vermögen die detailliertere und lebensnahe Schilderung im Rahmen der ersten Befragung ohnehin nicht zu entkräften. Namentlich ergibt sich daraus nicht, dass der Zeuge dem Kläger je dargetan hätte, dass er in eigenem Namen handle, wie das gemäss Art. 32 Abs. 1 OR hätte geschehen müssen. Auf Grund der ersten Zeugenaussage H.\_\_\_\_s in Verbindung mit der Sachdarstellung durch die Beklagte selber muss vielmehr davon ausgegangen werden, dass der Kläger keine Anhaltspunkte dafür hatte, dass der Zeuge in eigenem Namen handelte. In diesem Punkte stimmt im Ergebnis die Darstellung des Klägers in der förmlichen Parteibefragung mit jener des Zeugen gemäss seiner ersten Befragung durchaus überein: Danach sah der Kläger H.\_\_\_\_ "bloss" als denjenigen an, "der einen Schreiner kannte" und der den Kläger seiner Lebensgefährtin empfohlen habe. Der Auftrag sei in der Firma denn auch immer

unter "A.\_\_\_\_\_" "gelaufen" (Urk. 67 S. 13). Diese im Rahmen des Beweisverfahrens erhobenen Aussagen sind angesichts der gegebenen Umstände glaubhaft; es ist auf sie abzustellen. Dass der Auftrag vom Kläger bzw. seinen Angestellten stets unter dem Namen der Beklagten und nicht unter jenem H.\_\_\_\_s geführt wurde, ist durch die Akten belegt (Ordner Urk. 5, passim; vgl. z.B. Urk. 5/1.2, 5/1.3, 5./2.5, 5/2.6, 5./3.3 usw.). Beweiswürdigend ist daher festzuhalten, dass der Zeuge H.\_\_\_\_\_ dem Kläger bzw. seinen Hilfspersonen nie zu erkennen gab, dass er in eigenem Namen handelte. Das hätte er aber schon deshalb tun müssen, weil erstellt ist, dass die Beklagte selber direkten Einfluss auf die Abwicklung des Auftrages nahm.

### **E. 3.2.6**

Das im Berufungsverfahren ergänzend durchgeführte Beweisverfahren betraf zwar nicht die hier interessierende Frage, sondern die Frage, ob die von der Beklagten behauptete Geldübergabe stattgefunden habe oder nicht. Dennoch er-

- 15 - geben sich auch aus der vor Obergericht vorgenommenen Parteibefragung der Beklagten Hinweise, welche die soeben durchgeführte Beweiswürdigung stützen: Dort führte die Beklagte aus, dass anlässlich der Renovationsarbeiten an der F.\_\_\_\_-strasse ... in AH.\_\_\_\_\_ H.\_\_\_\_\_ "die wichtigste" Rolle gespielt habe, denn ohne H.\_\_\_\_\_ hätte sie es "nicht machen können". Das habe nicht nur jene Handwerker betroffen, die ihr von H.\_\_\_\_\_ vermittelt worden seien, nämlich den Elektriker und mit dem Kläger auch den Schreiner. Vielmehr habe das alle Handwerker betroffen, d.h. auch diejenigen, welche der Beklagten direkt Offerten und Rechnungen gestellt hätten. Während H.\_\_\_\_\_ eher für den Innenausbau zuständig gewesen sei, sei die Beklagte eher für den Garten zuständig gewesen (Prot. II S. 35). Diese durchaus glaubhaften Aussagen der Beklagten in der Parteibefragung bestätigen, dass H.\_\_\_\_\_ die Beklagte bei sämtlichen Arbeiten, die im Rahmen der Gesamtrenovation auszuführen waren, sehr massgeblich unterstützte und dabei im Ergebnis für die Beklagte die Funktion eines Bauführers oder Bauleiters innehatte. Da keine besondere Absprache zwischen den Parteien nachgewiesen ist, ist auch gegenüber dem Kläger von einem blossen Stellvertretungsverhältnis auszugehen, bei dem H.\_\_\_\_\_ namens und mit Ermächtigung der Beklagten handelte.

## **E. 4**

Kostendach

### **E. 4.1**

Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, H.\_\_\_\_\_ habe mit dem Kläger bei der Auftragserteilung ein Kostendach von Fr. 120'000.00 bis Fr. 150'000.00 vereinbart (Urk. 10 Rz 10). Demgegenüber legte der Kläger dar, dass zunächst die Innentüren mit einem Auftragsumfang von ca. Fr. 30'000.00 bestellt worden seien. "Bröckchenweise" sei in der Folge dann der Auftrag erweitert worden. Unter diesen Umständen sei es gar nicht möglich gewesen, "im Vornherein einen Kostenvoranschlag oder ein Kostendach" zu erstellen (Urk. 29 Rz 12 - 14). Mit ihrer Duplik relativierte die Beklagte ihren Standpunkt allerdings sehr deutlich, indem sie dort ausführte, sie wisse von H.\_\_\_\_\_, "dass von einem groben Kostenvoranschlag in der Höhe von CHF 120'000.00 bis CHF 150'000.00 die Rede war" (Urk. 35 Rz 14).

- 16 -

### **E. 4.2**

Die Vorinstanz hat mit Beweissatz 2 ihres Beweisbeschlusses die Beweisabnahme darüber angeordnet, dass die Parteien ein "Kostendach von Fr. 120'000.00 bis Fr. 150'000.00 vereinbart" haben (Urk. 46). Einziges Beweismittel ist das Zeugnis H.\_\_\_\_s. Dieser hat zweimal Zeugnis abgelegt, am 1. November 2012 und am 3. September 2013 (Urk. 18 und 66).

#### **E. 4.2.1**

H.\_\_\_\_ führte anlässlich seiner ersten Befragung aus, dass man bei der Abwicklung des Auftrages "schrittweise vorgegangen" sei. Angefangen habe man mit dem Schlafzimmer oder dem Büro im unteren Stock. Dann habe man "etappenweise" umgebaut. Auf die Frage, ob es ein Kostendach gegeben habe, antwortete H.\_\_\_\_: "Wir haben schon darauf geachtet. Wir sind von Fr. 100'000.00 ausgegangen. Ich weiss es nicht mehr genau." Und auf die nochmalige Frage, ob der Zeuge mit dem Kläger über ein Kostendach gesprochen habe, antwortete H.\_\_\_\_: "Ja. Der Kläger hat aber nicht genau gewusst, wie hoch die Kosten waren" (Urk. 18 S. 4).

#### **E. 4.2.2**

Anlässlich der zweiten Zeugenbefragung vom 3. September 2013 stellte sich H.\_\_\_\_ auf den Standpunkt, dass zu Beginn der Arbeiten bereits 90% der Arbeiten festgestanden seien. Er "denke", dass die Arbeiten damals "auf etwa Fr. 120'000.00 bis Fr. 130'000.00 beziffert" worden seien. Als dann der Zeuge an seine Befragung vom 1. November 2012 erinnert wurde, wo er aussagte, dass man von einem Betrag von Fr. 100'000.00 ausgegangen sei, antwortete er, er habe es "nicht mehr genau" gewusst (Urk. 66 S. 5).

#### **E. 4.3**

Der Beklagten hilft es auch in diesem Zusammenhang nichts, wenn sie bezüglich der ersten Vernehmung H.\_\_\_\_s vorbringt, dass der Zeuge damals gesundheitlich beeinträchtigt gewesen sei (Urk. 35 Rz 14; Urk. 88 Rz 13 und 45). Klipp und klar hat der Zeuge das anlässlich seiner zweiten Befragung in Abrede gestellt (Urk. 66 S. 3). Darauf ist daher nicht mehr weiter einzugehen (vgl. dazu auch oben E. 3.2.5.).

#### **E. 4.4**

Die Einlassungen des Zeugen H.\_\_\_\_ sind sodann durchaus vage: Weder jener Betrag, der vom Zeugen anlässlich seiner ersten Befragung angegeben wurde (Fr. 100'000.00) noch jene Grössenordnung, die er dann anlässlich der

- 17 - zweiten Befragung angab (Fr. 120'000.00 bis Fr. 130'000.00), hätten ihm die Legitimation gegeben, auf Rechnung der Beklagten Fr. 150'000.00 zu bezahlen. Un- erklärlich ist sodann auch, weshalb dem Zeugen anlässlich seiner zweiten Ver- nehmung die Abläufe besser gegenwärtig gewesen sein sollen als beinahe ein Jahr zuvor anlässlich der ersten Befragung. Wenn der Zeuge anlässlich seiner ersten Befragung auf Anhieb ausführte, der Kläger habe seinerzeit nicht genau gewusst, wie hoch die Kosten sein werden (Urk. 18 S. 4), dann hat das wohl der Realität entsprochen. Damit erklären sich auch die diffusen Angaben des Zeugen über die seinerzeitige Kostenprognose. Verhält es sich aber so, dann kann nicht von der Vereinbarung eines Kostendaches, d.h. von der Vereinbarung eines Preislimits, ausgegangen werden. Beweiswürdigend ist daher festzuhalten, dass die Parteien kein Kostendach vereinbart haben und zu Beginn der Arbeiten des Klägers durchaus vage Preisvorstellungen hinsichtlich des gesamten Auftrages hatten. Bei diesem Beweisergebnis bedarf es in diesem Zusammenhang keiner weiteren Beweissmassnahmen.

## **E. 5**

Bestrittene Barzahlungen von Fr. 70'000.00 und Fr. 80'000.00

### **E. 5.1**

Ausgangslage, Parteibehauptungen. Die Beklagte ist nach dem Gesagten die Vertragspartnerin des Klägers. Sie hat das bestellte Werk entgegengenommen und schuldet daher die Vergütung. Allerdings stellt sie sich auf den Standpunkt, dem Kläger sei in diesem Zusammenhang ein Betrag von Fr. 150'000.00 in bar übergeben worden. Für eine solche Zahlung hätte die Beklagte vom Kläger gemäss Art. 88 Abs. 1 OR eine Quittung verlangen dürfen. Wenn sie darauf entgegen jeglicher Übung verzichtete, trägt sie dafür, dass die Vergütung entsprechend ihrer Behauptung ganz oder teilweise geleistet wurde, gemäss Art. 8 ZGB die Beweislast. Die Beklagte verlangt die Abweisung der Klage unter anderem mit der Behauptung, H.\_\_\_\_\_ habe dem Kläger im Zusammenhang mit den von ihm ausgeführten Schreinerarbeiten zwei Barbeträge übergeben, nämlich einen ersten von Fr. 70'000.00 Anfang 2007 bzw. "während des Baus" (Urk. 35 Rz 84), "da der Kläger wiederum knapp bei Kasse war" (Urk. 10 Rz 14 und Rz 19), und sodann eine zweite Tranche von Fr. 80'000.00 Anfang 2008 bzw. "nach dem Bau"

- 18 - (Urk. 10 Rz 17 und 19; Urk. 35 Rz 84). Weil H.\_\_\_\_\_ einen Teil der Umbaukosten der Liegenschaft F.\_\_\_\_\_ -strasse ... in AH.\_\_\_\_\_ bezahlt habe, habe die Beklagte im Jahre 2008 Darlehensverträge mit H.\_\_\_\_\_ abgeschlossen (Urk. 10 Rz 20). Weiter führte die Beklagte aus, der Kläger habe anlässlich eines Telefonats vom Mai 2011 nicht bestritten, für seine Arbeiten in AH.\_\_\_\_\_ Fr. 80'000.00 in bar erhalten zu haben (Urk. 35 Rz 42). Dass sich H.\_\_\_\_\_ nicht mehr "an die genauen Daten und Örtlichkeiten erinnern" könne, so führte die Beklagte weiter aus, rühre daher, dass er "täglich mit Bareinnahmen in der Grössenordnung von Fr. 30'000.00 und mehr zu tun" habe (Urk. 35 Rz 80). Der Kläger bestritt, die erwähnten Zahlungen von Fr. 70'000.00 und Fr. 80'000.00 erhalten zu haben. "Nach dem Bau" habe er sich mit H.\_\_\_\_\_ gar nicht mehr getroffen; eine solche Zahlung sei schon deswegen nicht möglich (Urk. 29 Rz 64, 66). Er behauptet indessen, am 23. März 2007 von H.\_\_\_\_\_ die in der Rechnung (Urk. 4/1) berücksichtigte Barzahlung von Fr. 10'000.00 erhalten zu haben (Urk. 2 Rz 12; Urk. 29 Rz 57, 60), was die Beklagte allerdings in Abrede stellt (Urk. 10 Rz 14). Der Kläger sodann will diese Zahlung handschriftlich in seinem Notizbuch vermerkt haben (Urk. 29 Rz 23). In diesem Zusammenhang weist die Beklagte darauf hin, dass der Kläger für H.\_\_\_\_\_ in den Jahren 2004 bis 2008 in dessen verschiedenen Bordellbetrieben handwerklich tätig war und seinen Werklohn von insgesamt mehreren hunderttausend Franken jeweils schwarz in bar und ohne Rechnung und Quittung erhielt (Urk. 10 Rz 6, 18, 19; Urk. 35 Rz 7, 79, 80). Der Kläger habe auch bezüglich der Arbeiten im Hause der Beklagten ausdrücklich und "wie üblich" Barzahlung verlangt (Urk. 10 Rz 8). "Ohne grosses Hin und Her" habe man das dann vereinbart (Urk. 10 Rz 11). Der Kläger anerkennt ausdrücklich, dass "im Rahmen der früheren Geschäftsbeziehung zwischen H.\_\_\_\_\_ und dem Kläger regelmässig Barzahlungen geleistet" worden seien. Diese hätten "aber weitaus kleinere Beträge (bis max. ca. CHF 35'000.00)" betroffen (Urk. 29 Rz 61).

### **E. 5.2**

Beweisbeschlüsse und Beweismittel

#### **E. 5.2.1**

Die Vorinstanz hat am 11. Juni 2013 im Sinne von Art. 154 ZPO einen Beweisbeschluss erlassen (Urk. 46). Die Beweissätze 3 - 5 betreffen das hier inte-

- 19 - ressende Beweisthema, nämlich die Frage, ob H.\_\_\_\_\_ dem Kläger für die hier interessierenden Arbeiten Zahlungen von Fr. 70'000.00 und Fr. 80'000.00 in bar habe zukommen lassen. Mit Beweissatz 3 ihres Beweisbeschlusses vom 11. Juni 2013 (Urk. 46) hat die Vorinstanz die Beweisabnahme zur Frage angeordnet, ob der Kläger von H.\_\_\_\_\_ tatsächlich die beiden Zahlungen von Fr. 70'000.00 bzw. Fr. 80'000.00 erhalten hat. Hilfstatsache bildet sodann die weitere, Gegenstand von Beweissatz 5 bildende Frage, ob der Kläger von H.\_\_\_\_\_ für Arbeiten in dessen Etablissements "usanzgemäss Barzahlungen ohne Quittungen" entgegengenommen habe, ohne dass diese einen Niederschlag in der Buchhaltung des Klägers gefunden hätten (Beweissatz 5). Gegenstand von Beweissatz 4 schliesslich ist die weitere Hilfstatsache gemäss der Behauptung des Klägers, H.\_\_\_\_\_ habe ihm einmal für die Arbeiten im Hause der Beklagten eine Akontozahlung von Fr. 10'000.00 übergeben.

### **E. 5.2.2**

Zu den Beweissätzen 3-4 berief sich die beweispflichtige Beklagte auf die Zeugen H.\_\_\_\_\_, AD.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_, wogegen sich der Kläger auf die Zeugen AD.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ berief. Alle diese Zeugen wurden von der Vorinstanz vernommen. Die Beklagte berief sich sodann auf die Edition der den Auftrag A.\_\_\_\_\_ betreffenden Buchhaltungsunterlagen durch den Kläger. Diese Unterlagen liegen als Urk. 56/1-3 bei den Akten.

### **E. 5.2.3**

Ein von der Prozessordnung vorgesehenes vollwertiges Beweismittel ist die Parteibefragung gemäss Art. 191 ZPO. Weil die qualifizierte Parteieinvernahme, die Beweisaussage gemäss Art. 192 ZPO, ausschliesslich von Amtes wegen angeordnet werden kann und weil nur nach durchgeführter Parteibefragung die Beweisaussage angeordnet werden kann, kann auch die Parteibefragung von Amtes wegen angeordnet werden (vgl. dazu Hafner, in BSK, N. 3 zu Art. 191 ZPO mit Hinweisen).

#### **E. 5.2.3.1**

Im Berufungsverfahren erging am 7. Oktober 2014 ein erster ergänzender Beweisbeschluss (Urk. 95). Mit diesem wurde zunächst bezüglich der vom Kläger ausgeführten Schreinerarbeiten von Amtes wegen ein Augenschein im Sinne von Art. 181 Abs. 1 ZPO "zum besseren Verständnis des Sachverhalts" angeordnet. Dieser Augenschein wurde am 4. November 2014 vom Referenten vorgenommen

- 20 - (Prot. II S. 8-19). Ferner wurde mit dem erwähnten Beweisbeschluss die Parteibefragung beider Parteien angeordnet, welche der Referent am 17. November 2014 durchführte (Prot. II S. 21-43).

#### **E. 5.2.3.2**

Am 4. Dezember 2014 erging ein zweiter ergänzender Beweisbeschluss (Urk. 119). Mit diesem wurden die Beweisaussagen beider Parteien sowie die nochmalige Vernehmung des Zeugen H.\_\_\_\_\_ angeordnet. Diese Beweismassnahmen fanden am 6. Februar 2015 vor dem erkennenden Spruchkörper statt (Prot. II S. 50-69).

### **E. 5.3**

Die Aussagen der Beteiligten im Beweisverfahren. Im Laufe des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens wurden die Parteien sowie Zeugen vernommen. Zunächst ist auf die folgenden wesentlichen Aussagen der Beteiligten im Beweisverfahren hinzuweisen:

### **E. 5.3.1**

Der erste Protagonist ist der Zeuge H.\_\_\_\_\_. Er wurde von der Vorinstanz zweimal vernommen, nämlich am 1. November 2012 und am 3. September 2013 (Urk. 18 und 66).

#### **E. 5.3.1.1**

Zeugenbefragung vom 1. November 2012 (Urk. 18). Zur fraglichen Geldübergabe führte H.\_\_\_\_\_ aus, er habe dem Kläger "das Geld in die Hand gedrückt", und zwar einmal "etwa" Fr. 70'000.00 und einmal Fr. 80'000.00 (S. 5). Eine erste Tranche sei während des Baus bezahlt worden; wann und wo dies gewesen sei, wisse er aber nicht mehr. Und die zweite Zahlung habe er "allenfalls in AG.\_\_\_\_\_ getätigt." Er habe sich mit dem Kläger "immer dort getroffen"; aber "ich weiss es nicht mehr genau" (S. 7 unten). Die erwähnten Zahlungen stammten aus den Bargeldeinnahmen der Clubs, denn dort würden täglich zwischen Fr. 30'000.00 und Fr. 40'000.00 eingenommen (S. 5). Bar bezahlt worden sei, weil dies "üblich und billiger" sei (S. 5 unten). Quittungen für die Zahlung lägen nicht vor, denn "die Clubs haben eine Buchhaltung." Zwar fehle dort das Geld in der Kasse, aber "deshalb mache ich immer wieder neue Clubs auf" (S. 6). Die in der Rechnung des Klägers vermerkte Anzahlung von Fr. 10'000.00 für die Arbeiten im Hause der Beklagten hat der Kläger nach der Darstellung des Zeugen aber nicht erhalten (S. 6). Im Zusammenhang mit den an den Kläger geleisteten Zahlungen

- 21 - von Fr. 150'000.00 gebe es Darlehensverträge zwischen dem Zeugen und der Beklagten. Der Darlehensbetrag sei höher als Fr. 150'000.00, nämlich Fr. 180'000.00, weil die Beklagte eben noch Bargeld gebraucht habe (S. 6 f.). Den Kläger habe er bereits früher mit den Innenausbauten in seinen "Erotik-clubs" betraut. Am Ende sei "jeweils bar" bezahlt worden (Urk. 18 S. 3). Wie das genau abgelaufen sei, wisse er nicht mehr. Quittungen habe der Zeuge weder erhalten noch verlangt (S. 3).

#### **E. 5.3.1.2**

Zeugenbefragung vom 3. September 2013 (Urk. 66). Erneut bestätigte der Zeuge die beiden Barzahlungen an den Kläger von Fr. 70'000.00 und Fr. 80'000.00 (S. 9 f.). Die erste Zahlung sei zwei bis drei Monate nach Beginn der Arbeiten geleistet worden. Diese erste Zahlung habe er dem Kläger "persönlich in ... im "I.\_\_\_\_\_" übergeben." Der Kläger sei "immer kurz nach dem Bau" gekommen und er habe ihm jeweils eine Anzahlung leisten müssen. Auch die zweite Zahlung habe er dem Kläger "zirka 2008" im "I.\_\_\_\_\_" übergeben (S. 10). Zwischen ihm und dem Kläger sei es "immer gleich" abgelaufen: Zuerst habe er eine Anzahlung übergeben und dann den Restbetrag (S. 10 unten). Die Beklagte habe "mir nur das Darlehen unterschreiben" müssen, "weil ich den Kläger bezahlt habe" (S. 10). Aus dem ganzen Geschäft hätte er nur dann einen Vorteil gehabt, wenn er die Beklagte betrogen hätte, "da sie das Darlehen unterschreiben musste." Auf Vorlage von Urk. 36/8a und 36/8b (die Kopien der Darlehensverträge; Originale: Urk. 97/1-2) erklärte der Zeuge, dass die Verträge von der Beklagten niedergeschrieben worden seien. Die Darlehensverträge seien gemacht worden, weil er sich habe absichern müssen. Weshalb die beiden Verträge das gleiche Datum trügen, wisse er nicht mehr. Möglicherweise habe das die Beklagte so gewollt (S. 13). Er habe zwei Tranchen ausbezahlt: Er habe der Beklagten Fr. 30'000.00 in

bar gegeben und Fr. 70'000.00 und nochmals Fr. 80'000.00 bzw. Fr. 150'000.00 an den Kläger bezahlt (S. 13 und 18). Weiter führte der Zeuge aus, dass der Kläger für ihn im "I.\_\_\_\_\_" und im Hause der Beklagten gearbeitet habe; möglicherweise habe er auch in seinen Be- trieben in Winterthur sowie im "P.\_\_\_\_\_" gearbeitet (S. 3). Der Kläger habe oft für

- 22 - den Zeugen gearbeitet (S. 4). Die jeweiligen Auftragsvolumina seien zwischen Fr. 3'000, Fr. 80'000 und gar Fr. 100'000 gelegen. Die grösste "einmalige Barzah- lung" habe Fr. 82'000.00 bzw. "ca. Fr. 80'000.00" betragen (S. 3 f.). Und auf die Ergänzungsfrage des Anwaltes der Beklagten legte der Zeuge dar, dass die ge- samten Aufträge ein Volumen zwischen Fr. 200'000 und Fr. 400'000.00 betragen hätten (S. 18). Quittungen seien nie ausgestellt worden (S. 11 oben). Der Kläger habe gewollt, dass "wir ... es unter der Hand machen." Man habe immer alles "schwarz" gemacht, d.h. ohne Quittungen (S. 11).

### **E. 5.3.1.3**

Zeugenbefragung vom 6. Februar 2015 vor der erkennenden Kammer (Prot. II S. 61). Auch anlässlich dieser Zeugenbefragung bestätigte H.\_\_\_\_\_, dem Kläger zwei Beträge von Fr. 70'000.00 und Fr. 80'000.00 in bar übergeben zu ha- ben. Das entspreche auch der Art, wie er Handwerkerrechnungen bezahle, denn "ich leiste immer zu Beginn eines Auftrags oder nach einer gewissen Zeit eine Anzahlung von einem Drittel oder der Hälfte des Gesamtpreises." Und weiter führ- te er aus: "Keiner der von mir beauftragten Handwerker führt Arbeiten ohne An- zahlung aus. Das gibt es in unserem Gewerbe nicht." Aus diesem Grunde sei er auch sicher, dem Kläger keine Anzahlung von Fr. 10'000.00 gegeben zu haben, denn eine solche Zahlung hätte lediglich einer Auftragssumme von Fr. 30'000.00 entsprochen (Prot. II S. 63). Der Zeuge schliesst eine Verwechslung von Zahlun- gen aus, die für den "I.\_\_\_\_\_" bestimmt gewesen seien. Für den "I.\_\_\_\_\_" habe der Kläger seinerzeit Fr. 40'000.00 oder Fr. 50'000.00 erhalten. Im Jahre 2007 seien diese Arbeiten aber abgeschlossen gewesen, denn der "I.\_\_\_\_\_" sei im Jahre 2005 oder 2006 gebaut worden. Der Auftrag für den "I.\_\_\_\_\_" sei der letzte gewesen, den er dem Kläger erteilt habe (Prot. II S. 68). Im Zeitpunkt der Arbeiten im Hause der Beklagten seien für den "I.\_\_\_\_\_" keine Rechnungen mehr offen gewesen (Prot. II S. 64). Die erste Tranche habe der Kläger zu Beginn der Reno- vationsarbeiten erhalten, die zweite bei deren Abschluss (Prot. II S. 65). Alsdann führte der Zeuge aus, er habe der Beklagten das Geld für die Be- zahlung der vom Kläger ausgeführten Arbeiten "vorgeschossen". Als er sich von der Beklagten getrennt habe (d.h. die Beziehung mit ihr aufgelöst habe), habe er ihr den Abschluss von Darlehensverträgen vorgeschlagen (Prot. II S. 65). Wes-

- 23 - halb zwei Darlehensverträge (und nicht nur einer) abgeschlossen worden seien, wisse er nicht mehr, das sei zu lange her (Prot. II S. 66). Die Darlehenssummen habe er "noch nicht eingefordert." Und weiter fügte er hinzu: "Damals hatten wir Probleme. Heute haben wird keine Probleme mehr. Ich brauche das Geld nicht, sie vielleicht schon" (Prot. II S. 67). Auch Zinsen habe er von der Beklagten nie erhalten, aber "wenn ich Zinsen gewollt hätte, hätte ich sie erhalten." Ebenso we- nig habe er die Darlehenssumme als Vermögen deklariert (Prot. II S. 69). Der Zeuge korrigierte allerdings seine frühere Aussage, wonach der Darlehensbetrag im Umfange von Fr. 150'000.00 für Zahlungen an den Kläger gewährt worden sei und die restlichen Fr. 30'000.00 der Beklagten in bar übergeben worden seien. Diese Fr. 30'000.00 seien für den Elektriker bestimmt gewesen, den er wie den Kläger bezahlt habe. Es sei nicht die Firma AE.\_\_\_\_\_, sondern AF.\_\_\_\_\_ aus ..., der heute in Thailand lebe (Prot. II S. 67 f.).

### **E. 5.3.2**

Der zweite Protagonist ist der Kläger. Er wurde von der Vorinstanz am 1. November 2012 im Sinne von Art. 56 ZPO befragt (Prot. I S. 5 - 18) und am 3. September 2013 im Rahmen des Beweisverfahrens in der Form der Parteibefragung gemäss Art. 191 ZPO vernommen (Urk. 67); eine ergänzende Parteibefragung erfolgte am 17. November 2014 vor Obergericht (Prot. II S. 21-32). Am

#### **E. 5.3.2.1**

Der Kläger bestreitet auch in der Parteibefragung vor Obergericht, die Beträge von Fr. 70'000.00 bzw. Fr. 80'000.00 von H.\_\_\_\_\_ bekommen zu haben, denn das sei "unmöglich" (Prot. II S. 29). Diese Haltung bekräftigte der Kläger ausdrücklich nochmals in der Beweisaussage (Prot. II S. 51). In diesem Sinne äusserte sich der Kläger bereits anlässlich seiner Parteibefragung durch die Vorinstanz: Eine Barzahlung von Fr. 80'000.00 habe es nie gegeben. Eine solche Zahlung lasse sich nämlich nicht einfach unter den Tisch wischen, denn er könnte eine solche Zahlung weder an seiner Ehefrau noch an seinem Treuhandbüro vorbeischiemeln (S. 3). Unter Hinweis auf die E-Mail der Beklagten vom 24. Mai 2011 (Urk. 36/7) führte der Kläger aus, dass die dortige Darstellung der Beklagten nicht stimme, wonach er anlässlich eines Telefonats Anfang Mai 2011 gesagt haben soll, ein von H.\_\_\_\_\_ geleisteter Barbetrag von Fr. 80'000.00 betreffe Schrei-

- 24 - nerarbeiten in AG.\_\_\_\_\_ und nicht solche in AH.\_\_\_\_\_ im Hause der Beklagten. In AG.\_\_\_\_\_ sei damals nämlich "absolut nichts mehr offen" gewesen (S. 3). Anlässlich dieses Telefonats sei seitens der Beklagten von Fr. 80'000.00, dann von Fr. 70'000.00 und schliesslich von Fr. 90'000.00 die Rede gewesen. Er selber habe keine Zahlung von Fr. 80'000.00 erwähnt. Nach dem Telefongespräch mit der Beklagten sei ihm allerdings klar gewesen, dass er das Geld auf dem Rechtsweg einfordern müsse (S. 4). Auf die Frage, warum denn anlässlich des Telefonats mit der Beklagten von Fr. 80'000.00 die Rede gewesen sei, antwortete der Kläger, dass es sein könne, dass er "den Restbetrag angesprochen habe" und "hinterfragt habe", was denn mit dem "Restbetrag" sei (Urk. 67 S. 9). Schliesslich erklärte der Kläger anlässlich der Konfrontationseinvernahme im Rahmen der Parteibefragung, dass die Beklagte am Telefon drei Beträge genannt habe, die bezahlt worden seien: Fr. 70'000.00, Fr. 80'000.00 und Fr. 90'000.00, die "nie Fr. 150'000.00 geben". Er habe der Beklagten am Telefon gesagt, diese Beträge beträfen nicht die Arbeiten in AH.\_\_\_\_\_, sondern Arbeiten im "I.\_\_\_\_\_" (Prot. II S. 43).

#### **E. 5.3.2.2**

Von dem Rechnungsbetrag von insgesamt Fr. 166'287.35 brachte der Kläger den Betrag von Fr. 10'000.00 in Abzug als "bisher geleistete Akontozahlung für Türen" (Urk. 4/2 S. 13). Gemäss vorinstanzlichem Protokoll führte der Kläger aus, das sei wohl "am AJ.\_\_\_\_\_" bzw. an der "AJ.\_\_\_\_\_-strasse ..." gewesen (Urk. 67 S. 2 und 7). In der Befragung vor Obergericht korrigierte der Kläger dies und machte geltend, es sei dies ein Verschrieb; gemeint gewesen sei die "O.\_\_\_\_\_-strasse ..." (Prot. II S. 30). Diese Korrektur des Klägers ist offensichtlich richtig: Schon in seiner ersten (nicht förmlichen) gerichtlichen Befragung führte er aus, die Fr. 10'000.00 habe er von H.\_\_\_\_\_ im "P.\_\_\_\_\_" an der O.\_\_\_\_\_-strasse ... erhalten (Prot. I S. 9). An dieser Adresse sind denn auch drei Firmen H.\_\_\_\_\_'s domiziliert (vgl. Urk. 107, 114, 115). Der Kläger stellt sich auf den Standpunkt, für die Arbeiten in AH.\_\_\_\_\_ von H.\_\_\_\_\_ eine Akontozahlung von Fr. 10'000.00 erhalten haben. Nach seiner Darstellung in der Parteibefragung soll er von H.\_\_\_\_\_ die Akontozahlung

von Fr. 10'000.00 am 23. März 2007 "am AJ.\_\_\_\_\_" (recte: "P.\_\_\_\_\_", O.\_\_\_\_\_-  
- 25 - strasse ...) erhalten haben. Gleiches sagte der Kläger bereits in der "formlosen Befragung" vor Vorinstanz gestützt auf sein Notizbuch (Prot. I S. 9 unten). Gleichzeitig habe ihm H.\_\_\_\_\_ aber auch eine Restzahlung für die Ziersäulen in der Bar in AG.\_\_\_\_\_ ("I.\_\_\_\_\_" ) übergeben. Dafür habe er eine Restzahlung von "etwa Fr. 15'000.00" erhalten (Urk. 67 S. 7). Auf den Vorhalt, weshalb er denn die Restzahlung für die nach seiner Darstellung bereits im Jahre 2004 abgeschlossenen Arbeiten in AG.\_\_\_\_\_ ("I.\_\_\_\_\_" ) erst im Jahre 2007 bekommen habe, relativierte der Kläger das Gesagte: Er wisse eben nicht mehr mit Sicherheit, "ob diese Zahlung im Zusammenhang mit den Arbeiten in AG.\_\_\_\_\_ erfolgt" sei (Urk. 67 S. 9 f.). In der Beweisaussage vom 8. Februar 2015 folgte eine neue Sachdarstellung: Am 21. November um ca. 10.30 Uhr sei er mit seinem Werkstattchef AC.\_\_\_\_\_ auf der Baustelle in AH.\_\_\_\_\_ gewesen. Und er fügte – wiederum gestützt auf seine Agenda – bei: "Der Zeuge H.\_\_\_\_\_ hat uns den Auftrag erklärt und mir für die Anfertigung der Türen Fr. 10'000.– in bar gegeben" (Prot. II S. 51). Etwas später allerdings, auf die Fr. 10'000.00 angesprochen, ging der Kläger zunächst auf die gestellte Frage gar nicht ein, um dann auf Nachfrage zu antworten: "Die Geldübergabe fand anlässlich der Abrechnung von früheren Arbeiten, griechische Säulen im I.\_\_\_\_\_ in AG.\_\_\_\_\_, statt" (Prot. II S. 53 unten). Und als er etwas später in der Beweisaussage dazu aufgefordert wurde, nochmals zur Frage Stellung zu nehmen, ob er die Fr. 10'000.00 wirklich anlässlich der Abrechnung für die im "I.\_\_\_\_\_" erstellten Säulen erhalten habe (Prot. II S. 56): "Ich kann Ihnen das nicht mit 100%-iger Sicherheit bestätigen. Ich habe für die Säulen einen Schlussbetrag erhalten. Bei dieser Gelegenheit hat mich der Zeuge H.\_\_\_\_\_ gefragt: 'Wieviel musst du haben? Was kosten die Türen?' Ich habe geantwortet, dass ich es nicht wisse. Er hat daraufhin gemeint, er gebe mir Fr. 10'000.– für den Einkauf von Material." Und weiter führte der Zeuge aus, an jenem Tag für die Säulen Geld erhalten zu haben, vielleicht Fr. 9'000.00 oder Fr. 8'000.00, aber er glaube, es seien lediglich Fr. 5'000.00 gewesen (Prot. II S. 56).

#### **E. 5.3.2.3**

In der Parteibefragung vor Vorinstanz gab der Kläger zu Protokoll, er habe die von H.\_\_\_\_\_ erhaltenen Fr. 10'000.00 in eine Geldkassette gelegt "und dann muss das irgendwie untergegangen sein" (Urk. 67 S. 14). In der Beweisaus-

- 26 - sage gefragt, ob es denn üblich sei, dass er grössere Geldbeträge in Kassetten versorge, antwortete der Kläger (Prot. II S. 54): " Ja. Ich habe ab und zu Geldbeträge in die Kassette getan. Es handelt sich dabei um meine private Kassette. Das Geld in der Kassette habe ich beispielsweise für Ferien verwendet. Weil ich eine Einzelfirma habe, habe ich offiziell keinen Lohn. Wenn ich Geld brauche, gehe ich zu meiner Frau."

#### **E. 5.3.2.4**

Bezüglich der Barzahlung von Fr. 10'000.00 sagte der Kläger in seiner ersten gerichtlichen Vernehmung aus, um solche Zahlungen kümmere sich seine Frau. Wie sie das Geld eingesetzt habe, wisse er nicht, denn das sei bei Barzahlungen stets ein Problem (Prot. I S. 18 unten). In der Folge erklärte die Ehefrau des Klägers als Zeugin, von einer Zahlung Fr. 10'000.00 erst erfahren zu haben, als die Rechnung für die Beklagte vorbereitet worden sei (Urk. 58 S. 2). Auf Vorhalt dieser Zeugenaussage erklärte der Kläger lediglich, "neuerdings" sei die Akontozahlung in der Buchhaltung erfasst. Damals sei die Zahlung nicht erfasst worden, weil er das Geld in einer Geldkassette versorgt habe und dabei

"irgend- wie untergegangen sein" müsse und nicht verbucht worden sei (Urk. 67 S. 14). In der Beweisaussage darauf angesprochen, ob seine Frau von der Barzahlung von Fr. 10'000.00 etwas gewusst habe, antwortete der Kläger, er wisse es nicht, aber in der Regel habe seine Frau von den Barzahlungen gewusst (Prot. II S. 54).

#### **E. 5.3.2.5**

Der Kläger bestätigte sodann in der Parteibefragung vor Vorinstanz, für H.\_\_\_\_\_ während 16 Jahren gearbeitet zu haben. Darunter seien viele kleinere Arbeiten gewesen. Eine der "teureren Arbeiten" hätten Säulen in einer Bar betroffen. Die Auftragssumme habe dort etwa Fr. 40'000.00 betragen (Urk. 67 S. 1). Insgesamt habe die Auftragssumme für die Arbeiten für H.\_\_\_\_\_ zwischen Fr. 100'000.00 und Fr. 150'000.00 betragen (S. 1 f.). H.\_\_\_\_\_ habe "immer bar bezahlt" (Urk. 67 S. 2). Bereits anlässlich seiner Befragung vom 1. November 2012 gab der Kläger zu Protokoll, zwischen ihm und H.\_\_\_\_\_ seien Bargeschäfte eben "Usus" gewesen (Prot. I S. 10). Quittungen seien für solche Barzahlungen nie ausgestellt worden (Urk. 67 S. 6). Zwischen ihm und H.\_\_\_\_\_ habe es keine "Zerwürfnisse" gegeben, weshalb er auch nie daran gezweifelt habe, "dass ich mein Geld erhalten werde" (Urk. 67 S. 6). In der Parteibefragung vor Obergericht relativierte der Kläger wiederum seine Aussagen, wonach nur "kleinere" Beträge

- 27 - bar geflossen seien (Prot. II S. 27). Weiter relativierte der Kläger, dass Bargeldzahlungen nicht heissen müssten, dass das betreffende Geschäft "schwarz" abgewickelt werde. Er gebe aber zu, dass er gewisse Beträge "in den Sack genommen habe" (Prot. II S. 28). Gewisse Aufträge seien eben nicht "korrekt abgerechnet" worden; meist seien das Arbeiten im "I.\_\_\_\_\_" gewesen, bei deren Ausführung der Kläger selber dabei gewesen sei (Urk. 67 S. 14; Prot. II S. 29). Die von H.\_\_\_\_\_ genannte grösste einzelne Barzahlung von Fr. 82'000.00 könne nicht stimmen; vielleicht seien es einmal Fr. 15'000.00 gewesen (Prot. II S. 29). Als der Kläger hierauf mit seiner Aussage vor Vorinstanz konfrontiert wurde, dass "der grösste Betrag kaum grösser als Fr. 35'000.00" gewesen sei (Prot. I S. 15 oben), antwortete er: "Vielleicht war das der Gesamtbetrag" (Prot. II S. 29). In der Beweisaussage bestätigte der Kläger, dass er in den letzten 15 - 20 Jahren für H.\_\_\_\_\_ gearbeitet habe. Es sei vorgekommen, dass H.\_\_\_\_\_ ihm Zahlungen in bar gegeben habe. Aber für das Projekt der Beklagten sei kein Geld geflossen, denn diese Arbeiten "sind vollumfänglich in meiner Buchhaltung erfasst" (Prot. II S. 51).

#### **E. 5.3.2.6**

Der Kläger wurde sodann darauf hingewiesen, dass seine Ehefrau als Zeugin gesagt habe, von den Zahlungen H.\_\_\_\_\_s nichts gewusst zu haben. Dem hielt der Kläger in der Parteibefragung entgegen: "Sie wusste es zum Teil schon. Wir haben sehr viele Aufträge am Samstag erledigt, zum Teil auch an Abenden." Im Detail wisse seine Frau auch heute nicht über alles Bescheid. Aber es habe Aufträge gegeben, die nicht korrekt abgerechnet worden seien. Vielleicht seien das Arbeiten im "I.\_\_\_\_\_" gewesen "und bei deren Ausführung ich dabei war" (Urk. 67 S. 14). Solche Aufträge seien nicht "erfasst" worden (Prot. II S. 23).

#### **E. 5.3.2.7**

Mit der Frage konfrontiert, weshalb er der Beklagten für seine Arbeiten erst nach Jahren Rechnung gestellt habe, antwortete der Kläger, er habe den Rechnungsbetrag lange nicht in Rechnung gestellt, weil er ihn als "stille Reserve" bei der Beklagten habe stehen lassen wollen (Prot. I S. 8 f.). In der Parteibefragung vor Obergericht sagte der Kläger zur Frage,

warum er denn mit der Rechnungstellung für die Ende 2007 beendeten Arbeiten bis in das Jahre 2011 zugewartet habe, Folgendes (Prot. II S. 26 f.):

- 28 - "Ich muss etwas ausholen. Wir hatten eine grosse CNC, ein Bearbeitungszentrum, welcher 'in die Jahre gekommen ist'. Wir wollten diesen ersetzen. Ich plante den Kauf einer neuen Maschine, welche ca. Fr. 250'000.- kostet. Zwischenzeitlich hatten wir einen Maschinenbrand. Der Brand wurde von der ... untersucht und wir wurden entschädigt. Mit der Beschaffung der Maschine war ich technisch überfordert. Wir gingen an verschiedene Messen, so nach Rimini. ... Für mich waren die Arbeiten bei Frau A.\_\_\_\_\_ eine Reserve. Ich wusste, dass ich von Herrn H.\_\_\_\_\_ stets sofort das Geld bekam, wenn ich es brauchte. Daher wollte ich den Betrag stehen lassen, bis die Maschine beschafft werden konnte. Finanziell gab es nie ein Problem mit Herrn H.\_\_\_\_\_. ... Es sind quasi stille Reserven. Wenn ich den Betrag zugute habe, dann weiss ich, dass ich die Anzahlung von ca. Fr. 70'000.- der Firma AJ.\_\_\_\_\_ jederzeit leisten kann. ... Das hat sich so lange herausgezögert, bis wir wussten, ob wir die Maschine kaufen wollten. Es ist ein bisschen in Vergessenheit geraten. Ich war selbst über die Rechnungshöhe erstaunt. Ich wusste nicht, dass wir für so viele Franken Arbeiten geleistet haben. Ich wurde immer wieder von Herrn AC.\_\_\_\_\_ über Arbeiten bei Frau A.\_\_\_\_\_ informiert." In der Beweisaussage führte der Kläger demgegenüber zur Rechnungstellung Folgendes aus (Prot. II S. 55): "Ich wunderte mich, dass wir nie eine Akontozahlung verlangt haben. Die Höhe des Rechnungsbetrags hat mich auch ein bisschen schockiert. Bevor ich die Kostenzusammenstellung gemacht habe, kannte ich den Schlussbetrag nicht. Deshalb ist es nicht möglich, dass der Zeuge H.\_\_\_\_\_ mir den Betrag gezahlt hat. Woher sollte er den Betrag kennen? Ich habe die Arbeiten erst anlässlich des Augenscheins zum ersten Mal gesehen."

#### **E. 5.3.2.8**

Im Mai 2011 telefonierte der Kläger mit der Beklagten, worauf diese dem Kläger am 24. Mai 2011 eine E-Mail (Urk. 36/7) zukommen liess, wo sie ausführte, der Kläger habe zwar anerkannt, von H.\_\_\_\_\_ Fr. 80'000.00 in bar empfangen zu haben, aber dieser Betrag sei für den "I.\_\_\_\_\_" bestimmt gewesen. In der Parteibefragung antwortete der Kläger auf die Frage, ob er auf die E-Mail reagiert habe, dass er einen Anwalt gesucht habe (Prot. II S. 31). Weiter führte er in der Parteibefragung aus, er habe der Beklagten gesagt, "ich hätte von Herrn H.\_\_\_\_\_ Geld bekommen, aber es sei ein Betrag gewesen, der für die Arbeiten im I.\_\_\_\_\_ bestimmt gewesen sei" (Prot. II S. S. 42). Als der Kläger dann im Rahmen der Beweisaussage gefragt wurde, ob die drei Beträge, die nach seiner Darstellung anlässlich des fraglichen Telefonats eine Rolle gespielt haben sollen (Fr. 70'000.00, Fr. 80'000.00, Fr. 90'000.00), den "I.\_\_\_\_\_" betroffen hätten, antwortete er: "Nein, der I.\_\_\_\_\_ hatte damit überhaupt nichts zu tun. Zu jenem Zeitpunkt waren die Arbeiten im I.\_\_\_\_\_ abgeschlossen. Betreffend den I.\_\_\_\_\_ waren auch keine Rechnungen mehr offen" (Prot. II S. 53).

- 29 -

#### **E. 5.3.3**

Am 18. Juni 2013 wurde D.\_\_\_\_\_, die Ehefrau des Klägers, als Zeugin vernommen (Urk. 58). Die Zeugin befasst sich nach ihrer Darstellung im Einzelunternehmen des Klägers mit der Erfassung der Debitoren und der Kreditoren (S. 2). Insbesondere verbuche sie auch Akontozahlungen (S. 4 oben). "Wenn eine Zahlung kommt, verbuche ich diese" (S. 7). Von der Barzahlung von Fr. 10'000.00 habe der Kläger ihr seinerzeit nichts gesagt; in der

Schlussabrechnung sei die Zahlung aber berücksichtigt worden (S. 2). In seinen "Unterlagen" habe der Kläger "gefunden, dass er Fr. 10'000.00 erhalten hat und so habe ich das auf der Rechnung berücksichtigt" (S. 2). Von der Anzahlung habe die Zeugin erst erfahren, "als wir die Rechnung vorbereiteten." Weil die Zeugin nichts von dieser Zahlung gewusst habe, habe sie sie auch nicht verbucht (S. 2). Von weiteren Barzahlungen H.\_\_\_\_s an den Kläger weiss die Zeugin ebenfalls nichts (S. 3 und 5). Überhaupt seien Barzahlungen im Betrieb des Klägers keine übliche Zahlungsart (S. 4), denn der Kläger arbeite zumeist für die öffentliche Hand, aber "auch bei Privaten ist das nicht üblich" (S. 4). Sie, die Zeugin, habe dem Kläger seinerzeit gesagt, dass er die "Baustelle A.\_\_\_\_" abrechnen solle. Zugewartet habe der Kläger mit der Abrechnung, weil er den ausstehenden Betrag als "stille Reserve" habe gebrauchen wollen, und zwar für die Anschaffung einer Maschine (S. 3). Es sei eine computergesteuerte CNC-Maschine gewesen (S. 7 oben). Auf Vorhalt erklärte die Zeugin, von Barzahlungen nichts zu wissen, insbesondere auch nichts von der vom Kläger anerkannten Barzahlung H.\_\_\_\_s von Fr. 35'000.00 für die Arbeiten in dessen Bordellbetrieben (S. 5). Sie könne sich nicht dazu äussern,

#### **E. 5.3.4**

Von der Vorinstanz wurde auch der Zeuge AC.\_\_\_\_ vernommen (Urk. 20). AC.\_\_\_\_ war als Angestellter des Klägers für die Baustelle bei der Beklagten verantwortlich. Er gab zu Protokoll, dass im Betrieb des Klägers "bei grösseren Sachen" jeweils Akontorechnungen gestellt würden, die dann über die Bank bezahlt würden. Im Falle der Beklagten sei aber "kein Bargeld geflossen, sondern nur Trinkgeld von Herrn H.\_\_\_\_." Das Finanzielle sei allerdings "Sache des Klägers oder seiner Frau" (Urk. 20 S. 4).

- 30 -

#### **E. 5.3.5**

Der Zeuge AD.\_\_\_\_ ist ein langjähriger Angestellter H.\_\_\_\_s und gleichzeitig ein Bekannter des Klägers aus ..., wo sich dessen Schreinereibetrieb befindet (Urk. 57 S. 2). Zu den konkreten Geldübergaben, welche die Baustelle der Beklagten betroffen haben sollen, konnte der Zeuge keine Aussagen machen. Von andern Geschäften zwischen H.\_\_\_\_ und dem Kläger wusste er zwar. Im "I.\_\_\_\_" hätten die Arbeiten des Klägers "wohl mehrere Wochen" gedauert. Ein Arbeitsvolumen von über Fr. 100'000.00 sei "möglich." Die Aufträge H.\_\_\_\_s an den Kläger seien wiederholt erfolgt und über Jahre. Mit Geld habe der Zeuge aber nichts zu tun gehabt (Urk. 57 S. 3-5).

#### **E. 5.3.6**

Im Rahmen des Berufungsverfahrens wurde die Beklagte der Parteibefragung gemäss Art. 191 ZPO sowie der Beweisaussage gemäss Art. 192 ZPO unterzogen. Hinzuweisen ist auf ihre folgenden Aussagen:

##### **E. 5.3.6.1**

Die Beklagte führte aus, sie wisse einzig von H.\_\_\_\_, dass der Kläger für die Arbeiten in ihrem Hause zwei Zahlungen von Fr. 70'000.00 und Fr. 80'000.00 erhalten habe. H.\_\_\_\_ habe ihr jeweils "zeitnah" über diese Zahlungen berichtet. In finanzieller Hinsicht sei H.\_\_\_\_ ein ehrlicher Mensch, denn er habe es "nicht nötig" (Prot. II S. 37).

##### **E. 5.3.6.2**

Zu dem von H.\_\_\_\_\_ erhaltenen Darlehen führte die Beklagte aus, dass die beiden Darlehensverträge Urk. 97/1 und Urk. 97/2 sich bei H.\_\_\_\_\_ befunden hätten, bevor sie der Berufungsinstanz hätten eingereicht werden müssen. Zum Abschluss dieser Verträge sei es gekommen, weil es für H.\_\_\_\_\_ absehbar gewesen sei, "dass unsere Beziehung nicht sehr lange halten werde", weshalb er eine Absicherung gewollt habe. Der Vertragstext sei von der Beklagten selber – aber auf Diktat H.\_\_\_\_\_s – niedergeschrieben worden. Die beiden Darlehen habe sie bis heute nicht zurückbezahlt, auch keine Zinsen. Auch in ihrer Steuererklärung seien die beiden Darlehen nicht unter den Schulden vermerkt. Es seien aber echte Verträge. Wenn H.\_\_\_\_\_ das Geld haben möchte, müsste sie es zurückzahlen. Sie warte mit der Rückzahlung aber, bis H.\_\_\_\_\_ diese verlange (Prot. II S. 38; vgl. auch Prot. II S. 37).

- 31 - Beide Darlehensverträge datierten nach der Darstellung der Zeugin deshalb vom 18. Januar 2008, weil H.\_\_\_\_\_ erst im Jahre 2008 einen Vertrag "wollte". Wahrscheinlich habe er im Jahre 2007 noch gedacht, "alles komme gut." Die Darlehenssumme seien auf Wunsch H.\_\_\_\_\_s mit Fr. 80'000.00 und Fr. 100'000.00 auf die beiden Verträge aufgeteilt worden. Die Summe von Fr. 80'000.00 betreffe die im Jahre 2008 dem Kläger geleistete Zahlung und die Summe von Fr. 100'000.00 setze sich aus Zahlungen aus dem Jahre 2007 zusammen, nämlich Fr. 70'000.00 an den Kläger und Fr. 30'000.00 an den Elektriker (Prot. II S. 39). Weiter führte die Beklagte in der Parteibefragung aus, der Kläger habe deshalb keine Offerte für seine Arbeiten gestellt, weil er mit H.\_\_\_\_\_ stets auf diese Weise "geschäftet" habe. Es sei eben H.\_\_\_\_\_s Verantwortungsbereich gewesen. Gleich wie mit dem Kläger sei es einzig mit dem Elektriker, der Firma AE.\_\_\_\_\_, verlaufen [gemäss Handelsregistereintrag: "AE.\_\_\_\_\_ ... AG", ...] (Prot. II S. 34 f.).

### **E. 5.3.6.3**

Zu dem Telefongespräch, das sie Anfang Mai 2011 mit dem Kläger geführt hatte, gab die Beklagte zu Protokoll, sie habe den Kläger nach Erhalt der Rechnung angerufen. Seine Telefonnummer habe sie von seinem Mitarbeiter AC.\_\_\_\_\_ erhalten. Am Telefon habe sie den Kläger darauf angesprochen, dass er von H.\_\_\_\_\_ Fr. 80'000.00 erhalten habe. Der Kläger habe den Empfang dieses Geldes zwar bestätigt, indessen erklärt, es sei für Arbeiten im "I.\_\_\_\_\_" bestimmt gewesen (Prot. II S. 39). In der Konfrontationseinvernahme führte sie aus, dass der Kläger anlässlich des fraglichen Telefongesprächs auch noch einen Barbetrag von Fr. 70'000.00 erwähnt habe, doch man sei dann "bei den Fr. 80'000.00 hängen geblieben" (Prot. II S. 43). In der Beweisaussage führte die Beklagte aus, sie habe anlässlich des Telefonats mit dem Kläger nur den Betrag von Fr. 80'000.00 genannt. Der Kläger habe darauf gesagt, diese Zahlung sei für den "I.\_\_\_\_\_" bestimmt gewesen (Prot. II S. 60).

### **E. 5.4**

Edition von Buchhaltungsunterlagen des Klägers. Anlässlich der Hauptverhandlung vom 18. Juni 2013 vor Bezirksgericht Horgen legte der Kläger im Sinne der Editionsanordnung der Vorinstanz gemäss Beschluss vom 11. Juni 2013 (Urk. 46, zu Beweissatz 5) Auszüge aus der Buchhaltung und einen Brief der Treu-

- 32 - handfirma E.\_\_\_\_\_ vor (Urk. 56/1-3). Daraus ergibt sich, dass die fraglichen Arbeiten erst nach der Rechnungstellung (d.h. per 11. April 2011) mit Fr. 156'287.35 in der Buchhaltung bilanziert wurden. Vorher wurden die Arbeiten im Hause der Beklagten dagegen in der Bilanz als "angefangene Arbeiten" bewertet, und zwar per Ende 2007 und

2008 mit Fr. 40'000.00, per Ende 2009 mit Fr. 35'000.00 und per Ende 2010 mit Fr. 83'503.00.

## **E. 5.5**

Beweiswürdigung

### **E. 5.5.1**

Allgemeines. Entscheidend ist die Frage, ob der Kläger für seine Arbeiten von H. \_\_\_\_\_ tatsächlich zwei Zahlungen in bar von Fr. 70'000.00 bzw. Fr. 80'000.00 empfangen hat oder nicht. In diesem Zusammenhang sind namentlich auch Hilfstatsachen von Belang, die Indizien darstellen und für die Würdigung der Aussagen der Beteiligten und für die Beurteilung ihrer Beweiskraft im Gesamtzusammenhang von Bedeutung sein können (vgl. BGer 5A\_51/2014 E. 5.1 vom 14.07.2014; vgl. auch Weibel / Naegeli, in: ZHK, N. 4 zu Art. 168 ZPO und N. 7 zu Art 169 ZPO). In diesem Sinne ist zunächst auf die folgenden Hilfstatsachen einzugehen, bevor die Frage der hier umstrittenen Bargeldübergabe durch H. \_\_\_\_\_ konkret beleuchtet wird. Zu behandeln sind: – die Frage, in welcher Weise der Kläger und H. \_\_\_\_\_ in den letzten Jahren Geschäfte miteinander abgewickelt haben und wie im Betriebe des Klägers üblicherweise mit Barzahlungen umgegangen wird; – die Frage, wie denn die Arbeiten im Betriebe des Klägers buchhalterisch erfasst wurden; – die Frage, ob der Kläger für die Arbeiten im Hause der Beklagten von H. \_\_\_\_\_ einmal wenigstens eine Anzahlung von Fr. 10'000.00 empfangen hat, was der Kläger behauptet und H. \_\_\_\_\_ bzw. die Beklagte bestreiten;

- 33 - – die Frage, weshalb der Kläger für seine Arbeiten im Hause der Beklagten erst nach Jahren Rechnung gestellt hat; – die Frage, ob der Kläger anlässlich eines Telefonats im Mai 2011 der Beklagten telefonisch bestätigt hat, von H. \_\_\_\_\_ eine Zahlung von Fr. 80'000.00 empfangen zu haben; – die Frage, ob die Beklagte im Zusammenhang mit den von H. \_\_\_\_\_ an den Kläger geleisteten Zahlungen gegenüber H. \_\_\_\_\_ Darlehensschulden eingegangen ist.

### **E. 5.5.2**

Hilfstatsache: Bargeschäfte zwischen dem Kläger und H. \_\_\_\_\_

#### **E. 5.5.2.1**

Bei den hier umstrittenen Handlungen soll auf der einen Seite der Kläger und auf der andern Seite H. \_\_\_\_\_ als Vertreter der Beklagten zugegen gewesen sein. Es ist daher nicht ohne Bedeutung, wie der Kläger und H. \_\_\_\_\_ in den letzten Jahren ihre Geschäfte miteinander abgewickelt haben. Es ist unbestritten, dass der Kläger in den Jahren, bevor er durch Vermittlung H. \_\_\_\_\_s für die Beklagte tätig wurde, in H. \_\_\_\_\_s Bordellbetrieben immer wieder Schreinerarbeiten in grösserem Umfange ausgeführt hat. Der Kläger gestand mit seiner Replik ein, dass es dabei regelmässig zu Barzahlungen kam. Es seien dies aber nur kleinere Beträge gewesen bis maximal Fr. 35'000.00 (Urk. 29 Rz 61; vgl. oben E. 5.1.). Fest steht, dass der Kläger für die von H. \_\_\_\_\_ empfangenen Barzahlungen nie eine Quittung ausgestellt hat (so der Kläger in der Parteibefragung, Urk. 67 S. 6; so auch H. \_\_\_\_\_ Urk. 66 S. 10 f.).

#### **E. 5.5.2.2**

Der Zeuge AC. \_\_\_\_\_ ist einer der engsten Mitarbeiter des Klägers, der auf der Baustelle der Beklagten denn auch die Alleinverantwortung getragen hat. Von Barzahlungen in diesem

Zusammenhang weiss der Zeuge nichts; H.\_\_\_\_\_ habe einzig Trinkgelder bar bezahlt. Bei "grösseren Sachen" würden Akontozahlungen verlangt. Das Finanzielle sei aber Sache des Klägers und seiner Frau (Urk. 20 S. 4). Diese Zeugenaussagen sind in jeder Hinsicht glaubhaft, und der Zeuge, der im Übrigen am gerichtlichen Augenschein teilgenommen hat (Prot. II

- 34 - S. 8), ist glaubwürdig. Die Aussagen des Zeugen können zum Nennwert genommen werden.

#### **E. 5.5.2.3**

D.\_\_\_\_\_, die Ehefrau des Klägers kümmert sich gemäss ihrer Zeugenaussage in dessen Betrieb um die Finanzen, indem sie die Kreditoren und Debitoren sowie die Kostenstellen bearbeitet (Urk. 58 S. 2 und 7). Eingehende Akontozahlungen würden von ihr verbucht (Urk. 58 S. 4). Barzahlungen sind nach der Darstellung der Zeugin im Betrieb des Klägers absolut unüblich (Urk. 58 S. 4). Von Akontozahlungen, die der Kläger von H.\_\_\_\_\_ alias H'.\_\_\_\_\_ erhalten haben soll, weiss die Zeugin nichts und ebenso wenig von Barzahlungen in der Grössenordnung von Fr. 35'000.00, die nach des Klägers eigener Darstellung geflossen sein sollen (Urk. 58 S. 5). Barzahlungen würden nur selten gemacht, aber dann seien sie in der Buchhaltung erfasst; grosse Zahlungen seien nicht vorgekommen (Urk. 58 S. 6). Auch die Zeugin D.\_\_\_\_\_ erscheint in jeder Hinsicht als glaubwürdig: Sie sagt, was sie weiss.

#### **E. 5.5.2.4**

Dagegen ist die vom Kläger im Beweisverfahren gegebene Darstellung seiner mit H.\_\_\_\_\_ getätigten Geschäfte reichlich widersprüchlich: In der Parteibefragung vor Vorinstanz bestätigte er, von H.\_\_\_\_\_ stets Barzahlungen erhalten zu haben. H.\_\_\_\_\_ habe nämlich "immer" bar bezahlt. Quittungen habe er H.\_\_\_\_\_ dafür aber nie ausgestellt, denn "wir sind eine Einzelfirma" (Urk. 67 S.2 und S. 6). Er habe H.\_\_\_\_\_ jeweils einfach den Preis "gesagt" (Urk. 67 S. 2). In der ersten Befragung betonte der Kläger, dass seine Firma ein klassischer Familienbetrieb sei, in dem sowohl seine Frau als auch Sohn und Tochter arbeiteten. Deshalb könne er keine Zahlungen "an unserem Treuhandbüro" und "an meiner Frau vorbeischmuggeln" (Prot. I S. 3). Als der Kläger dann anlässlich der förmlichen Parteibefragung mit der Zeugenaussage seiner Ehefrau konfrontiert wurde, wonach sie von den beschriebenen Barzahlungen keine Kenntnis habe und Barzahlungen im Betrieb keineswegs üblich seien (vgl. Urk. 58 S. 3 f.), antwortete er ausweichend: "Meine Frau wusste das zum Teil schon." Viele Arbeiten seien eben samstags erledigt worden. Seine Frau habe "natürlich nicht immer genau" gewusst, "welche Aufträge wir ausgeführt haben." "Auch jetzt" wisse sie nicht im Detail "über alles Bescheid". Es habe aber Aufträge gegeben, die nicht korrekt

- 35 - abgerechnet worden seien. Vielfach seien das Arbeiten gewesen, die für den "I.\_\_\_\_\_" gemacht worden seien, d.h. für H.\_\_\_\_\_s Bordellbetrieb in AG.\_\_\_\_\_ (Urk. 67 S. 14). Und in der obergerichtlichen Parteibefragung gab der Kläger zu Protokoll, dass er unter unkorrekten Abrechnungen jene Fälle verstehe, bei denen er "eben für gewisse Arbeiten Bargeldbeträge in den Sack genommen" habe. Auf die weitere Frage, ob denn seine Treuhänder von solchen Abrechnungen gewusst hätten, antwortete der Kläger: "Das sind so kleine Sachen, welche materialtechnisch vielleicht auf einen anderen Auftrag verbucht wurden" (Prot. II S. 29). In der Beweisaussage vor Obergericht stellte der Kläger das früher Ausgeführte nicht in Abrede, relativierte die Vorgänge aber, indem er darlegte, es sei

"vorgekommen", dass ihm H.\_\_\_\_\_ Zahlungen in bar gegeben habe. Für das Projekt der Beklagten sei aber kein Geld geflossen, denn dieses sei "vollumfänglich in meiner Buchhaltung erfasst" (Prot. II S. 51). Widersprüchlich sind auch die Angaben des Klägers über die Höhe der Barzahlungen, die er von H.\_\_\_\_\_ im Laufe der Zusammenarbeit empfangen haben will. H.\_\_\_\_\_ legte als Zeuge dar, dass er dem Kläger im Laufe der Jahre insgesamt Barbeträge zwischen Fr. 200'000.00 und Fr. 400'000.00 übergeben habe (Urk. 66 S. 18), wobei der grösste Betrag die Einrichtung einer Bar betroffen habe und etwa Fr. 80'000.00 ausgemacht habe (Urk. 66 S. 3 f.). In der Parteibefragung vor Vorinstanz führte der Zeuge aus, er habe insgesamt 16 Jahre für H.\_\_\_\_\_ gearbeitet (später bemass er diese Zusammenarbeit allerdings auf 15 bis 20 Jahre; Prot. II S. 51). Eine der teureren Arbeiten habe Säulen betroffen; es sei ein Auftrag von ca. Fr. 40'000.00 gewesen. Die von H.\_\_\_\_\_ genannten Beträge stimmten aber nicht (Urk. 67 S. 1). Demgegenüber bestätigte der Kläger in der ersten Befragung seine Behauptung in der Duplik (vgl. Urk. 29 Rz 61: "bis max. ca. CHF 35'000"), wonach der grösste Betrag, den er von H.\_\_\_\_\_ erhalten habe "kaum grösser als Fr. 35'000.00" gewesen sei (Prot. I S. 15). In der Parteibefragung vor Obergericht wollte der Kläger auf die entsprechende Frage dagegen nur Zahlungen gelten lassen, die nicht einmal den von ihm im Behauptungsverfahren dargestellten Rahmen erreicht haben sollen. In diesem Sinne führte er aus: "Das ist schon so lange her. Vielleicht waren es einmal Fr. 15'000.00" (Prot. II S. 29). Das ist doch immerhin eine erstaunliche Differenz und steht auch im Widerspruch zu

- 36 - den weiteren Ausführungen des Klägers. Schliesslich ging der Kläger im Rahmen der Parteibefragung vom 17. November 2014 (Konfrontationseinvernahme) auf den Vorhalt, ob er denn nicht der Beklagten gegenüber am Telefon zugegeben habe, von H.\_\_\_\_\_ einmal einen Betrag von Fr. 80'000.00 empfangen zu haben, auf diesen Betrag gar nicht ein. Stattdessen bestätigte er ausdrücklich, von H.\_\_\_\_\_ einmal Geld bekommen zu haben, der aber für den "I.\_\_\_\_\_" bestimmt gewesen sei (Prot. II S. 43). Damit liess der Kläger zumindest eine Zahlung von Fr. 80'000.00 im Raume stehen. Die Zeugin D.\_\_\_\_\_ hatte vor Vorinstanz auf die Frage, was der Kläger mit den Fr. 10'000.00 gemacht habe (vgl. dazu unten E. 5.5.4.), die er von H.\_\_\_\_\_ empfangen haben will und von der er der Zeugin im April 2011 vor der Rechnungstellung berichtet hatte (Urk. 58 S. 3), zu Protokoll gegeben: "Das Geld hat er wohl bei sich in die Kasette gelegt. Wo das Geld ist, weiss ich nicht" (Urk. 58 S. 3). Auf diese Kasette in der Beweisaussage vor Obergericht angesprochen, gestand der Kläger ein, in dieser "privaten Kasette" Geld verwahrt zu haben, das er z.B. habe für Ferien verwenden können. In seiner Einzelfirma beziehe er "offiziell" keinen Lohn, und wenn er Geld brauche, gehe er zu seiner Frau (Prot. I S. 54). Die Berufungsinstanz hat den Kläger bei der Beantwortung dieser Fragen als ausgesprochen fahrig und nervös erlebt. Seinen Aussagen fehlt jegliche Konstanz. Ausdrücklich gab er zu, Gelder "in den Sack genommen" und nicht korrekt abgerechnet zu haben. Aus der Befragung vor Obergericht ergibt sich weiter, dass der Kläger der Auffassung ist, "offiziell" keinen Lohn zu haben und dass er für Geld seine Frau fragen muss. Die erwähnte Kasette ist ein Ort, wo der Kläger für seine eigenen Bedürfnisse Bargeld aufbewahren kann. Denkbar ist es, dass der Kläger die Übersicht über seine von H.\_\_\_\_\_ während der langjährigen Zusammenarbeit erhaltenen Bargeldbeträge verloren hat. Dass er aber solche Beträge von H.\_\_\_\_\_ in grösserem Umfang entgegengenommen hat, steht auf Grund des Beweisergebnisses fest. Auf Grund der Aussagen des Klägers ist davon auszugehen, dass solche Beträge bisweilen in seiner Bargeldkasette gelandet sind.

#### **E. 5.5.2.5**

In diesem Zusammenhang sind die Aussagen des Zeugen H.\_\_\_\_\_ von Belang, der bestätigte, dass der Kläger früher immer wieder in seinen Bordellbetrieben Schreinerarbeiten ausgeführt habe, die stets in bar abgegolten worden seien. Quittungen habe der Zeuge weder erhalten noch verlangt (Urk. 18 S. 3). Es habe nie Quittungen gegeben (Urk. 66 S. 10 f.). Das sei "üblich und billiger" gewesen (Urk. 18 S. 5). H.\_\_\_\_\_ bestätigte vor Vorinstanz die von der Beklagten mit der Duplik aufgestellte Behauptung, das Auftragsvolumen habe sich im Laufe der Jahre auf mehrere hunderttausend Franken belaufen (Urk. 35 S. 3), wobei er in der Zeugenbefragung eine "Grössenordnung zwischen Fr. 200'000.00 und Fr. 400'000.00 erwähnte (Urk. 66 S. 18). Der Kläger und er hätten immer "alles schwarz gemacht". Der Kläger habe gesagt, "wir sollten es unter der Hand machen" (Urk. 66 S. 11). Diese Aussagen stimmen – vom Auftragsvolumen abgesehen – in den Grundzügen mit denjenigen des Klägers überein. Auf das vom Zeugen H.\_\_\_\_\_ betriebene Gewerbe ist es wohl zurückzuführen, dass der Zeuge offensichtlich im Gelde "schwimmt". So führte der Zeuge aus, dass er aus seinen Clubs täglich Bargeldeinnahmen von Fr. 30'000.00 bis Fr. 40'000.00 erwirtschaftete (Urk. 18 S. 5). Dies erscheint als glaubhaft (vgl. auch Prot. II S. 67 und Prot. II S. 37). Der Zeuge war daher ohne weiteres in der Lage, dem Kläger für seine Arbeiten auch grosse Beträge in bar zu übergeben.

#### **E. 5.5.2.6**

Zusammenfassend ist festzustellen, dass der Kläger für den Zeugen H.\_\_\_\_\_ während Jahren Schreinerarbeiten gegen Bargeld erbracht hat. Dabei haben sich der Kläger und der Zeuge in ihrer Jahre dauernden Zusammenarbeit auf Schwarzarbeit geeinigt und haben es tunlichst vermieden, dass Papierspuren entstanden. Der Kläger hat dabei, um seine eigene Wendung zu gebrauchen, "unkorrekt" abgerechnet, d.h. am Steueramt vorbei. Fest steht, dass der Kläger diese Zahlungen auch seiner Ehefrau nicht offengelegt hat, welche nach dem Betriebskonzept eine umfassende finanzielle Übersicht über den Familienbetrieb haben sollte (vgl. Zeugenaussagen D.\_\_\_\_\_ und AC.\_\_\_\_\_). Aus den Aussagen des Klägers im Zusammenhang mit der Bargeldkassette ist zu schliessen, dass ihm solche Bargeldeinnahmen dazu verhalfen, eigene Bedürfnisse zu finanzieren, ohne das vor seiner Frau offenlegen und sie um Geld angehen zu müssen.

#### **E. 5.5.3**

Hilfstatsache: Erfassung der Arbeiten bei der Beklagten in der Buchhaltung

##### **E. 5.5.3.1**

Mit dem Beweisbeschluss der Vorinstanz vom 11. Juni 2013 (Urk. 46) wurde dem Kläger aufgegeben, einen Auszug aus seiner Buchhaltung "mit sämtlichen Buchungen betreffend den Auftrag "A.\_\_\_\_\_, insbesondere die Verbuchung von Zahlungen und angefangenen Arbeiten" zu edieren. Hierauf reichte der Kläger einen Bericht der ihn beratenden E.\_\_\_\_\_ AG vom 13. Juni 2013 ein (Urk. 56/1). Daraus ergibt sich, dass die folgenden Beträge für die Arbeiten im Hause der Beklagten verbucht worden sein sollen: Fr. 40'000.00 per 31. Dezember 2007, Fr. 40'000.00 per 31. Dezember 2008, Fr. 35'000.00 per 31. Dezember 2009, Fr. 83'503.00 per 31. Dezember 2010, Fr. 156'287.35 per 11. April 2011 [= Rechnungsbetrag und Rechnungsdatum, vgl. Urk. 4/2].

### **E. 5.5.3.2**

Diese Verbuchungen haben mit dem Wert der schliesslich in Rechnung gestellten Arbeiten wenig zu tun. Wiederholt hat der Kläger denn auch zu Protokoll gegeben, dass ihn die letztendliche Rechnungshöhe erstaunt habe (Prot. I S. 16 und Prot. II S. 55), ja die Rechnung sei "ein bisschen in Vergessenheit geraten" (Prot. II S. 27). Das ist jedenfalls nicht das Verhalten eines Handwerksbetriebs, der es von Anfang auf eine genaue Abrechnung mit dem Auftraggeber abgesehen hat. Umgekehrt steht das Bild, das sich aus den zu den Akten gegebenen Buchhaltungsunterlagen ergibt, in krassm Gegensatz zu den Beteuerungen des Klägers im Beweisverfahren, wonach die Arbeiten im Hause der Beklagten in der Buchhaltung "komplett" verbucht gewesen seien (vgl. Prot. II S. 27 und S. 51).

### **E. 5.5.4**

Hilfstatsache: Anzahlung von Fr. 10'000.00 durch H. \_\_\_\_\_

#### **E. 5.5.4.1**

Der Kläger will vom Zeugen H. \_\_\_\_\_ für die Arbeiten im Hause der Beklagten eine Anzahlung von Fr. 10'000.00 in bar empfangen haben, die er dann mit der Rechnung vom 11. April 2011 (Urk. 4/2 S. 11) der Beklagten gutschrieb. Die Beklagte (und mit ihr auch H. \_\_\_\_\_) bestreitet die Leistung dieser Zahlung, denn bezahlt worden seien nur zwei Barbeträge: Fr. 70'000.00 und Fr. 80'000.00 (Urk. 10 Rz 14 und 17).

- 39 -

#### **E. 5.5.4.2**

Auch der Zeuge H. \_\_\_\_\_ bestreitet, dem Kläger für die Arbeiten im Hause der Beklagten je eine Akontozahlung von Fr. 10'000.00 geleistet zu haben (Urk. 18 S. 6). Vor Obergericht führte er das etwas näher aus: Für das von ihm betriebene Gewerbe führe kein Handwerker Arbeiten ohne Anzahlung aus. Er, H. \_\_\_\_\_, leiste daher stets "zu Beginn des Auftrags oder nach einer gewissen Zeit eine Anzahlung von einem Drittel oder der Hälfte des Gesamtpreises." Eine Anzahlung von Fr. 10'000.00 würde bedeuten, dass das Auftragsvolumen lediglich Fr. 30'000.00 betragen hätte (Prot. II S. 63). Diese Ausführungen des Zeugen sind lebensnah und einleuchtend, ist es doch in der Tat kaum vorstellbar, dass ein Handwerker für das Rotlichtgewerbe umfangreichere Arbeiten ohne Sicherstellung macht.

#### **E. 5.5.4.3**

Die Zeugin D. \_\_\_\_\_, die im Betrieb mitarbeitende Ehefrau des Klägers, weiss über die angebliche Zahlung von Fr. 10'000.00 nichts Konkretes zu berichten. Erfahren habe sie von dieser Zahlung bei der Vorbereitung der Rechnung vom 11. April 2011 (vgl. Urk. 4/2). Der Kläger habe nämlich "in seinen Unterlagen gefunden, dass er Fr. 10'000.- erhalten hat und so habe ich das auf der Rechnung berücksichtigt" (Urk. 58 S. 2).

#### **E. 5.5.4.4**

In der Klageschrift behauptete der Kläger, diese Zahlung "im März 2007" empfangen zu haben (Urk. 2 Rz 13). Dazu, wie er von H. \_\_\_\_\_ die fraglichen Fr. 10'000.00 erhalten habe, präsentierte der Kläger im Verlaufe seiner verschiedenen Befragungen ganz unterschiedliche Varianten: – Er habe am 23. März 2007 von H. \_\_\_\_\_ "am AI. \_\_\_\_\_" (recte: P. \_\_\_\_\_ an der O. \_\_\_\_\_-strasse ...) Fr. 10'000 erhalten. Die Fr. 10'000.00 habe er

dann seiner Frau übergeben (formlose Befragung, Prot. I S. 9 f.). – Am 23. März 2007 habe ihm H.\_\_\_\_\_ eine Restzahlung für die Ziersäulen von Fr. 15'000.00 gegeben. Gleichzeitig habe er ihm Fr. 10'000.00 gegeben (Parteibefragung, Urk. 67 S. 7). Zum ersten Mal habe er H.\_\_\_\_\_ im Zusammenhang mit dem Projekt der Beklagten

- 40 - am 21. November 2006 getroffen. Die Geldübergabe sei aber später an der O.\_\_\_\_\_ -strasse erfolgt (Parteibefragung, Urk. 67 S. 7). – Gestützt auf seine Agenda führte der Kläger in der Beweisaussage vor Obergericht aus, die Geldübergabe sei am 21. November [wohl 2006] in AH.\_\_\_\_\_ im Hause der Beklagten erfolgt. AC.\_\_\_\_\_ sei dabei gewesen. H.\_\_\_\_\_ habe "uns den Auftrag erklärt und mir für die Anfertigung der Türen Fr. 10'000.00 in bar übergeben" (Prot. II S. 51). – Und im Rahmen der Beweisaussage aufgefordert, die Sache nochmals zu beschreiben, führte der Kläger aus, dass er für die Säulen einen Schlussbetrag erhalten habe und bei dieser Gelegenheit habe ihn H.\_\_\_\_\_ gefragt, wieviel er für die Türen haben müsse. Darauf habe ihm H.\_\_\_\_\_ Fr. 10'000.00 für die Türen gegeben. Für die Säulen habe er Fr. 8'000.00 oder Fr. 9'000.00 erhalten, nein er glaube, es seien lediglich ca. Fr. 5'000.00 gewesen (Prot. II S. 56).

#### **E. 5.5.4.5**

Die Aussagen des Klägers in diesem Zusammenhang sind widersprüchlich, fährt er doch einen wahren Zickzackkurs. Das sind deutliche Lügensignale. Der Kläger hatte noch zu Beginn des Verfahrens zu Protokoll gegeben, dass er den Betrag von Fr. 10'000.00 seiner Frau übergeben habe (Prot. I S. 10). D.\_\_\_\_\_ wusste indessen nichts von einer solchen Zahlung (Urk. 58 S. 2); von dieser Zahlung habe sie erst anlässlich der Vorbereitung der Rechnung erfahren (Urk. 58 S. 2). Das ist ohne weiteres glaubhaft. Auch der Mitarbeiter, welcher am 21. November 2006 zusammen mit dem Kläger und H.\_\_\_\_\_ auf der Baustelle war, hat keine Bargeldzahlung beobachtet, legte er doch in jeder Hinsicht glaubhaft dar, dass "im Fall A.\_\_\_\_\_ ... kein Bargeld geflossen" sei, "sondern nur Trinkgeld" (Urk. 20 S. 4). Nicht undenkbar ist demgegenüber, dass der Kläger seiner Frau gegenüber einen bei ihm im Zeitpunkt der Rechnungstellung vorhandenen gewesenen Bargeldbetrag rechtfertigen musste, weshalb dann dieser Betrag Eingang in die Rechnung gefunden hat. H.\_\_\_\_\_s Zeugenaussage erscheint dem Gericht in Würdigung aller Umstände als verlässlich. Beweiswürdigend ist daher festzuhalten, dass der Kläger von H.\_\_\_\_\_ die fragliche Anzahlung von Fr. 10'000.00 nicht empfangen hat.

- 41 -

#### **E. 5.5.5**

Hilfstatsache: Zeitpunkt der Rechnungstellung durch den Kläger

##### **E. 5.5.5.1**

Fest steht, dass der Kläger für seine in den Jahren 2006 und 2007 im Hause der Beklagten ausgeführten Arbeiten erst am 11. April 2011 Rechnung stellte (Urk. 4/2). Die Zeugin D.\_\_\_\_\_ hat dazu ausgesagt, sie sei es gewesen, die schliesslich ihren Mann zur Rechnungstellung gedrängt habe (Urk. 58 S. 3). Im Behauptungsverfahren hatte der Kläger dazu ausführen lassen, er habe zunächst am 29. März 2011 H.\_\_\_\_\_ eine Kostenzusammenstellung geschickt. In der Folge habe er H.\_\_\_\_\_ telefonisch nicht erreichen können, worauf er der Beklagten die förmliche Rechnung vom 11. April 2011 geschickt habe (Urk. 29 Rz 25 und 26 mit Hinweis auf Urk. 30/5-7 und Urk. 4/2).

##### **E. 5.5.5.2**

Der Kläger ist Inhaber eines gut geführten Handwerksbetriebs, der sich von der E. \_\_\_\_\_ AG treuhänderisch beraten lässt (vgl. Urk. 56/1). Dass der Kläger mit der Rechnungstellung eines Betrages, der ohne die umstrittene Anzahlung von Fr. 10'000.00 immerhin im Bereiche zwischen Fr 160'000.00 und Fr. 170'000.00 lag, ca. 3½ Jahre zuwartete, ist bei einem ordnungsgemäss geführten Handwerksbetrieb praktisch undenkbar. Für das vom Kläger an den Tag gelegte Verhalten besteht jedenfalls ein hoher Erklärungsbedarf.

#### **E. 5.5.5.3**

In der Parteibefragung vor Obergericht erklärte der Kläger, er habe den Rechnungsbetrag bei der Beklagten bewusst stehen lassen, weil er ein CNC- Bearbeitungszentrum habe anschaffen wollen [CNC für Computerized Numerical Control]. Diese Maschine koste ca. Fr. 250'000.00. Die Arbeiten bei der Beklagten hätten eine Reserve dargestellt. So hätte er sofort die für die Maschine erforderliche Anzahlung von Fr. 70'000.00 leisten können. Die Anschaffung der Maschine habe sich aber hinausgezögert. Schliesslich sei er über die Rechnungshöhe erstaunt gewesen (Prot. II S. 25 f.; vgl. oben E. 5.3.2.8.). Und etwas mehr als zwei Monate später führte der Kläger anlässlich seiner Beweisaussage aus, er habe sich schliesslich "gewundert", dass "wir nie eine Akontozahlung verlangt haben." Ob des hohen Rechnungsbetrages sei er dann "ein bisschen schockiert" gewesen. Vor der Kostenzusammenstellung habe er den Schlussbetrag nämlich nicht gekannt. Die Arbeiten habe er anlässlich des ge-

- 42 - richtlichen Augenscheins vom 4. November 2014 erstmals gesehen (Prot. II S. 55).

#### **E. 5.5.5.4**

Die vom Kläger im Beweisverfahren gegebene Sachdarstellung ist abwegig: Kein ordentlich geführter Handwerksbetrieb lässt bei Kunden im Sinne stiller Reserven sechsstellige Rechnungsbeträge stehen, um dann schliesslich nach Jahr und Tag doch noch Rechnung zu stellen, nämlich dann, wenn Liquidität für Investitionen erforderlich ist. Dass auch die Zeugin D. \_\_\_\_\_ die Geschichte von ihrem Ehemann gehört haben muss (vgl. Urk. 58 S. 3), macht sie nicht weniger absurd. Auf den Vorhalt in der Parteibefragung, dass man zur Sicherstellung der Anzahlung für die CNC-Maschine auch ein besonderes Bankkonto hätte einrichten können, ging der Kläger gar nicht ein (Prot. II S. 27), um etwas später darzulegen, er habe das Geld deshalb bei der Beklagten stehen gelassen, weil sonst seine Frau das Geld für Zahlungen verwendet hätte (Prot. II S. 27 f.). Die vom Kläger für die späte Rechnungstellung gegebene Erklärung ist mithin nicht nachvollziehbar. Dazu kommt, dass der Kläger nach seinem eigenen Bekunden seinerzeit keine Ahnung hatte, wie hoch der Betrag war, den er bei der Beklagten stehen gelassen haben will. Ob des hohen Betrages will er sich "gewundert" haben, ja geradezu "schockiert" gewesen zu sein. Solche nicht nachvollziehbaren Erklärungsversuche eines bestandenen Geschäftsmanns sind wiederum als deutliche Lügensignale zu werten. Der Kläger legt mithin seine wahren Beweggründe nicht offen.

#### **E. 5.5.5.5**

Beweiswürdigend ist nach dem Gesagten festzuhalten, dass die vom Kläger gegebenen Erklärungen nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmen: Damit bleibt die späte Rechnungstellung erklärungslos.

#### **E. 5.5.6**

Hilfstatsache: Telefonat zwischen den Parteien vom Mai 2011

#### **E. 5.5.6.1**

Fest steht, dass die Beklagte aus Anlass der Rechnung des Klägers vom

#### **E. 5.5.6.2**

In der Parteibefragung vor Obergericht bestätigte die Beklagte, dass ihr der Kläger anlässlich des fraglichen Telefonats gesagt habe, dass er eine Zahlung von Fr. 80'000.00 von H.\_\_\_\_\_ empfangen habe, wobei diese Zahlung aber für den "I.\_\_\_\_\_" bestimmt gewesen sei (Prot. II S. 39). In der anschliessenden Konfrontationseinvernahme zwischen dem Kläger und der Beklagten im Rahmen der Parteibefragungen wurde der Kläger darauf hingewiesen, dass die Beklagte soeben zu Protokoll gegeben habe, dass der Kläger ihr anlässlich des Telefonats bestätigt habe, von H.\_\_\_\_\_ Fr. 80'000.00 empfangen zu haben. Darauf antwortete der Kläger (Prot. II S. 42 f.): "Ich habe Frau A.\_\_\_\_\_ gesagt, ich hätte von Herrn H.\_\_\_\_\_ Geld bekommen. Aber es sei ein Betrag gewesen, der für die Arbeiten im "I.\_\_\_\_\_" bestimmt gewesen sei." Auf den Einwand des Klägers, die Beklagte habe auch von einer Zahlung von Fr. 70'000.00 und einer von Fr. 90'000.00 gesprochen, erklärte die Beklagte, sie habe die Zahlung von Fr. 70'000.00 zwar erwähnt. Man sei aber im Gespräch bei den Fr. 80'000.00 "hängen geblieben"; zu den Fr. 70'000.00 sei man nicht mehr gekommen (Prot. II S. 43). In der folgenden Beweisaussage hielten die Parteien an ihren Standpunkten fest (Prot. II S. S. 52 f. bzw. S. 59 f.). Der Kläger fügte hinzu, dass "zu jenem Zeitpunkt" keine Rechnungen im "I.\_\_\_\_\_" offen gewesen seien (Prot. II S. 53).

#### **E. 5.5.6.3**

Auf Grund der Einlassungen der Parteien im Beweisverfahren ist davon auszugehen, dass anlässlich des Telefongesprächs vom Mai 2011 eine Zahlung von Fr. 80'000.00 H.\_\_\_\_\_s an den Kläger besprochen wurde und dass der Klä-

- 44 - ger dazu eingewendet hat, die Zahlung sei für den "I.\_\_\_\_\_" bestimmt gewesen. Ebenso ist auf Grund der Aussage des Klägers im Beweisverfahren davon auszugehen, dass die für die Arbeiten im "I.\_\_\_\_\_" fällig gewordenen Zahlungen längst beglichen waren.

#### **E. 5.5.6.4**

Beweiswürdigend ist festzuhalten, dass der Kläger anlässlich des Telefonats mit der Beklagten bestätigt hat, von H.\_\_\_\_\_ einmal einen Betrag von Fr. 80'000.00 empfangen zu haben, wobei er zum Ausdruck gab, dass der von der Beklagten angesprochene Betrag nicht für ihre Baustelle in AH.\_\_\_\_\_, sondern für den "I.\_\_\_\_\_" bezahlt worden sei. Das stimmt immerhin überein mit der Darstellung des Zeugen H.\_\_\_\_\_, der darlegte, dass der grösste dem Kläger in bar übergebene Betrag ca. Fr. 80'000.00 im Jahre 2004 oder 2005 betragen habe und eine Bareinrichtung in AG.\_\_\_\_\_ betroffen habe (Urk. 66 S. 4). Für Arbeiten in seinen Bordellbetrieben will H.\_\_\_\_\_ dem Kläger Barzahlungen zwischen Fr. 200'000.00 und Fr. 400'000.00 übergeben haben (Urk. 66 S. 18). Das kann jedoch nur eine approximative Schätzung sein; mangels Papieren und Unterlagen hat in dieser Hinsicht auch der Zeuge H.\_\_\_\_\_ keinen genauen Überblick. Immerhin kann festgehalten werden, dass zwischen H.\_\_\_\_\_ und dem Kläger im Laufe der Zeit grosse Zahlungen geflossen sind. Wenn H.\_\_\_\_\_ dem Kläger Fr. 70'000.00 bzw. Fr. 80'000.00 übergeben haben sollte, wäre das im Lichte ihrer Geschäftsbeziehungen durchaus nicht ungewöhnlich gewesen. Auf Grund der Aussagen der Beklagten im Beweisverfahren kann daher davon ausgegangen

werden, dass der Kläger anlässlich des fraglichen Telefonats bestätigt hat, von H.\_\_\_\_\_ Fr. 80'000.00 empfangen zu haben.

### **E. 5.5.7**

Hilfstatsache: Darlehensverträge zwischen H.\_\_\_\_\_ und der Beklagten

#### **E. 5.5.7.1**

Mit ihrer Klageantwort trug die Beklagte vor, sie habe gegenüber H.\_\_\_\_\_ im Zusammenhang mit den von ihm für die Arbeiten des Klägers geleisteten Zahlungen Darlehensschulden eingehen müssen (Urk. 10 Rz 20). Mit der Duplik reichte sie zwei Darlehensverträge über Fr. 100'000.00 und Fr. 80'000.00, beide datierend vom 17. Dezember 2008, ein (Urk. 36/8a-b). Die Beklagte verwies in diesem Zusammenhang auf ihre frühere gerichtliche Befragung sowie auf die Zeugenaussage H.\_\_\_\_\_s vom 1. November 2012 (Urk. 18 S. 7). Übereinstim-

- 45 - mend hätten sie ausgesagt, "die Differenz von CHF 30'000.00 seien der Beklagten in bar ausbezahlt worden" (Urk. 35 Rz 33). Da die eingereichten Kopien der Darlehensverträge nicht vollständig kopiert waren, wurde der Beklagten im Berufungsverfahren mit Beschluss vom 7. Oktober 2014 (Urk. 95 Dispositiv-Ziff. 4) aufgegeben, die Originalverträge einzureichen. Diese liegen nun im Original bei den Akten (Urk. 97/1-2). Ihr Wortlaut wurde oben wiedergegeben (oben E. 1.8.).

#### **E. 5.5.7.2**

Fest steht, dass die beiden Verträge von der Beklagten von Hand niedergeschrieben wurden; die Darlehensverträge sind aber gemäss dem Zeugen H.\_\_\_\_\_ nicht die Idee der Beklagten gewesen (Urk. 66 S. 13). Die Beklagte stellte dies in der Parteibefragung gleich dar: Sie habe den Text geschrieben, und H.\_\_\_\_\_ habe ihn diktiert (Prot. II S. 38). In der folgenden Zeugenbefragung bestätigte H.\_\_\_\_\_ diese Sachdarstellung (Prot. II S. 66 und 68). Das ist in jeder Hinsicht nachvollziehbar und glaubhaft. Davon ist auszugehen.

#### **E. 5.5.7.3**

In seiner ersten Zeugenbefragung legte H.\_\_\_\_\_ dar, die Beklagte habe auf sein Verlangen die Darlehensverträge unterzeichnen "müssen", weil er eben den Kläger bezahlt habe. Er habe sich eben "absichern" müssen. Fest steht, dass H.\_\_\_\_\_ und die Beklagte zwischen 2002 und 2008 (Urk. 66 S. 16; vgl. auch Prot. II S. 62) und damit zur Zeit der fraglichen Arbeiten eine feste Beziehung unterhielten. H.\_\_\_\_\_ erklärte, dass er sich deshalb habe absichern wollen, weil "die meisten Beziehungen ... auseinander" gingen (Urk. 66 S. 14). Die Beklagte sieht das ähnlich: Sie führte in der Parteibefragung aus, dass für H.\_\_\_\_\_ damals wohl absehbar gewesen sei, "dass unsere Beziehung nicht sehr lange halten werde", weshalb H.\_\_\_\_\_ auf eine "Absicherung" gedrängt habe (Prot. II S. 38). In seiner letzten Zeugenbefragung erklärt das der Zeuge H.\_\_\_\_\_ so (Prot. II S. 67): "In einer Beziehung handelt man anders als im Geschäftsleben oder unter Freunden." Nach Auffassung des Gerichts sind das glaubhafte Darstellungen, die im Ergebnis zu den Persönlichkeiten der Beklagten und auch H.\_\_\_\_\_s passen.

#### **E. 5.5.7.4**

Am 3. September 2013 wurde H.\_\_\_\_\_ vor Vorinstanz gefragt, ob die Beklagte die Darlehen haben zurückzahlen müssen. Er antwortete hierauf, er habe das Geld noch nicht verlangt; er werde es aber schon noch zurückfordern (Urk. 66

- 46 - S. 14). In der Parteibefragung vom 17. November 2014 wurde die Beklagte dazu befragt, wie sie selber die Glaubwürdigkeit H.\_\_\_\_s einstufe. Sie antwortete, dass sie darauf vertraue, dass das, was ihr H.\_\_\_\_ bezüglich seiner beiden Barzahlungen an den Kläger gesagt habe, stimme, denn er hätte "ganz andere Gelegenheiten" dazu gehabt, sie "über den Tisch zu ziehen." Und auf die Nachfrage, was sie denn damit meine, antwortete sie: "Er hätte z.B. sich bei den Darlehen anders verhalten können. Diese musste ich bis heute nicht zurückbezahlen." H.\_\_\_\_ sei "in finanzieller Hinsicht auf jeden Fall" ein ehrlicher Mensch (Prot. II S. 37). "Bis heute" habe sie auch keine Zinsen bezahlt (Prot. II S. 38). Als Zeuge erklärte H.\_\_\_\_ dazu vor Obergericht, dass er der Beklagten das Geld für die Schreinerarbeiten des Klägers vorgeschossen habe. Als sie ihm bei der Trennung das Geld nicht habe zurückzahlen können, habe er ihr vorgeschlagen, "einen Darlehensvertrag zu machen" (Prot. II S. 65). Zurückgefordert habe er das Geld bis heute noch nicht; und "vielleicht schenke ich es ihr." Das Darlehen sei aber echt, denn er wisse noch, "wo wir gesessen sind, als wir die Verträge abgefasst haben" (Prot. II S. 66). Fest steht allerdings, dass weder die Beklagte noch H.\_\_\_\_ die Darlehensschuld bzw. die Darlehensforderung in ihren Steuererklärungen deklariert haben (Prot. II S. 38 und S. 69). Das Gericht hält auch diese übereinstimmende Sachdarstellung H.\_\_\_\_s und der Beklagten für glaubhaft. Welches genau die Beziehungen zwischen H.\_\_\_\_ und der Beklagten sind und waren, kann nicht beurteilt werden. Fest steht aber, dass während längerer Zeit eine engere Beziehung zwischen der Beklagten und H.\_\_\_\_ bestand, welche um die Zeit der Unterzeichnung der beiden Darlehensverträge in eine gewisse Krise geriet. Heute haben H.\_\_\_\_ und die Beklagte "zwei- bis dreimal pro Monat" Kontakt, zum letzten Mal am Tag vor der Beweisverhandlung vom 6. Februar 2015 (Prot. I S. 62). Diese Beschreibung der Beziehung zur Beklagten durch den Zeugen H.\_\_\_\_ stimmt durchaus auch überein mit jener der Beklagten. So führte die Beklagte in der Parteibefragung vor Obergericht aus, eigentlich kämen sie und H.\_\_\_\_ heute sehr gut miteinander aus. Im Jahre 2011 (als der Kläger Rechnung stellte) sei es auch schon so gewesen. Am schwierigsten sei ihre Beziehung mit H.\_\_\_\_ im Sommer 2008 gewesen (Prot. II S. 40). Auch hier kann ohne weiteres auf diese Sachdarstellung der Be-

- 47 - klagten abgestellt werden. Nicht zu übersehen ist, dass die Beziehung zwischen ihr und H.\_\_\_\_ sich nicht auf Augenhöhe abspielt. Vielmehr ist eine gewisse Rangordnung zwischen H.\_\_\_\_ und der Beklagten nicht zu verkennen: Die Beklagte wartet mit der Bedienung der Darlehensverträge zu, bis H.\_\_\_\_ dies verlangt. Aufschlussreich ist H.\_\_\_\_s Satz in der Zeugenaussage vor Obergericht: "Ich brauche das Geld nicht, sie vielleicht schon" (Prot. II S. 66). Und die Beklagte beschrieb H.\_\_\_\_ als einen "in finanzieller Hinsicht" ehrlichen Menschen, "denn er hat es nicht nötig" (Prot. II S. 37). H.\_\_\_\_ dagegen weiss offensichtlich selber nicht, ob er die Darlehenssummen von der Beklagten je zurückfordern will. Und damit hat er die Beklagte in einem gewissen Sinne in seiner Hand. Nichtsdestotrotz geht es hier um echte Darlehensverträge, welche die Beklagte eingegangen ist, weil sie davon überzeugt war, dass H.\_\_\_\_ den Kläger für dessen Arbeiten in ihrem Haus schadlos gehalten hat.

#### **E. 5.5.7.5**

Nach der Sachdarstellung der Beklagten bezahlte H.\_\_\_\_ dem Kläger auf ihre Rechnung zwei Barbeträge, einen von Fr. 70'000.00 und einen weiteren von Fr. 80'000.00. Demgegenüber datieren die beiden im Rechte liegenden Darlehensverträge beide vom gleichen Datum, nämlich vom 17. Januar 2008. Der eine Vertrag weist eine

Darlehenssumme von Fr. 100'000.00 auf und der zweite Vertrag eine solche von Fr. 80'000.00. Das ergibt einen Betrag von Fr. 180'000.00, mithin Fr. 30'000.00 mehr als H.\_\_\_\_\_ dem Kläger bezahlt haben soll. Das ruft nach Fragen. 5.5.7.5.1. In der sog. formlosen Befragung vor Vorinstanz sagte die Beklagte da- zu, dass im Betrag von Fr. 180'000.00 die Kosten für den Schreiner sowie "zu- sätzlich Fr. 30'000.00 für die Bezahlung von Rechnungen" enthalten gewesen seien (Prot. I S. 22 f.). In seiner ersten Zeugenbefragung vom 1. November 2012 erklärte H.\_\_\_\_\_ die Differenz von Fr. 30'000.00 so: "Die Beklagte hat noch zu- sätzlich Bargeld gebraucht" (Urk. 18 S. 6 f.). Und in der zweiten Zeugenbefragung vom 3. September 2013 erklärte er die Differenz zunächst so: "Die Summe von Fr. 150'000.00 hat sie für die Arbeiten gebraucht und den Rest brauchte sie für Anderes." Und auf die weitere Frage, ob er der Beklagten denn den ganzen Be- trag von Fr. 180'000.00 ausbezahlt habe, bestätigte der Zeuge das Gesagte wie

- 48 - folgt: "Ich habe ihr Fr. 30'000.00 ausbezahlt und Fr. 150'000.00 habe ich dem Kläger bezahlt" (Urk. 66 S. 18). In der ersten "formlosen" Befragung vor Bezirksgericht, legte die Beklagte dar, im Rahmen der Gesamtrenovation ihres Hauses in AH.\_\_\_\_\_ habe einzig der Kläger durch die Vermittlung H.\_\_\_\_\_s Arbeiten ausgeführt. Nur er sei durch Bar- zahlungen abgegolten worden. Alle andern Rechnungen seien über die Post be- zahlt worden. Vom Kläger habe sie gewusst, dass er mit H.\_\_\_\_\_ Barzahlung vereinbart habe "wie jeweils im Club" (Prot. I S. 21 f.). 5.5.7.5.2. Im Rahmen des Beweisverfahrens vor Obergericht antwortete die Be- klagte in der Parteibefragung auf die Frage, ob der Kläger der einzige Handwer- ker gewesen sei, der ihr von H.\_\_\_\_\_ vermittelt worden sei, ohne Umschweife, dass dies auch den Elektriker betroffen habe, nämlich die Firma AE.\_\_\_\_\_, wel- che vermutlich in AG.\_\_\_\_\_ domiziliert sei. Mit dem Elektriker habe sie aber nicht ähnliche Probleme gehabt wie mit dem Kläger. Spontan fügte sie bei, dass "die Fr. 30'000.00 im Darlehen" eben den Elektriker betroffen hätten. Von diesem ha- be sie nie eine Rechnung erhalten (Prot. II S. 35). Die Frage, weshalb denn der eine Darlehensvertrag eine Summe von Fr. 100'000.00 aufweise und der andere eine solche von Fr. 80'000.00, beantwor- tete die Beklagte in der Parteibefragung wie folgt: In der Zeit um den Abschluss der Darlehensverträge, d.h. um den 17. Januar 2008, sei von H.\_\_\_\_\_ die zweite Summe an den Kläger von Fr. 80'000.00 übergeben worden. Die Summe von Fr. 100'000.00 betreffe im Umfange von Fr. 70'000.00 die erste Barzahlung an den Kläger sowie im Umfange von Fr. 30'000.00 die Zahlung von H.\_\_\_\_\_ an den Elektriker (Prot. II S. 39).

#### **E. 5.5.7.6**

In der Vernehmung als Zeuge vom 6. Februar 2015 schwenkte H.\_\_\_\_\_ auf die soeben beschriebene Position der Beklagten ein: H.\_\_\_\_\_ führte aus, dass er die beiden Verträge zusammen mit der Beklagten am 17. Januar 2008 in einem Hotel im Kreis 2 abgefasst habe (Prot. II S. 66). Weshalb zwei Verträge gemacht worden seien, wisse er nicht mehr. Auf Vorhalt seiner Zeugenaussage vom 3. September 2013, wonach er den Differenzbetrag zwischen Fr. 150'000.00

- 49 - und Fr. 180'000.00, nämlich Fr. 30'000.00, seinerzeit der Beklagten in bar über- gehen habe, korrigierte der Kläger die frühere Aussage sofort: Den Betrag von Fr. 30'000.00 habe er nicht der Beklagten, sondern "jemandem anderem" bezahlt. Die weiteren Aussagen in diesem Zusammenhang mussten dem Zeugen Wort für Wort entlockt werden: Die Fr. 30'000 seien an einen Elektriker gegangen. Es sei dies nicht die Firma AE.\_\_\_\_\_ gewesen, welche lediglich für das Computersystem habe arbeiten müssen. Es sei eben ein Elektriker, der "weniger komplizierte Ar- beiten erledigt" habe. Und auf die Nachfrage, wie

denn dieser Elektriker heisse, antwortete der Zeuge: " Er lebt schon lange nicht mehr in der Schweiz. Er ist nach Thailand ausgewandert" (Prot. II S. 67). Und auf nochmalige Nachfrage bequeme der Zeuge sich schliesslich zu sagen: "Er heisst AF.\_\_\_\_\_ und arbeitete in AG.\_\_\_\_\_" (Prot. II S. 68).

#### **E. 5.5.7.7**

Die Beklagte hat sowohl im Rahmen der Parteibefragung als auch im Rahmen der Beweisaussage auf das Gericht einen glaubwürdigen Eindruck gemacht. Im Beweisverfahren berichtete die Beklagte weitgehend spontan, wie es sich aus ihrer Sicht mit den drei Zahlungen von insgesamt Fr. 180'000.00 verhalte. Die von der Beklagten im Beweisverfahren gegebene Darstellung erscheint daher ohne weiteres als glaubhaft. Demgegenüber ist bezüglich des Zeugen H.\_\_\_\_\_ immerhin festzuhalten, dass er in der Zeugenbefragung vor Vorinstanz in einem Nebenpunkt die Unwahrheit gesagt hat: Offensichtlich wollte er die Zahlung an den Elektriker nicht offen legen und verlegte sich wahrheitswidrig darauf, dass die Zahlung von Fr. 30'000.00 der Beklagten in bar ausbezahlt worden sei. Von der Beklagten, mit der er noch immer regelmässigen Kontakt pflegt, dürfte er erfahren haben, dass sie bezüglich der Geldzahlung für den Elektriker in der Parteibefragung vom 17. November 2014 die Karten auf den Tisch gelegt hatte. Das erklärt denn auch anlässlich H.\_\_\_\_\_'s Zeugenbefragung vor Obergericht sein sofortiges Umschwenken auf den entsprechenden Vorhalt hin (Prot. II S. 67). Dass der Zeuge sich der Zahlung von Fr. 30'000.00 stets bewusst war, steht ausser Frage. Ob die Zahlung an die Firma AE.\_\_\_\_\_ geflossen ist, wie die Beklagte meint, oder aber an einen Elektriker AF.\_\_\_\_\_, der sich gemäss H.\_\_\_\_\_ heute in Thailand aufhalten soll, kann in diesem Zusammenhang offen bleiben. Der Zeuge H.\_\_\_\_\_ war offensichtlich bestrebt, anlässlich der zweiten Zeugenbefragung durch die Vo-

- 50 - rinstanz nur so viel offen zu legen, wie er das als nötig empfand. Das ist für einen Vertreter des Rotlichtgewerbes durchaus keine untypische Verhaltensweise. H.\_\_\_\_\_'s Aussagen müssen daher mit einer gewissen Vorsicht gewürdigt werden, was indessen nicht heisst, dass auf seine Aussagen ganz generell nicht abgestellt werden dürfte. Glaubhaft und einleuchtend sind die Aussagen H.\_\_\_\_\_'s, wonach Handwerker, die für das Rotlichtgewerbe arbeiteten, stets eine Anzahlung verlangten und dass er üblicherweise einen Drittel bis zur Hälfte zu Beginn der Arbeiten bezahle und den Rest nach der Beendigung der Arbeiten. Das wiederum stimmt mit der Darstellung des Klägers überein, wonach H.\_\_\_\_\_ stets ein zuverlässiger Zahler gewesen sei. In Würdigung der Beweise ist namentlich gestützt auf die Aussagen der Beklagten in der Parteibefragung festzuhalten, dass aus ihrer Sicht die Darlehensverträge im Januar 2008 abgeschlossen wurden, nachdem H.\_\_\_\_\_ die zweite Zahlung von Fr. 80'000.00 dem Kläger zu erstatten hatte, und dass der gleichzeitig abgeschlossene Darlehensvertrag über Fr. 100'000.00 die erste Zahlung an den Kläger von Fr. 70'000.00 sowie die Zahlung H.\_\_\_\_\_'s an den Elektriker von Fr. 30'000.00 zum Gegenstand hatte. Ob H.\_\_\_\_\_ die Darlehenssumme gegenüber der Beklagten je durchsetzen wird, weiss die Beklagte nicht. Und selbst H.\_\_\_\_\_ scheint es nicht zu wissen.

#### **E. 5.5.8**

Umstrittene Geldübergaben von Fr. 70'000.00 bzw. Fr. 80'000.00

##### **E. 5.5.8.1**

Die Beklagte war bei den von ihr behaupteten Geldübergaben nicht zu- gegen. Von ihr kann auf Grund des im Beweisverfahren beim Gericht entstandenen Eindrucks lediglich gesagt werden, dass sie jedenfalls der festen Überzeugung ist, dass H.\_\_\_\_\_ dem Kläger für dessen Arbeiten in ihrem Haus zwei Barzahlungen hat zukommen lassen, nämlich eine erste von Fr. 70'000.00 und eine zweite von Fr. 80'000 im Zeitraum der Unterzeichnung der Darlehensverträge im Januar 2008.

#### **E. 5.5.8.2**

Für den hier entscheidenden Vorgang, ob Geld von H.\_\_\_\_\_ zum Kläger geflossen ist oder nicht, kommt es mithin auf die Aussagen der beiden Protagonisten im Beweisverfahren an, nämlich des Klägers und H.\_\_\_\_\_. Der Kläger ist

- 51 - gleichsam Zeuge in eigener Sache und bei H.\_\_\_\_\_ verhält es sich nicht entscheidend anders: Er war mit der Beklagten während der entscheidenden Phase eng liiert, nahm für die Beklagte während der Bauphase eine wichtige Betreuungsfunktion ein und pflegt mit ihr noch heute regelmässigen Kontakt. H.\_\_\_\_\_ ist mithin ein parteinaher Zeuge, der auf der Seite der Beklagten zentral in das Geschehen involviert war. Auf der Hand liegt insbesondere auch, dass H.\_\_\_\_\_ die Beklagte auch im Rechtsstreit mit dem Kläger unterstützte und ihr den Anwalt für den vorliegenden Prozess vermittelt hat, kennt er doch den Anwalt der Beklagten persönlich, weil dieser in der Anwaltskanzlei AK.\_\_\_\_\_ arbeitet (Prot. II S. 62), von der es notorisch ist, dass sie Klienten aus dem Rotlichtmilieu betreut (in diesem Sinne auch Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_ in Prot. II S. 72). Allerdings wird sich der Prozessausgang so oder anders nicht direkt auf H.\_\_\_\_\_ auswirken, denn die Beklagte ist ihm gegenüber im Zusammenhang mit den Arbeiten des Klägers Darlehensschulden eingegangen. Für H.\_\_\_\_\_ hat es keine rechtliche Bedeutung, ob die Beklagte im Prozess obsiegt oder nicht: Unterliegt die Beklagte im Prozess, so wird H.\_\_\_\_\_ die Rückforderung der Darlehenssummen gegenüber der Beklagten aber im Umfange von Fr. 150'000.00 nur schwer durchsetzen können. Obsiegt die Beklagte dagegen im Prozess, so steht es H.\_\_\_\_\_ nach wie vor frei, die Darlehenssummen von der Beklagten zu kassieren. Beide Personen, der Kläger und H.\_\_\_\_\_, auf deren Aussagen es in diesem Prozess im Wesentlichen ankommt, sind nach dem Gesagten in einer gewissen Weise befangen. Wer befangen ist, sagt aber im Beweisverfahren nicht bereits aus diesem Grunde einfach die Unwahrheit; die Befangenheit ruft indessen nach einer besonders sorgfältigen Beweiswürdigung.

#### **E. 5.5.8.3**

H.\_\_\_\_\_ bestätigte in diesem Verfahren dreimal als Zeuge, dem Kläger zwei Barzahlungen von Fr. 70'000.00 und Fr. 80'000.00 übergeben zu haben, und zwar im Sinne einer Anzahlung und einer Schlusszahlung (Urk. 18 S. 5, Urk. 66 S.9, Prot. II S. 63). Der Kläger bestritt dagegen stets, diese Zahlungen empfangen zu haben: In der Parteibefragung vor Vorinstanz stellte er ausdrücklich eine Zahlung von Fr. 80'000.00 in Abrede, denn "solche Beträge kann man nicht unter den Tisch wischen" (Urk. 67 S. 3). Und in der Parteibefragung vor Obergericht bestritt der Kläger ausdrücklich, die beiden Zahlungen von Fr. 70'000.00 bzw. Fr.

- 52 - 80'000.00 empfangen zu haben, denn das sei "unmöglich" (Prot. II S. 29). Schliesslich bestätigte der Kläger das in der Beweisaussage vor Obergericht: Es treffe nicht zu, dass ihm H.\_\_\_\_\_ für die Arbeiten in der Liegenschaft der Beklagten zwei Beträge von Fr. 70'000.00 bzw. Fr. 80'000.00 übergeben habe (Prot. II S. 51). Auch in der durchaus unkonventionellen Geschäftsbeziehung, die der Kläger und H.\_\_\_\_\_ über Jahre, wenn nicht

gar über Jahrzehnte miteinander gepflegt haben, war die Übergabe von Barbeträgen in Grössenordnungen von Fr. 70'000.00 und Fr. 80'000.00 kein alltägliches Ereignis. Es kann daher ohne weiteres angenommen werden, dass sich sowohl H.\_\_\_\_\_ als auch der Kläger an einen solchen Vorgang erinnern könnten, wenn er denn stattgefunden haben sollte. Oder mit andern Worten: Entweder hat H.\_\_\_\_\_ als Zeuge oder der Kläger in der Beweisaussage gelogen, denn beide wissen ganz genau, was geschehen ist.

#### **E. 5.5.8.4**

Die Berufungsinstanz hat den Kläger zweimal erlebt, einmal durch eine Delegation des Gerichts und einmal vor dem ganzen Spruchkörper. Den Zeugen H.\_\_\_\_\_ hat sie einmal bei seinen Aussagen beobachten können. Verbunden mit den Akten, namentlich mit den Vernehmungsprotokollen, ergibt dies einen tragfähigen Eindruck. Die Ausgangslage könnte einen zu Vorurteilen verleiten: Der Kläger ist Inhaber eines angesehenen Handwerksbetriebes, währenddessen der Zeuge H.\_\_\_\_\_ viel Geld als Inhaber und Geschäftsführer von Bordellen verdient. Von dieser Ausgangslage darf sich das Gericht indessen bei der Beweiswürdigung nicht beeinflussen lassen. Der Kläger hat sich während Jahren auf eine Geschäftsbeziehung ohne Papierspuren mit H.\_\_\_\_\_ eingelassen und damit offensichtlich Gelder erwirtschaftet, die am Steueramt und möglicherweise auch an der Ehefrau des Klägers vorbeigeschleust wurden. Auf diese Weise hat nicht nur der Zeuge H.\_\_\_\_\_, sondern auch der Kläger vom Geldsegen des Rotlichtgewerbes profitiert. Es ist daher müssig, die Frage nach der Moral zu stellen. In dieser Hinsicht begegnen sich der Kläger und H.\_\_\_\_\_ vielmehr auf Augenhöhe.

- 53 -

#### **E. 5.5.8.5**

Den Zeugen H.\_\_\_\_\_ hat das Gericht bei seinen Aussagen als durchaus authentisch erlebt. Er ist ein typischer Vertreter des Rotlichtgewerbes, der sich, was seine Geschäftsbeziehungen anbelangt, nicht unnötig in die Karten blicken lässt. Das erklärt auch seine Falschaussage bezüglich der Teildarlehenssumme von Fr. 30'000.00 vor Vorinstanz (vgl. oben E. 5.5.7.). Die Art und Weise, wie es zum Abschluss des Darlehensvertrages mit der Beklagten gekommen ist, erscheint dem Gericht aber als plausibel und einleuchtend. Auch die Art, wie der Zeuge Handwerkerrechnungen bezahlt (stets in bar, eine grosse Anzahlung und dann noch eine Schlusszahlung), ist lebensnah und stimmt im Grunde genommen auch mit den Schilderungen des Klägers überein. Es ist offensichtlich, dass H.\_\_\_\_\_ seine guten geschäftlichen Beziehungen zum Kläger auch für seine damalige Freundin nutzen wollte, wie er das schon vor ca. 15 Jahren im Falle einer in ... wohnenden früheren Freundin bereits einmal gemacht hat (vgl. Parteibefragung des Klägers, Prot. II S. 24). Wenn H.\_\_\_\_\_ als Zeuge bestätigte, die beiden hier in Frage stehenden Barbeträge dem Kläger übergeben zu haben, so erscheint das dem Gericht als durchaus lebensnah und glaubhaft. Demgegenüber hat der Kläger in den beiden Befragungen vor Obergericht einen andern Eindruck hinterlassen. Er wirkte nervös und fahrig und verwickelte sich in Widersprüche. Der Kläger scheint unter grossem Druck zu stehen, der wohl nicht nur auf die ungewohnte Prozesssituation zurückzuführen sein dürfte. Oder mit andern Worten: Der Kläger hinterliess beim Gericht keinen authentischen Eindruck.

#### **E. 5.5.8.6**

Weiter ist auf die folgenden Indizien bzw. Hilfstatsachen hinzuweisen, welche die Grundaussage des Klägers, er habe vom Zeugen H.\_\_\_\_\_ die beiden fraglichen Barbeträge

von Fr. 70'000.00 bzw. Fr. 80'000.00 nicht entgegengenommen, als unglaublich erscheinen lassen: – Das Gericht hat bei Aussagen des Klägers deutliche Lügensignale festgestellt (E. 5.5.4.5 und 5.5.5.4.).

- 54 - – Der Kläger hat während Jahren in grossem Umfange für H.\_\_\_\_\_ gegen Bargeld und ohne Papierspuren Schreinerarbeiten ausgeführt und wurde von H.\_\_\_\_\_ stets pünktlich bezahlt (oben E. 5.5.2.). – Eine seriöse buchhalterische Erfassung der Arbeiten im Hause der Beklagten hat erst nach erfolgter Rechnungstellung - und damit nach Jahren – stattgefunden (vgl. oben E. 5.5.3.). – Entgegen seinen Behauptungen hat der Kläger von H.\_\_\_\_\_ für die Arbeiten im Hause der Beklagten nie eine Anzahlung von Fr. 10'000.00 erhalten (vgl. oben E. 5.5.4.). – Nach der Fertigstellung der Arbeiten im Hause der Beklagten hat der Kläger beinahe dreieinhalb Jahre mit der Rechnungstellung zugewartet. Seine Erklärung, er habe auf diese Weise stille Reserven schaffen wollen, ist abwegig (vgl. oben E. 5.5.5.). – Im Mai 2011 hat der Kläger anlässlich eines Telefonats mit der Beklagten bestätigt, von H.\_\_\_\_\_ einmal eine Zahlung von Fr. 80'000.00 empfangen zu haben (vgl. oben E. 5.5.7.).

### **E. 5.5.8.7**

Demgegenüber sprechen die folgenden Indizien für die Glaubhaftigkeit der Aussagen des Zeugen H.\_\_\_\_\_: – Die Beklagte, die den Zeugen H.\_\_\_\_\_ seit Jahren kennt, ist der Überzeugung, dass die Beteuerungen H.\_\_\_\_\_'s ihr gegenüber, wonach die fraglichen Geldbeträge dem Kläger bezahlt worden seien, richtig sind (vgl. oben E. 5.5.8.1.). – Die Darstellung der Beklagten in der Parteibefragung über die Zusammensetzung der Darlehenssummen überzeugt. Es ist nicht von fingierten Darlehensverträgen auszugehen (E. 5.5.7.).

### **E. 5.5.8.8**

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Aussagen des Klägers in der Parteibefragung und in der Beweisaussage unglaublich sind. Das Gericht ist vielmehr der Meinung, der Kläger habe im entscheidenden Punkte in den gericht-

- 55 - lichen Vernehmungen bewusst die Unwahrheit gesagt. Demgegenüber ist auf Grund der in den für diesen Prozess entscheidenden Punkten glaubhaften Zeugaussage H.\_\_\_\_\_'s davon auszugehen, der Kläger habe von H.\_\_\_\_\_ für seine Arbeiten im Hause der Beklagten zwei Beträge in bar erhalten, einen Betrag von Fr. 70'000.00 und einen Betrag von Fr. 80'000.00. 6. Fazit

## **E. 6**

Februar 2015 sagte der Kläger in der Beweisaussage aus (Prot. I S. 50-58).

### **E. 6.1**

Fest steht, dass der Kläger für die Beklagte in deren Haus umfangreiche Schreinerarbeiten durchgeführt hat. Es liegt ein Werkvertrag vor. Bestellerin war die Beklagte (vgl. dazu oben E. 3). Sie schuldet daher die Vergütung.

### **E. 6.2**

Grundlage für die Berechnung des Werklohnes bildet die Rechnung des Klägers an die Beklagte vom 11. April 2011 über einen Betrag von Fr. 156'287.35 (Urk. 4/2). Mit der Klageantwort bestätigte die Beklagte bezüglich jeder Position, dass die Arbeiten des Klägers der Bestellung entsprachen (Urk. 12 bis 13). Das Quantitativ der Rechnung wurde

seitens der Beklagten nicht bestritten (Urk. 35 Rz. 53). Die Behauptung der Beklagten, es sei ein Kostendach vereinbart gewesen, wurde im Beweisverfahren nicht erhärtet (vgl. oben E. 4). Dagegen steht auf Grund des Beweisverfahrens fest, dass der Kläger für die Arbeiten im Hause der Beklagten zwei Zahlungen von Fr. 70'000.00 bzw. Fr. 80'000.00 in bar empfangen hat. Vom geschuldeten Rechnungsbetrag kommen daher Fr. 150'000.00 in Abzug, so dass die Beklagte in teilweiser Gutheissung der Klage zu verpflichten ist, dem Kläger den Betrag von Fr. 6'287.35 zu bezahlen. Im Mehrbetrag ist die Klage abzuweisen.

### **E. 6.3**

Der Kläger verlangt auf dem geschuldeten Betrag Verzugszins zu 5% seit dem 12. Mai 2011. Er stützt sich in diesem Zusammenhang auf sein Schreiben an die Beklagte vom 20. Mai 2011 (Urk. 4/3 S. 2). Mit diesem Schreiben verlangte er die Bezahlung des Betrages von Fr. 156'287.35 bis zum 6. Juni 2011. Das ist eine Mahnung im Sinne von Art. 102 Abs. 1 OR. Da die Beklagte der Zahlungsaufforderung nicht nachgekommen ist, schuldet die Beklagte daher dem Kläger den gesetzlichen Verzugszins von 5% (Art. 104 Abs. 1 OR) seit dem 7. Juni 2011.

- 56 -

### **E. 6.4**

Der Kläger verlangt sodann die Aufhebung des Rechtsvorschlages in der von ihm gegen die Beklagte erhobenen Betreuung (Urk. 4/4; Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Horgen vom 1. Juli 2011). Soweit die Klage gutzuheissen ist, ist der Rechtsvorschlag in Anwendung von Art. 79 SchKG aufzuheben. Die Betreuungskosten werden gemäss Art. 68 Abs. 2 SchKG vorab zu erheben sein; insoweit ist der Rechtsvorschlag nicht aufzuheben 7. Kosten- und Entschädigungsfolgen 7.1. Die Festsetzung der Gerichtskosten durch die Vorinstanz ist ohne weiteres zu bestätigen. Wegen des aufwendigen Berufungsverfahren sind die zweitinstanzlichen Gerichtskosten im Sinne von § 4 Abs. 2 GebV angemessen zu erhöhen. 7.2. Der Kläger obsiegt zu 4% und die Beklagte zu 96%. Im umgekehrten Verhältnis sind daher die Kosten auf die Parteien zu verteilen (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Die geleisteten Kostenvorschüsse sind mit den Gerichtskosten zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Der Kläger hat der Beklagten den Kostenvorschuss für das Berufungsverfahren zu ersetzen, soweit nicht die Beklagte selber kostenpflichtig wird. 7.3. Die Vorinstanz hat die Parteientschädigung auf Fr. 25'985.00 festgesetzt. Es ist dazu auf ihre zutreffende Erwägung zu verweisen und aufgerundet von einer vollen Parteientschädigung von Fr. 26'000.00 auszugehen (Urk. 89 S. 27). Die reduzierte Grundgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren ist auf Fr. 8'000.00 zu veranschlagen. Dazu kommen drei Zuschläge zu Fr. 3'000.00 für die drei Beweisverhandlungen. Das ergibt eine volle Parteientschädigung für das Berufungsverfahren von Fr. 17'000.00 bzw. für beide Instanzen von Fr. 43'000.00. Die Beklagte hat im Zusammenhang mit der Prozessentschädigung keine Mehrwertsteuer verlangt. Es ist daher auch keine Mehrwertsteuer zu berücksichtigen. Da die Beklagte zu 4% unterliegt, schuldet ihr der Kläger eine Parteientschädigung für beide Instanzen von 92% bzw. von Fr. 39'560.00. In Abzug davon kommen Fr. 34.80 als Anteil der Beklagten an den Kosten des Schlichtungsverfahrens (Art. 207 Abs. 2 ZPO).

- 57 - Es wird erkannt:

### **E. 11**

April 2011 mit diesem den telefonischen Kontakt aufgenommen hat. Anlässlich dieses Telefonats ging es um die Frage, ob der Kläger für die Arbeiten im Hause der Beklagten von H.\_\_\_\_\_ Geldzahlungen entgegengenommen habe. Dieses Gespräch bestätigte die Beklagte mit E-Mail an den Kläger vom 24. Mai

- 43 - 2011 (Urk. 36/7) unter anderem in dem Sinne, dass der Kläger anlässlich dieses Gespräch bestätigt haben soll, von H.\_\_\_\_\_ Fr. 80'000.00 empfangen zu haben; dieser Betrag sei aber für Schreinerarbeiten an der J.\_\_\_\_\_-strasse ... in AG.\_\_\_\_\_, d.h. für den "I.\_\_\_\_\_", bestimmt gewesen. Der Kläger kann sich gemäss seiner Aussage in der vorinstanzlichen Parteibefragung "sehr genau" an das Telefonat mit der Beklagten erinnern (Urk. 67 S. 3). Fest steht, dass der Kläger auf die E-Mail der Beklagten, mit der diese das Gespräch aus ihrer Sicht zusammenfasste, nicht reagiert hat (Urk. 67 S. 4, Prot. II S. 31). Auch das irritiert. Ein Geschäftsmann in der Situation des Klägers hätte die Sachdarstellung der Beklagten wohl umgehend zurückgewiesen, wenn sie falsch gewesen sein sollte.

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