

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA170029-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider als Vorsitzende, Oberrichter
lic. iur. M. Spahn, Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiber
lic. iur. M. Hochuli

Beschluss und Urteil vom 16. November 2018

in Sachen

A._____ AG,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

B._____,

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Hinwil vom 22. August 2017
(AN12002-E)**

Rechtsbegehren (Urk. 2 S. 2 ff.):

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger CHF 6'740.00 (50% Bruttolohn für den Monat August 2011) zuzüglich Repräsentations- und Kleinspesen von CHF 100.00 und Vertrauensspesen von CHF 200.00 zuzüglich Zins zu 5% seit 5. September 2011 zu bezahlen. Zudem sei die Beklagte zu verpflichten, für den Monat August 2011 die vertraglich vereinbarten Sozialversicherungs- und Pensionskassenbeiträge für den Kläger zu bezahlen.
2. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger CHF 6'740.00 (50% Bruttolohn für den Monat September 2011) zuzüglich Repräsentations- und Kleinspesen von CHF 100.00 und Vertrauensspesen von CHF 200.00 zuzüglich Zins zu 5% seit 5. Oktober 2011 zu bezahlen. Zudem sei die Beklagte zu verpflichten, für den Monat September 2011 die vertraglich vereinbarten Sozialversicherungs- und Pensionskassenbeiträge für den Kläger zu bezahlen.
3. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger CHF 13'480.00 (100% Bruttolohn für den Monat Oktober 2011) zuzüglich Repräsentations- und Kleinspesen von CHF 200.00 und Vertrauensspesen von CHF 400.00 zuzüglich Zins zu 5% seit 5. November 2011 zu bezahlen. Zudem sei die Beklagte zu verpflichten, für den Monat Oktober 2011 die vertraglich vereinbarten Sozialversicherungs- und Pensionskassenbeiträge für den Kläger zu bezahlen.
4. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger eine Ersatzleistung für die Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist von 6 Monaten von CHF 80'880.00 (100% Bruttolohn für die nicht eingehaltenen Kündigungsmonate November 2011 bis April 2012 à je CHF 13'480.00) zuzüglich Repräsentations- und Kleinspesen von CHF 1'200.00 und Vertrauensspesen von CHF 2'400.00 zuzüglich Zins zu 5% seit 21. Oktober 2011 zu bezahlen. Zudem sei die Beklagte zu verpflichten, für die Monate November 2011 bis April 2012 die vertraglich vereinbarten Sozialversicherungs- und Pensionskassenbeiträge für den Kläger zu bezahlen.
5. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den 13. Monatslohn von CHF 13'480.00 (Bruttolohn anteilmässig für die Monate Mai 2011 bis April 2012) zuzüglich Zins zu 5% seit 21. Oktober 2011 zu bezahlen. Zudem sei die Beklagte zu verpflichten, auf den 13. Monatslohn von CHF 13'480.00 die vertraglich vereinbarten Sozialversicherungs- und Pensionskassenbeiträge für den Kläger zu bezahlen.
6. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger eine Abfindung für die ungerechtfertigte fristlose Entlassung nach Art. 337c Abs.

3 OR von CHF 26'960.00 (zwei Monatslöhne / Brutto) zu bezahlen.

7. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger auf Briefpapier der Beklagten ein Arbeitszeugnis mit folgendem Wortlaut auszustellen:

"Arbeitszeugnis

Wir bestätigen hiermit, dass Herr B._____, geb. tt. Juni 1959, von ... SG, wohnhaft in ..., vom 1. Mai 2011 bis am 21. Oktober 2011 die neugeschaffene Stelle als

Technischer Leiter / Geschäftsführer

in unserer Unternehmensgruppe leitete.

Diese Funktion beinhaltete die Verantwortung für die technische Abwicklung der verschiedenen Baustellen der ganzen Gruppe. Herr B._____ rapportierte direkt an den Inhaber.

Zu den Aufgabenbereichen gehören insbesondere

- *die technische und administrative Leitung der Baustellenarbeiten Hoch- und Tiefbau, Umbau und Kundenmaurer*
- *Unterstützung des Inhabers in der Akquisition von Bauaufträgen jeglicher Art*
- *Unterstützung des Kalkulators bei der Kalkulation und im Offertwesen*
- *Vertretung der Firma nach aussen mit Kompetenzbereich Baustellenablauf und -organisation*

Herr B._____ war technischer Leiter / Geschäftsführer für die ganze Gruppe. Aus internen Gründen erfolgte die Anstellung aufgeteilt auf die beiden Firmen Beklagte und C._____ ag. Alle Baustellen leitete er umsichtig und verantwortungsvoll. Durch seine unternehmerische Denkweise, seine grossen Fachkenntnisse, seine Führungseigenschaften wurde Herr B._____ von Kunden, Geschäftspartnern, MitarbeiterInnen und dem Inhaber gleichermaßen geschätzt.

Infolge grosser, wirtschaftlicher Probleme und einer damit verbundenen Reorganisation der Unternehmensgrösse wurde eine schlankere Betriebsorganisation durch den Verwaltungsrat angeordnet und eingeführt. Die Position des technischen Leiter / Geschäftsführer wurde aufgelöst.

Wir danken Herrn B._____ für seinen Einsatz und wünschen ihm für seine Zukunft in beruflicher wie auch in privater Hinsicht alles Gute.

... [Ortschaft], 21. Oktober 2011

A._____ AG

D. _____

Mitglied des Verwaltungsrates"

8. Es sei der Rechtsvorschlag der Beklagten in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Rüti zu beseitigen und dem Kläger für den Betrag von CHF 6'218.75 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 5. September 2011, provisorische Rechtsöffnung zu erteilen.
9. Zudem sei die Beklagte zu verpflichten dem Kläger die Kosten des Zahlungsbefehls der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Rüti in der Höhe von CHF 73.00 zu bezahlen.
10. Es sei der Rechtsvorschlag der Beklagten in der Betreuung Nr. 2 des Betreibungsamtes Rüti zu beseitigen und dem Kläger für den Betrag von CHF 6'218.75 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 5. Oktober 2011, provisorische Rechtsöffnung zu erteilen.
11. Zudem sei die Beklagte zu verpflichten dem Kläger die Kosten des Zahlungsbefehls der Betreuung Nr. 2 des Betreibungsamtes Rüti in der Höhe von CHF 73.00 zu bezahlen.
12. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (letztere zuzüglich MwSt.) zu Lasten der Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes Hinwil (Arbeitsgericht) vom 22. August 2017:
(Urk. 197 = Urk. 201)

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 6'740.00 (50% Bruttolohn für den Monat August 2011) zuzüglich Repräsentations- und Kleinspesen von Fr. 100.00 und Vertrauensspesen von Fr. 200.00 zuzüglich Zins zu 5% seit 6. September 2011 zu bezahlen. Zudem wird die Beklagte verpflichtet, für den Monat August 2011 die vertraglich vereinbarten Sozialversicherungs- und Pensionskassenbeiträge für den Kläger zu bezahlen.
2. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 6'740.00 (50% Bruttolohn für den Monat September 2011) zuzüglich Repräsentations- und Kleinspesen von CHF 100.00 und Vertrauensspesen von Fr. 200.00 zuzüglich Zins zu 5% seit 6. Oktober 2011 zu bezahlen. Zudem wird die Beklagte verpflichtet, für den Monat September 2011 die vertraglich vereinbarten Sozialversicherungs- und Pensionskassenbeiträge für den Kläger zu bezahlen.

3. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 13'480.00 (100% Bruttolohn für den Monat Oktober 2011) zuzüglich Repräsentations- und Kleinspesen von Fr. 200.00 und Vertrauensspesen von Fr. 400.00 zuzüglich Zins zu 5% seit 6. November 2011 zu bezahlen. Zudem wird die Beklagte verpflichtet, für den Monat Oktober 2011 die vertraglich vereinbarten Sozialversicherungs- und Pensionskassenbeiträge für den Kläger zu bezahlen.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Ersatzleistung für die Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist von 6 Monaten von Fr. 53'256.90 (100% Bruttolohn für die nicht eingehaltenen Kündigungsmonate November 2011 bis April 2012 à Fr. 13'480.00, abzüglich Fr. 27'623.10 für erhaltene Arbeitslosenentschädigung) zuzüglich Repräsentations- und Kleinspesen von Fr. 1'200.00 und Vertrauensspesen von Fr. 2'400.00 zuzüglich Zins zu 5% seit 21. Oktober 2011 zu bezahlen. Zudem wird die Beklagte verpflichtet, für die Monate November 2011 bis April 2012 die vertraglich vereinbarten Sozialversicherungs- und Pensionskassenbeiträge für den Kläger zu bezahlen.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger den 13. Monatslohn von Fr. 13'480.00 (Bruttolohn anteilmässig für die Monate Mai 2011 bis April 2012) zuzüglich Zins zu 5% seit 21. Oktober 2011 zu bezahlen. Zudem wird die Beklagte verpflichtet, auf den 13. Monatslohn von Fr. 13'480.00 die vertraglich vereinbarten Sozialversicherungs- und Pensionskassenbeiträge für den Kläger zu bezahlen.
6. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Abfindung für die ungerechtfertigte, fristlose Entlassung nach Art. 337c Abs. 3 OR von Fr. 26'960.00 (zwei Monatslöhne / Brutto) zu bezahlen.
7. Dem Kläger wird in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Rütli ZH (Zahlungsbefehl vom 22. September 2011) definitive Rechtsöffnung erteilt für Fr. 6'218.75 nebst Zins zu 5% seit 6. September 2011 und die Betreuungskosten.

8. Dem Kläger wird in der Betreuung Nr. 2 des Betreibungsamtes Rütli ZH (Zahlungsbefehl vom 13. Oktober 2011) definitive Rechtsöffnung erteilt für Fr. 6'218.75 nebst Zins zu 5% seit 6. Oktober 2011 und die Betreuungskosten.

9. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger auf dem Briefpapier der Beklagten ein Arbeitszeugnis mit folgendem Wortlaut aus- und zuzustellen:

"Arbeitszeugnis

Wir bestätigen hiermit, dass Herr B._____, geb. tt. Juni 1959, von ... SG, wohnhaft in ..., vom 1. Mai 2011 bis am 21. Oktober 2011 die Stelle als

Technischer Leiter

in unserer Unternehmensgruppe leitete.

Diese Funktion beinhaltete die Verantwortung für die technische Abwicklung der verschiedenen Baustellen der ganzen Gruppe. Herr B._____ rapportierte direkt an den Inhaber.

Zu den Aufgabenbereichen gehören insbesondere

- *die technische und administrative Leitung der Baustellenarbeiten Hoch- und Tiefbau, Umbau und Kundenmaurer*
- *Unterstützung des Inhabers in der Akquisition von Bauaufträgen jeglicher Art*
- *Unterstützung des Kalkulators bei der Kalkulation und im Offertwesen*
- *Vertretung der Firma nach aussen mit Kompetenzbereich Baustellenablauf und -organisation*

Herr B._____ war technischer Leiter für die ganze Gruppe. Aus internen Gründen erfolgte die Anstellung aufgeteilt auf die beiden Firmen A._____ AG und C._____ ag. Alle Baustellen leitete er umsichtig und verantwortungsvoll. Durch seine unternehmerische Denkweise, seine grossen Fachkenntnisse, seine Führungseigenschaften wurde Herr B._____ von Kunden, Geschäftspartnern, MitarbeiterInnen und dem Inhaber gleichermassen geschätzt.

Wir danken Herrn B._____ für seinen Einsatz und wünschen ihm für seine Zukunft in beruflicher wie auch in privater Hinsicht alles Gute.

..., 21. Oktober 2011

A._____ AG

D._____

Mitglied des Verwaltungsrates"

10. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

11. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:

- Fr. 22'800.–; die weiteren Auslagen betragen:
Fr. 631.20 Zeugenentschädigungen;
Fr. 275.95 Entschädigung für Bemühungen und Barauslagen des
Rechtsvertreters der Beklagten.

12. Die Kosten werden – mit Ausnahme der Entschädigung für die Bemühungen und Barauslagen des Rechtsvertreters der Beklagten – der Beklagten auferlegt. Sie werden im Umfang von Fr. 2'700.– aus dem Kostenvorschuss der Beklagten und im Umfang von Fr. 15'400.– aus dem Kostenvorschuss des Klägers bezogen.

Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger die aus dessen Kostenvorschuss bezogenen Kosten (Fr. 15'400.–) sowie die Kosten des Schlichtungsverfahrens (Fr. 950.–) zu ersetzen.

Die dem Rechtsvertreter der Beklagten ausgerichtete Entschädigung für dessen Bemühungen und Barauslagen (Fr. 275.95) werden auf die Staatskasse genommen.

13. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Parteientschädigung von Fr. 32'500.– (zzgl. MWST) zu bezahlen.

14. Schriftliche Mitteilung
– an die Parteien
sowie nach Eintritt der Rechtskraft
– an das Betreibungsamt Rüti ZH.

15. [Berufung; Frist 30 Tage].

Berufungsanträge:

der Beklagten und Berufungsklägerin (Urk. 200 S. 2):

- "1. Die Ziffern 1 bis 9 und 11 bis 13 des angefochtenen Urteils seien aufzuheben.

2. In Gutheissung der Berufung sei die Klage des Klägers und Berufungsbe-
klagten B._____ gegen die Beklagte und Berufungsklägerin A._____ AG
vom 25. Mai 2012 vollumfänglich abzuweisen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Klägers/Beru-
fungsbeklagten."

des Klägers und Berufungsbeklagten (Urk. 205 S. 2):

- "1. Es sei die Berufung vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf eingetreten
werden kann, und demgemäss das Urteil des Arbeitsgerichts Hinwil vom 22.
August 2017 (Geschäfts-Nr.: AN120002-E) zu bestätigen;
2. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7.7 % Mehrwertsteuer)
zu Lasten der Berufungsklägerin."

Erwägungen:

I.

(Sachverhalt und Prozessgeschichte)

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

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

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

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

und am 12. Oktober 2011 die Betreuung für den ausstehenden September-Lohn (50%) ein (Urk. 3/16, Urk. 3/17). Die Beklagte erhob Rechts-vorschlag (Urk. 3/18, Urk. 3/19).

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

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

6. Am 19. Januar 2012 erstattete die Beklagte Strafanzeige und -antrag gegen den Kläger wegen Urkundenfälschung, Nötigung und Datenbeschädigung (Urk. 12/1). Die Anklageschrift der Staatsanwalt Winterthur / Unterland betreffend Urkundenfälschung, mehrfache Nötigung und Datenbeschädigung datiert vom 24. Juni 2014 (Urk. 89/1). Mit Urteil vom 30. Oktober 2014 wurde der Kläger vollumfänglich freigesprochen (Urk. 103). Mit Urteil vom 22. Oktober 2015 bestätigte das Obergericht des Kantons Zürich, I. Strafkammer, diesen Freispruch (Urk. 167, Urk. 169). Auf die von der Beklagten gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde trat das Bundesgericht mit Urteil vom 25. Mai 2016 nicht ein (Urk. 175).

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

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

II. (Urteil der Vorinstanz)

1. Die Vorinstanz prüfte zunächst, ob die von den Parteien unterzeichneten schriftlichen Arbeitsverträge verfälscht wurden. Dabei gab sie zunächst die Vor-

bringen der Parteien zu diesem Themenkomplex ausführlich wieder (Urk. 201 S. 13 bis S. 28). Sie lauten im Wesentlichen wie folgt:

1.1 Die Beklagte brachte vor, die Entwürfe seien vom Kläger am 20. Juni 2011 per E-Mail übermittelt und von D._____ sehr genau durchgelesen worden. Es habe darauf nur noch die zwei Korrekturen betreffend Lohnauszahlungstag und Ferien gegeben. Am 23. Juni 2011 habe der Kläger um 12.15 Uhr in seinem Büro D._____ die erneut von ihm oder seinem Juristen selbst erstellte, definitive Fassung der Verträge vorgelegt. Die Frage, ob noch etwas geändert worden sei, habe der Kläger ausdrücklich verneint. D._____ habe die Verträge nochmals überflogen und speziell die letzten vereinbarten Veränderungen und Zahlen kontrolliert. Nach Unterzeichnung der Verträge habe sich der Kläger angeboten, die beiden für D._____ bestimmten Exemplare ins Fach des Buchhalters J._____ zu legen, da dieser für die Administration zuständig gewesen sei. Der Kläger habe also alle vier unterschriebenen Exemplare wieder an sich genommen. Erst in der darauffolgenden Woche habe J._____ ein B4-Kuvert in seinem Fach liegen gesehen, als er in den Mittag gegangen sei. Als er aus dem Mittag zurückgekommen sei, sei das Fach allerdings wieder leer gewesen. In der Meinung, D._____ habe das Kuvert an sich genommen, habe er nicht weiter nachgefragt. D._____ sei umgekehrt davon ausgegangen, dass die Verträge bei J._____ gewesen seien (Urk. 21 S. 5 f. Rz 13, Urk. 30 S. 25 Rz 18).

Als erkennbar geworden sei, dass die C._____ ag nicht mehr zu retten gewesen sei, habe D._____ die Deponierung der Bilanz und die Kündigung der Arbeitsverträge vorbereitet, wobei er ab dem 22. Juli 2011 mit jedem Mitarbeiter ein persönliches Gespräch habe führen wollen. Dieses Vorgehen sei vorher mit dem Kläger besprochen worden. Am 27. Juli 2011 habe D._____ den Kläger über Mittag gebeten, am Abend zu ihm ins Büro zu kommen. Dabei habe dem Kläger die Kündigung des Arbeitsvertrags mit der C._____ ag eröffnet werden sollen. Dazu sei es aber nicht gekommen, weil der Kläger bereits vor 17.00 Uhr nach Hause gefahren und telefonisch nicht erreichbar gewesen sei. Da sich der Kläger noch in der Probezeit befunden habe, habe D._____ ihm noch vor Ablauf dieser Frist kündigen wollen. Er habe sich deswegen in sein Büro begeben, wo sich zuoberst

auf seinem Pult das verschwundene Kuvert mit den Arbeitsverträgen befunden habe. Es habe an diesem Nachmittag nur vom Kläger dort hingelegt worden sein können. D._____ habe J._____ zu sich gerufen, vor diesem das Kuvert geöffnet und darin zwei unterschriebene Arbeitsverträge gefunden. Beim Durchlesen habe er sogleich festgestellt, dass mehrere Passagen der Verträge nicht mit dem letzten verhandelten, beschlossenen und unterzeichneten Text übereingestimmt hätten. Folgende Passagen seien anders gewesen:

1. Unter "1. Vertragsbeginn" sei:

- anstelle von "Technischer Leiter / Geschäftsführer" nur noch "Technischer Leiter" gestanden. Die "Übernahme der Verantwortung und Kompetenzen als Geschäftsführer" habe sodann erst ab 1. Januar 2012 erfolgen sollen, statt per sofort, wie dies vereinbart gewesen sei.
- anstelle der vereinbarten sofortigen Kollektivzeichnungsbefugnis sei diese dem Kläger nach neuem Text erst am 1. Januar 2012 erteilt worden.
- in Abs. 1 sei neu die Klausel eingefügt worden: *"Diese Aufteilung (je 50% A'._____AG und C'._____AG) erfolgt aus internen Gründen. Beide Unternehmen haften solidarisch für die integrale Erfüllung der beiden Anstellungsverträge."*; darüber habe man nie gesprochen und eine Vereinbarung getroffen. D._____ hätte sich auch nie darauf eingelassen, erst recht nicht im Wissen um die kritische Situation, insbesondere der C._____ ag. Aus Sicht der Arbeitgeberinnen habe es keinen Grund für diese einseitige Bevorzugung des Klägers gegeben.

2. Unter "2. Tätigkeit" sei:

- im unterzeichneten Text kein späterer Zeitpunkt für den Beginn der "Funktionen und Verantwortlichkeiten eines Technischen Leiters / Geschäftsführers" festgehalten worden. Im untergeschobenen Text solle der Kläger diese Funktionen und Verantwortlichkeiten auf einmal erst ab dem 1. November 2011 innehaben.

3. Unter "5. Tätigkeit" sei:

- ein pro-rata-temporis-Anspruch auf eine Gratifikation vereinbart gewesen. Dieser Absatz sei nun vollständig ersetzt worden durch die Passage: *"Dem Arbeitnehmer wird bestätigt, dass die wirtschaftliche und finanzielle Situation der Firma gut ist und keine Überschuldung vorliegt. Muss oder wird dem Arbeitnehmer aus wirtschaftlichen oder finanziellen Gründen gekündigt, schuldet die AG eine Entlassungsabfindung in der Höhe von Fr. 60'000.-, zahlbar per Austritt."* Dies sei jedoch nie vereinbart worden und es sei auch nie die Rede von einer Abfindung gewesen. Man habe nie eine solche Bestätigung abgegeben und bei der Besprechung des letzten Vertragsentwurfs am 23. Juni 2011 sei sowohl D._____ als auch dem Kläger die angespannte Situation der Unternehmen klar gewesen. Aufgrund der finanziellen Schwierigkeiten hätte sich D._____ sodann nie auf eine Abgangsentschädigung von Fr. 60'000.- eingelassen. Auch in den Entwürfen sei dies mit keinem Wort erwähnt worden. Die Passage stehe denn auch im Vertrag am falschen Ort, da eine Abgangsentschädigung nichts mit einer Gratifi-

kation zu tun habe. Der untergeschobene Text habe aber vom Umfang her den Entwürfen und den effektiv unterzeichneten Verträgen entsprechen müssen, weshalb der Kläger den inzwischen unbedeutenden pro-rata-temporis-Absatz "geopfert" habe.

4. Unter "10. Ferien" sei:

- folgender zweiter Satz eingefügt worden: "*Allfällige Betriebsferien und Vorholtag gemäss dem jeweils gültigen Arbeitskalender nicht eingerechnet*". Dies sei ebenfalls nie vereinbart worden, da der Kläger ja eine zusätzliche Woche Ferien erhalten habe.

5. "12. Dauer des Vertrages und Kündigung" habe:

- ursprünglich aus lediglich einem Absatz bestanden, welcher lediglich die unbestimmte Dauer des Vertrages und die Kündigungsfrist von 6 Monaten enthalten habe. Im abgeänderten Vertragstext habe der Artikel neu zwei Absätze, wobei im ersten Absatz hinzugefügt worden sei: "Es wird keine Probezeit vereinbart."

Die am 23. Juni 2011 tatsächlich vereinbarten Arbeitsverträge seien – bis je auf die letzten, unterschriebenen Seiten, die je an die abgeänderte Version angehängt worden seien, verschwunden geblieben. Da nur der Kläger auf seinem PC oder auf dem seines Juristen E._____ über die Daten der Verträge verfügt habe, könne dieser Text hier nicht vorgelegt werden (Urk. 21 S. 7 ff. Rz 16 f.).

Die Seiten 1 bis 3 der Verträge seien nachträglich ausgetauscht worden. Nur die letzten Seiten mit den Unterschriften würden über zwei weitere Löcher von Heftklammern verfügen. Die vierte Seite mit den Unterschriften und der Hinzufügung "Es wird keine Probezeit vereinbart." müsse D._____ bei der Unterschrift untergeschoben oder später irgendwie abgeändert worden sein. Auffallend sei der weite Abstand vor und nach Ziffer 12. Der Verdacht liege auf der Hand, dass der Kläger die unterschriebenen Verträge wieder aus dem Fach von J._____ genommen und die ersten drei Seiten beider Verträge je mit der am 27. Juli 2011 gefundenen Fassung ausgetauscht habe. Dabei habe er mit dem Hefter nicht genau zielen können, so dass auf der letzten nicht ausgetauschten Seite mit den Unterschriften die ursprünglichen Löcher der entfernten Heftklammern sichtbar geblieben seien. Als ihm dann noch in der Probezeit gekündigt werden sollte, habe er das Kuvert mit den abgeänderten Texten und ausgetauschten Seiten am 27. Juli 2011 auf das Pult von D._____ gelegt, so dass es habe auffallen müssen (Urk. 21 S. 10 f.).

Im Vergleich zu den Besprechungen und Entwürfen weiche der veränderte und ergänzte Vertragstext ausschliesslich und massiv zugunsten des Klägers ab (Urk. 21 S. 11 ff.):

- Da der Kläger aufgrund der desolaten finanziellen Lage nicht als Organ haftbar werden wollen, falls eine oder beide Unternehmen in Konkurs gefallen wären, habe er die formelle Verantwortlichkeit als Geschäftsführer samt Unterschriftsberechtigung nachträglich explizit auf den 1. Januar 2012 verschoben, wobei er aus Nervosität bei der Abänderung in Ziff. 2 wohl fälschlicherweise und in Widerspruch zu Ziff. 1 den Beginn auf den 1. November 2011 festgelegt habe.
- Da der Kläger im Zeitpunkt der drohenden Kündigung Anfang Juli 2011 gewusst habe, dass er sich noch in der Probezeit befinde, habe er die Probezeit entfernt und unter Ziff. 12 dies eventuell gar noch vor der Unterzeichnung eingefügt. Dies habe D._____ sodann nicht auffallen können, da das Thema Probezeit nicht zur Dauer des Vertrages und zur Kündigung gehört habe und in den Entwürfen stets in Ziff. 1 geregelt gewesen sei.
- Der Kläger habe gewusst, dass ihm bei der einen Gesellschaft gekündigt würde, weshalb er die solidarische Haftung beider Gesellschaften eingeschmuggelt habe.
- Mit der Änderung unter Ziff. 5 habe er auf Haftungsansprüche gegen die Unternehmen wegen angeblicher Täuschung abgezielt und/oder er habe sich so nochmals von der Verantwortlichkeit als Geschäftsführer dispensieren wollen.
- Da er mit einer Kündigung der C._____ ag gerechnet und die schlechte finanzielle Situation gekannt sowie vom bevorstehenden Konkurs der C._____ ag gewusst habe, habe er für sich unter Ziff. 5 auch noch eine Abgangsentschädigung hineingeschrieben und dies ausgerechnet für den Fall einer Kündigung aus wirtschaftlichen oder finanziellen Gründen.

Von einer solidarischen Haftung sei nie die Rede gewesen und D._____ hätte sich im Wissen um die kritische Situation der C._____ ag grundsätzlich nicht darauf eingelassen. Seitens der Arbeitgeberinnen habe es keinerlei Bestätigung

betreffend die finanzielle oder wirtschaftliche Situation der Firmen gegeben. Als der letzte Vertragsentwurf besprochen worden sei, sei dem Kläger und D. _____ die angespannte Situation der Unternehmen klar gewesen. Aufgrund der finanziellen Schwierigkeiten und Liquiditätsprobleme der C. _____ ag hätte sich D. _____ niemals auf eine Abgangsentschädigung von Fr. 60'000.– eingelassen. Eine solche sei in den Entwürfen und Besprechungen nie erwähnt worden. Die Passage stehe auch – wie die Probezeit unter Ziffer 2 – am falschen Ort im Vertrag (Urk. 21 S. 12 f.).

1.2 Der Kläger stellte eine Verfälschung der Arbeitsverträge in Abrede: Die vier von ihm am Tag der Unterzeichnung in einem Kuvert mitgebrachten Vertragsentwürfe seien von den Parteien nochmals einzeln und genau durchgelesen, als in Ordnung befunden und danach unterschrieben worden. D. _____ habe seine Exemplare im mitgebrachten Kuvert mitgenommen. Wie und wo diese später gelagert und abgelegt worden seien, sei ihm nicht bekannt. Jedoch habe J. _____ mündlich am Nachmittag des gleichen Tages deren Empfang bestätigt. Der Kläger habe seine Exemplare am 29. Juni 2011 mittags im Restaurant K. _____ in ... [Ortschaft] an Dr. E. _____ übergeben, weil dieser für ihn in dessen Scheidung als Mediator tätig gewesen sei und sich die Unterhaltsverpflichtungen nach der Höhe seines Einkommens berechnen würden (Urk. 25 S. 15 Rz 54 f.). Viel naheliegender als die Version der Beklagten sei, dass D. _____ nach den langwierigen, konfuse und bruchstückhaften Verhandlungen, in denen Punkte besprochen und festgelegt worden seien, nur um sie bereits kurze Zeit später erneut anzuschneiden, gar nicht mehr genau gewusst habe, was eigentlich vereinbart worden sei (Urk. 25 S. 17 Rz 63). Es sei widersprüchlich, wenn die Beklagte einerseits behaupte, der Kläger habe von Anfang an vorgehabt, die Verträge zu verändern (und diese daher nach der Unterzeichnung umgehend an sich genommen), ihm aber andererseits unterstelle, er habe einen Teil der Änderungen schon im ursprünglichen Vertrag eingebaut (Urk. 25 S. 18 Rz 67). Der Kläger habe als Verfasser beim Anpassen der Verträge jeweils bei jeder Änderung mit den Seitenumbrüchen gekämpft, da er die korrekte Einstellung für "Word" nicht gekannt habe. Dies sei insbesondere deshalb relevant, weil es die doppelte Klammerung der

vierten Seite erkläre. Die Beklagte verschweige, dass die ersten drei Seiten vor der Unterzeichnung ausgetauscht worden seien. Es sei ein völlig plausibles Szenario, dass der Kläger nach dem Ausdrucken und Heften der Verträge einen Fehler entdeckt und korrigiert und die ersten drei Seiten erneut an die vierte Seite angeheftet habe, auch wenn er sich nicht mehr daran erinnere. Dies sei ein völlig normaler Vorgang, dem sich jeder bediene, der einen Hang zum Papiersparen habe. Der Kläger erinnere sich nicht mehr an den genauen Ablauf beim Ausdruck der Verträge, was aufgrund der zeitlichen Distanz nicht erstaune (Urk. 25 S. 25 f. Rz 102 ff.). Das Forensische Institut habe in seinem (zweiten) Kurzbericht (Urk. 26/7) zwar bestätigt, dass die vierten Seiten (der von der Beklagten eingereichten Originalverträge) eine doppelte Lochung von Heftklammern aufweisen würden und ausgetauscht worden seien. Dabei sei aber nicht geprüft worden, ob dies vor oder nach der Unterzeichnung erfolgt sei (Urk. 25 S. 28 Rz 119). Ansonsten hätten sich laut dem (ersten) Kurzbericht (Urk. 26/4) keine Hinweise auf Manipulationen bzw. nachträglich eingefügten Text ergeben. Zusammenfassend ergebe sich (Urk. 25 S. 28 f. Rz 120 ff.):

- Der Ausschluss der Probezeit befinde sich auf der vierten, unbestrittenermaßen echten Seite.
- Die Behauptung, es sei etwas nachträglich eingefügt oder geändert worden, sei durch den ersten Kurzbericht widerlegt worden.
- Der von der Beklagten behauptete Vertragsinhalt könne nicht zutreffen, da ansonsten die vierten Seiten identisch wären. Sie wiesen jedoch einen unterschiedlichen Seitenumbruch auf.
- Es gebe keinen Hinweis auf einen Seitentausch nach Unterzeichnung der Verträge. Im Gegenteil würden die Seitenumbrüche zeigen, dass die ersten drei Seiten jeweils zu den vierten Seiten passten, was aufgrund der Unterschiedlichkeit der Verträge nicht selbstverständlich sei.
- Die inkongruente Art der zweiten Klammerung zeige, dass der Ausführende sich dabei nichts gedacht habe, respektive das Entstehen zusätzlicher Löcher nicht gescheut habe. Daraus müsse abgeleitet werden, dass nicht ein "Fäl-

scher" am Werk gewesen sei, sondern es sich um einen normalen Vorgang der Bürotätigkeit gehandelt habe.

1.3 Die Vorinstanz erwog, gemäss Art. 8 ZGB obliege es der Beklagten, den Beweis der Verfälschung bzw. der Vereinbarung eines anderen Vertragsinhaltes zu leisten, da sie "hieraus" Rechte (Recht auf fristlose Kündigung, Anwendung anderer angeblich von den Parteien vereinbarter Bestimmungen) ableite. Dabei gelte das Regelbeweismass des strikten Beweises (Urk. 201 S. 28).

Die Vorinstanz beleuchtete die behauptete Verfälschung unter dem Aspekt der "doppelten Lochung", des Ablaufs der Vertragsverhandlungen (Entwürfe und inhaltliche Anpassungen), der Vertragsunterzeichnung und des Verschwindens der Verträge, der "Vorsicht des tatsächlichen Fälschers", des Auffindens der Verträge und des Verhaltens der Parteien nach Auffinden der Verträge, der unterschiedlichen Zeilenumbrüche und des Verhaltens von Dr. E. _____. Sie kam zum Ergebnis, dass durchaus gewisse Indizien vorliegen würden, die auf eine Fälschung der Verträge durch den Kläger hindeuteten. Andererseits lägen auch zahlreiche Umstände vor, die für die Version des Klägers sprechen würden. Die sich dem Gericht aufdrängenden Zweifel seien als erheblich zu bezeichnen, weshalb es der Beklagten unter diesen Umständen nicht gelinge, eine Fälschung der Verträge zu beweisen. Es sei dementsprechend von der Echtheit der Verträge auszugehen und auf deren Inhalt abzustellen (Urk. 201 S. 38). Die Vorinstanz kam aufgrund folgender Indizien bzw. Umstände zu diesem Schluss:

- Aus der doppelten Lochung der letzten Seiten der Arbeitsverträge, die auch die Unterschriften der Parteien trügen, lasse sich nichts zugunsten der Beklagten ableiten. In den Kurzberichten des Forensischen Instituts Zürich vom 12. September 2012 werde einzig bestätigt, was von blossem Auge bereits erkennbar sei, nämlich dass die vierte und letzte Seite zweimal geheftet worden sei. Die wichtige Frage, ob dies vor oder nach der Unterzeichnung der Verträge passiert sei, erschliesse sich aus den genannten Kurzberichten nicht. Dabei komme der vom Kläger geschilderte Ablauf genauso in Frage wie der von der Beklagten geschilderte (Urk. 201 S. 28 f.).

- In der Tat falle auf, dass der Entwurf vom 20. Juni 2011 (Urk. 22/9) inhaltlich starke Abweichungen zu den vom Kläger eingereichten Arbeitsverträgen aufweise. Die Variante, dass die Beklagte zahlreichen Änderungen zugunsten des Klägers zugestimmt habe, erscheine aber nicht unrealistischer als die Variante, dass der Kläger nach einer seriösen Beratung beim Juristen Dr. E. _____ (der kompromisslos die Meinung vertrete, bei Anstellungsverträgen auf Kaderstufe werde keine Probezeit vereinbart) zwei Verträge ohne solidarische Haftung und mit der Gefahr, in der Probezeit entlassen zu werden, unterzeichnet habe. Dies umso mehr, als Dr. E. _____ darauf bedacht gewesen sei, die Position des Klägers in der speziellen Konstellation mit den beiden Arbeitgeberinnen zu sichern (Urk. 201 S. 31 f.).
- Eine nachträgliche Abänderung der Verträge im Sinne eines Aufdrückens der Klausel "Es wird keine Probezeit vereinbart" (Ziffer 12) könne de facto ausgeschlossen werden. Eine derart augenfällige Änderung hätte D. _____ bei der Unterzeichnung der Verträge sofort auffallen müssen (Urk. 201 S. 32).
- Die Schilderung der Beklagten zur Unterzeichnung und zum Verschwinden der Verträge mute seltsam an. Es sei aufgrund der Aussage des Zeugen J. _____ nicht davon auszugehen, dass der Zeuge eine allfällige Konversation zwischen dem Kläger und D. _____ betreffend das Mitnehmen der Verträge durch den einen oder anderen mitgehört habe; seltsam erscheine allerdings, dass sich D. _____ und J. _____ derart präzise an ein ganz bestimmtes B4-Kuvert hätten erinnern können und bezüglich dessen Inhalt keinerlei Zweifel gehegt hätten (Urk. 201 S. 33 f.).
- Die auf der unterschriebenen Seite des Vertrages wegbedingte Probezeit spreche klar gegen die Darstellung der Beklagten. Es stelle sich die Frage, weshalb der Kläger auf der vierten Seite die Probezeit wegbedungen haben solle, wenn er ohnehin vorgehabt habe, die ersten drei Seiten zu ersetzen (Urk. 210 S. 34).
- Der Umstand, dass die elektronischen Dateien auf dem USB-Stick des Klägers unwiderruflich überschrieben worden seien, stelle tatsächlich ein gewisses Indiz für einen allfälligen Vertuschungsversuch dar; es stelle sich aber die berechtigte Frage, warum der Kläger den USB-Stick, auf den letztmals am 29. Juni 2011 zugegriffen worden sei, nicht einfach entsorgt habe, wenn er tatsächlich etwas zu

verbergen gehabt hätte. Nicht für eine Spurenverwischung spreche, dass der Kläger den Geschäftslaptop (erst) Ende Juli 2011 in die Ferien mitgenommen habe (Urk. 201 S. 35).

- Die angeblich am 27. Juli 2011 aufgefundenen Verträge hätten weder zu einer fristlosen Kündigung noch zu einer heftigen Reaktion von D._____ geführt. Vielmehr sei erst mit E-Mail vom 29. Juli 2011 eine Klärung der Situation nach den Ferien des Klägers in Aussicht genommen worden (Urk. 201 S. 36).
- Die unterschiedlichen Zeilenumbrüche auf den Seiten 3 bzw. vor und nach Ziffer 12 würden nicht zwingend auf eine Fälschung hinweisen und könnten auch mit mangelnder Übung mit Textverarbeitungsprogrammen und mit der unterschiedlichen Zeilenlänge von Ziffer 9 betreffend Personalvorsorge erklärt werden (Urk. 201 S. 37).
- Aus dem Aussageverhalten Dr. E._____s bei der Kantonspolizei Zürich, der ein erstes Treffen mit dem Kläger samt Korrekturen auf den 29. Juni 2011 angesetzt habe, lasse sich letztendlich nichts zu Gunsten der Beklagten ableiten, da der Zeuge seine Aussage später korrigiert habe (Urk. 201 S. 37 f.).

1.4 Unter Hinweis auf ihre Erwägungen zur Fälschung der Arbeitsverträge verneinte die Vorinstanz auch eine Täuschung in Form eines Unterschiebens der Wegbedingung der Probezeit in Ziffer 12 Abs. 1 bzw. auf Seite 4 der Verträge (Urk. 201 S. 57 ff.).

2. Die Vorinstanz prüfte sodann, ob das Arbeitsverhältnis mit der C._____ ag auf die Beklagte überging. Für die ausführlich wiedergegebenen Parteivorbringen kann wiederum auf ihren Entscheid verwiesen werden (Urk. 201 S. 38 bis S. 48). Die Vorinstanz kam zum Ergebnis, die Beklagte habe die in Ziffer 1 des Arbeitsvertrags enthaltene Formulierung (*"Es wird ein analoger und gekoppelter Arbeitsvertrag für die 50 % Technischer Leiter bzw. Geschäftsführer für die C._____ AG, ..., erstellt. Diese Aufteilung erfolgt aus internen Gründen. Beide Unternehmen haften solidarisch für die integrale Erfüllung der beiden Anstellungsverträge."*) einzig so verstehen dürfen, dass für den Fall, dass der Arbeitsvertrag mit der C._____ ag wegfalle, das entsprechende 50%-Pensum auf die Beklagte überge-

he und das Arbeitsverhältnis somit auf ein 100%-Pensum aufgestockt werde. In diesem Sinne sei zwischen den Parteien von einem normativen Konsens auszugehen, weshalb die Beklagte ab dem Zeitpunkt der Kündigung durch die C. _____ ag für 100% des Lohnes des Klägers aufzukommen gehabt habe (Urk. 201 S. 55). Zeugen, Stundenkarten und Outlook-Auszüge würden im Übrigen dafür sprechen, dass der Kläger während der Monate August bis September 2011 in einem Vollzeitpensum für die Beklagte gearbeitet habe (Urk. 201 S. 55 f.).

3. Wiederum nach ausführlicher Wiedergabe der Parteivorbringen (Urk. 201 S. 59 bis 72), auf die verwiesen werden kann, prüfte die Vorinstanz, ob die Voraussetzungen für eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses erfüllt waren. Sie hielt dafür, ein wichtiger Grund sei zu verneinen, soweit sich die Beklagte in der fristlosen Kündigung auf eine Urkundenfälschung berufen habe. Nachdem sich die Beklagte seit spätestens 6. August 2011 mit Lohnzahlungen in Verzug befunden habe, sei der Kläger zur Arbeitsverweigerung berechtigt und überdies befugt gewesen, die Herausgabe der in seinem Besitz befindlichen Ausmasse gestützt auf das Retentionsrecht (Art. 895 Abs. 1 ZGB) zu verweigern. Ohnehin würden keine hinreichenden Beweise dafür bestehen, dass der Kläger überhaupt irgendwelche Ausmasse zurückbehalten habe. Weitere, von der Beklagten nachträglich vorgebrachte Vorwürfe würden keine wichtigen Gründe darstellen (Baubahnabnahme mit dem Hauswart; behauptete, aber nicht belegte Mehrkosten für die Baustelle L. _____ in Zürich) oder nicht zutreffen und zudem die Zeit nach der fristlosen Kündigung betreffen (Diebstahl von Unterlagen und/oder Daten, Verletzung des Geschäftsgeheimnisses). Damit sei von einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung auszugehen (Urk. 201 S. 72 ff.).

4. Als Folge der ungerechtfertigten fristlosen Auflösung sprach die Vorinstanz dem Kläger den noch ausstehenden Lohn (inkl. Spesen) bis zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses (je 50% für August und September, 100% bis 21. Oktober 2011), Schadenersatz in Höhe des Lohnes (100%) bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist (Ende April 2012), einen vollen 13. Monatslohn für die Dauer des einjährigen Arbeitsverhältnisses (Mai 2011 bis April 2012) und eine Entschädigung im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR in Höhe der beantragten zwei

Monatslöhne zu (Urk. 201 S. 82 ff.). Vom Schadenersatz bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist brachte sie den von der Arbeitslosenversicherung von Januar bis April 2012 ausbezahlten Lohnersatz von Fr. 27'623.10 in Abzug. Von der Anrechnung eines Einkommens aus der Tätigkeit des Klägers für die M. _____ GmbH sah die Vorinstanz ab (Urk. 201 S. 81 ff.).

5. Die Vorinstanz verwarf sodann die zur Verrechnung gestellte Schadenersatzforderung der Beklagten von insgesamt Fr. 417'931.– mit der Begründung, der Beklagten gelinge es nicht einmal ansatzweise, einen Schaden für die von ihr genannten Baustellen bzw. für ein nachträgliches Erstellen der Ausmasse durch D. _____ nachzuweisen. Es fehle auch an Behauptungen und Nachweisen zum adäquaten Kausalzusammenhang und zum Verschulden. Ohnehin könne dem Kläger, der aufgrund der ausstehenden Lohnzahlungen sogar zur Verweigerung der Arbeitsleistung berechtigt gewesen wäre, keine Sorgfaltspflichtverletzung im Sinne nicht geleisteter Arbeit vorgeworfen werden (Urk. 201 S. 87 ff.).

6. Schliesslich bejahte die Vorinstanz den Anspruch des Klägers auf Ausstellung eines Arbeitszeugnisses. Sie nahm einzelne Korrekturen an dem vom Kläger beantragten Text vor und verpflichtete die Beklagte, dem Kläger das in Dispositiv Ziffer 9 formulierte Arbeitszeugnis aus- und zuzustellen (Urk. 201 S. 91 ff.).

III. (Prozessuales)

1.1 Die Berufung wurde form- und fristgerecht erhoben. Sie richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid. Da die Streitwertgrenze erreicht wird, ist auf die Berufung – unter Vorbehalt hinreichender Begründung – einzutreten (Art. 308 und Art. 311 ZPO).

1.2 Soweit die Klage abgewiesen wurde (Dispositiv Ziffer 10), ist das Urteil der Vorinstanz mit Ablauf der Anschlussfrist am 30. Januar 2018 in Rechtskraft erwachsen. Dies ist vorzumerken.

2.1 Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufung ist zu begründen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Es ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist. Dies setzt voraus, dass der Berufungskläger im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anfechtet, und die Aktenstücke nennt, auf denen seine Kritik beruht. Es genügt nicht, lediglich auf die vor erster Instanz vorgetragenen Vorbringen zu verweisen, auf frühere Prozesshandlungen hinzuweisen oder den angefochtenen Entscheid in allgemeiner Weise zu kritisieren (BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375). Diese Begründungsanforderungen gelten sinngemäss auch für den Inhalt der Berufungsantwort (BGer 5A_660/2014 vom 17. Juni 2015, E. 4.2 m.w.Hinw.; 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.2).

2.2 Abgesehen von offensichtlichen Mängeln hat sich das Berufungsgericht grundsätzlich auf die Beurteilung der in der Berufung und Berufungsantwort gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen zu beschränken. Die Rügen der Parteien geben mithin das Prüfungsprogramm der Berufungsinstanz vor; der angefochtene Entscheid ist grundsätzlich nur auf die gerügten Punkte hin zu überprüfen. In rechtlicher Hinsicht ist das Berufungsgericht, in Anwendung des Grundsatzes *iura novit curia*, bei dieser Prüfung jedoch weder an die *Erwägungen der ersten Instanz* noch an die *mit den Rügen vorgetragene Argumente* der Parteien gebunden. In tatsächlicher Hinsicht ist es nicht an die Feststellungen des erstinstanzlichen Gerichts gebunden, auch wenn mangels entsprechender Sachverhaltsrügen der Parteien im Berufungsverfahren der erstinstanzliche Entscheid nach dem Gesagten in der Regel als Grundlage des Rechtsmittelverfahrens dient (BGer 4A_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.1.4 [zur Publ. bestimmt] mit Hinweis auf BGE 142 III 413 E. 2.2.4 und weitere Entscheide). Das Berufungsgericht kann die Rügen der Parteien folglich auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen (sog. Motivsubstitution; BGer 2C_124/2013 vom 25. November 2013, E. 2.2.2; Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 318 N 21; Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013, N 1507; für

das Verfahren vor Bundesgericht: BGE 138 III 537 E. 2.2 S. 540; 137 III 385 E. 3 S. 386; BSK BGG-Meyer/Dormann, Art. 106 N 11 f.).

3. Neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) können im Berufungsverfahren nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO berücksichtigt werden, d.h. wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht wurden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Wer sich auf (unechte) Noven beruft, hat deren Zulässigkeit darzutun und ihre Voraussetzungen notwendigenfalls zu beweisen (BGE 143 III 42 E. 4.1 S. 43; BGer 5A_86/2016 vom 5. September 2016, E. 2.1, je m.w.Hinw.). Neue rechtliche Argumente (Vorbringen zum Recht) stellen keine Noven im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO dar und können in der Berufung uneingeschränkt vorgetragen werden (BGer 4A_519/2011 vom 28. November 2011, E. 2.1; 5A_351/2015 vom 1. Dezember 2015, E. 4.3). Sie dürfen sich allerdings nicht auf unzulässige neue Tatsachen stützen.

IV. (Fristlose Kündigung)

1. Die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses vom 21. Oktober 2011 wurde mit dem Zurückbehalt verschiedener Ausmasse, insbesondere auch derjenigen der Baustelle F._____ ..., begründet (Urk. 3/20 S. 2 = Urk. 22/66 S. 2). Der nachträgliche Austausch der drei ersten Seiten des Arbeitsvertrags wurde im Kündigungsschreiben zwar erwähnt, aber nicht eigentlich zur Begründung der Kündigung angeführt. Die seit der Entdeckung am 27. Juli 2011 verstrichene Zeit würde einer fristlosen Kündigung denn auch entgegenstehen (vgl. ZK-Staehelin, Art. 337 OR N 35; BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 337 OR N 16). Hat der Arbeitgeber gesicherte Kenntnis von den Umständen, kann er sein weiteres Zögern auch nicht mit dem Ausgang eines laufenden Strafverfahrens rechtfertigen (Streiff/von Kanel/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. Aufl., Art. 337 OR N 17 S. 1127). Damit ist aber auch die Erwägung der Vorinstanz, ein wichtiger Grund im Sinne von Art. 337 OR sei nicht gegeben, soweit sich die Beklagte in der fristlosen Kündigung auf die

"dem Kläger im Kündigungsschreiben vom 21. Oktober 2011 vorgeworfene Urkundenfälschung" berufen hat (Urk. 201 S. 72), gegenstandslos.

Auch mit seiner Berufung macht die Beklagte nichts anderes geltend. Es geht ihr um das Zurückhalten von Ausmassen durch den Kläger, insbesondere des Ausmasses für die Baustelle F._____ ... (Urk. 200 S. 64 ff. Rz 312, Rz 319, Rz 325, Rz 329, Rz 331, Rz 345, Rz 347, Rz 366, Rz 379). Nur am Rande erwähnt die Beklagte auch noch die Baustelle G._____ ... (Urk. 200 S. 77 Rz 381, Rz 397).

2. Es ist daher in erster Linie zu prüfen, ob der Kläger Ausmasse der Baustelle F._____ ... trotz Abmahnungen durch die Beklagte nicht herausgegeben hat. Gemäss Art. 321b OR hat der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber alles *sofort* herauszugeben, was er bei seiner vertraglichen Tätigkeit für diesen von Dritten erhält und was er in Ausübung seiner vertraglichen Tätigkeit hervorbringt.

Die Vorinstanz hielt den Beweis, dass der Kläger irgendwelche Ausmasse zurückbehält, für nicht erbracht (Urk. 201 S. 74 ff.):

N._____, der für die Erstellung der Ausmasse bis August 2011 verantwortlich gewesen sei, habe gemäss seinen Aussagen am 25. August 2011 sämtliche Ausmass-Unterlagen direkt persönlich D._____ übergeben. Die Ausmasse seien zu diesem Zeitpunkt vollständig nachgeführt gewesen. Der Kläger sei im Zeitpunkt der Abmahnung also erst seit rund eineinhalb Monaten für die Erstellung der strittigen Ausmasse verantwortlich gewesen. Es sei schwer vorstellbar, dass der Kläger in dieser relativ kurzen Zeit so mit der Nachführung der Ausmasse in Rückstand gekommen sei, dass gewisse Akonto-Rechnungen nicht oder nur gekürzt bezahlt worden seien. O._____ habe keine Aussagen gemacht, welche klar auf ein Zurückhalten von Ausmassen durch den Kläger schliessen lassen würden. Er habe zwar von Problemen in der Zusammenarbeit mit dem Kläger, aber auch von falsch ausgeführten Arbeiten und von einer unklaren Organisation innerhalb der Beklagten gesprochen. Es sei höchst zweifelhaft, ob diese Probleme alleine dem Kläger angelastet werden könnten. P._____ habe ausgeführt, die Kontakte bezüglich der F._____ -Baustelle seien alle über D._____ gelaufen. Die

Probleme mit der Beklagten seien in Anbetracht der üblichen Probleme auf dem Bau nicht aus dem Rahmen gefallen. Q._____ habe vermutet, dass die entstandenen Probleme bei der Bauausführung auf die mangelnde Büroorganisation der Beklagten zurückzuführen seien, mithin nicht zwingend auf den Kläger. Jemand anders als der Kläger und D._____ habe bei der Beklagten die Ausmasse erstellt; es sei aber D._____ für diese zuständig gewesen. Sie habe die Ausmasse immer mit D._____, nicht mit dem Kläger besprochen. R._____ habe ausgeführt, er habe auf der Baustelle eher mit D._____ als mit dem Kläger Kontakt gehabt, D._____ sei sein Ansprechpartner gewesen. Die Zusammenarbeit mit der Beklagten sei "gut im Gegensatz zu anderen" bzw. "quasi gewöhnlich" gewesen. Er wisse nicht, weshalb gewisse Ausmasse offenbar gefehlt hätten.

Aus den Aussagen von N._____ könne geschlossen werden, dass D._____ am 25. August 2017 (recte: 2011) über vollständig nachgeführte Ausmasse verfügt haben müsse. Am selben Tag solle gemäss der Beklagten eine Sitzung stattgefunden haben, an welcher D._____ den Kläger nochmals angewiesen habe, u.a. die Ausmasse und Abrechnungen zu erstellen. Es bleibe schleierhaft, welche Ausmasse dies gewesen sein sollen, da N._____ dem Vertreter der Beklagten gleichentags vollständig nachgeführte Ausmasse, insbesondere der F._____-Baustelle, übergeben habe. Der Kläger habe somit zu jenem Zeitpunkt gar nicht im Rückstand sein können. Ebenso wenig erschliesse sich vor diesem Hintergrund, welche Ausmasse der Kläger anfangs September 2011 zurückbehalten haben solle. Der Kläger habe in seinem Schreiben vom 16. Oktober 2011 (Urk. 3/27) ausgeführt, er habe die Ausmasse aufgrund fehlender Bearbeitung durch die Administration der Beklagten, fehlender Bereinigung der Ausmass-Schnittstellen mit N._____ und weiterer baustellenspezifischer Probleme nicht abschliessen können. Dies sei mit der Aussage von N._____, er habe nie jemanden einarbeiten müssen, kongruent. Die Argumentation des Klägers erscheine mindestens ebenso wahrscheinlich wie die Version der Beklagten, dass der Kläger Ausmasse bewusst zurückgehalten habe. Dies werde auch dadurch bestätigt, dass die Beklagte auf das erwähnte Schreiben des Klägers nie – wie es zu erwar-

ten gewesen wäre – schriftlich reagiert, sich mit den einzelnen Argumenten des Klägers auseinandergesetzt und diese als unwahr zurückgewiesen habe.

3.1 Die Beklagte rügt mit der Berufung, die Vorinstanz habe den Sachverhalt falsch festgestellt, indem sie gegen alle klaren Beweise schliesse, das Zurückbehalten von Ausmassen, insbesondere des Ausmasses der Baustelle F.____ ..., durch den Kläger sei nicht bewiesen (Urk. 200 S. 64 ff.):

- Ganz falsch liege die Vorinstanz, weil der Zeuge N.____ ausdrücklich ausgesagt habe, das (mit Abstand wichtigste) Ausmass "F.____" nicht D.____, sondern direkt dem Kläger übergeben zu haben (Urk. 200 S. 68 f. Rz 329 ff.).
- Mit den Aussagen der Zeugen N.____ und O.____ und dem Abnahmeprotokoll vom 5. September 2011 werde bestätigt, dass das Ausmass "F.____" dem Kläger fertig erstellt übergeben worden sei und er dieses nicht herausgegeben habe (Urk. 200 S. 69 ff. Rz 332 ff.).
- Der Zeuge J.____ habe klar bestätigt, dass der Kläger Rapporte bzw. Ausmasse (darunter die "F.____") zurückbehalten bzw. von der Bezahlung des vollen Lohnes abhängig gemacht habe (Urk. 200 S. 72 f. Rz 354 ff.).
- Die Zeugin S.____ habe bestätigt, dass Akontorechnungen ohne Ausmasse gestellt und aufgrund fehlender Ausmasse nicht bezahlt worden seien; zudem, dass sie den Kläger am 11. Oktober 2011 zur Herausgabe des Ausmasses "Flachdach" aufgefordert habe, damit sie es erfassen könne (Urk. 200 S. 73 Rz 360).
- Gemäss Prüfungsprotokoll vom 5. September 2011 sei das Werk F.____ ... bereits am 5. September 2011 abgenommen worden, wobei nur noch unwesentliche Mängel zu beheben gewesen seien (Urk. 200 S. 74 Rz 373).
- Auch bezüglich der Baustelle G.____ ... sei erwiesen, dass der Kläger das Ausmass zurückbehalten habe, was aus der Reklamation der Bauleitung

und der Bauherrschaft bzw. aus der E-Mail von Herrn G._____ hervorgehe (Urk. 200 S. 75 Rz 381, S. 77 Rz 397).

3.2 Der Kläger brachte in der Berufungsantwort vor, er habe nie Ausmassdokumente zurückbehalten; die Beklagte habe den Beweis dazu nicht erbringen können. Bezüglich F._____ ... habe nur betreffend den Zusatzauftrag der Flachdachsanierung ein Ausmass existiert; im Übrigen habe es sich um einen Pauschalvertrag gehandelt. Der Zeuge O._____ könne aus eigener Wahrnehmung nichts zum relevanten Sachverhalt beitragen. Bei der Aussage, dass der Kläger nicht mehr erreichbar gewesen sei, unterschlage die Beklagte die Tatsache, dass sie ihm zwischenzeitlich fristlos gekündigt habe und es D._____ gewesen sei, der behauptet habe, er habe keinen Zugriff auf die Dokumente. Die diametral widersprüchlichen Aussagen des Zeugen J._____ habe die Vorinstanz zu Recht nicht berücksichtigt (Urk. 205 S. 20 f.).

4. Die Parteien haben zu den Ausmassen, insbesondere zum Ausmass der Baustelle F. _____ ..., folgende Behauptungen aufgestellt:

4.1 Der Kläger verneinte in der Klageschrift, Unterlagen zurückbehalten zu haben. Ihm bleibe nichts anderes übrig als zu bekräftigen, dass er keine Dokumente betreffend die Baustellen besitze und keine Dokumente zurückhalte. Hauptkündigungsgrund sei im Schreiben vom 21. Oktober 2011 ohnehin der Vorwurf der Urkundenfälschung gewesen (Urk. 1 S. 15).

4.2 In der Klageantwort machte die Beklagte geltend, der Kläger habe am 23. September 2011 das (nachgeführte) Ausmass für die Baustelle "F._____" nicht abgeliefert, obwohl bereits am 5. September 2011 die Bauabnahme erfolgt sei. Um den 10. bis 12. Oktober 2011 herum habe der Kläger die Ausmasse F._____ ..., G._____ ..., H._____ ... und I._____ ... zurückbehalten, worauf sich die Bauleitung der Baustelle F._____ ... am 11. Oktober 2011 geweigert habe, ohne Ausmasse Rechnungen von Fr. 107'779.30 zur Zahlung weiterzuleiten. Für die Baustelle F._____ ... seien aufgrund der Weigerung, die Ausmasse herauszugeben, bis Oktober 2011 Arbeiten im Wert von Fr. 118'250.95 nicht bezahlt worden (Urk. 21 S. 20 ff.).

4.3 In der Replik bestritt der Kläger den Zurückbehalt von Unterlagen. Er sei mit allen Unterlagen à jour gewesen. Wegen Problemen bei den Schnittstellen zum Vorgänger N._____ habe es zwei oder drei Ausnahmen gegeben. Diese Problemfälle seien aber nicht zurückgehalten worden, sondern seien effektiv noch nicht fertiggestellt gewesen, da Angaben gefehlt hätten (Urk. 25 S. 33). Zur Baustelle F._____ führte der Kläger aus: Beim Hauptvertrag habe es sich um einen pauschalen Werkvertrag gehandelt, wofür keine Ausmasse nötig gewesen seien. Einzig für einige Nebenarbeiten (Flachdach) seien Ausmasse erstellt worden. Der besagte Hauptvertrag sei jedoch im fraglichen Zeitpunkt noch nicht einmal allseits unterschrieben gewesen, was der Kläger im Mail vom 23. September 2011 seinem Arbeitgeber auch mitgeteilt habe. Eine substantiierte Bestreitung der gemachten Vorwürfe sei ohne die Unterlagen, über welche nur die Beklagte verfüge und welche sie nur fragmentarisch und zu ihrem Nutzen eingereicht habe, nicht im Detail möglich. Die Beklagte habe sämtliche Unterlagen, insbesondere den Werkvertrag und die vollständige Korrespondenz zwischen dem Kläger und den Herren J._____ und D._____ sowie Frau S._____ betreffend diese Baustelle zu edieren. Es werde bestritten, dass Zahlungen an die Beklagte aufgrund eines Verschuldens des Klägers zurückgehalten worden seien. Richtig sei, dass der Kläger nach der Besprechung vom 18. Oktober 2011 gemäss Abmachung bis am 26. Oktober 2011 noch Restunterlagen an Herrn R._____ hätte senden sollen. Nachdem dem Kläger am 21. Oktober 2011 fristlos gekündigt worden sei, habe er diese Unterlagen naturgemäss nicht mehr eingereicht. Alle anderen Unterlagen habe er jeweils fristgerecht abgeliefert; damit hätten die Akonto-Rechnungen gestellt werden können (Urk. 25 S. 34 f.). Zur Baustelle G._____ bemerkte der Kläger, die Ausmasse seien bis Ende August 2011 durch N._____ erstellt worden. Anschliessend habe er diese Aufgabe übernommen. Aufgrund der erfolgten Übergabe hätten sich an den Schnittstellen naturgemäss einige Probleme ergeben, die zuerst hätten bereinigt werden müssen (Urk. 25 S. 35).

4.4 In der Duplik behaftete die Beklagte den Kläger darauf, dass er über Ausmasse aller Baustellen verfügt habe, die fast alle nachgeführt gewesen seien. Die Beklagte habe keinen Zugriff auf die Dokumente gehabt, die der Kläger phy-

sisch bei sich gehabt habe. Sie habe daher nur reduziert abrechnen können, was sie wohl nicht getan hätte, wenn sie die Ausmasse bei sich gehabt hätte. Im Widerspruch zu den Belegen, seinen Outlook-Auszügen vom 20. und 21. Oktober 2011 und der Replik habe der Kläger noch am Tage seiner Entlassung behauptet, er hätte keine weiteren Ausmasse, auch nicht dasjenige der Baustelle F.____ (Urk. 30 S. 38 Rz 24).

Für die umfangreichen Bestellungenänderungen und Zusatzaufträge im Wert von rund Fr. 160'000.– hätten Ausmasse erstellt werden müssen. Nicht umsonst habe der Bauleiter O.____ diese Ausmasse für die Flachdachsanieierung zur Prüfung der Akonto-Rechnungen verlangt. Mit E-Mail vom 23. September 2011 habe der Kläger selber die Schlussrechnung "F.____" per Anfang Oktober in Aussicht gestellt. Geliefert habe er sie nie. Da die Akonto-Rechnungen vom 15. August und 23. September 2011 überhaupt nicht belegt gewesen seien, habe sich die Bauleitung geweigert, davon überhaupt etwas zu bezahlen. Die Schlussrechnung habe erst im Dezember gestellt werden können, nachdem D.____ die ganzen Ausmasse neu rekapituliert habe. Der Kläger sei darauf zu behaften, dass er die Ausmasse von N.____ übernommen habe. Ausgehändigt habe er sie trotz Aufforderung nicht (Urk. 30 S. 39).

4.5 Der Kläger brachte an der Hauptverhandlung vor (Urk. 40 S. 17),

- er habe (in der Replik) dargelegt, weshalb das Ausmass für die Baustelle F.____ ... noch in Arbeit gewesen sei; die Beklagte gebe selber zu, ein entsprechender Termin sei mit N.____ anberaumt gewesen, was die Darstellung des Klägers betreffend *Schnittstellenprobleme* bestätige;
- er habe nie Unterlagen zurückgehalten; die Ausmasse seien für die Beklagte jederzeit zugänglich gewesen, da sie jeweils im Büro des Klägers am Sitz der Beklagten abgelegt gewesen seien. Die Verzögerungen bei den drei von der Beklagten bezeichneten Ausmassen habe er mit seinem Schreiben vom 16. Oktober 2011 (Urk. 3/27) stichhaltig erklärt. Er sei mit allen Unterlagen à jour gewesen, ausser mit denen, bei welchen dies wegen Problemen bei den Schnittstellen zum Vorgänger N.____ noch nicht möglich gewesen sei.

Diese Problemfälle seien aber nicht zurückgehalten worden, sondern seien effektiv noch nicht fertiggestellt gewesen, da Angaben gefehlt hätten. Diese hätten jedoch ohnehin keinen Einfluss auf die zu erfolgenden Akontozahlungen gehabt, da diese einen sog. Garantierückbehalt von 10% vorsehen würden, um ebensolche Unklarheiten zu berücksichtigen.

- sämtliche provisorischen Ausmasse der verschiedenen angesprochenen Baustellen, die für die Akonto-Rechnungen gebraucht worden seien, seien erstellt gewesen, so dass die Rechnungen zeitgerecht hätten gestellt werden können.

4.6 Die Beklagte brachte an der Hauptverhandlung vor, der Kläger sei darauf zu behaften, "dass er die Ausmasse hatte und in Arbeit hatte". Aus seinen Ausführungen an der Hauptverhandlung gehe klar hervor, was er bei der Kündigung immer bestritten habe, nämlich, dass er die Ausmasse gehabt habe. Er habe sie einfach noch nicht fertiggestellt gehabt. Der Kläger und sein Vertreter irrten immer noch in der Annahme, dass die Fertigstellung verlangt worden sei. Dem sei nicht so. Es sei lediglich die Aushändigung verlangt worden, um daran arbeiten zu können. Die Aushändigung sei innerhalb einer Stunde möglich. Dem Kläger seien sieben Tage Zeit gelassen worden. Es werde auch bestritten, dass diese Ausmasse zugänglich gewesen seien. Der Kläger habe nicht nur sein Geschäfts-IPhone in der Schublade eingeschlossen und seinen Geschäftslaptop in die Ferien mitgenommen, sondern auch seine Unterlagen eingeschlossen bzw. auf sich gehabt, was auch aus gewissen E-Mails hervorgehe (Prot. I S. 20).

5.1 Mit Beschluss vom 26. Februar 2014 wurde folgendes Beweisthema formuliert (Urk. 50 S. 5):

- e) *"dass der Kläger entgegen der Weisung der Beklagten mehrere Ausmasse zurückhielt, obwohl diese bereits erstellt waren."*

Als Hauptbeweismittel der Beklagten wurde abgenommen:

Urkunden: 22/22-39, 22/44-48, 22/50-65 und 22/73-76

Zeugen: "Architekt" Baustelle T._____, J._____, S._____, Q._____, O._____, R._____, P._____

Parteibefragung: D._____

Als Gegenbeweismittel des Klägers wurden abgenommen:

Urkunden: Urk. 3/22-30, Urk. 22/3 und Urk. 26/1

Zeugen: U._____, V._____ und N._____

Edition: Excel-Tabelle mit der Akontoübersicht der Beklagten (Zeitraum 15.8.-30.9.11), angehängt an E-Mail vom 29. September 2011 von J._____ an den Kläger, Edition durch die Beklagte
Liste mit den Debitoren (Akonto oder Kleinrechnung) per 11.10.11, Edition durch die Beklagte
Handnotizen und Arbeitskopien bzgl. Akonto-Rechnungen, Edition durch Kläger

5.2 Mit Beschluss vom 24. Juni 2014 (Urk. 85) wurden für alle Beweissätze und damit auch für Beweissatz e) weitere Urkunden als Beweismittel zugelassen (Urk. 85 S. 8): Als Hauptbeweismittel der Beklagten: Urk. 45/1-4, 53/1-5, 74/1-4, 80/1-7 und 82/1-8; als Gegenbeweismittel des Klägers: Urk. 48/1-2, 69/2-12 und 78/1-6.

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

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

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

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

6.4 Der Kläger hatte bereits mit Schreiben vom 16. Oktober 2011, zur Post gegeben am 17. Oktober 2011, die Abmahnung "Ausmasse und Geschäftsdokumente" vom 12. Oktober 2011 vollumfänglich zurückgewiesen, und zwar mit folgender Begründung: Bis zum heutigen Tage würden die allseits unterzeichneten, werkvertraglichen Grundlagen für die eingeforderten Unterlagen der Objekte F._____ und G._____ fehlen. Die jeweiligen Entwürfe würden seit Monaten (Beginn Baustelle F._____ im Mai 2011, G._____ im Juni 2011) bei der Administration liegen. Beim Werkvertrag F._____ sei momentan eine Pauschale gemäss SIA 118 vereinbart. Beim Objekt G._____ solle der Werkvertrag von der in Konkurs getretenen Unternehmung C._____ ag auf die Beklagte übertragen werden. Der rechtsgültige Werkvertrag mit den genauen Bedingungen liege bis anhin nicht allseitig rechtsgültig unterzeichnet vor. Zumal noch ein eingetragenes und ausgelöstes Bauhandwerkerpfandrecht berücksichtigt werden müsse. Das Ausmass I._____ könne noch nicht abgeschlossen werden, weil die Arbeiten in der Woche vom 17. Oktober 2011 nach einem Stillstand der Baustelle infolge Wartens auf die Produktion der Steine wieder aufgenommen würden. Die Kos-

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

7.1 Für die Nichtvorlage der Ausmasse der Baustelle F._____ ... gab der Kläger also folgende Gründe an:

- Die Werkverträge seien noch nicht unterzeichnet worden.
- Es sei eine Pauschale vereinbart worden.
- Ausmass-Schnittstellen mit N._____ hätten noch nicht abgeschlossen werden können.

Nicht behauptet wurde seitens des Klägers in diesem Schreiben, die Ausmasse der Baustelle F._____ ... seien a) nicht in seinem Besitz oder b) im Besitz von D._____ oder eines anderen Mitarbeiters.

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

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

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

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

8.1 N._____ war für die C._____ ag und für die Beklagte tätig. Er war insbesondere für das Ausmass, die Abrechnungen und das Betreuen von Baustellen zuständig (Urk. 143 S. 2). Gemäss seinen Aussagen hat er an seinem letzten Arbeitstag (Ende August 2011) sämtliche Ausmass-Unterlagen übergeben (Urk. 143 S. 4). Im hier interessierenden Zusammenhang führte N._____ aus:

Anlässlich der polizeilichen Befragung vom 20. März 2013 (Urk. 80/1/8): Er wisse nichts davon, dass der Kläger Ausmasse von Baustellen zurückbehalten habe. Bei seinem Ausscheiden habe er keine Pendenzen mehr gehabt. Er habe vorgängig alles D._____ oder dem Kläger übergeben. Der Kläger habe ihn nach seinem Ausscheiden einmal angerufen und gefragt, ob er sich einmal mit ihm zu einem Kaffee treffen würde. Er habe zugesagt, der Kläger habe sich aber dann nicht mehr gemeldet (S. 2). Die Baustelle F._____ sei etwas speziell gewesen. Er habe anhand der Pläne die Offerte und die Ausmasse während der Ausführung erstellt. Ob es ein Pauschalvertrag gewesen sei, könne er nicht sagen, er habe den Vertrag nie gesehen. Der Kläger sei zu Beginn der Bauarbeiten zu ihm gekommen und habe verlangt, dass er diese Baustelle ausmesse. Er sei dann alle zwei oder drei Tage auf diese Baustelle gegangen, habe die Nachmessung ausgeführt und dann dieses Dossier an den Kläger übergeben. Für die Aufführung (gemeint wohl: Ausführung) der Baustelle F._____ sei er nicht verantwortlich gewesen, sondern nur für das Ausmass. Mehr habe er dort nicht gemacht (S. 3).

Anlässlich der staatsanwaltschaftlichen Zeugeneinvernahme vom 15. Mai 2014, die durchgeführt wurde, weil die Teilnahmerechte von der Polizei anlässlich der Befragung vom 20. März 2013 nicht beachtet wurden (Urk. 80/5): Er habe als Bauführer vorwiegend die Ausmasse für die laufenden Baustellen der C._____ ag

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

Anlässlich der vorinstanzlichen Zeugeneinvernahme vom 20. Januar 2015 (Urk. 143): N._____ bestätigte, er sei auf das Ausmass, Abrechnen und Führen der Baustellen spezialisiert gewesen. Er habe trotz des Konkurses der C._____ ag Ausmasse und Abrechnungen für die A._____ AG gemacht (S. 3). Die Ausmasse seien bis auf den letzten Tag und die letzte Stunde (25. August 2011) vollständig gewesen. Er habe am 25. August 2011 alles an D._____ im Büro persönlich übergeben (S. 4). Das Ausmass sei wichtig für die Akonto-Rechnungen (S. 5). Er habe keine Ahnung, ob der Kläger Ausmasse erstellt, zurückbehalten oder nicht in die Administration gegeben habe (S. 7). Nach seinem Austreten habe er keinen Kontakt mit dem Kläger bezüglich Ausmasse F._____ gehabt; auch bezüglich anderer Baustellen habe es keinen Kommunikationsbedarf mit dem Kläger gegeben. Der Kläger habe ihn kontaktiert. Auf Ergänzungsfrage von Rechtsanwalt

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

8.2 Gemäss Prüfungsprotokoll wurde das Bauobjekt "Flachdachsanieierung" F._____ AG, ..., (... ... Spenglerarbeiten, Blechnerarbeiten) am 5. September 2011 abgenommen. Dabei wurden nur unwesentliche Mängel festgestellt. Die Beklagte war durch den Kläger vertreten (Urk. 22/32).

8.3.1 O._____ war als Bauleiter der AA._____ AG auf der Baustelle der F._____ ... tätig. Er hatte mit dem Kläger und D._____ Kontakt und kennt N._____ nur vom Hörensagen (Urk. 110 S. 1 f.). Anlässlich seiner Zeugenbefragung vom 2. Dezember 2014 sagte er aus, es habe eine Flachdachsanieierung und einen Containerbau (Baumeisterarbeiten) gegeben. Er glaube, beide Aufträge seien nach Ausmass abgerechnet worden, er sei sich aber nicht mehr ganz sicher. Es habe Probleme bei der Zusammenarbeit gegeben. Bei der Schlussabrechnung sei es eskaliert, weil sie nicht alles erhalten hätten und er sich direkt an die Beklagte habe wenden müssen, um weiter zu kommen. Der Kläger sei nicht mehr erreichbar gewesen und er habe sich an den Vertreter der Beklagten wenden müssen, der allerdings keinen Zugriff auf die Dokumente gehabt habe. Er habe nie ein Ausmass der Beklagten gesehen und habe dies in einem Gespräch mit D._____ bereinigen müssen. Letztendlich habe man ihr (eigenes) Ausmass der Rechnung zugrunde gelegt (S. 3). Seine Erklärung für die Teilzahlungen vom 23. Dezember 2011 sei, dass man gesagt habe, es werde erst bezahlt, wenn das Schlussausmass bereinigt und eingereicht sei. Aber er könne es nicht genau sagen (S. 4). Der Beklagten sei ein Schaden entstanden, weil die Arbeiten nicht fachgemäss erledigt worden seien. Die Beklagte habe Abdichtungen zurückbauen müssen. Von der Beklagten sei nach Abnahme beim Flachdach nichts mehr gemacht worden. Die Spenglerarbeiten seien fertig gewesen und das Ausmass hätte zu diesem Zeitpunkt auch fertig sein sollen (S. 5 f.). Auf Vorhalt von Urk. 22/52

(2. Abmahnung) erklärte der Zeuge, er habe die Rechnung zurückbehalten, denn ohne Ausmass gebe er die Rechnung nicht frei (S. 7).

8.3.2 Vom 6. Oktober bis 17. Oktober 2011 ersuchte O._____ sowohl D._____ als auch den Kläger mehrmals um Abgabe des Ausmasses für die Flachdachsanieierung. Am 17. Oktober 2011 erbat er vom Kläger die Erledigung von Abschlussarbeiten und nochmals das Ausmass der Arbeiten der Beklagten für die Flachdachsanieierung bis 18. Oktober 2011, damit er es noch vor seinem Urlaub prüfen könne. Bereits am 11. Oktober 2011 hatte S._____ dem Kläger mitgeteilt, sie benötige für die Abrechnungen das Ausmass "Flachdach / Bau-meisterarbeiten". Am 18. Oktober 2011 teilte der Kläger O._____ einzig mit, er habe die notwendigen Arbeitsanweisungen an U._____ erteilt; für die Bespre-chung vor Ort nehme er den Termin von heute 14 Uhr an (Urk. 22/55+56).

8.4 J._____ machte bei der Beklagten die allgemeine Administration, den Lohn und die Buchhaltung. Er schied bereits im Jahre 2012 bei der Beklagten aus (Urk. 80/4 S. 2, Urk. 144 S. 3). Anlässlich der staatsanwaltschaftlichen Zeugen-einvernahme vom 15. Mai 2014 sagte er aus, dass der Kläger Ausmasse absicht-lich nicht oder zu spät abgeliefert habe. Er (J._____) habe gewusst, dass der Klä-ger hätte Ausmasse abliefern sollen. Der Kläger habe gesagt, er mache das nicht, weil er noch Lohn haben wolle. Er habe das begründet, "macht ihr eure Pflicht, dann mache ich meine". Das Theater hätten sie am Schluss wöchentlich gehabt. Er könne sich an eine kritische Baustelle erinnern, am F._____, ..., eine grössere Geschichte. Da seien es über Fr. 100'000.- gewesen, die sie nicht hätten in Rechnung stellen können, weil die Ausmasse vom Kläger nie gekommen seien. Der Kläger habe ihnen immer wieder gesagt "zahlen den ganzen Lohn", "dann lie-fere ich auch meine Ausmasse", auch wenn dies jetzt keine wörtliche Aussage sei. Auch bei Teamsitzungen, die jeweils am Montag stattgefunden hätten, sei immer wieder die Aussage gekommen, "kommt ihr euern Verpflichtungen nach, dann komme ich meinen Verpflichtungen nach" (Urk. 80/4 S. 7 ff.). Auf die Frage, ob der Kläger ihm gegenüber einmal gesagt habe, er halte die Ausmasse absicht-lich zurück, um seine Lohnforderungen durchzusetzen, antwortete der Zeuge, er

könne sich nur an allgemein gehaltene Aussagen erinnern und nicht an so konkrete, wie er jetzt gefragt werde (Urk. 80/4 S. 12).

Bei seiner Zeugeneinvernahme vom 20. Januar 2015 bestätigte der Zeuge gegenüber der Vorinstanz, dass der Kläger bei den Ausmassen klar den Lead gehabt habe und sie die Rapporte (gemeint: Ausmasse) vom Kläger nicht mehr so einfach erhalten hätten, als die Situation zwischen dem Kläger und D._____ angespannt gewesen sei. Der Kläger habe die Rapporte teilweise auch an Bedingungen geknüpft, nämlich so, dass er teilweise gesagt habe, entweder bezahlen wir ihm den vollen Lohn oder er würde uns die Rapporte nicht geben (Urk. 144 S. 25). Die F._____ sei sicherlich ein Beispiel, bei welchem der Kläger die Ausmasse zurückbehalten habe. Die F._____ bezahle keinen einzigen Franken ohne ein sauberes klares Ausmass (Urk. 144 S. 28). Der Kläger habe nicht grundsätzlich die Ausmasse zu spät abgeliefert. Dies sei nicht der Punkt. Er habe aber ganz bewusst Ausmasse nicht abgegeben. Darüber habe es auch Diskussionen gegeben. Die F._____ sei sicherlich eine von diesen gewesen (Urk. 144 S. 40). Die letzten Ausmasse seien zum Vorschein gekommen, als der Kläger entlassen worden sei. Ob dies alle Ausmasse gewesen seien, als der Kläger seinen Schreibtisch habe räumen müssen, könne er nicht sagen (Urk. 144 S. 41 f.).

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

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

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

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

9. Die Vorinstanz hat den Hauptbeweis für die Behauptung, dass der Kläger entgegen der Weisung der Beklagten mehrere Ausmasse zurückhielt, obwohl diese bereits erstellt waren, der Beklagten auferlegt. Dies ist insofern korrekt, als grundsätzlich der Kündigende die Beweislast für die wichtigen Gründe trägt, die eine fristlose Kündigung rechtfertigen können (BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 337 OR N 2; ZK-Staehelin, Art. 337 OR N 42; BGE 130 III 213 E. 3.2 S. 221, 128 III 271). Art. 8 ZGB ist aber im Einzelfall zu konkretisieren. Gemäss Art. 321b OR hat der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber alles sofort herauszugeben, was er bei seiner vertraglichen Tätigkeit für diesen von Dritten erhält und was er in Ausübung seiner vertraglichen Tätigkeit hervorbringt. Dabei trägt der Arbeitgeber aber nur für das Bestehen einer Ablieferungspflicht die Beweislast (rechtserzeugende Tatsache). Bei zugestandener oder erwiesener Ablieferungspflicht trägt der Arbeitnehmer die Beweislast dafür, dass er seiner Ablieferungspflicht gegenüber dem Arbeitgeber tatsächlich nachgekommen ist (ZK-Staehelin, Art. 321b OR N 5). Denn für die Erfüllung von (primären) vertraglichen Nebenleistungspflichten als rechtsvernichtender Tatsache ist der Schuldner beweispflichtig (BK-Walter, Art. 8 ZGB N 542 ff., N 548 ff.). Nach der Grundregel von Art. 8 ZGB hat das Bestehen einer vertraglichen Verpflichtung zu beweisen, wer einen vertraglichen Anspruch erhebt. Das gilt auch für den Fall, dass die Verletzung von vertraglichen Nebenpflichten behauptet wird. Die Erfüllung der Vertragspflicht hat dagegen jene Partei zu beweisen, welche dies behauptet und damit den Untergang der vertraglichen Pflicht einwendet (BGE 128 III 271 E. 2.a/aa S. 273 f. [einen Arbeitsvertrag betreffend]). Man könnte daher mit Fug die Meinung vertreten, dass die Beklagte nur nachzuweisen hat, dass der Kläger in den Besitz von bestimmten Ausmassen gelangt ist, und der Kläger demgegenüber beweisen muss, dass er diese Ausmasse der Beklagten herausgegeben hat. Die Beklagte hat nicht zu beweisen, dass diese Herausgabe der Ausmasse unterblieben ist. Der Arbeitnehmer, der das Arbeitsverhältnis wegen Zahlungsverzugs des Arbeitgebers mit Geldleistungen, namentlich der Lohnzahlung, kündigt, ist auch nicht beweispflichtig für die Nichtbezahlung des Lohnes. Vielmehr hat der Arbeitgeber zu beweisen, dass er den Lohn bezahlt hat. Die gesetzliche Beweislastverteilung wird freilich gegenstandslos, wenn sich

der Richter nach Würdigung der Beweise vom Vorhandensein oder Fehlen einer Tatsache überzeugt hat.

10. Aufgrund der Aussagen der Zeugen, der zum Beweis angerufenen Urkunden und der Parteivorbringen kann folgender Sachverhalt als erstellt betrachtet werden:

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

10.2 Aufgrund der Aussage und der verschiedenen E-Mails des Zeugen O._____ kann als erstellt gelten, dass der Bauherr die Ausmasse der Flachdachsanierung benötigte, von der Beklagten mehrmals verlangte, aber nicht er-

hielt. Und zwar verlangte der Bauleiter O._____ die Ausmasse sowohl vom Kläger als auch von D._____ (Urk. 22/55). Dem Kläger war also vor der 1. Abmahnung bewusst, dass die Beklagte diese Ausmasse benötigte. Davon wurde der Kläger übrigens auch von S._____ mit E-Mail vom 11. Oktober 2011 in Kenntnis gesetzt (Urk. 22/55).

10.3.1 Aufgrund der im Kern übereinstimmenden Aussagen des Zeugen J._____ und der Zeugin S._____ muss weiter geschlossen werden, dass der Kläger wiederholt diverse Ausmasse nicht abgeliefert hat. Gemäss dem Zeugen J._____ war das insbesondere bei der Baustelle F._____ ... der Beklagten der Fall. Beide Zeugen brachten dies mit dem zunehmend angespannteren Arbeitsklima (Zeugin S._____) bzw. mit nicht erfüllten Lohnverpflichtungen (Zeuge J._____) in Zusammenhang. Dies passt mit dem vom Kläger an D._____ gerichteten E-Mail vom 22. September 2011 zusammen, worin der Kläger "ein weiteres Mal" festhielt, die Beklagte komme ihren Arbeitgeberverpflichtungen bezüglich seiner ausstehenden Lohnzahlung August 2011 nicht nach (Urk. 22/37). Diese beiden Zeugen hat die Vorinstanz in ihrem Urteil übergangen (Urk. 201 S. 74 ff.); sie hielt nur fest, auch "die anderen hierzu einvernommenen Zeugen" machten keine Aussagen, welche die entsprechenden Behauptungen der Beklagten stützen würden (Urk. 201 S. 75). Entgegen ihrer Darstellung ging es auch nicht um Nachführung des Ausmasses durch den Kläger, sondern um dessen Herausgabe.

10.3.2 Nach Auffassung des Klägers hat der Zeuge J._____ in seinen beiden Zeugenaussagen vom 15. Mai 2014 (bei der Staatsanwaltschaft) und vom 20. Januar 2015 (bei der Vorinstanz) diametral widersprüchlich ausgesagt. So habe er bei der Staatsanwaltschaft erklärt, *"Ziel war es wahrscheinlich schon, das könne er nicht bezeugen, dass er [der Kläger] D._____ unter Druck setzt, den Lohn zu bezahlen."* und, auf konkrete Nachfrage hin, *"Ich kann mich nur an allgemein gehaltene Aussagen erinnern und nicht an so konkrete, wie sie mich jetzt gefragt haben."* (Urk. 80/4 S. 12). Das Aussageverhalten von J._____ zeige zwar auf, dass er sich mit D._____ abgesprochen habe, aber nicht, was er tatsächlich wahrgenommen habe (Urk. 205 S. 21).

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

Frage, ob der Kläger ihm gegenüber einmal gesagt habe, dass er die Ausmasse absichtlich zurückhalte, um seine Lohnforderung durchzusetzen, ergänzte der Zeuge, dass er sich nur an allgemein gehaltene Aussagen erinnern könne (Urk. 80/4 S. 12). Aus diesen Aussagen kann natürlich nicht geschlossen werden, die Aussagen vor der Staatsanwaltschaft stünden im unversöhnlichen Gegensatz zu seiner Zeugenaussage vor Vorinstanz. Um welche Verpflichtungen es dem Kläger ging, ergibt sich aus der bereits erwähnten E-Mail vom 22. September 2011, worin er D._____ mitteilte, die Beklagte komme ihren Arbeitgeberverpflichtungen bezüglich seiner ausstehenden Lohnzahlung nicht nach (Urk. 22/37).

10.3.3 In der Stellungnahme zum Beweisergebnis äusserte sich der Kläger im Zusammenhang mit dem Zurückhalten von Ausmassen lediglich zum Zeugen J._____ und zu diesem nur insoweit, als er ausführte, das Obergericht habe in seinem Urteil vom 22. Oktober 2015 dessen Aussagen und diejenigen von D._____ gewürdigt und sei ebenfalls zum Schluss gekommen, dass der Kläger die Anfrage bezüglich Abgabe der Ausmassdokumente ernst genommen, diese sofern möglich nachgeliefert und detailliert und nachvollziehbar begründet habe, wenn ihm dies nicht möglich gewesen sei (Urk. 191 S. 13 f.). Im Strafverfahren war jedoch eine Nötigungshandlung zu beurteilen und nicht das simple Zurückhalten von Ausmassen. Das ist nicht das Gleiche. Der Hinweis auf den Freispruch durch das Obergericht des Kantons Zürich vermag nichts daran zu ändern, dass durch die Zeugenaussagen J._____ und S._____ als erstellt zu betrachten ist, dass der Kläger die Ausmasse F._____ ... nicht herausgegeben hat. Ob der Kläger damit D._____ zu *nötigen* versucht hat, muss im vorliegenden Prozess gar nicht beantwortet werden.

Ein Interesse des Zeugen J._____ am Ausgang des Verfahrens ist nicht ersichtlich, ist er doch bereits im Jahre 2012 bei der Beklagten ausgeschieden. Er selbst äusserte sich dahingehend, dass er in der Auseinandersetzung zwischen D._____ und dem Kläger dazwischen gestanden sei (Urk. 144 S. 43). Inwiefern sich der Zeuge mit D._____ bezüglich der Ausmasse abgesprochen haben könnte, legt der Kläger nicht näher dar und ist nicht ersichtlich. Zur Zeugin S._____ äusserte sich der Kläger in der Berufungsantwort und in der Stellungnahme zum

Beweisergebnis im hier interessierenden Zusammenhang (Urk. 191 S. 14, Urk. 205 S. 20 f.) mit keinem Wort. In anderem Zusammenhang meinte der Kläger, ihr Aussageverhalten sei äusserst kritisch zu würdigen, da sie offensichtlich in einem Näheverhältnis zur Beklagten stehe (Urk. 191 S. 11). Zutreffend ist, dass die Zeugin im Zeitpunkt ihrer Aussage immer noch bei der Beklagten angestellt war (Urk. 111 S. 1). Auch äusserte sie sich in ihrem Fax-Schreiben vom 4. Dezember 2012 dahingehend, sie sei nicht sicher, ob alles richtig protokolliert worden sei, sie habe den Eindruck gehabt, dass das Gericht ihr bzw. der Administration die Schuld für das Versäumnis des Klägers bezüglich Bauabnahme "L. _____" in die Schuhe habe schieben wollen (Urk. 117). Dies allein ist aber kein Grund, um ihre Aussage zu den Ausmassen grundsätzlich in Frage zu stellen, zumal ihre Aussagen zusammen mit dem Zeugen J. _____ ein stimmiges Gesamtbild ergeben.

11. Auch die vom Kläger angerufenen Gegenbeweismittel (Urk. 50 S. 6, Urk. 85 S. 8) vermögen am Gesagten nichts zu ändern:

11.1 Die Vorinstanz nahm zunächst die Urk. 3/22 bis 3/30, Urk. 22/3 und Urk. 26/1 als Gegenbeweismittel ab (Urk. 50 S. 6). Urk. 3/27 stellt das Schreiben des Klägers vom 16. Oktober 2011 dar, worin dieser die Abmahnung der Beklagten vom 12. Oktober 2011 zurückwies. Das Schreiben vermag nicht zu belegen, dass der Kläger der Beklagten die Ausmasse der Baustelle F. _____ ... herausgegeben hat. Dies wird darin nicht einmal behauptet. Vielmehr berief sich der Kläger auf nicht unterzeichnete Werkverträge, die Vereinbarung einer Pauschale und auf noch bestehende Ausmass-Schnittstellen. Darauf wurde bereits Bezug genommen (vgl. E. 6.4, 7.1 und 7.2). In der Stellungnahme zum Beweisergebnis führte der Kläger zu diesem Schreiben aus, weder D. _____ noch J. _____ habe schlüssig zu erklären vermocht, weshalb auf diese Ausführungen nie reagiert worden sei. Die rasche Abfolge der drei Mahnschreiben ohne Stellungnahme zu den Einwendungen des Klägers belegten, dass die Beklagte die Vorwürfe konstruiert habe, um den Kläger mittels fristloser Kündigung loszuwerden, wie dies auch das Bezirksgericht Hinwil im Strafverfahren festgestellt habe (Urk. 191 S. 13). Es trifft zu, dass sich die Beklagte mit den Einwendungen des Klägers nicht im Einzelnen auseinandersetzte. Wie bereits gesagt, machte der Kläger aber in seinem Schrei-

ben nicht geltend, er verfüge nicht über die bestehenden Ausmasse der Baustelle F._____ ... oder er habe sie bereits herausgegeben. Die Beklagte hat zudem auf das Schreiben vom 16. Oktober 2011 insofern reagiert, als sie am 19. Oktober 2011 eine dritte Abmahnung betreffend "Ausmass-Dokumente etc." folgen liess (Urk. 3/26). Der Vorwurf der Konstruktion eines Kündigungsgrundes sticht nicht. Vielmehr war die Beklagte dringend auf die Ausmasse angewiesen. Das Schreiben des Klägers vermag eine Herausgabe nicht zu belegen. Im Gegenteil indiziert es, dass der Kläger die Ausmasse noch nicht herausgegeben hat. Inwiefern die übrigen Urkunden (Urk. 3/22 bis 3/26, Urk. 3/28 bis 3/30, Urk. 22/3 und 26/1) belegen könnten, dass der Kläger das Ausmass der Baustelle F._____ ... herausgegeben hat, ist auch nicht ersichtlich und wurde vom Kläger in der Stellungnahme zum Beweisergebnis auch nicht geltend gemacht.

11.2 Die Vorinstanz nahm sodann die Zeugen U._____, V._____ und N._____ als Gegenbeweismittel ab (Urk. 50 S. 6). Die Zeugen U._____ und N._____ konnten zum Zurückbehalt von Ausmassen aber keine Aussagen machen (vgl. E. 8.1, 8.6). Auf die Einvernahme des Zeugen V._____ wurde verzichtet (Urk. 165).

11.3.1 Die Vorinstanz hat sodann (seitens der Beklagten) die Edition einer Excel-Tabelle mit der Akontoübersicht der Beklagten (Zeitraum 15.8.-30.9.11; angehängt an einer E-Mail vom 29. September 2011 von J._____ an den Kläger), die Edition einer Liste mit Debitoren (Akonto oder Kleinrechnung) per 11. Oktober 2011 sowie (seitens des Klägers) die Edition von Handnotizen und Arbeitskopien bzgl. Akonto-Rechnungen angeordnet (Urk. 50 S. 6). In der Folge reichte der Kläger zwei Excel-Tabellen, fakturierte Akonto-Rechnungen bezüglich der von der Beklagten genannten Baustellen F._____ ..., I._____ ..., G._____ ... und H._____ ... sowie eine Liste der Debitoren vom 11. Oktober 2011 als Urk. 69/4-10 ein (Urk. 67 S. 3). Auf die Einreichung von Handnotizen und Arbeitskopien verzichtete der Kläger (Urk. 67 S. 2).

11.3.2 In der Stellungnahme zum Beweisergebnis äusserte sich der Kläger auch zur Debitorenliste der Beklagten, zu den Akonto-Übersichten und zu den

Rechnungskopien (Urk. 69/4-10). Er leitet aus diesen Urkunden ab, dass die Beklagte Rechnung stellen konnte, sie also im Besitz der notwendigen Grundlagen gewesen sein musste (Urk. 191 S. 13 f.). Er ist der Auffassung, die Ausmasse hätten nie gefehlt (Prot. I S. 79 bis S. 83, insb. S. 82). Zudem verwies er auf das Urteil des Bezirksgerichts Hinwil vom 30. Oktober 2014, welches eine Nötigungshandlung verneint habe (Urk. 153), und auf das Urteil des Obergerichts vom 22. Oktober 2015 (Urk. 169 S. 43 f.), das in Würdigung der Aussagen von D._____ und J._____ zutreffend festgehalten habe, der Kläger habe die Abgabe der Ausmassdokumente ernst genommen, diese sofern möglich nachgeliefert und detailliert und nachvollziehbar begründet, wenn ihm dies nicht möglich gewesen sei (Urk. 191 S. 14).

11.3.3 Am 23. September 2011 stellte die Beklagte der F._____ ... drei Akonto-Rechnungen gemäss Auftragsstand per "23.09.2011" zu (Urk. 69/4). Eine davon betraf die Flachdacharbeiten über Fr. 30'240.–, die zwei anderen provisorische Raummodule über Fr. 7'560.– und Fr. 9'720.–. Der gesamte Auftragsstand (Verträge 061 bis 063) per 23. September 2011 belief sich laut diesen drei Rechnungen auf Fr. 130'680.–. Gemäss der Umsatzliste Debitoren Juli bis Oktober 2011 wurden diese Rechnungen nicht bezahlt (Urk. 69/9). Aus der ersten Akonto-Übersicht (Urk. 69/8) ergeben sich keine gestellten Rechnungen für das F._____ Die zweite Akonto-Übersicht (Urk. 69/10), angeblich vom 11. Oktober 2011, bestätigt, dass die drei Rechnungen gestellt wurden. Allerdings weicht der Betrag für das Flachdach mit Fr. 31'289.– geringfügig von der gestellten Rechnung ab.

Aus der von der Beklagten eingereichten Urk. 22/49 (Kontoblätter der AB._____ AG [Bank] August bis November 2011) geht hervor, dass die F._____ ... nach dem 9. September 2011 keine Rechnungen bezahlte. Dies alles stimmt überein mit den E-Mails von O._____, die er zwischen dem 6. und 17. Oktober 2011 der Beklagten zukommen liess (Urk. 22/55). In der E-Mail vom 6. Oktober 2011 schrieb er etwa, er benötige das Ausmass für die Flachdachsanie rung, da er sonst "eure Akontos" nicht prüfen könne. Am 11. Oktober 2011 bat er die Beklagte um das Ausmass zusammen mit der Schlussrechnung für das Projekt "Flachdachsanie rung" bis Ende der Woche, er könne "eure Akontorechnungen vor Er-

halt der Schlussrechnung zusammen mit dem prüfbaren Ausmass" nicht freigeben. Schliesslich ersuchte er mit E-Mail vom 17. Oktober 2011 um Abschluss der Arbeiten und um Übermittlung des Ausmasses der Arbeiten der Flachdachsanie- rung (Urk. 22/55). Entgegen der Auffassung des Klägers kann somit nicht gesagt werden, die Rechnungstellung zeige, dass die Beklagte über die Ausmasse ver- fügt habe. Vielmehr benötigte O._____ das Ausmass, weil die Beklagte Akonto- Rechnungen gestellt hatte, die sich aber nicht überprüfen liessen.

11.4.1 Mit Beschluss vom 24. Juni 2014 wurden zu allen Beweissätzen (und damit auch zu Beweissatz e) als Gegenbeweismittel des Klägers auch noch die Urk. 48/1-2, Urk. 69/2-12 und Urk. 78/1-6 zugelassen (Urk. 85 S. 8). In der Stel- lungnahme zum Beweisergebnis erwähnte der Kläger zu Beweissatz e) keine die- ser Urkunden (Urk. 191 S. 13 f.):

- Bei Urk. 48/1 handelt es sich um die polizeiliche Einvernahme von D._____ vom 31. Januar 2013. D._____ sagte aus, das Ausmass von grösseren Baustellen wie F._____ ..., G._____ ... habe er vom Kläger nicht erhalten. Er habe wegen der Rechnungstellung Vieles nachmessen müssen und habe gegenüber den Kunden schlecht dagestanden (Urk. 48 S. 8).
- Bei Urk. 48/2 handelt es sich um eine E-Mail von Rechtsanwalt X._____ an die Staatsanwaltschaft vom 22. Januar 2014 im Zusammenhang mit der Fälschung der Verträge.
- Bei Urk. 69/2 und 69/3 handelt es sich um die zwischen dem Kläger und der Beklagten und der C._____ ag abgeschlossenen Arbeitsverträge (Originale).
- Auf Urk. 69/4-10, insbesondere Urk. 69/4 und Urk. 69/8-10 wurde bereits eingegangen (E. 11.3.3).
- Bei Urk. 69/11 handelt es sich um Taggeldabrechnungen der Unia Arbeitslo- senkasse von November 2011 bis April 2012.
- Bei Urk. 69/12 geht es um ein Schreiben der Staatsanwaltschaft vom 13. Februar 2014 an den Rechtsvertreter des Klägers.

- Bei den Urk. 78/1-6 handelt es sich um Akten aus dem Strafverfahren:
 - Zeugeneinvernahme von J._____ (Urk. 78/1 = Urk. 80/4)
 - Skizze zu Zeugeneinvernahme J._____ (Urk. 78/2)
 - Zeugeneinvernahme von N._____ (Urk. 78/3 = Urk. 80/5)
 - Einvernahme von D._____ als Auskunftsperson (Urk. 78/4)
 - Einvernahme des Klägers als beschuldigte Person (Urk. 78/5 = Urk. 82/4)
 - Zeugeneinvernahme von Dr. E._____ (Urk. 78/6)

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

11.5 Mit der Berufung weist die Beklagte einerseits darauf hin, dass der Kläger bei der Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft am 15. Mai 2014 aussagte, es seien *sämtliche Ausmasse* beim Bezirksgericht Hinwil eingereicht worden (Urk. 82/4 S. 10). Für die Beklagte steht andererseits fest, dass sich insbesondere das Ausmass "F._____ ..." nicht bei den Akten befindet (Urk. 200 S. 73 Rz 365). Der Kläger stellte in der Berufungsantwort nicht in Abrede, dass sich das (im Wesentlichen von N._____ erstellte) Ausmass "F._____ ..." nicht bei den Akten befindet (Urk. 205 S. 20 f.). Die als Urk. 22/61-65 eingereichten Ausmasse betreffen nicht die Baustelle F._____ ..., sondern die Baustellen in ... und Das vom Zeugen N._____ erstellte Ausmass F._____ ... wurde vom Kläger auch nicht als (von der Beklagten zu edierendes) Beweismittel angerufen. Jedenfalls bringt der Kläger in der Berufung nicht vor, die Vorinstanz habe insofern irgendwelche Beweisanträge übergangen.

11.6 Aus den dargelegten Gründen ist als erstellt zu betrachten, dass der Kläger das Ausmass der Baustelle F._____ ... bis am 21. Oktober 2011, 11.00 Uhr (Urk. 22/57), nicht an die Beklagte ausgehändigt hat, obwohl er mehrfach dazu aufgefordert wurde. Er hat dadurch seine in Art. 321b Abs. 2 OR festgelegte Herausgabepflicht verletzt, es sei denn, er könne sich auf ein Leistungsverweigerungsrecht berufen.

12.1 Die Vorinstanz hat dem Kläger an den Ausmassen ein Leistungsverweigerungsrecht gemäss Art. 82 OR und ein Retentionsrecht gemäss Art. 895 ZGB zugebilligt mit der Begründung, die Beklagte habe sich spätestens seit dem 6. August 2011 mit ihren Lohnzahlungen in Verzug befunden. Der Kläger wäre demzufolge berechtigt gewesen, die Herausgabe der in seinem Besitz befindlichen Ausmasse zu verweigern, weil die Beklagte ihm seinen Lohn teilweise vorenthalten habe (Urk. 201 S. 73 f.). Der Kläger hält dafür, dass aus Art. 82 OR fließende Leistungsverweigerungsrecht sei umfassend, womit dieses auch die Herausgabe von Dokumenten erfasse (Urk. 295 S. 20 Rz 75).

12.2 Zu Recht rügt die Beklagte eine Verletzung von Art. 896 ZGB und Art. 82 OR. Sie habe den Kläger immer nur zur Herausgabe und nicht zur Fertigstel-

lung des Ausmasses aufgefördert. Bei der Herausgabe von Dokumenten gehe es nicht um Arbeit. Zudem bestehe an nicht verwertbaren Dingen wie Ausmassen kein Retentionsrecht (Urk. 200 S. 66 f.).

12.3 An Sachen, deren Natur eine Verwertung nicht zulässt, kann das Retentionsrecht nicht ausgeübt werden (Art. 896 Abs. 1 ZGB). Nicht verwertbar sind insbesondere Pläne, Kostenberechnungen, technische Zeichnungen, Geschäftsbücher und Geschäftsunterlagen (BSK ZGB II-Rampini/Schulin/Vogt, Art. 896 N 6). Die Ausmasse stellen Geschäftsunterlagen dar; sie weisen keinen Verkehrswert auf und können demzufolge auch nicht retiniert werden.

12.4 Wer bei einem zweiseitigen Vertrag den andern zur Erfüllung anhalten will, muss entweder bereits erfüllt haben oder die Erfüllung anbieten, es sei denn, dass er nach dem Inhalte oder der Natur des Vertrages erst später zu erfüllen hat (Art. 82 OR). Nicht verwertbare Urkunden kann der Arbeitnehmer auch nicht unter Berufung auf das sog. obligatorische Retentionsrecht gemäss Art. 82 OR für rückständige Lohnguthaben zurückbehalten, da auch das obligatorische Retentionsrecht die Verwertbarkeit des Retentionsobjektes voraussetzt (ZK-Staehelin, Art. 321b OR N 6). Das Zurückbehaltungsrecht nach Art. 82 OR ist im hier zu beurteilenden Fall aber vor allem deshalb nicht gegeben, weil nur die Arbeitsleistung, nicht aber das Arbeitsergebnis zur Lohnzahlung in einem Gegenseitigkeitsverhältnis (Austauschverhältnis) steht (BK-Weber, Art. 82 OR N 111 und N 113; BK-Zobl, Art. 896 ZGB N 8; BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 321b OR N 4). In ihren Schreiben vom 12. Oktober, 14. Oktober und 19. Oktober 2011 verlangte die Beklagte vom Kläger jeweils die Herausgabe von Geschäftsunterlagen, insbesondere Ausmass-Dokumenten (Urk. 22/50, Urk. 22/52, Urk. 22/57). Nach dem Gesagten kann sich der Kläger nicht auf Art. 82 OR berufen. Er hat die sofortige Herausgabe des Ausmasses F._____ ... demnach unberechtigterweise verweigert.

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

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

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

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

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

13.4 Vorliegend fällt erschwerend in Betracht, dass die Beklagte geltend machte, der Kläger habe bis zuletzt die Ausmasse der grösseren Baustellen F.____ ..., G.____ ... und I.____ ... zurückgehalten, nachdem er am 20. Oktober 2011 zwei Ausmasse der Baustelle G.____ ... und am 21. Oktober 2011 drei weitere Ausmasse der Baustelle H.____ ... abgegeben habe (Urk. 21 S. 30 Ziff. 37 f.). Aufgrund dieses Verhaltens habe die Beklagte im Oktober 2011 Rechnungsbeträge im Umfange von rund Fr. 200'000.– nicht einfordern können, was ihre äusserst angespannte Liquidität nochmals verschlechtert habe (Urk. 21 S. 31 Ziff. 39). Ende August 2011 sei der Beklagten von der Bank AB.____ die Kreditlimite von Fr. 200'000.– auf Fr. 100'000.– herabgesetzt worden, weil man einerseits die Abschlüsse 2010 noch nicht habe liefern können und weil man andererseits aufgrund des Konkurses der C.____ ag kurzfristig nicht mehr in der Lage gewesen sei, deren finanzielle Lage transparent darzustellen. Jede Überschreitung der Limite habe ab dann einzeln vom Sachbearbeiter der Bank bewilligt werden müssen und habe der Überzeugungskunst von D.____ bedurft (Urk. 21 S. 16 Ziff. 22). Bei der Baustelle F.____ ... habe es sich um die wichtigste und grösste Baustelle der Beklagten gehandelt (Urk. 21 S. 27 Ziff. 34 f.). Am 4. Oktober 2011 sei von der Beklagten ein Ausmass F.____ ..., Stand 30. Juli 2011, an die Bauleitung versandt worden. Dies sei der letzte Stand gewesen, den die Beklagte besessen habe und der noch von N.____ erstellt worden sei, der aber nicht die Flachdachsanierung betroffen habe (Urk. 21 S. 37 Ziff. 35). Am 11. Oktober 2011 habe sich die Bauleitung der Baustelle F.____ ... geweigert, ohne Ausmasse Rechnungen der Beklagten über Fr. 107'779.30 zur Zahlung weiterzu-

leiten. Für die Baustelle F._____ ... seien aufgrund der vom Kläger zurückbehaltenen Ausmasse folgende Rechnungen unbezahlt geblieben (Urk. 21 S. 22 Ziff. 28):

-	15. August 2011	Fr.	12'060.00	(recte: 12'960.00)
-	15. August 2011	Fr.	20'930.95	
-	23. September 2011	Fr.	9'720.00	
-	23. September 2011	Fr.	<u>25'920.00</u>	
	Total	Fr.	68'630.95	(recte: 69'530.95)

Aufgrund der zurückbehaltenen Ausmasse hätten zudem folgende Schlussrechnungen erst nach der Aufarbeitung der Ausmasse durch D._____ nach der Entlassung des Klägers gestellt werden können (Urk. 21 S. 23 Ziff. 28):

-	Offene Schlussrg.	Fr.	15'660.00	
-	Offene Schlussrg.	Fr.	<u>33'960.00</u>	(recte: 33'630.65)
	Total	Fr.	49'620.00	(recte: 49'290.65)

Aufgrund der Weigerung des Klägers, die Ausmasse herauszugeben, seien somit bis Oktober 2011 insgesamt für die Baustelle F._____ ... Arbeiten im Wert von Fr. 118'250.95 (recte: Fr. 118'821.60) nicht bezahlt worden oder hätten nicht in Rechnung gestellt werden können. Zum Nachweis verwies die Beklagte auf die Umsatzliste des Debtors F._____ ... von "01/2011 bis 12/2012" (Urk. 22/43).

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

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

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

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

13.8 Die Vorinstanz hat die Nichtverrechnung von geleisteten Arbeiten und den Rückbehalt von Zahlungen für gestellte Akonto-Rechnungen mangels Ausmassen nicht in ihre Beweisverfügung vom 26. Februar 2014 aufgenommen. Sie hat lediglich den folgenden Beweissatz formuliert (Urk. 50 S. 7):

f) *"dass der Beklagten durch das Zurückbehalten der Ausmasse durch den Kläger ein Schaden in der Höhe von Fr. 417'931.00 entstanden ist."*

Zu diesem Beweissatz nahm die Vorinstanz als Hauptbeweismittel der Beklagten diverse Urkunden, Zeugen (J._____, S._____, Q._____, O._____, R._____ und P._____) und die Parteiaussage von D._____ ab. Gegenbeweismittel des Klägers führt die Beweisverfügung nicht auf.

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

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

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

13.10 Weder bestritt der Kläger, dass für die Baustelle F. _____ ... aufgrund von Beststellungsänderungen und Zusatzaufträgen in der Höhe von Fr. 160'000.– Ausmasse erstellt werden mussten, noch stellte er in Frage, dass die Beklagte aufgrund von zurückgehaltenen Ausmassen keine *Schlussrechnungen* stellen konnte. Der Kläger bestritt einzig, dass *Zahlungen* an die Beklagte aufgrund eines Verschuldens seinerseits zurückgehalten worden seien. Wiederum stellte er aber nicht in Abrede, dass die in der Umsatzliste Debitoren enthaltenen Angaben zutreffen. Aus der von ihm selbst eingereichten Debitorenliste ergibt sich, dass die am 15. August und 23. September 2011 gestellten Rechnungen am 18. Oktober 2011 noch nicht bezahlt waren (Urk. 69/9). Und aus der von der Beklagten eingereichten Debitorenliste wird ersichtlich, dass die am 15. August und 23. September 2011 gestellten Rechnungen erst am 23. Dezember 2011 und die am 30. November 2011 gestellten Schlussrechnungen erst am 13. Januar 2012 bezahlt wurden (Urk. 22/43).

13.11 In seinem Schlussvortrag wies der Kläger auf den Zeugen O. _____, Bauleiter auf der Baustelle F. _____ ..., hin, der angegeben habe, er gehe davon aus, dass alle Rechnungen der Beklagten bezahlt worden seien (Urk. 191 S. 17 mit Verweis auf Urk. 110 S. 5). Dies ist jedoch nicht der springende Punkt, da die Beklagte von "bis und mit Oktober 2011" nicht bezahlten Rechnungen ausgeht (Urk. 21 S. 23). Auf die Frage, ob gemäss Urk. 22/43 die F. _____ sämtliche Rechnungen der Beklagten ohne Abzüge bezahlt habe, erklärte der Zeuge denn auch, die letzten zwei seien wahrscheinlich fristgerecht bezahlt worden, die davor seien verspätet bezahlt worden (Urk. 110 S. 5). Bei den letzten zwei Rechnungen

handelt es sich um die erst am 30. November 2011 gestellten Schlussrechnungen, bei den Rechnungen "davor" (unter anderem) um die vier von der Beklagten erwähnten, am 15. August und 23. September 2011 gestellten Rechnungen über total knapp Fr. 70'000.–, die gemäss Urk. 22/43 erst am 23. Dezember 2011 beglichen wurden. Der Zeuge O._____ sagte zudem aus, die Baumeisterarbeiten und Abdichtungen hätten ca. eine Viertelmillion betragen. Die Spenglerarbeiten selber müssten rund Fr. 100'000.– betragen haben. Auf Vorhalt von Urk. 22/52 dritter Absatz führte der Zeuge aus, er habe die Rechnung zurückbehalten, denn ohne Ausmass gebe er die Rechnung nicht frei (Urk. 110 S. 6 f.). In seiner E-Mail vom 6. Oktober 2011 teilte O._____ der Beklagten mit, er benötige das Ausmass "Flachdachsanieierung", da er sonst "eure Akontos" nicht prüfen könne. Mit E-Mail vom 11. Oktober 2011, 08:55, orientierte er die Beklagte, er könne "eure Akonto-rechnungen" vor Erhalt der Schlussrechnung zusammen mit dem prüfbareren Ausmass nicht freigeben. Und ebenfalls am 11. Oktober 2011, 09:48, sandte er der Beklagten per E-Mail die Angaben "zu den Rechnungen", zu denen er noch "euer Ausmass" brauche, wobei er drei pdf-Dokumente übermittelte (Urk. 22/55).

13.12 Von den drei vom Kläger eingereichten Akonto-Rechnungen vom 23. September 2011 über Fr. 7'560.–, Fr. 9'720.– und Fr. 30'240.– (Urk. 69/4) betrifft die Rechnung Nr. 175'540 über Fr. 30'240.– ausdrücklich "Flachdacharbeiten", die unstrittig nach Ausmass abgerechnet werden mussten. Sie war innert 15 Tagen zahlbar. Nachdem Arbeiten nach Ausmass in der Höhe von Fr. 160'000.– unbestritten blieben und der Zeuge O._____ von *mehreren* Akonto-Rechnungen sprach, die auf ihr Ausmass hin überprüft werden müssten (Urk. 22/55 [E-Mails vom 11. Oktober 2011]), muss davon ausgegangen werden, dass für die Prüfung und Begleichung der in *beiden* Umsatzlisten (Urk. 22/43, Urk. 69/9) figurierenden Rechnungen Nr. ... vom 15. August und Nr. ... vom 23. September 2011 ebenfalls Ausmass benötigt wurden und wegen des fehlenden Ausmasses gemäss Umsatzliste Debitoren 01/2011 bis 12/2012 (Urk. 22/43) die Bezahlung von weiteren Fr. 20'930.95 bzw. Fr. 9'720.– einstweilen unterblieb.

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

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

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

13.15 Erstellt ist damit, dass die F._____ ... in einer für die Beklagte prekären finanziellen Situation die am 23. September 2011 für Flachdacharbeiten gestellte Rechnung über Fr. 30'240.– zunächst nicht beglichen, weil das Ausmass fehlte bzw. vom Kläger nicht beigebracht wurde. Sodann wurde die Bezahlung von zwei weiteren Rechnungen in der Höhe von ca. Fr. 30'000.– zurückgestellt. Damit

ging der ohnehin finanziell angeschlagenen Beklagten zeitweilig Liquidität im fünfstelligen Bereich abhandeln. Durch sein Verhalten nahm der Kläger in Kauf, dass sich die finanziellen Schwierigkeiten der Beklagten vorübergehend verschärften. Zudem erwähnt der Kläger selbst, die Aussage des Zeugen J._____ habe sich auf Liquidationsengpässe (gemeint wohl: Liquiditätsengpässe) und Reputationschäden bezogen (Urk. 119 S. 17). Unter diesen Umständen konnte der Beklagten – wie bereits gesagt – die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden und sie verfügte über einen wichtigen Grund, um das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger fristlos aufzulösen.

14. Nach dem Gesagten hat die Beklagte dem Kläger den Lohn bis zur fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses, d.h. bis und mit 21. Oktober 2011, zu bezahlen (ZK-Staehelin, Art. 337b OR N 2). Die Beklagte hat in ihrem Kündigungsschreiben beide Arbeitsverträge zufolge absichtlicher Täuschung bzw. Grundlagenirrtums angefochten und für ungültig erklärt (Urk. 22/66 S. 2). In der Klageantwort hat sie sich zwar auf die Ungültigkeit der Arbeitsverträge berufen (Urk. 21 S. 34), gleichzeitig aber eingeräumt, dass der Lohn samt Sozialbeiträge vom 1. bis 21. Oktober 2011 im Umfang des Arbeitsverhältnisses von 50% noch offen sei (Urk. 21 S. 41). Ohnehin wäre der Arbeitsvertrag mit der Beklagten durch konkludentes Verhalten genehmigt worden (Art. 31 OR), indem die Beklagte nach Entdeckung des Willensmangels und der Anfechtbarkeit (27. Juli 2011) sowohl die Arbeitsleistung des Klägers weiterhin vorbehaltlos entgegennahm als auch den Lohn vorbehaltlos weiterbezahlte (BSK OR I-Schwenzer, Art. 31 OR N 17).

V. (Ausstehender Lohn)

1.1 Für den Monat Oktober 2011 hat die Beklagte dem Kläger gar keinen Lohn mehr bezahlt. Nach Auffassung der Beklagten ist einzig der Lohn samt Sozialbeiträgen vom 1. bis 21. Oktober 2011 im Umfang des Arbeitsverhältnisses von 50% noch offen, wobei der offene Lohn mit Schadenersatzforderungen ver-

rechnet werde (Urk. 21 S. 41). Für die Monate August und September 2011 zahlte die Beklagte dem Kläger entsprechend einem Arbeitspensum von 50% den Bruttolohn von Fr. 6'740.– aus.

1.2 Der Kläger ist der Auffassung, dass er seit Einstellung der operativen Tätigkeit der C._____ ag bzw. ab 1. August 2011 zu 100% für die Beklagte gearbeitet habe (Urk. 2 S. 10, Urk. 25 S. 13). Der Arbeitsvertrag mit der Beklagten und der Arbeitsvertrag mit der C._____ ag seien aneinander gekoppelt gewesen. In Ziffer 1 des mit der Beklagten geschlossenen Arbeitsvertrags (Urk. 3/4) sei folgendes vereinbart worden: *"Es wird ein analoger und gekoppelter Arbeitsvertrag für die 50% Technischer Leiter bzw. Geschäftsführer C._____ AG, ..., erstellt. Diese Aufteilung erfolgt aus internen Gründen. Beide Unternehmen haften solidarisch für die integrale Erfüllung der beiden Anstellungsverträge"*. Für die C._____ ag sei er ebenfalls zu 50% als Technischer Leiter zu einem Lohn von Fr. 6'740.– brutto tätig gewesen. Er sei für die ganze Gruppe tätig gewesen und habe an einen Vorgesetzten, D._____, rapportiert. Der Arbeitseinsatz sei fliessend verlaufen. Die Beklagte habe zunächst gar keinen schriftlichen Arbeitsvertrag abschliessen wollen, doch habe er nach Rücksprache mit Dr. E._____, der ihn während der ganzen Vertragsverhandlungen beraten habe, darauf bestanden. Die Idee der Parteien sei gewesen, dass der Kläger in einem 100%-Pensum für beide Gesellschaften arbeite. Ursprünglich sei eine 100%-Anstellung bei der Beklagten vorgesehen gewesen. Nach Arbeitsbeginn (5. Mai 2011) sei plötzlich ein (erneuter) Kurswechsel erfolgt, wonach aus "administrativen Gründen" zwei Arbeitsverträge à 50% abgeschlossen würden. Nach (erneuter) Rücksprache mit Dr. E._____ habe er die Einfügung der Bestimmung über die Koppelung der Verträge verlangt. Es sollte nicht möglich sein, einen Vertrag zu kündigen und ein 50%-Pensum daraus zu machen. Die Aufteilung sei aus rein administrativen, internen verrechnungstechnischen Gründen erfolgt. Der Arbeitsvertrag mit der C._____ ag sei mit Schreiben vom 27. Juli 2011 infolge Einstellung des operativen Geschäfts auf den 5. August 2011 gekündigt worden. Mit Urteil vom 12. August 2011 habe der Konkursrichter des Bezirksgerichts Meilen über die C._____ ag mit sofortiger Wirkung den Konkurs eröffnet (Urk. 2 S. 7 f., Urk. 25 S. 9, S. 11). Es habe dem Willen der

Parteien entsprochen, dass das 50%-Pensum bei der C._____ ag nach Einstellung der operativen Tätigkeit aufgrund der Koppelung der Verträge auf die Beklagte übergegangen sei. Dies sei für ihn essentiell gewesen, da es nicht erstrebenswert sei, plötzlich mit einem 50%-Pensum dazustehen, wenn man für ein Vollzeitpensum angestellt worden sei und dies auch leisten wolle. Aus den Stundenkarten und dem Wochenausdruck der Agenda ergebe sich eine Tätigkeit von 100% für die Beklagte ab August 2011. Die für die einzelnen Projekte und Objekte aufgewendeten Stunden würden jeweils ein Vollpensum ergeben (Urk. 2 S. 9, Urk. 25 S. 12).

1.3 Nach Darstellung der Beklagten betraf die Koppelung der Verträge lediglich das gemeinsame Zustandekommen der Verträge. Die Solidarhaftung sei erst auf den vom Kläger nachträglich und heimlich ausgetauschten Seiten enthalten gewesen. Die Beklagte bestreitet, dass dies so je besprochen oder gar vereinbart worden sei. Selbst wenn aber die gegenseitige Haftung gelten würde, könnte der Kläger nach der Kündigung der C._____ ag von dieser nichts mehr und von der Beklagten nicht mehr als den vereinbarten 50%-Lohn aus dem Arbeitsverhältnis verlangen, da die Beklagte nach der Klausel lediglich für die Erfüllung des Anstellungsvertrags mit der C._____ ag hafte. Nachdem dieser auf Anfang August gekündigt worden sei, habe seitens der Beklagten seit August 2011 nichts mehr erfüllt bzw. kein Lohn mehr bezahlt werden müssen. Eine Haftung der Beklagten für die C._____ ag sei entfallen, denn wo nichts zu erfüllen sei, gebe es keine Haftung für die Erfüllung (Urk. 21 S. 36). Es habe keine Vermischungen und keine Aufteilung der Arbeitsverträge, sondern Baustellen der Beklagten und Baustellen der C._____ ag gegeben. Lediglich eine Baustelle der C._____ ag sei von der Beklagten übernommen worden. Ein gemeinsamer Wille, ein nicht mehr bestehendes Arbeitspensum auf die Beklagte zu übertragen, habe nicht bestanden, zumal die Beklagte selber in finanziellen Schwierigkeiten gewesen sei. Mit der Koppelung sei die Abhängigkeit der Gültigkeit des einen vom anderen Vertrag gemeint. Die Koppelungsklausel sei so zu verstehen, dass der Kläger nach der Kündigung seines Arbeitsverhältnisses mit der C._____ ag auf der Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten hätte bestehen können. Zutreffend sei,

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

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

2.1 Die Vorinstanz verneinte mit Bezug auf die fragliche Klausel einen tatsächlich übereinstimmenden Parteiwillen "aufgrund der abweichenden Parteibehauptungen" und prüfte sogleich, "ob allenfalls ein normativer Konsens vorliegt". Sie erwog, bei der Vertrauensauslegung sei zwar grundsätzlich vom Wortlaut auszugehen. Aus Art. 18 OR folge jedoch, dass ein klarer Wortlaut für die Auslegung nicht unbedingt entscheidend sei; selbst wenn eine Vertragsbestimmung auf den ersten Blick klar erscheine, könne sich aus anderen Vertragsbestimmungen, aus dem von den Parteien verfolgten Zweck und aus weiteren Umständen ergeben, dass der Wortlaut nicht genau den Sinn der Vereinbarung unter den Parteien wiedergebe (Urk. 201 S. 50).

Fraglich sei, was die Parteien unter einem "gekoppelten" Arbeitsvertrag und mit einer Haftung für die "integrale Erfüllung" gemeint hätten. Der Wortlaut der Klausel sei zu ungenau formuliert, um ein abschliessendes Ergebnis zu bringen, weshalb zur Auslegung weitere Aspekte hinzuzuziehen seien. Betrachte man die Entstehungsgeschichte, sei klar, dass der Kläger auf der Suche nach einer 100%-Stelle gewesen sei und er ab dem 5. Mai 2011 auch zu 100% tätig gewesen sei, für welche Gesellschaft auch immer. Ab welchem Zeitpunkt eine Aufteilung auf die Beklagte und die C._____ ag ein Thema geworden sei, lasse sich nicht mit absoluter Sicherheit nachvollziehen; eine Aktennotiz von D._____ vom 10. Juni 2011 lege jedoch den Schluss nahe, dass eine solche Aufteilung erst ab diesem Zeitpunkt ein Thema geworden sei. Letztlich sei dies aber von geringer Relevanz. Es

stelle sich nämlich einzig die Frage, wie die Beklagte die Willenserklärung des Klägers in guten Treuen habe verstehen dürfen und müssen (Urk. 201 S. 50 ff.).

Dabei falle in Betracht, dass die Aufteilung des 100%-Pensums auf zwei Gesellschaften kaum im Interesse des Klägers, sondern wenn schon im Interesse der Beklagten und der C._____ ag erfolgt sei. Der vom Kläger genannte Grund, dass dadurch der administrative Aufwand der Verrechnung unter den Gesellschaften hätte eingespart werden sollen, leuchte ein. Entgegen der Behauptung der Beklagten, dass zwei 50%-Stellen einen grösseren administrativen Aufwand ergäben als eine 100%-Stelle mit Verrechnung, sei es erfahrungsgemäss so, dass die Lohnzahlungen für zwei fixe 50%-Stellen einen massiv geringeren Aufwand verursachten als Verrechnung von rund 90 Arbeitsstunden pro Monat im Falle einer 100%-Stelle. Somit dürfte es auch aus Sicht der Beklagten und der C._____ ag durchaus Sinn gemacht haben, eine – wie der Kläger ausführe – buchhalterisch nicht ganz saubere, aber massiv weniger aufwändige Lösung anzustreben (Urk. 201 S. 52).

Da die beiden gekoppelten Verträge am gleichen Tag von den gleichen Personen unterzeichnet worden seien, hätte es für den Abschluss der Verträge keiner Koppelungsklausel bedurft. Bei den drei Firmen (Beklagte, C._____ ag und AC._____ AG) seien offensichtlich gewisse Grenzen schwer zu ziehen gewesen. N._____ und S._____ hätten für mehr als nur eine Firma gearbeitet, aber nur über einen Arbeitsvertrag verfügt. Die Bank AB._____ wiederum schein offensichtlich von einer Firmengruppe auszugehen. "Dies alles" spreche für die Darstellung des Klägers, wonach die Idee der Aufteilung der Arbeitsverträge auf die Beklagte und die C._____ ag den Zweck verfolgt habe, rein administrativen Aufwand einzusparen. D._____ habe zudem selber ausgeführt, das Motiv für die Anstellung in zwei 50%-Pensen sei gewesen, die Lohnkosten auf die beiden beteiligten Firmen aufzuteilen, damit die Lohnsumme pro Firma nicht zu gross werde (Urk. 201 S. 52 f.). Für die Beklagte habe von Beginn weg klar gewesen sein müssen, dass es nicht dem Willen des Klägers habe entsprechen können, Gefahr zu laufen, plötzlich mit einem 50%-Pensum und einer sechsmonatigen Kündigungsfrist dazustehen. Der Kläger hätte kaum Aussichten gehabt, eine andere Firma zu finden, in der er

ebenfalls zu 50% hätte tätig sein können. Die letzten beiden Sätze von Ziffer 1 seien auf den Präzisierungsvorschlag von Dr. E. _____ zurückzuführen, der den Kläger beraten und durch seinen Vorschlag habe zu Papier bringen wollen, was dem Kläger vorgeschwebt habe, nämlich eine Aufstockung des Pensums im Falle des Wegfalls des Pensums des anderen Vertrages (Urk. 201 S. 54).

Eine andere vernünftige Auslegung sei auch aus der Optik der Beklagten nicht vorstellbar. Ihr habe bewusst sein müssen, dass der Kläger die – von ihm bzw. Dr. E. _____ formulierten – Verträge mit der Koppelungsklausel ergänzt habe, um im Falle wirtschaftlicher Schwierigkeiten der einen Arbeitgeberin nicht unvermittelt mit einem blossen Teilzeitpensum dazustehen. Die von der Beklagten alternativ vorgeschlagenen Auslegungen wären für die Rechtsposition des Klägers nicht nur unsinnig sondern geradezu schädlich. Die Koppelungsklausel sei offensichtlich im Bestreben eingefügt worden, dem Kläger in jedem Fall ein 100%-Pensum zu sichern, ohne mühselige Vertragsverhandlungen über eine Aufstockung des Pensums führen zu müssen. Die von der Beklagten erwähnte Möglichkeit einer Kündigung der verbliebenen 50%-Stelle hätte zudem wohl nicht mehr rechtzeitig erfolgen können, um beide Arbeitsverträge auf denselben Zeitpunkt zu beenden. Unter diesen Umständen habe die Beklagte Ziffer 1 des Arbeitsvertrags einzig so verstehen dürfen, dass im Fall der Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit der C. _____ ag das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten auf 100% aufgestockt werde. In diesem Sinne sei von einem normativen Konsens der Parteien bzw. einer gewollten Aufstockung des Pensums bei der Beklagten für den Fall des Wegfalls des Pensums bei der C. _____ ag auszugehen. Ab dem Zeitpunkt der Kündigung durch die C. _____ ag habe der Kläger zu 100% für die Beklagte arbeiten und die Beklagte für 100% des Lohnes aufkommen müssen (Urk. 201 S. 54 f.).

2.2 "Nur nebenbei" erwähnte die Vorinstanz, dass sich aus den Stundenkarten für die Monate August und September 2011 und aus den Outlook-Wochenauszügen für die Monate August bis Oktober 2011 ein 100%-Pensum des Klägers ergebe. Die vom Beklagten gegen diese Dokumente erhobenen Einwände würden sich als haltlos erweisen. Die Bestreitungen der Stundenkarten bzw. Outlook-Auszüge für die Monate September und Oktober würden nicht näher be-

gründet oder substantiiert. Ohne Begründung würden in nicht nachvollziehbarer Weise Positionen aus den Stundenkarten gestrichen und dann die Saldi der Karten und der Outlook-Auszüge miteinander verglichen. Damit komme die Beklagte ihrer Bestreitungs- bzw. Substantiierungslast nicht nach. Ein Vergleich der Outlook-Auszüge und Stundenkarten ergebe, dass sich diese grundsätzlich von den Baustellen und Arbeiten her entsprechen würden. Dass die Einträge bis auf die Minute übereinstimmen würden, könne nicht erwartet werden, da das Outlook primär ein Planungsinstrument darstelle und die Stundenkarten hingegen im Nachhinein ausgefüllt worden seien. Die Einträge seien jeweils über die ganze Woche verteilt und beträfen unterschiedliche Tageszeiten, was für die Version des Klägers spreche, wonach er in einem Vollzeitpensum gearbeitet und erst allmählich begonnen habe, die elektronische Agenda zu benutzen. Auch die einvernommenen Zeugen AD._____, AE._____ und AF._____ hätten keine Veränderung im Arbeitspensum des Klägers bemerkt bzw. den Kläger sowohl morgens im Magazin als auch teilweise am Nachmittag auf den Baustellen gesehen (Urk. 201 S. 55 f.).

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

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

Abfindungsklausel, die der Kläger der Beklagten in Ziffer 5 Abs. 2 ebenfalls untergeschoben habe, ebenfalls gegen die Aufbau-These spreche, denn es leuchte nicht ein, eine Entlassungsabfindung zu vereinbaren, wenn man mit dem automatischen Anwachsen des beendeten Pensums auf der verbleibenden Stelle abgesichert sei (Urk. 200 S. 53 Rz 263). Indem D. _____ es zwecks gütlicher Auflösung des Arbeitsverhältnisses für zwei weitere Monate in Kauf genommen habe, dem Kläger 100% Lohn zu bezahlen, habe er sich schlicht freikaufen wollen (Urk. 200 S. 54 Rz 267).

Im Zusammenhang mit dem ab August 2011 tatsächlich geleisteten Arbeitspensum des Klägers rügt die Beklagte ein Verletzung "der Beweislastregel" und eine fehlerhafte Feststellung des Sachverhalts. Es sei Sache des Klägers, ein geleistetes Pensum von 100% zu behaupten und zu beweisen. Die Vorinstanz werfe ihr zu Unrecht die Verletzung der vermeintlichen Substantiierungslast für die Bestreitung vor. Es sei der Kläger, der seiner Substantiierungspflicht bezüglich der geleisteten Arbeitsstunden nicht nachgekommen sei, da Pauschalverweise auf eingereichte Unterlagen nicht genügten. Die vom Kläger eingereichten Stundenkarten stellten lediglich eine Parteibehauptung dar (Urk. 200 S. 54 Rz 270, S. 58 Rz 292 ff.). Die eingereichten Outlook-Auszüge seien unrichtig, von schlechter Qualität und zweifelhafter Gestaltung (ohne Datum und Stundeneinteilung); sie würden durchschnittlich max. zwei Stunden und kaum mehr als zwei Termine pro Tag ausweisen. Die enormen Differenzen zu den Stundenkarten liessen sich entgegen der Vorinstanz nicht mit der angeblichen Ungenauigkeit von Outlook-Einträgen übergehen (Urk. 200 S. 57 Rz 286, S. 61 ff. Rz 294 ff.). Die vielen angerufenen Zeugen hätten die pauschale Behauptung zum Arbeitsumfang nicht im Ansatz bestätigen können (Urk. 200 S. 59 Rz 292).

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

dubio contra stipulatorem", den die Beklagte im Berufungsverfahren erstmals anrufe, finde nur auf vorformulierte allgemeine Geschäftsbedingungen und auf Formularverträge Anwendung. Die Berufung auf diese Regel durch die geschäftserfahrene Beklagte, die sich in der Arbeitgeberrolle befunden habe, erscheine zudem rechtsmissbräuchlich (Urk. 205 S. 14 Rz 48).

Nach Auffassung des Klägers hat die Vorinstanz die Beweise zum Ausmass seiner Tätigkeit richtig gewürdigt. Die Beklagte setze sich mit diesen Erwägungen nicht genügend auseinander und wiederhole einzig ihre Behauptungen. Der Kläger weist darauf hin, dass die Beklagte, die als Arbeitgeberin über sämtliche Daten verfüge, es unterlassen habe, die Stundenerfassung einzureichen, obwohl laut dem Zeugen J._____ eine solche geführt worden sei. Dies sei stossend, zumal die Beklagte den Vorwurf erhebe, ein ihr nicht ins Konzept passendes Dokument (Outlook-Auszüge) sei "gefälscht". Vom Kläger könne nicht erwartet werden, für jede Stunde und Minute zu beweisen, welche Tätigkeit er ausgeführt habe. Zudem würde es für die Begründung seines Lohnanspruchs bereits genügen, dass er zu 100% anwesend und arbeitsbereit gewesen sei (Urk. 205 S. 19 f. Rz 69 ff.).

4.1 Mit Beschluss vom 26. Februar 2014 wurde folgendes Beweisthema formuliert (Urk. 50 S. 3):

- c) *"dass die Parteien mit der Formulierung in Ziff. 1 des Arbeitsvertrages vom 29. April 2011 beabsichtigten, dem Kläger bei Wegfall des Arbeitsvertrages mit der C._____ AG ein 100% Pensum bei der Beklagten zu sichern oder umgekehrt."*

Als Hauptbeweismittel des Klägers nahm die Vorinstanz diverse Urkunden und Zeugen (darunter Dr. E._____) ab (Urk. 50 S. 4 f., Urk. 85 S. 8). Als Gegenbeweismittel der Beklagten wurden diverse Urkunden und zwei Zeugen (J._____ und S._____) zugelassen (Urk. 85 S. 9). Zudem wurden die von den Parteien eingereichten Akten des Strafverfahrens als Beweismittel abgenommen (Urk. 85 S. 6, S. 8).

Die Vorinstanz prüfte indes nicht weiter, ob sich aus den angerufenen Beweismitteln ein tatsächlicher Konsens über eine Vertragsübernahme erstellen liess. Sie ging direkt zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens mittels objektivierender Vertragsauslegung über (Urk. 201 S. 50). Die Beklagte trägt im Zusammenhang mit dem obgenannten Beweissatz zwar Rügen vor. Es sei nicht klar, wer die zum Beweis verstellte Behauptung überhaupt so aufgestellt habe (Urk. 200 S. 47 Rz 212 ff.). Letztlich erheben aber weder die Beklagte noch der Kläger mit der Berufung Einwände gegen eine Auslegung der strittigen Vertragsklausel nach dem Vertrauensprinzip (Urk. 200 S. 48 Rz 226, Urk. 205 S. 14 Rz 45). Zu beachten ist allerdings, dass auch bei der objektivierenden Vertragsauslegung die relevanten Begleitumstände, unter denen eine Willensäusserung abgegeben wird, von derjenigen Partei zu behaupten und zu beweisen sind, die daraus ein für sie günstiges Auslegungsergebnis ableitet (BK-Müller, Art. 18 OR N 109 und N 139). Was die Parteien beim Vertragsabschluss gewusst, gewollt oder tatsächlich verstanden haben, ist Tatfrage (BGE 133 III 675 E. 3.3 S. 681; 131 III 606 E. 4.1 S. 610).

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

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

4.3.1 Der Kläger führte aus, dass es beim (ersten) Treffen am Hauptsitz der C._____ ag in ... am 5. April 2011 nach wie vor um eine Stelle in der C._____ ag gegangen sei. Beim zweiten Termin am 18. April 2011 habe D._____ vorgeschlagen, dass er (der Kläger) die technische Leitung und Geschäftsführung der Beklagten und der C._____ ag übernehme. Letztendlich sei der Vorschlag ergangen, ihn zu 100% bei der Beklagten anzustellen, da N._____ bei der C._____ ag angestellt gewesen sei und sich so ein zu grosser Kostenblock in einer Gesellschaft habe vermeiden lassen (Urk. 25 S. 7 ff. Rz 11 ff., Urk. 40 S. 6 f.). Den von ihm behaupteten Vorschlag einer 100%igen-Anstellung bei der Beklagten vermag der Kläger aber weder mit der von ihm verfassten E-Mail vom 30. März 2011 noch mit der von D._____ namens der C._____ ag verfassten E-Mail vom 4. Mai 2011 zu belegen (Urk. 25 S. 9 Rz 19, Urk. 26/2). Die Beklagte bestreitet, dass sie vorgeschlagen habe, den Kläger zu 100% anzustellen, da es zuerst um die C._____ ag gegangen sei (Urk. 30 S. 13 Rz 11). Während die Beklagte dafürhielt, dass der Kläger ab seinem Eintritt anfangs Mai 2011 der Verantwortliche für das Offertwesen und die Baustellen beider Unternehmen gewesen sei (Urk. 21 S. 3 Rz 8), war der Kläger der Auffassung, er habe zwar auch Baustellen der C._____ ag betreut, aber verhältnismässig wenige (Urk. 25 S. 12 Rz 38). Anlässlich der Hauptverhandlung vom 21. Januar 2014 erklärte der Kläger, er sei zu 100% für die Beklag-

te und die C._____ ag tätig gewesen und habe – ausschliesslich vom Hauptsitz der Beklagten in ... aus – Baustellen beider Unternehmen betreut (Urk. 40 S. 7 Rz 10). In der Parteibefragung sagte der Kläger aus, es habe einmal für die eine Unternehmung und einmal für die andere Unternehmung mehr zu tun gegeben; grundsätzlich sei es etwa ausgeglichen gewesen (Urk. 107 S. 4).

4.3.2 Im ersten vom Kläger an D._____ am 21. Mai 2011 übermittelten Arbeitsvertrags-Entwurf war von zwei 50%-Stellen noch nicht die Rede (Urk. 22/4). Im Entwurf wurde der Arbeitgeber noch offengelassen (Urk. 22/4). In einer Besprechungsnotiz vom 10. Juni 2011 hielt D._____ dann fest (Urk. 22/6, Urk. 21 S. 4 Rz 11, Urk. 25 S. 11 Rz 32):

"Lohn 13'500.– => 2 x Fr. 6'750.–

2 Verträge zu je 50%

180'000.–

Auto => kein Privatanteil"

Am 20. Juni 2011 übermittelte der Kläger D._____ per E-Mail einen Arbeitsvertrag-Entwurf mit der C._____ ag (Urk. 22/8). Ziffer 1 dieses Entwurfs lautete wie folgt (Kursivschrift durch das Gericht):

"1. Vertragsbeginn

Der Arbeitnehmer tritt per 1. Mai 2011 zu 50 % als Technischer Leiter / Geschäftsführer in den Dienst des Arbeitgebers. In dieser Funktion wird dem Arbeitnehmer mit sofortiger Wirkung die Kollektivunterschrift zu zweien für das Unternehmen C._____ AG, ..., erteilt. *Es wird ein analoger und gekoppelter Arbeitsvertrag für die 50 % Technischer Leiter / Geschäftsführer für die A._____ AG, ..., erstellt.*

Es wird eine Probezeit von 3 Monaten vereinbart."

Auf einem Beiblatt hielt der Kläger Lohn, Vertrauensspesen und Repräsentations- und Kleinspesen insgesamt fest und nahm die Aufteilung (50:50) auf die beiden Unternehmungen vor. Dieser Vertragsentwurf wurde von D._____ mit zwei Korrekturen versehen, und zwar hinsichtlich des Auszahlungstages des Gehalts gemäss Ziffer 4 und hinsichtlich des Ferienanspruchs gemäss Ziffer 10 (Urk. 22/9). Gemäss unangefochten gebliebener Feststellung der Vorinstanz betraf ei-

ne weitere Korrektur die in Ziffer 11.3 geregelten Repräsentations- und Kleinspeisen (Urk. 201 S. 30 mit Verweis auf Urk. 169 S. 26).

Die schliesslich mit der Beklagten und der C._____ ag unterzeichneten Arbeitsverträge lauten bezüglich Ziffer 1 wie folgt (Urk. 3/4 und 3/5 = Urk. 69/2 und 69/3, Urk. 22/14 und 22/15; Kursivschrift durch das Gericht):

"1. Vertragsbeginn

Der Arbeitnehmer tritt per 1. Mai 2011 zu 50 % als Technischer Leiter in den Dienst des Arbeitgebers. Die Übernahme der Verantwortung und Kompetenzen als Geschäftsführer erfolgt per 1.01.2012. Auf den 1.01.2012 wird dem Arbeitnehmer für diese Funktion die Kollektivunterschrift zu zweien für das Unternehmen C._____ AG, ..., erteilt. Es wird ein analoger und gekoppelter Arbeitsvertrag für die 50 % Technischer Leiter bzw. Geschäftsführer [per 1.01.2012] für die [C._____ AG, ... bzw. A._____ AG, ...] erstellt. *Diese Aufteilung erfolgt aus internen Gründen. Beide Unternehmen haften solidarisch für die integrale Erfüllung der beiden Anstellungsverträge.*"

Die Unterzeichnung der Verträge erfolgte nach Darstellung des Klägers am 21. oder 22. Juni 2011 (Urk. 25 S. 12 Rz 37, Urk. 40 S. 8 Rz 17). In der Parteibefragung vom 2. Dezember 2014 sagte er aus, sie hätten den Arbeitsvertrag am 22. Juni 2011 unterschrieben (Urk. 107 S. 3). Die Beklagte brachte vor, die Verträge seien am 23. Juni 2011 unterzeichnet worden (Urk. 21 S. 5 Rz 13, Urk. 30 S. 17 Rz 15). Nach Darstellung der Beklagten wurde der Passus *"Diese Aufteilung erfolgt aus internen Gründen. Beide Unternehmen haften solidarisch für die integrale Erfüllung der beiden Anstellungsverträge."* vom Kläger nach dem 23. Juni 2011 ohne ihr Wissen in die unterzeichneten Arbeitsverträge eingefügt.

4.3.3 Mit Schreiben vom 27. Juli 2011 kündigte die C._____ ag das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger in der Probezeit unter Einhaltung der vertraglichen Kündigungsfrist von einer Woche per 5. August 2011 (Urk. 22/22). Am 12. August 2011 wurde über die C._____ ag der Konkurs eröffnet (Urk. 3/8). Mit Schreiben vom 5. September 2011 teilte der Kläger der Beklagten mit, der ihm zustehende Lohn für den August 2011 (100%) sei ihm bis anhin nicht überwiesen worden. Er halte der guten Ordnung halber nochmals fest, dass er seinen Arbeitsvertrag "zu 100% in der A._____ AG erfülle". Mit dieser Mitteilung war eine letzte Fristsetzung zur Bezahlung des Lohnes bis 8. September 2011 verbunden (Urk. 3/12 = Urk. 22/33). Mit Schreiben vom 8. September 2011 teilte die Beklagte dem Kläger mit, der Arbeitsvertrag mit der C._____ ag sei innerhalb der Probezeit per 5. Au-

gust 2011 aufgelöst worden; das Arbeitspensum bei der Beklagten betrage lediglich 50%, wofür dem Kläger der Lohn ausbezahlt worden sei. Zugleich unterbreitete die Beklagte dem Kläger (nochmals) den Vorschlag, das Arbeitsverhältnis mit ihr von August bis Oktober 2011 auf 100% zu erhöhen und per 31. Oktober 2011 per Saldo aller weiteren Ansprüche zu beenden (Urk. 3/13 = Urk. 22/34). Mit Schreiben vom 14. September 2011 beanstandete der Kläger erneut, dass ihm statt 100% nur 50% des Lohnes ausbezahlt worden sei. Er halte der guten Ordnung halber nochmals fest, dass er seinen gültigen Arbeitsvertrag zu 100% in der A._____ AG nachweislich erfülle (Urk. 3/14 = Urk. 22/35). Gemäss Lohnabrechnung September 2011 wurde dem Kläger weiterhin ein Monatslohn von Fr. 6'740.– brutto (entsprechend einem Pensum von 50%) überwiesen (Urk. 3/15). Am 21. September 2011 betrieb der Kläger die Beklagte für den ausstehenden August-Lohn, am 12. Oktober 2011 leitete er die Betreibung für den ausstehenden September-Lohn ein (Urk. 3/16, Urk. 3/17). Die Beklagte erhob jeweils Rechtsvorschlag (Urk. 3/18 = Urk. 22/40, Urk. 3/19 = Urk. 22/42).

4.3.4 Es ist unbestritten, dass sich der Kläger während der ganzen Vertragsverhandlungen von einem "befreundeten Juristen", Dr. E._____, beraten liess. Laut Klageschrift hat er auch den vom Kläger eingebrachten Entwurf des Arbeitsvertrags verfasst (Urk. 2 S. 14 Rz 43, Urk. 25 S. 9 Rz 22). Nach den Aussagen des Klägers und Dr. E.____s im Strafverfahren hat der Kläger die Verträge "aufgesetzt" (Urk. 82/1 S. 4) und Dr. E._____ "den Entwurf" bloss angesehen (Urk. 80/3 S. 3). Die Vorinstanz würdigte die Aussage von Dr. E._____ in der polizeilichen Einvernahme vom 14. März 2013 (Urk. 201 S. 54). Anlässlich dieser Einvernahme führte Dr. E._____ aus, er sei gemeinsamer Anwalt der Eheleute B._____AG._____ gewesen. Er sei selber nie als Anwalt tätig gewesen, besitze aber das Anwaltspatent. Am 29. Juni 2011 habe ihm der Kläger im Restaurant K._____ in ... gesagt, dass er einen Entwurf der Arbeitsverträge dabei habe. Im ersten Abschnitt stehe, dass ein analoger und gekoppelter Arbeitsvertrag für die 50% Technischer Leiter / Geschäftsführer für die C._____ AG, ..., erstellt werde. Er habe dann den Kläger gefragt, was das mit dem gekoppelten Arbeitsvertrag heisse. Weil diese Formulierung seiner Meinung nach nicht klar gewesen sei, ha-

be er eine Textänderung bzw. Präzisierung vorgeschlagen. Seine Formulierung habe er mit blauem Kugelschreiber selber auf den Vertrag drauf geschrieben (Urk. 80/1/6/1 S. 1 f., Urk. 80/1/6/2).

Anlässlich der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 15. Mai 2014 bestätigte der Zeuge, dass er dem Kläger den Passus empfohlen habe, den er auf dem zu den Akten gereichten Vertragsexemplar notiert habe: "Diese Aufteilung erfolgt aus internen Gründen. Beide Unternehmen haften solidarisch für die integrale Erfüllung der beiden AV (Arbeitsverträge)." Er habe ihm gesagt, es solle in den Verträgen seinen Niederschlag finden, dass "wenn auf der einen Seite etwas passiert, doch ein Gesamtvertrag da ist, der als gesamtes das garantiert." Er habe gesagt, dass man die Verträge gegenseitig voneinander abhängig machen müsse. Die beiden Verträge hätten wieder als Einheit behandelt werden sollen (Urk. 80/3 S. 4).

Die Vorinstanz würdigte ebenso die Aussage des von ihr nochmals einvernommenen Zeugen Dr. E._____ (Urk. 201 S. 54 f.). Anlässlich der Einvernahme vom 20. Januar 2015 sagte der Zeuge aus, er habe den Vertrag durchgeschaut und dem Kläger zur Koppelung geraten. Es sei ihm darum gegangen, sichtbar zu machen, dass es sich – obwohl aufgeteilt in zwei Verträge – um einen einzigen Vertrag gehandelt habe. Aus seiner Erfahrung "aus der AH._____ (... , ... [Printmedien] etc.)" habe man diese Verträge auf eine Firma ausgestellt, jedoch für die ganze Gruppe gearbeitet. Es hätte eine "Sicherung durch die Gruppe" geben sollen. Mit der Vertragsklausel habe man sichtbar machen wollen, dass aus administrativen, internen Gründen zwei Verträge bestehen würden und nicht wie normal ein Vertrag für die Gruppe. Seine Meinung sei, dass der andere Vertrag auf 100% anwachse, wenn der eine Vertrag gekündigt werde (Urk. 142 S. 4). Auf die Frage, weshalb in diesem Fall eine Solidarklausel zwischen den Unternehmen vereinbart worden sei, antwortete der Zeuge, die Solidarhaftung greife bei Zahlungsengpässen einer Firma als laufende Lohnsicherung. Die Koppelungsklausel diene dazu, das Arbeitsverhältnis zu sichern, wenn eine der beiden Firmen aufgebe, sozusagen als allgemeine Sicherung (Urk. 142 S. 10).

4.3.5 Der Kläger sagte anlässlich der polizeilichen (staatsanwaltschaftlich delegierten) Einvernahme vom 22. Februar 2013 aus, D._____ sei plötzlich mit der Idee gekommen, dass aus administrativen Gründen zwei Arbeitsverträge zu je 50% bei der Beklagten und der C._____ ag erstellt werden sollen. Diese Kehrtwendung sei ihm nicht geheuer gewesen. Es sei ihm hier um die Möglichkeit der Kündigung der einzelnen Verträge gegangen, dass er dann plötzlich eines Tages nur noch mit einem 50%-Pensum dastehe. Er habe dann die Situation mit Dr. E._____ besprochen, der ihm zur Klausel mit der solidarischen Haftung geraten habe. D._____ sei mit der Klausel der solidarischen Haftung einverstanden gewesen (Urk. 80/1/4/1 S. 3).

Anlässlich der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 15. Mai 2014 sagte der Kläger aus, am Tag der Vertragsunterzeichnung hätten sie nichts mehr besprochen, nur noch unterzeichnet. D._____ habe aber die Exemplare durchgesehen. Nach seinem Dafürhalten habe D._____ Seite für Seite durchgelesen und am Schluss unterzeichnet (Urk. 82/4 S. 7).

Als Partei befragt gab der Kläger vor Vorinstanz zu Protokoll, ursprünglich sei eine Anstellung bei der Beklagten geplant gewesen, weil N._____ bei der C._____ ag zu 100% angestellt gewesen sei. Der Vertreter der Beklagten habe nicht gewollt, dass der Kostenblock zu gross werde. Er habe gesagt, er wolle zwei Arbeitsverträge mit 50% aneinkoppeln. Er selbst habe aber ein Pensum von 100% gewollt, wie dies vereinbart gewesen sei. Der Vertreter der Beklagten habe plötzlich zwei Verträge gewollt, und zwar für ein 50%-Pensum bei C._____ ag und für ein 50%-Pensum bei der Beklagten. Er meinte, sie müssten dann keine Aufteilung und Querverrechnungen machen usw. (Urk. 107 S. 3). Auf die Frage, weshalb er die Kündigung der C._____ ag vom 27. Juli 2011 akzeptiert habe, wenn es gar keine Probezeit gegeben habe, erklärte der Kläger: "Weil ich wusste, dass es eine Koppelungsklausel gab und ich folglich danach 100% bei der A._____ AG angestellt war. Eine Probezeit wurde nicht vereinbart. Dies[e] Behauptung kam erst später." (Urk. 107 S. 6).

4.3.6 J._____ sagte als Zeuge vor Vorinstanz aus, er habe beim Vorstellungsgespräch und bei weiteren Sitzungen mit dem Kläger und D._____ im Vorfeld von dessen Einstieg bei der einen oder beiden Firmen nicht teilgenommen. Er habe auch der Vertragsunterzeichnung nicht beigewohnt (Urk. 144 S. 5). Der Zeuge sagte zudem aus, sie hätten für die Beklagte und die C._____ ag ganz getrennte Buchhaltungen geführt. Sie hätten saubere Stundenrapporte gehabt, die mit dem C._____ -Logo und mit dem Logo der Beklagten versehen gewesen seien. Sie hätten die Arbeiten der beiden Firmen ganz klar und sauber getrennt (Urk. 144 S. 20). S._____ konnte als Zeugin zu den Vertragsverhandlungen keine sachdienlichen Angaben machen (Urk. 111 S. 3).

4.3.7 Die Vorinstanz verwies sodann auf eine Aussage von D._____ in dessen Parteibefragung vom 2. Dezember 2014 (Urk. 201 S. 53). Dieser sagte aus, es sei bei den beiden Verträgen primär darum gegangen, die Lohnkosten aufzuteilen, und darum, dass nicht operativ einer die Führung für die eine und der andere diejenige für die andere Firma mache. Die Lohnsumme wäre sonst für eine Firma zu gross gewesen (Urk. 108 S. 4). In der gleichen Befragung sagte D._____ aus, als die E-Mail am 20. Juni 2011 (Urk. 22/8) angekommen sei, habe er den Arbeitsvertragsentwurf und das Beiblatt ausgedruckt, da sie am gleichen Tag einen Termin mit dem Kläger gehabt hätten, an dem sie dies besprochen hätten. Er habe den Kläger nochmals wegen der Probezeit gefragt, ob dies so in Ordnung sei. Er habe noch einmal sicher gehen wollen. Ansonsten habe es nur ein paar unwesentliche Änderungen gegeben, die von Hand eingefügt worden seien. Zwischen dem 20. Juni und dem 22./23. Juni 2011 sei nicht noch einmal über die Verträge verhandelt worden. Über die Solidarhaftung sei nie verhandelt worden (Urk. 108 S. 26 f.).

4.4 Die Vorinstanz untersuchte, was die Parteien mit der Koppelung der Verträge gemeint haben könnten. Sie folgerte gestützt auf den allgemeinen Sprachgebrauch (Duden), die Parteien hätten die beiden Verträge in Verbindung zueinander gesetzt bzw. voneinander abhängig gemacht; wie diese Verbindung aussehen solle, ergäbe sich aus dem Begriff "koppeln" indes nicht (Urk. 201 S. 51). Keine der Parteien behauptete, sie hätten vor Unterzeichnung der Verträge dar-

über gesprochen, was unter einer Koppelung der Verträge zu verstehen sei. Der Kläger räumte vor Vorinstanz vielmehr selbst ein, die Koppelungsvereinbarung sei nicht optimal formuliert bzw. der Übergang des Arbeitspensums sei unklar formuliert, indem dogmatisch falsch von einer "solidarischen Haftung" gesprochen worden sei (Urk. 25 S. 12 f.). Selbst für Dr. E._____ war unklar, was mit einem gekoppelten Arbeitsvertrag gemeint war, weshalb er eine Textänderung bzw. Präzisierung vorschlug (Urk. 80/1/6/1 S. 1). Daran ändert nichts, dass er später vor Vorinstanz aussagte, die Koppelungsklausel diene der Sicherung des Arbeitsverhältnisses, wenn eine Firma aufgabe; seiner Meinung nach wachse der andere Vertrag auf 100% an, wenn der eine Vertrag gekündigt werde. Dieses Verständnis wurde der Beklagten nie übermittelt. Vielmehr wurde die Koppelungsklausel mit einer Solidarhaftungsklausel präzisiert. Auch das Verständnis des Klägers, wonach die Kündigung des einen Vertrags das Anwachsen des anderen Vertrags auf 100% zur Folge habe (Urk. 142 S. 3 f.), wurde D._____ nie kommuniziert. Im Übrigen sprach der Kläger im Strafverfahren noch nicht von einer Vertragsübernahme, sondern davon, dass ihm Dr. E._____ angesichts seiner Befürchtung, im Falle einer Kündigung der einzelnen Verträge plötzlich nur noch mit einem 50%-Pensum dazustehen, zur Klausel mit der solidarischen Haftung geraten habe, womit D._____ einverstanden gewesen sei. War aber die Formulierung unklar, musste auch D._____ nicht damit rechnen, eine Koppelung der Verträge führe direkt dazu, dass im Falle einer Vertragsbeendigung mit der einen Gesellschaft deren Arbeitsvertrag ohne weiteres auf die andere Gesellschaft übergehe.

Ebenso wenig haben sich die Parteien darüber ausgetauscht, was sie unter einer "solidarischen Haftung für die integrale Erfüllung der beiden Anstellungsverträge" verstehen. Dieser Passus wurde erst nach dem Entwurf vom 20. Juni 2011 durch den Kläger auf Vorschlag von Dr. E._____ in den Vertrag eingefügt. Weder behauptete der Kläger, er habe D._____ erläutert, was damit gemeint sei. Noch behauptete die Beklagte, D._____ habe sich nach der Bedeutung dieser Bestimmung erkundigt oder sein eigenes Verständnis dieser Bestimmung dargelegt. Die Vorinstanz erwog, es scheine den Parteien mit der Verwendung des Wortes "integral" (gemäss Duden: "zu einem Ganzen dazugehörend und es erst zu dem

machend, was es ist") darum gegangen zu sein, klarzustellen, dass die beiden Arbeitsverträge zusammen ein Ganzes darstellen und nicht einzeln für sich alleine betrachtet werden könnten. Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass die objektive Betrachtung des Wortlautes "der Bestimmung" kein abschliessendes Ergebnis bringe. Dafür sei sie zu ungenau formuliert (Urk. 201 S. 50 f.). Offenkundig ist indes, dass eine Solidarhaftung für die Vertragserfüllung eines andern und eine Vertragsübernahme nicht das Gleiche ist. Dies hat auch der Jurist E. _____ klar gesehen. Er erklärte die Solidarklausel dahingehend, dass die Solidarhaftung bei Zahlungseingpässen einer Firma als laufende Lohnsicherung greife. Die "Sicherung des Arbeitsvertrags" bzw. die Vertragsübernahme im Falle einer Kündigung eines Vertrags ergab sich für ihn aus der Koppelung der Verträge (Urk. 142 S. 10). Wenn nun aber unklar ist, was mit dieser Koppelung gemeint ist, und die Koppelung durch einen Juristen im Sinne einer Solidarhaftung präzisiert bzw. ergänzt wird, musste D. _____ keineswegs darauf schliessen, es werde damit eine automatische Vertragsübernahme für den Fall einer Vertragsbeendigung mit der einen Firma beabsichtigt.

Der argumentative Kurzschluss kommt auch in dem Vortrag des Klägers an der Hauptverhandlung zum Ausdruck. Dort stellte sich der Kläger auf den Standpunkt, die Arbeitsverträge seien letztlich klar. Beide Gesellschaften hafteten für die Erfüllung beider Verträge. Dies heisse nichts anderes, als dass jeder Arbeitgeber die Pflichten des jeweils anderen Arbeitgebers übernehme, falls dieser – aus welchem Grund auch immer – diese nicht mehr erfülle. Eine Einseitigkeit sei darin nicht zu erkennen, erhalte die übernehmende Gesellschaft doch durch die Koppelung auch die Rechte der anderen Gesellschaft. Der Kläger habe jedenfalls nie behauptet, er erhalte 100% Lohn und müsse nur zu 50% arbeiten (Urk. 40 S. 10 Rz 27). Damit übergeht der Kläger, dass eine Vertragsübernahme etwas grundsätzlich anderes darstellt als eine Solidarhaftung, bei der der Solidarschuldner erklärt, neben einem anderen Schuldner für die Erfüllung der Schuld zu haften (Art. 143 Abs. 1 OR).

4.5 Die Vorinstanz beleuchtete sodann die Entstehungsgeschichte des Arbeitsvertrags und die Interessenlage der Parteien. Zutreffend ist, dass die Beklag-

te erkennen musste, dass dem Kläger nicht daran gelegen sein konnte, im Falle der Kündigung eines Arbeitsvertrags mit einem Arbeitspensum von 50% dazustehen (Urk. 201 S. 53). Andererseits musste dem Kläger aber auch klar sein, dass weder die C._____ ag noch die Beklagte ein Arbeitsverhältnis von 100% eingehen wollten und als Begründung dafür auch die Kosten bei den einzelnen Unternehmungen angeführt wurden (Urk. 107 S. 3). Auch war der Kläger bei der C._____ ag nicht nur pro forma angestellt. Er war von Anfang an sowohl für die Beklagte als auch für die C._____ ag tätig, wobei sich die Arbeitslast etwa gleichmässig auf beide Unternehmungen verteilte (Urk. 107 S. 4). Die Behauptung, dass es zunächst um eine Anstellung bei der C._____ ag gegangen sei, dann aber der Vorschlag ergangen sei, ihn zu 100% bei der Beklagten anzustellen, vermochte der Kläger nicht zu beweisen (E. 4.3.1). Der Kläger konnte daher nicht annehmen, die Beklagte garantiere und bezahle ihm auch dann ein Pensum von 100%, wenn er seiner Arbeit bei der C._____ ag nicht mehr nachging.

4.6 Die Vorinstanz erwog, eine andere vernünftige Auslegung als die "Aufstockung des Pensums im Falle des Wegfalls des Pensums" sei auch aus der Optik der Beklagten nicht vorstellbar (Urk. 201 S. 54). Dazu ist zunächst festzuhalten, dass weder der Kläger noch Dr. E._____ in der polizeilichen und staatsanwaltschaftlichen Einvernahme davon sprachen, es sei mit der Koppelung eine Vertragsübernahme bzw. Aufstockung des Pensums bezweckt worden (E. 4.3.4 und 4.3.5). Erst in den vorinstanzlichen Einvernahmen sprachen sie von einem "Anwachsen auf 100%" (Dr. E._____) bzw. von einer Anstellung von "100% bei der A._____ AG" (Kläger). Die Vorinstanz hielt die von der Beklagten ins Spiel gebrachten Vertragsauslegungen für die Rechtsposition des Klägers nicht nur für unsinnig, sondern geradezu für schädlich. Die Beklagte hatte geltend gemacht, mit der Koppelung sei die Abhängigkeit der Gültigkeit des einen vom andern Vertrag gemeint. Im Falle der Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit der C._____ ag hätte der Kläger auf der Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten bestehen können (Urk. 30 S. 16 Rz 15). Die Vorinstanz räumte ein, dass der Kläger im Falle des Dahinfallens der einen 50%-Stelle theoretisch die andere Stelle hätte kündigen können oder mit der Beklagten über eine Aufstockung des Pensums der

ungekündigten Teilzeitstelle hätte verhandeln können. Allerdings sei die Kopplungsklausel offensichtlich in dem Bestreben eingefügt worden, dem Kläger in jedem Falle ein 100%-Pensum zu sichern, ohne erneut in mühselige Vertragsverhandlungen eintreten zu müssen, zumal eine Kündigung der verbliebenen 50%-Stelle auf denselben Beendigungszeitpunkt wohl nicht mehr rechtzeitig möglich gewesen wäre (Urk. 201 S. 54). Dem kann nicht gefolgt werden. Um zu gewährleisten, dass sich der Kläger nicht plötzlich nur mit einem Arbeitsverhältnis bzw. einer 50%-Stelle konfrontiert sieht, genügt es, ihm das Recht zuzuerkennen, die Auflösung beider Verträge (und insofern ein einheitliches Schicksal der beiden Verträge) zu fordern, falls eine seiner Gegenparteien ihren Vertrag nicht mehr erfüllen will oder kann. Dies liegt auch ganz auf der Linie der Bezeichnung "Kopplung", der durchaus ein juristischer Sinngehalt zukommt, wie die Beklagte unter Hinweis auf das Koppelungsverbot im Mietrecht andeutet (Urk. 200 S. 52 Rz 251). Der Begriff des Koppelungsgeschäfts knüpft an den Tatbestand der zusammengesetzten Verträge an, also an die Verknüpfung zweier oder mehrerer an sich rechtlich selbständiger Verträge zu einem einheitlichen Ganzen. Derart zusammengesetzten Verträgen liegt ein übereinstimmender Wille auf Kopplung zugrunde. Das Koppelungsgeschäft verpflichtet die Parteien zur Duldung eines einheitlichen rechtlichen Schicksals der zwei oder mehr selbständigen Verträge. Es hat die Schaffung der gegenseitigen Abhängigkeit der gekoppelten Verträge zum Inhalt (SVIT-Kommentar/Biber, Art. 254 OR N 6, mit Verweis auf Schlupe, SPR, VII/2, § 104 S. 777). Der Koppelungsvertrag zeichnet sich dadurch aus, dass selbständige Verträge in der Weise miteinander verbunden werden, dass die Leistungspflichten in ähnlicher Weise voneinander abhängig sind wie Leistung und Gegenleistung im vollkommen zweiseitigen Vertrag (ZK-Schraner, Art. 82 OR N 57, mit weiteren Hinweisen; Schlupe, SPR, VII/2, § 103 S. 773). Für den vorliegenden Fall kann dies nur bedeuten, dass der Kläger die beiden Arbeitsverträge seinerseits nicht mehr erfüllen musste, wenn die Beklagte oder die C._____ ag nicht in der Lage waren, ihren jeweiligen Verpflichtungen aus den Arbeitsverträgen nachzukommen. Dabei kann offengelassen werden, ob der Abhängigkeit des einen Arbeitsvertrags vom anderen dadurch Rechnung getragen wird, dass a) die Arbeitsverträge nur gemeinsam gekündigt werden konnten und die Kündigung ei-

nes einzelnen Vertrags unzulässig war oder b) im Falle der Kündigung eines Vertrags durch eine Partei die andere Partei berechtigt war, den anderen Vertrag parallel zu beenden. Nachdem über die C._____ ag am 12. August 2011 der Konkurs eröffnet wurde, wäre allenfalls eine vorsorgliche Kündigung durch das Konkursamt ausgesprochen worden (vgl. BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 337a N 2). Keine zulässige Rechtsfolge konnte jedenfalls eine Übernahme des Vertragsverhältnisses mit der C._____ ag durch die Beklagte sein.

4.7 Der Kläger konnte auch nicht voraussetzen, es gäbe im Falle einer Auflösung eines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten oder der C._____ ag im ungekündigten Arbeitsverhältnis ausreichend Arbeit für ein 100%-Pensum. Auch konnte der Kläger nicht annehmen, die Beklagte sei damit einverstanden, für den Fall der Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der C._____ ag den ganzen Kostenblock seiner Anstellung zu übernehmen, nachdem dies – nebst dem tatsächlichen Beschäftigungsanfall in beiden Firmen und der Koordination der Arbeit der beiden Firmen – mit ein Grund für die Ausstellung von zwei Arbeitsverträgen war. Eine solche Interpretation, wie sie dem Kläger vorschwebt, hätte nicht nur der Koppelung der Verträge mit Solidarhaftung, sondern einer ausdrücklichen Regelung der Vertragsübernahme bedurft.

4.8 Hingegen spricht die in Ziffer 5 Abs. 2 vereinbarte Abgangsentschädigung (die gemäss Beklagter ebenfalls erst nachträglich in die Vertragsurkunde aufgenommen worden sein soll) nicht zwingend gegen eine Vertragsübernahme durch die Beklagte. Ziffer 5 Abs. 2 der Arbeitsverträge lautet wie folgt (Urk. 3/4 und 3/5 S. 2):

"Dem Arbeitnehmer wird bestätigt, dass die wirtschaftliche und finanzielle Situation der Firma gut ist und keine Überschuldung vorliegt. Muss oder wird dem Arbeitnehmer aus wirtschaftlichen oder finanziellen Gründen gekündigt, schuldet die AG eine Entlassungsabfindung in der Höhe von Fr. 60'000.-, zahlbar per Austritt."

Die Beklagte machte geltend, es sei nicht einzusehen, weshalb die Parteien eine Entlassungsabfindung hätten vereinbaren sollen, wenn der Kläger bereits mit dem automatischen Anwachsen des Pensums auf der verbleibenden Stelle abgesichert gewesen sei (Urk. 200 S. 53 Rz 203). Nachdem diese Vertragsbestimmung bereits vor Vorinstanz von beiden Parteien vor Aktenschluss zitiert worden

war (Urk. 21 S. 9 Rz 17, Urk. 25 S. 20 Rz 79), kann der Einwand der Beklagten nicht wie vom Kläger beantragt als neu und unbeachtlich zurückgewiesen werden (Urk. 205 S. 18 Rz 68). Mit Blick auf einen einzelnen Vertrag betrachtet, träfe der Einwand der Beklagten sicher zu. Doch ist zu beachten, dass auch diese Bestimmung im Lichte der Koppelung der Verträge so interpretiert werden muss, als dass die Abgangsentschädigung nur geschuldet wird, wenn beide (zusammengesetzten) Arbeitsverträge aufgelöst werden, da beide das gleiche rechtliche Schicksal teilen. Dann aber kann eine Entlassungsabfindung durchaus Sinn machen.

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

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

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

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

kommen (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 320 OR N 4 S. 135). Zudem gilt ein Arbeitsvertrag auch dann als abgeschlossen, wenn der Arbeitgeber Arbeit in seinem Dienst auf Zeit entgegennimmt, deren Leistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist (Art. 320 Abs. 2 OR). Die Beweislast für das Zustandekommen eines Arbeitsvertrags (und für die Abänderung desselben) trägt nach Art. 8 ZGB diejenige Partei, die daraus Rechte ableiten will. Verlangt ein Arbeitnehmer Lohn, hat er das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses und die Lohnhöhe zu beweisen. Gleich verhält es sich im Falle der Erhöhung des Arbeitspensums. Der Beweis, dass Arbeit im Sinne von Art. 320 Abs. 2 OR geleistet wurde, ist gleichbedeutend mit dem Beweis des Vertragsschlusses (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 320 OR N 2 S. 131, mit Verweisen).

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

dass ein 100%-Pensum vorliege (Urk. 25 S. 13 Rz 44). In der Duplik behauptete die Beklagte, der Kläger habe selbst ein Pensum von 50% nicht erreicht. Die angebliche Arbeitslast werde vom Kläger nicht substantiiert behauptet. Es sei nicht klar, was er überhaupt gearbeitet habe. Die Outlook-Auszüge erschienen manipuliert und stimmten nicht mit den Stundenkarten überein. Beide müssten als unkorrekt gelten (Urk. 30 S. 19 ff.). Neue Verträge habe es nur für wenige Mitarbeiter der C._____ ag gegeben (Urk. 30 S. 24). An der Hauptverhandlung ging der Kläger von der konkludenten Entstehung eines 100%-Pensums aus und wies darauf hin, dass die Arbeitszeiterfassung Sache des Arbeitgebers sei. Die Stundenkarten zeigten klar auf, wie viel Zeit der Kläger für welchen Tag auf welcher Baustelle aufgewendet habe. "Diese" seien jeweils vor Abschluss des Arbeitstages korrekt eingetragen worden (Urk. 40 S. 11, S. 14). Die Beklagte hielt an ihrem Standpunkt fest (Prot. I S. 20).

5.4.1 Dass die Vorinstanz die Beweislast für eine volle Arbeitsleistung dem Kläger zuwies, wird in der Berufungsantwort nicht beanstandet, obwohl der Kläger vor Vorinstanz die Auffassung vertrat, die Beklagte habe zu beweisen, dass er die in Abrede gestellten Stunden nicht geleistet habe (Urk. 40 S. 15 Rz 50). Auf die Einvernahme der Zeugen AK._____, AL._____ und AN._____ hat der Kläger in der Folge verzichtet (Prot. I S. 60 f., Urk. 165). Die Vorinstanz ging in ihrem Urteil nur kurz auf die von ihr einvernommenen Zeugen AD._____, AE._____ und AF._____ ein und hielt dazu fest, diese hätten keine Veränderungen im Pensum des Klägers bemerkt; der Zeuge U._____ wolle den Kläger sowohl am Morgen im Magazin als auch teilweise am Nachmittag auf den Baustellen gesehen haben, was ebenfalls für die Darstellung des Klägers spreche (Urk. 201 S. 56).

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

1, S. 3 [AE.____], Urk. 150 S. 2 [AF.____]). Der Kläger war also bereits aufgrund seiner bisherigen Tätigkeit bei der Beklagten auf diesen Baustellen tätig. Von den vom Kläger genannten Baustellen war lediglich die Baustelle G.____ ... von der C.____ ag nach deren Konkurs von der Beklagten übernommen worden (Urk. 2 S. 9 f.). Die drei Zeugen wussten über das Arbeitspensum des Klägers nicht Bescheid und haben keine Veränderungen im Pensum des Klägers bemerkt (Urk. 148 S. 3 [AD.____], Urk. 149 S. 3 [AE.____], Urk. 150 S. 3 [AF.____]). Der Zeuge AM.____, den der Kläger zum Nachweis des Übergangs des gesamten operativen Geschäfts auf die Beklagte angerufen hatte, konnte lediglich ausagen, er habe nach dem Konkurs nahtlos mit einem Pensum von 100% bei der Beklagten weitergearbeitet, was offensichtlich nicht gleichbedeutend mit einem Übergang sämtlicher Baustellen ist. Zum Arbeitspensum des Klägers konnte er nichts sagen; der Kläger habe sich jeweils eine halbe bis eine ganze Stunde auf der Baustelle aufgehalten (Urk. 120 S. 3 f.).

5.4.3 Der Zeuge U.____ wurde im vorliegenden Zusammenhang vom Kläger nicht als Beweismittel angerufen (vgl. auch Urk. 50 S. 4 f.). Trotzdem erwähnt ihn die Vorinstanz im Zusammenhang mit dem vom Kläger geleisteten Arbeitspensum, was von der Beklagten nicht beanstandet wird (Urk. 200 S. 59). U.____ war als Polier der Beklagten auf der Baustelle F.____ ... und auf der Baustelle G.____ ... tätig. Letztere Baustelle übernahm die Beklagte von der C.____ ag (Urk. 2 S. 10, Urk. 25 S. 35 Rz 158, Urk. 30 S. 24). Der Zeuge sagte aus, er wisse nicht, ob der Kläger ganztätig für die Beklagte tätig oder fix zu einer bestimmten Tageszeit nicht anwesend gewesen sei; der Kläger sei im Büro und er auf der Baustelle gewesen. Der Kläger sei auf der Baustelle G.____ ... anzutreffen gewesen und habe Ausmasse gemacht (Urk. 121 S. 5). Der Kläger sei morgens auch im Magazin gewesen. Er habe teilweise auch am Nachmittag mit dem Kläger zu tun gehabt. Der Kläger sei jeweils alle zwei bis drei Tage auf der Baustelle für ein bis eineinhalb Stunden, maximal zwei Stunden vor Ort gewesen (Urk. 121 S. 6). Über das Arbeitspensum des Klägers können daraus keine Rückschlüsse gezogen werden. Aus der Zeugenaussage erhellt zwar, dass der Kläger auch für die von der C.____ ag übernommene Baustelle G.____ ... tätig war. Jedoch

kann aus den Aussagen des Zeugen nicht geschlossen werden, ob der Kläger diese Arbeit ab August 2011 im Rahmen des bestehenden 50%-Pensums mit der Beklagten erledigte oder ob (bzw. um wie viel) er dafür sein Arbeitspensum von 50% ausdehnen musste. Die Beklagte bestritt jegliche Mehrarbeit und erklärte, die zusätzliche Arbeit durch die übernommene Baustelle G._____ ... sei durch Wegfall der im Sommer fertiggestellten Baustellen mehr als kompensiert worden, so dass der Kläger insgesamt keine Mehrarbeit gehabt habe; kleinere Fertigstellungsarbeiten habe D._____ selber vorgenommen (Urk. 30 S. 24). Der Kläger widersprach dem nicht, brachte in der Hauptverhandlung aber vor, die Beklagte habe nicht nur eine Baustelle, sondern weitere Baustellen von der C._____ ag übernommen. Er berief sich dafür auf die Zeugen AK._____ und AJ._____ (Urk. 40 S. 10). Dieses Vorbringen ist als verspätet zu taxieren, da der Aktenschluss nach zweimaligen Parteivortrag mit Erstattung der Replik eintrat (Art. 229 Abs. 2 ZPO) und die Beklagte bereits in der Klageantwort vortrug, sie habe nur eine einzige Baustelle (G._____ ...) von der C._____ ag übernommen (Urk. 21 S. 39, Urk. 25 S. 15 Rz 50). Aber selbst wenn die Behauptung zugelassen würde, ist sie nicht bewiesen. Auf die Einvernahme des Zeugen AK._____ hat der Kläger verzichtet (Prot. I S. 60). Der Zeuge AJ._____ konnte die klägerische Behauptung nicht bestätigen (Urk. 118 S. 3). Und in der Parteibefragung hat selbst der Kläger nur die Baustelle in ... genannt, die von der Beklagten übernommen worden sei (Urk. 107 S. 7).

5.5.1 Als Gegenbeweismittel der Beklagten liess die Vorinstanz unter anderem die Zeugen J._____ und S._____ zu (Urk. 50 S. 4 f., Urk. 85 S. 9). Auf die beiden Zeugen wurde im vorinstanzlichen Urteil im Zusammenhang mit dem vom Kläger ab August 2011 geleisteten Arbeitspensum aber überhaupt nicht eingegangen (Urk. 201 S. 55). Der Kläger wirft der Beklagten in der Berufungsantwort eine Verletzung der Mitwirkungspflicht vor, weil sie es unterlassen habe, die "Stundenerfassung des Klägers" einzureichen, obwohl eine solche laut dem Zeugen J._____ geführt worden sei (Urk. 205 S. 19 Rz 69, Rz 72). Bereits in der Stellungnahme zum Beweisergebnis wies der Kläger auf vorhandene Tages- und Stundenrapporte betreffend die Baustellen hin, welche gemäss dem Zeugen

J._____ vorhanden seien bzw. der Kläger wöchentlich abgegeben habe. Daraus ergebe sich zweifelsfrei, dass die Beklagte über detaillierte Aufzeichnungen verfügt habe, welche die Arbeitszeit des Klägers exakt belegen würden. Dass die Beklagte diese Aufzeichnungen nicht eingereicht habe, sei als Beweisvereitelung zu werten (Urk. 191 S. 12).

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

5.5.3 Es kann keine Rede davon sein, dass die Beklagte durch Zurückhalten der Stundenerfassung des Klägers (gemeint wohl: der Tages- und Stundenrap-

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

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

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

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

5.6.1 Die Beklagte moniert weiter, die Vorinstanz werfe ihr zu Unrecht vor, sie sei mit Bezug auf die Stundenkarten und Outlook-Auszüge ihrer Bestreitungs- und Substantiierungslast nicht nachgekommen (Urk. 201 S. 56, Urk. 200 S. 55 Rz 272, S. 56 Rz 281 f.). Sie habe eine substantiierte Gegendarstellung bzw. einen substantiierten Vergleich verfasst, jede auf den Stundenkarten nicht akzeptierte Arbeit in Abrede gestellt und jeden auf den Outlook-Auszügen eingetragenen Tag durch Vergleich mit den Stundenkarten substantiiert bestritten, indem detailliert aufgezählt und vereinzelt sogar mit objektiver Unmöglichkeit begründet worden sei, welche eingetragene Arbeit abzuziehen sei und wie viele Stunden übrigbleiben bzw. "als möglich" stehen gelassen würden (Urk. 200 S. 55 Rz 276, Rz 278, S. 57 Rz 285, Rz 287). Bereits in der Klageantwort habe sie darauf hingewiesen, dass

- der Kläger ab August 2011 keine Offerten mehr erstellt habe, ansonsten er diese vorlegen solle (Urk. 200 S. 55 Rz 276, S.56 Rz 281);
- der Kläger bei der Baustelle T. _____ ... keine einzige Mehrleistung der Beklagten angemeldet habe (Urk. 200 S. 55 Rz 276);
- mit Einstellung des operativen Geschäfts der C. _____ ag 50% der Arbeit weggefallen sei (Urk. 200 S. 55 Rz 276);
- Beispiele von objektiven Unmöglichkeiten auf den Stundenkarten angegeben worden seien (S. 56 Rz 281).

Zudem habe sie die Arbeitsverweigerung des Klägers substantiiert dargelegt (Urk. 200 S. 56 Rz 281). Nach Einreichung der Outlook-Auszüge habe sie in der Duplik ihre substantiierte Bestreitung erweitert, indem sie

- auf die Notorietät hingewiesen habe, dass ein Bauführer nicht Stunden auf Baustellen oder gar bei Krandemontagen verbringe, erst recht nicht, wenn er wie der Kläger die Baustellen in Halbschuhen besuche, was nicht bestritten worden sei (Urk. 200 S. 57 Rz 285);
- die Outlook-Auszüge hinsichtlich ihrer Richtigkeit bestritten und dargelegt habe, weshalb diese als manipuliert erscheinen würden (Urk. 200 S. 57 Rz 286);
- in der Folge jeden eingetragenen Tag der Monate August bis Oktober einzeln durch Vergleich der Stundenkarten mit den sog. Outlook-Auszügen bestritten und jede auf den Stundenkarten nicht akzeptierte Arbeit in Abrede gestellt habe (Urk. 200 S. 55 Rz 178, S. 57 Rz 286 f.);
- nochmals darauf hingewiesen habe, dass der Kläger keine brauchbaren Arbeitsergebnisse abgeliefert habe und seine Baustellen zu Verlusten geführt hätten, weil er seinen Pflichten der Kontrolle, der Erfassung von Mehrarbeiten, Bestellungsänderungen und Zusatzaufträgen sowie der Ausmasserstellung nicht nachgekommen sei (Urk. 200 S. 57 Rz 288).

Aufgrund ihrer Bestreitung wäre der Kläger – so die Beklagte weiter – verpflichtet gewesen, seine Arbeiten auf der Grundlage der Stundenkarten substantiierter darzulegen, die Diskrepanzen zwischen den Stundenkarten und den Outlook-Auszügen und vor allem die objektiven Unmöglichkeiten zu erklären und substantiiert zu behaupten, welche Arbeitsresultate (Offerten, Abgebote) er in diesen Monaten abgegeben habe. Der Kläger habe nichts dergleichen getan (Urk. 200 S. 58 Rz 290, S. 56 Rz 279). Der Kläger genüge mit dem pauschalen Verweis auf die Stundenkarten und die Outlook-Auszüge seiner Behauptungslast nicht. Die Vorinstanz verkenne, dass die vom Kläger eingereichten Stundenkarten nichts anderes als eine nicht gehörig in den Prozess eingebrachte Parteibehauptung darstellten (Urk. 201 S. 55 Rz 273, Rz 275). Sie sei zu Unrecht von einer 100%-Tätigkeit des Klägers für die Beklagte ab August 2011 ausgegangen (Urk. 200 S. 6 Rz 21).

5.6.2 Mit der Klageschrift reichte der Kläger zum Nachweis, dass er ab August 2011 100% für die Beklagte gearbeitet hat, Stundenkarten für die Monate

August und September 2011 ein (Urk. 2 S. 9 Rz 19, Urk. 3/9+10). Darin hat er teilweise die Anzahl der Stunden eingetragen, die er für die aufgeführten Baustellen aufgewendet haben will. Zudem wurden "Offerten/Abgebote" sowie "Ausmasse/Ab-rechnungen" gesondert ohne Baustellenbezug erfasst. Für den Monat Oktober 2011 wurde keine Stundenkarte eingereicht.

5.6.3 In der Klageantwort führte die Beklagte aus, die Stundenkarten seien falsch und von ihr nie akzeptiert worden. Die Arbeit sei grösstenteils ungenügend gewesen und habe später von D._____ und andern Mitarbeitern nachgeholt werden müssen. Offerten und Abgebote habe der Kläger seit August nicht mehr erstellt, ansonsten er diese vorlegen solle. Somit fielen diese Stunden alle weg. Es sei unmöglich, dass der Kläger auf den Baustellen die eingetragenen Stunden verbracht habe. Ein Bauführer sitze nicht täglich eine bis vier Stunden auf einzelnen Baustellen herum. Wie grosszügig der Kläger auf den Stundenkarten mit Stundengutschriften für sich umgegangen sei, zeige das Beispiel des externen Ausmasses vom 30. August 2011. Dieses habe er auf der Absenzliste (Urk. 22/71) vom 1. September 2011 noch mit drei Stunden angegeben. Auf der Stundenliste seien es dann auf einmal vier Stunden. An diesem Tag will der Kläger 12 ½ Stunden gearbeitet haben. Diese und auch die übrigen Stundenangaben könnten gar nicht stimmen (Urk. 21 S. 38). Es sei lediglich eine einzige Baustelle, G._____ ..., von der C._____ ag übernommen worden (Urk. 21 S. 39).

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

weder substantiiert noch belegt (Urk. 25 S. 32 Rz 140). Falls die Beklagte tatsächlich nur noch von einem Pensum von 50% ausgegangen wäre, hätte sie dies aufgrund ihrer Fürsorgepflicht umgehend anzeigen müssen (Urk. 25 S. 15 Rz 51, S. 42 Rz 194). Aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sei der Arbeitgeber dafür verantwortlich, die Stundenkarten regelmässig zu kontrollieren und zu visieren. Überstunden gälten als bewiesen, wenn der Arbeitgeber davon Kenntnis habe oder hätte haben können. Dies gelte auch, wenn der Arbeitnehmer die Pflicht habe, die Stundenkarten vorzulegen, und dies unterlasse. Dem Arbeitgeber sei es zuzumuten, den Arbeitnehmer nach der Anzahl der Mehrstunden zu fragen. Auch wenn sich die Rechtsprechung auf Überstunden beziehe, gelte Analoges für den vorliegenden Fall (Urk. 25 S. 42 Rz 195).

5.6.5 In der Duplik entgegnete die Beklagte, der Kläger habe selbst ein Pensum von 50% nicht erreicht. Es sei nicht klar, was er überhaupt gearbeitet habe, die angebliche Arbeitslast werde vom Kläger nicht substantiiert behauptet. Die Stundenkarten und Outlook-Auszüge seien reine Parteibehauptungen, die von Anfang an nicht korrekt geführt oder für das vorliegende Verfahren "aufgestockt" worden sein könnten. Sie würden "allesamt" bestritten. Insbesondere verbringe ein Bauführer nicht Stunden auf Baustellen oder gar bei Krandemontagen. Die Aufgaben eines Bauführers seien das Offertwesen, die Vor- und Nachkalkulation sowie die Erstellung der Ausmasse und der Akonto- und der Schlussrechnungen, also grundsätzlich administrative Arbeiten. Die Outlook-Auszüge seien von schlechter Qualität (Stundeneinteilungen liessen sich nur erraten) und würden nicht so "nackt" erfolgen, wie sie der Kläger einreiche. Doch selbst wenn von den vagen Einträgen ausgegangen werde, werde deutlich, dass er keine 50% gearbeitet habe. Da die Outlook-Auszüge nicht mit den Stundenkarten übereinstimmten, müssten beide als unkorrekt gelten. Offenbar habe der Kläger im August schlicht nicht gewusst, welche Arbeit er noch erfinden könnte. Aber auch nach Abzug von AO._____, Beerdigung, Apéro, ... und ..., "Natel holen", Baulüüt-Brunch, E._____, etc. seien durchschnittlich keine zwei Stunden Arbeit pro Tag "belegt" (Urk. 30 S. 19, S. 24 Rz 17).

Die Beklagte verglich sodann für jeden einzelnen Tag den Outlook-Auszug für den *August* (Urk. 26/3a-d) mit der Stundenkarte für den August, hielt die Discrepanzen fest und kam zum Schluss, die Stundenkarten müssten reine Erfindungen darstellen. Zu einzelnen Tagen (15., 19., 24. und 30.) brachte sie Auffälligkeiten und spezifische Bestreitungen an. Zum 15. August 2011 hielt sie etwa fest, dass die Beerdigung und "AP._____" mitten am Tag stattgefunden hätten, die 11 Stunden gemäss Stundenkarte somit offensichtlich gefälscht seien (Urk. 30 S. 20).

Auch für den *September* erfolgte dieser Vergleich, wobei die Beklagte praktisch an jedem Tag mehrere Einträge im Outlook-Auszug (Urk. 26/3e-h) spezifisch bestritt, und die im Outlook noch verbleibende Zeit (zwischen 0 und 2 Stunden) den auf der Stundenkarte ausgewiesenen Stunden gegenüberstellte. Den 6. September 2011 kommentierte sie dahingehend, im Outlook würden drei Stunden "AO.____ Club" und zwei Stunden "AQ.____ [Schule]" ausgewiesen gegenüber 10 ½ Stunden gemäss Stundenblatt. Auf dem Stundenblatt sei also der AO.____ Club-Besuch als Arbeit ausgewiesen worden. Sie kam zum Schluss, dass im September offensichtlich Lücken im Outlook mit "administrativen Arbeiten" gefüllt worden seien, die gerade nicht erfüllt worden seien. Die zahlreichen angeblichen Besuche derselben Baustellen nacheinander jeden Tag seien jedenfalls unnötig gewesen und würden bestritten. Trotz des "Nachfüllens" von Stunden gehe die Geschichte mit den Stundenkarten immer noch nicht auf (Urk. 30 S. 20 f.).

Für den *Oktober* analysierte die Beklagte einzig den Outlook-Auszug (Urk. 26/3i-k), da keine Stundenkarte eingereicht worden war. Sie bestritt für jeden einzelnen Tag spezifische Einträge und kam so auf Arbeitszeiten zwischen 0 bis 2 Stunden pro Tag (Urk. 30 S. 22 f.).

Schliesslich hielt die Beklagte fest, die ganze Arbeit des Klägers gelte als bestritten, auch wenn vorstehend einige Arbeiten als möglich stehen gelassen würden. Der Kläger habe keine brauchbaren Arbeitsergebnisse abgeliefert, seine Baustellen hätten zu Verlusten geführt, weil er seine Pflichten der Kontrolle, der Erfassung von Mehrarbeiten, Beststellungsänderungen und Zusatzaufträgen sowie

der Ausmasserstellung nicht nachgekommen sei (Urk. 40 S. 23). Es sei am Kläger, substantiiert zu behaupten und zu beweisen, dass er ab dem 6. August 2011 mehr Arbeit von der Beklagten entgegengenommen habe, und dies in einem Umfang, in dem er auf den Willen der Beklagten habe schliessen können, den Arbeitsvertrag mit ihm aufzustocken. Auch wären allfällige Überstunden substantiiert zu behaupten und zu belegen. Da der Kläger in der Klage keine solchen geltend mache, obwohl die Stundenkarten angeblich 11, z.T. 15 Stunden Arbeitszeit "belegen würden", könnten solche von vornherein ausgeschlossen werden. Ein gewisses Mass an Überstunden wäre von einem Kadermitglied im Übrigen entschädigungslos zu leisten gewesen. Bei der Beklagten habe der Kläger nie mehr als 50% gearbeitet; da der von ihm selbst verfasste Arbeitsvertrag auf 50% gelautet habe, habe das Pensum auch nicht "neu nur noch" 50% betragen können. Hätte der stets juristisch beratene Kläger aus dem Arbeitsvertrag mit der Beklagten einen Anspruch auf Erhöhung des Pensums abgeleitet, hätte er den Anspruch anmelden müssen, was unterblieben sei. Die Beklagte wäre ohne Klärung der veränderten Arbeitsverträge sicher nicht darauf eingegangen. Der Kläger sei als höheres Kadermitglied auch nicht verpflichtet gewesen, Stundenkarten auszufüllen, habe bis im Herbst 2011 auch keine ausgefüllt und habe der Beklagten gegenüber nie erwähnt, dass er Stundenkarten ausfülle. Wahrscheinlich habe er auf Anraten seines Beraterteams irgendwann für sich damit angefangen, ohne der Beklagten die Karten vorerst vorzulegen. Er habe die Karten zum ersten Mal gezeigt, als sie bereits ausgefüllt gewesen seien. D._____ habe die Angaben sofort als falsch zurückgewiesen (Urk. 30 S. 46 f. Rz 30, S. 24 f.).

5.6.6 Anlässlich der Hauptverhandlung vom 21. Januar 2014 trug der Kläger schliesslich vor, die Führung der Arbeitszeiterfassung sei Sache des Arbeitgebers. Dies gelte auch für das Kader. Es gehe nicht an, dass die Beklagte, statt eine eigene Arbeitszeiterfassung ins Recht zu legen, diejenige des Klägers im Stile eines Milchbüchleins bestreite. Die Stundenkarten zeigten klar auf, wie viel Zeit der Kläger für welchen Tag auf welche Baustelle verwendet habe. Diese sei jeweils vor Abschluss des Arbeitstages korrekt eingetragen worden. Demgegenüber sei ein Outlook-Kalender klarerweise ein Planungsinstrument, in welchem bereits

im Voraus Zeit reserviert werde. Dass dieses Instrument nach Stattfinden der Termine nicht noch angepasst werde, verstehe sich von selbst. Weiter würden gewöhnlich nur fixe Termine und nicht sämtliche Arbeitstätigkeit in einen Kalender eingetragen. Es könne also nicht erwartet werden, dass die Stundenzahlen von Karte und Kalender genau korrespondierten. Ohnehin genüge es nicht, die Stunden einfach unsubstantiiert zu bestreiten. Der Beklagte hätte vielmehr zu beweisen, dass der Kläger die von ihr in Abrede gestellten Stunden nicht geleistet habe. Die Beklagte übergehe in der Duplik zudem die Tatsache, dass der Kläger erst ab Mitte August kontinuierlich mit dem Outlook-Kalender zu arbeiten begonnen habe. Vorher habe er eine Agenda in Papierform geführt. Die Beklagte behaupte nie, der Kläger habe systematisch ihm zugewiesene Arbeiten nicht ausgeführt oder verweigert (Urk. 40 S. 14 f. Rz 48 ff.).

5.6.7 Vorliegend trat der Aktenschluss grundsätzlich mit dem zweiten Parteivortrag ein (Art. 229 Abs. 1 und 2 ZPO). Im Rahmen der ersten beiden Parteivorträge hat der Kläger das von ihm behauptete "Vollzeitpensum" lediglich pauschal umschrieben und die von ihm bearbeiteten Objekte aufgeführt. Die Arbeitsstunden und Termine ergeben sich aus den eingereichten Stundenkarten und Outlook-Auszügen, auf die verwiesen wurde. Es stellt sich in der Tat die Frage, ob der Sachvortrag des Klägers damit genügend schlüssig bzw. substantiiert worden ist, denn die Tatsachen müssen grundsätzlich in der Rechtsschrift selbst dargelegt werden. Tatsachen, die sich lediglich aus einer Beilage zu einer Rechtsschrift ergeben, sind vom Gericht unter der Geltung der Verhandlungsmaxime nicht zu beachten. Selbst mit einem allgemeinen Verweis in der Rechtsschrift auf eine Beilage oder mit der allgemeinen Erklärung, dass eingereichte Akten als integrierender Bestandteil der Rechtsschrift gelten, wird der Behauptungslast nicht genügend nachgekommen. Nicht behauptete Tatsachen dürfen im Rahmen der Verhandlungsmaxime grundsätzlich nicht berücksichtigt werden (BGer 4A_443/2017 vom 30. April 2018, E. 2.2 m.w.H.; BSK ZPO-Willisegger, Art. 221 N 27 m.w.H.; KUKO ZPO-Naegeli/Richers, Art. 221 N 27 m.w.H.). Eine ausreichende Substantiierung ist zudem Voraussetzung für den Beweisführungsanspruch (BGer 4A_252/2016 vom 17. Oktober 2016, E. 2.2 m.w.H.). Ob die Vorbringen den An-

forderungen an die Substantiierung genügen, kann vorliegend offengelassen werden. Jedenfalls können mit Blick auf die Bestreitungslast der Beklagten keine höheren Anforderungen gestellt werden als für die Behauptungslast des Klägers. Für das Ausmass der im Einzelfall erforderlichen Substantiierung des Bestreitens ist nämlich auf die Einlässlichkeit der Sachdarstellung der behauptungsbelasteten Partei abzustellen und überdies zu prüfen, inwieweit der bestreitenden Partei eine substantiierte Bestreitung zuzumuten ist (BK ZPO-Brönnimann, Art. 150 N 13, mit Verweis auf BGer 4A_390/2011 vom 9. November 2011, E. 3.1.2).

5.6.8 Auf den Stundenkarten werden die Stunden auf einzelne Baustellen aufgeschlüsselt und zwei Tätigkeiten (Offerten/Abgebote und Ausmasse/Abrechnung) separat ausgewiesen. Indes geht aus ihnen nicht hervor, ob der Kläger *für* die genannten oder *auf* den genannten Baustellen tätig war und welche Tätigkeiten er für die aufgeführten Objekte, die mit einer Ausnahme zuvor im Rahmen einer Teilzeitstelle betreut wurden, leistete (vgl. auch Urk. 40 S. 14 Rz 48: "auf welche Baustelle"). Die Beklagte hat jedenfalls bestritten, dass der Kläger Stunden auf den Baustellen verbrachte, weil das gar nicht Aufgabe eines Bauführers sei. Auch die Tätigkeit "Offerten/Abgebote" hat die Beklagte bestritten und vom Kläger verlangt, er möge ein entsprechendes Arbeitsergebnis vorlegen. In der Folge wurden vom Kläger keine Offerten/Abgebote bezeichnet. Aus den Stundenlisten lässt sich auch nicht ersehen, für welche Objekte er Ausmasse und Abrechnungen erstellte. Die Beklagte hat sodann tageweise auf die Diskrepanzen zwischen Stundenlisten und Outlook-Auszügen hingewiesen, für den September und Oktober spezifische, auf den Outlook-Auszügen enthaltene Einträge bestritten und die verbleibende Restarbeitszeit aufgeführt. Dabei ist es nicht Sache des Gerichts oder der Gegenpartei, Stundenkarten und Outlook-Auszüge abzugleichen, um zu eruieren, ob sich anhand der Outlook-Auszüge allenfalls ein sinnvolles Ganzes ergibt. Wenn der Kläger an der Hauptverhandlung die Bedeutung der Outlook-Auszüge unter Hinweis auf deren Planungsfunktion relativierte und ausführte, damit werde im Voraus Zeit reserviert, räumte er eigentlich ein, dass darauf für die stundenmässige Bestimmung der geleisteten Arbeit gar nicht abgestellt werden kann. Für Oktober 2011 liegen folglich auch aus Sicht des Klägers

wenig aussagekräftige Unterlagen für die aufgewendete Arbeitszeit vor. Aus alledem ergibt sich, dass die Vorinstanz der Beklagten zu Unrecht eine nicht hinreichende bzw. substantiierte Bestreitung der Stundenkarten und Outlook-Auszüge vorwirft. Die Vorinstanz hat in der Beweisverfügung die zu beweisenden Tatsachen im Übrigen auch nicht genauer formuliert (Urk. 50 S. 4: "*dass der Kläger ab August 2011 zu 100% für die Beklagte tätig war*"). Der Inhalt der Stundenkarten und Outlook-Auszüge wurde nicht zum Beweis verstellt. Die Beklagte hat die Vorbringen der Klägerin somit ausreichend bestritten.

5.6.9 Die Stundenkarten und Outlook-Auszüge sind Urkunden im Sinne von Art. 177 ZPO und unterliegen der freien Beweiswürdigung durch das Gericht (Art. 157 ZPO). Nach dem Regelbeweismass der an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit ist der Beweis erbracht, wenn das Gericht von der Verwirklichung der umstrittenen Tatsachen überzeugt ist, wobei die zu beweisende Tatsache nicht mit Sicherheit feststehen muss. Es genügt, wenn die (regelmässig auch) vorhandenen Zweifel als nicht erheblich erscheinen (Leu, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], 2. Aufl., 2016, Art. 157 ZPO N 61).

Die Stundenkarten vermögen den Beweis einer Arbeitsleistung des Klägers von mehr als 50% ab August 2011 nicht zu erbringen: Sie sind nicht datiert und vom Kläger selber ausgefüllt. Die Behauptung, dies sei "jeweils vor Abschluss des Arbeitstages" erfolgt, blieb eine nach Aktenschluss vorgetragene und damit verspätete Behauptung (Urk. 40 S. 14 Rz 48). Der Kläger selbst wies darauf hin, dass die Beklagte die "abgegebenen Stundenrapporte August und September" 2011 in ihrer zweiten Abmahnung vom 14. Oktober 2011 (Urk. 22/52) zurückgewiesen hatte (Urk. 25 S. 37 Rz 168). In jenem Zeitpunkt waren seitens des Klägers u.a. gestützt auf die "Stundenkartenkopien" bereits Betreibungen für die ausstehenden Löhne (50%) der Monate August und September 2011 eingeleitet worden (Urk. 22/40+42). In den Schreiben vom 5. und 14. September 2011, mit denen der Kläger der Beklagten mitteilte, er halte der guten Ordnung halber nochmals fest, dass er seinen gültigen Vertrag zu 100% nachweislich erfülle, fehlt jeglicher Hinweis auf die Stundenkarten (Urk. 22/33, Urk. 22/35). Für die vorherge-

henden Monate (bis und mit Juli 2011) brachte der Kläger keine Stundenkarten bei, die einen Vergleich erlauben würden. Wie bereits erwähnt, übernahm die Beklagte lediglich eine Baustelle von der C._____ ag, so dass eine Verdoppelung der Arbeitslast nicht unterstellt werden kann, zumal die Beklagte unwidersprochen ausführte, die zusätzliche Arbeit sei durch im Sommer fertig gestellte Baustellen kompensiert worden (Urk. 30 S. 24). Welche Tätigkeiten der Kläger für die in den Stundenkarten aufgeführten Baustellen im Einzelnen verrichtete, wird nicht näher erläutert. Damit kann nicht als erstellt gelten, dass die vom Kläger für die einzelnen Baustellen bzw. Tätigkeiten aufgeführten Stunden tatsächlich geleistet wurden. Der Kläger könnte irgendwelche Stunden erfasst haben, um ein Pensum von 100% bzw. mehr als 50% zu belegen.

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

(Urk. 30 S. 23), anhand der Ausmasse von September und Oktober 2011 (Urk. 22/61+62) widerlegte (Urk. 201 S. 56).

5.6.10 Der Beklagten ist sodann zuzustimmen, dass sich aus den Stundenkarten und Outlook-Auszügen Unstimmigkeiten bzw. erklärungsbedürftige Sachverhalte ergeben:

- In der Stundenkarte August 2011 ist am 30. August 2011 das "Ausmass extern" mit vier, in der Absenzenliste vom 1. September 2011 hingegen mit drei Stunden angegeben (Urk. 36/3g, Urk. 22/71).
- Am 15. August 2011 hat der Kläger laut Stundenkarte elf Stunden gearbeitet; im Outlook-Auszug hat er während der normalen Arbeitszeit zweieinhalb Stunden anderweitige Aktivitäten eingetragen.
- Am 6. September 2011 hat der Kläger laut Stundenkarte zehneinhalb Stunden gearbeitet; gemäss Outlook-Auszug hat er über Mittag zwei Stunden für "AO._____ Club" und am Nachmittag eineinhalb Stunden "AQ._____" eingetragen.

Der Kläger hat darauf in der Hauptverhandlung lediglich auf die Pflicht der Beklagten zur Arbeitszeiterfassung und auf den Charakter der Outlook-Auszüge als Planungsinstrument verwiesen. Damit werden aber die erklärungsbedürftigen Sachverhalte letztlich nicht geklärt.

5.7.1 Fehl geht der Kläger, wenn er aus der arbeitsrechtlichen Fürsorgepflicht (Art. 328 OR) ableitet, die Beklagte hätte ihm anzeigen müssen, falls sie neu nur noch von einem 50%-Pensum ausgegangen wäre (Urk. 25 S. 15 Rz 51, S. 42 Rz 194). Der Kläger war bei der Beklagten nur zu 50% angestellt. Die Kündigung der C._____ ag hat der Kläger akzeptiert. Es lag daher an ihm, die Beklagte darüber zu orientieren, er gehe von einem Übergang des Arbeitsverhältnisses und ab dem 6. August 2011 von einer vollen Arbeitsverpflichtung gegenüber der Beklagten aus. Dies hat der Kläger mit Schreiben vom 5. September 2011 denn auch getan (Urk. 22/33). Die Beklagte ging aber nicht darauf ein (Urk. 22/34).

5.7.2 Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 129 III 171 E. 2.2; BGer 4A_42/2011, 4A_68/2011 vom 15. Juli 2011 E. 5.2) zur Überstundenentschädigung kann der Kläger nichts zu seinen Gunsten ableiten. Entgegen der Darstellung des Klägers (Urk. 25 S. 42 Rz 195) gelten Überstunden nicht *als bewiesen*, wenn der Arbeitgeber davon Kenntnis hatte oder hätte haben können, was auch dann gelte, wenn es der Arbeitnehmer unterlasse, Stundenkarten vorzulegen, weil dem Arbeitgeber zuzumuten sei, den Arbeitgeber nach den Anzahl Mehrstunden zu fragen. In BGE 129 III 171 ging es um die Verwirkung angeblich geleisteter Überstunden wegen verspäteter Anzeige des Arbeitnehmers. Da der Arbeitgeber aufgrund seiner Erfahrung mit Überstunden rechnete bzw. rechnen musste, führte eine Mitteilung erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht zur Verwirkung wegen verspäteter Mitteilung des Umfangs der angeblich geleisteten Arbeitsstunden. In BGer 4A_42/2011, 4A_68/2011 stand ebenfalls fest, dass die Arbeitgeberin um die geleisteten Überstunden wusste oder hätte wissen müssen, so dass es ihr zumutbar gewesen wäre, die Arbeitnehmerin nach ihrer Anzahl Mehrstunden zu fragen. Vorliegend verhält es sich anders. Zunächst steht eine Änderung des Arbeitspensums und nicht die Leistung von Überstunden zur Diskussion. Sodann bestritt die Beklagte sowohl die Notwendigkeit von (über ein Pensum von 50% hinausgehender) Mehrarbeit (Urk. 30 S. 24: "mehr als kompensiert") als auch die tatsächliche Erbringung von (über ein Pensum von 50% hinausgehender) Mehrarbeit. Der Kläger kann weder das eine noch das andere beweisen. Der Kläger legte nicht dar, in welchem Zeitpunkt er die Stundenkarten der Beklagten erstmals vorlegte (an der Hauptverhandlung sprach er – verspätet – einzig davon, die Zeit sei jeweils vor Abschluss des Arbeitstages korrekt eingetragen worden [Urk. 40 S. 14 Rz 48]); vielmehr wies er selbst darauf hin, dass die Beklagte die "abgegebenen Stundenrapporte August und September" 2011 in ihrer zweiten Abmahnung vom 14. Oktober 2011 (Urk. 22/52) zurückgewiesen hatte (Urk. 25 S. 37 Rz 168).

5.8.1 Zusammenfassend ergibt sich, dass der Kläger nicht nachzuweisen vermag, dass er ab dem 6. August 2011 zu 100% bzw. zu mehr als 50% für die Beklagte tätig war. Demnach kann weder von einer konkludent vereinbarten Auf-

stockung des Pensums von 50% auf 100% noch von einem faktischen Vertragsverhältnis im Umfange von 100% ausgegangen werden. Die Beklagte schuldet dem Kläger den vertraglich vereinbarten Lohn von Fr. 6'740.– brutto samt Spesen bis und mit 21. Oktober 2011. Die Lohnhöhe (Fr. 6'740.– brutto für eine Verpflichtung von 50% bzw. Fr. 13'480.– für eine Verpflichtung von 100%) ist nicht Gegenstand des Fälschungsvorwurfs. Für Oktober 2011 hat die Beklagte dem Kläger keinen Lohn ausbezahlt. Sie schuldet ihm daher Fr. 4'648.30 (Fr. 6'740.– : 21.75 x 15) zuzüglich Repräsentations- und Kleinspesen von Fr. 68.95 (Fr. 100.– : 21.75 x 15) zuzüglich Vertrauensspesen von Fr. 137.95 (Fr. 200.– : 21.75 x 15) zuzüglich Zins zu 5% seit 6. November 2011 (zum Zins vgl. Urk. 201 S. 89 E. 6.5.5).

5.8.2 Die Vorinstanz hat die Beklagte verpflichtet, dem Kläger den 13. Monatslohn von Fr. 13'480.– (Bruttolohn anteilmässig für die Monate Mai 2011 bis April 2012) zuzüglich Zins zu 5% seit 21. Oktober 2011 zu bezahlen (Urk. 201 S. 82 f., S. 97 Dispositiv Ziffer 5). Da das Arbeitsverhältnis per 21. Oktober 2011 rechtmässig aufgelöst wurde, schuldet die Beklagte den 13. Monatslohn (Fr. 6'740.– brutto) anteilmässig für die Dauer von 1. Mai bis 21. Oktober 2011. Der anteilmässige 13. Monatslohn beträgt Fr. 3'195.70 (Fr. 6'740 : 261 x 123.75 [5 x 21.75 + 15]).

5.8.3 Der Kläger hat von der Arbeitslosenkasse Zahlungen für die Monate Januar bis April 2012 erhalten (Urk. 201 S. 83). Sie können nicht vom Lohn für den Monat Oktober 2011 in Abzug gebracht werden. Bei diesem Ergebnis muss auch nicht näher auf die Frage eingegangen werden, ob sich der Kläger ab Januar 2012 Zahlungen der M._____ AG als Einkommen und allfällige Vergütungen für seine Tätigkeit als Lehrer bei der AR._____ [Schule] ... anrechnen lassen muss (Urk. 201 S. 84, Urk. 200 S. 80 ff. Rz 423 ff.).

VI.
(Gegenforderungen)

1. Die Beklagte machte vor Vorinstanz verrechnungsweise Schadenersatzforderungen gegenüber dem Kläger geltend. Durch die Versäumnisse des Klägers sei bei folgenden Baustellen ein Schaden entstanden (ohne MwSt):

<u>Baustelle</u>	<u>Nachkalkulation</u>	<u>Einnahmen</u>	<u>Verlust</u>
F._____ ...	321'484.00	287'000.00	34'484.00
G._____ (W._____ -Str.) ...	572'672.00	339'696.00	232'976.00
T._____, ...	127'561.00	44'185.00	83'376.00
Total:			350'836.00

D._____ habe für die nachträgliche Aufarbeitung der Ausmasse und Abrechnungen der genannten Baustellen bis 29. Mai 2013 insgesamt 472.5 Stunden aufwenden müssen, weil der Kläger seine Arbeit nicht ausgeführt habe. Damit sei der Beklagten weiterer Schaden von Fr. 67'095.– entstanden (472.5 x Fr. 142.–). Die Schadenssumme (ohne entgangener Gewinn) aufgrund der Fehlleistungen des Klägers belaufe sich damit auf Fr. 417'931.– (Urk. 30 S. 41 ff. Rz 28). Der Kläger bestritt eine Schlechterfüllung des Arbeitsvertrags und die Entstehung eines Schadens (Urk. 40 S. 18).

2. Die Vorinstanz erwog, der Beklagten gelinge es nicht ansatzweise, einen Schaden für die genannten Baustellen bzw. für ein nachträgliches Erstellen der Ausmasse durch D._____ nachzuweisen. Auch fehlten Äusserungen und Beweise zum adäquaten Kausalzusammenhang zwischen dem Schaden und der behaupteten Vertragsverletzung und zum Verschulden des Klägers. Ohnehin könne dem Kläger, der aufgrund der ausstehenden Lohnzahlungen sogar zur Verweigerung der Arbeitsleistung berechtigt gewesen wäre, keine Sorgfaltspflichtverletzung im Sinne nicht geleisteter Arbeit vorgeworfen werden (Urk. 201 S. 87 ff.).

3. Die Beklagte trägt diesbezüglich mit ihrer Berufung vor, es sei erstellt, dass der Kläger das Ausmass F._____ ... widerrechtlich zurückgehalten und nie abgegeben habe. Es sei ferner erstellt, dass O._____ bestätigt habe, dass D._____ bei der Nachbearbeitung über wenige Dokumente verfügt und man letztlich auf die Ausmasse der Bauleitung abgestellt habe. Damit stehe fest, dass sämtliche Mehraufwendungen der Beklagten nicht abgegolten worden seien; es sei notorisch, dass es auf dem Bau immer Mehraufwendungen im Vergleich zur Offerte und dem darin enthaltenen Ausmass gebe (Urk. 200 S. 83 Rz 449 ff.).

Q._____ habe bestätigt, dass die Schlussrechnung der Baustelle G._____ ... über Fr. 54'000.– gänzlich unbezahlt geblieben sei, weil kein Ausmass dabei gewesen sei, und dass für die letzte Akonto-Rechnung über Fr. 43'200.– nur Fr. 20'000.– bezahlt worden seien, weil kein Ausmass vorhanden gewesen sei. Aus Sicht der Beklagten sei dies ein Schaden von Fr. 77'200.–, auch wenn die Zeugin Q._____ als Architektin und Vertreterin der Bauherrschaft auf die Frage nach dem Schaden natürlich habe aussagen müssen, dass kein solcher entstanden sei, ansonsten sie eine Nachforderung riskiert hätte. Im Übrigen bestehe für die Beklagte eine Beweisnot. Sie könne nicht vorhandene Ausmasse nicht vorlegen. Damit könne sie auch die Differenz zwischen dem korrekten Ausmessen während des Baus und den Ausmassen der Bauleitung nach Plänen zumindest für die Unterbodenarbeiten und sämtliche Planabweichungen, das heisst für jeglichen Mehraufwand und für die Zusatzaufträge, nicht belegen. Deshalb habe der Schaden in den Rechtsschriften nur mit Ca.-Werten angegeben werden können. Sie sei hier auf eine Schätzung im Sinne von Art. 42 Abs. 2 OR angewiesen (Urk. 200 S. 84 Rz 452 ff.). Diese Ausführungen in der Berufung sind eine fast wörtliche Wiedergabe des Schlussvortrags der Beklagten (Urk. 192 S. 39).

4.1 Bezüglich der Baustelle F._____ ... steht fest, dass der Kläger das Ausmass bis am 21. Oktober 2011, 11.00 Uhr (Urk. 22/57), nicht an die Beklagte ausgehändigt hat, obwohl er mehrfach dazu aufgefordert wurde. Er hat dadurch seine in Art. 321b Abs. 2 OR festgelegte Herausgabepflicht verletzt. Indes hat die Beklagte ihre "Mehraufwendungen" (Urk. 200 S. 83 Rz 451) nicht ansatzweise substantiiert. Vor Vorinstanz behauptete die Beklagte bei Einnahmen von Fr.

287'000.– und einer "Nachkalkulation" von Fr. 321'484.– einen Verlust von Fr. 34'484.–. Zum Nachweis berief sie sich auf ihre "Nachkalkulation F. _____ ..." (Urk. 31/6), eine Umsatzliste Debitoren (Urk. 31/7) und auf diverse Zeugen, wobei sie sich vorbehielt, Details im Bestreitungsfall nachzureichen (Urk. 40 S. 43). Zum Schaden (Verlust) führte sie einzig aus, ihr sei ein Schaden entstanden, weil der Kläger pflichtwidrig keine oder nur eine ungenügende Baustellenkontrolle geführt, die Beststellungsänderungen, Mehrleistungen und Zusatzaufträge der Baustellen nicht erfasst und die Ausmasse nicht erstellt oder nicht abgeliefert habe. Bei den Baustellen F. _____ ... und G. _____ ... habe D. _____ die Ausmasse im Nachhinein nochmals erstellen müssen, so dass die Schlussrechnungen – wenn auch nur reduziert – hätten gestellt werden können. Die vom Kläger nicht erfassten Arbeiten (Mehrleistungen, Beststellungsänderungen und Zusatzaufträge) inklusive der nicht erstellten Ausmasse hätten als Regiearbeiten in Rechnung gestellt werden können, was im Nachhinein nicht mehr möglich gewesen sei, zumal die Bauleitungen der Baustellen die nachträglich erstellten Ausmasse nur aus Kulanz akzeptiert hätten. Damit sei der nachträgliche Aufwand D. _____s für die nachträgliche Erstellung der Ausmasse der Beklagten verloren gegangen (Urk. 30 S. 42). Wie die Beklagte die nachkalkulierten Fr. 321'484.– ermittelte und wie sich dieser Betrag genau zusammensetzt, hat sie indes nicht dargelegt. Aufgrund ihrer Ausführungen wird nicht hinreichend fassbar, inwiefern der Verlust von Fr. 34'484.– (Differenz zwischen Einnahmen und Nachkalkulation) auf zurückbehaltene Ausmasse oder andere Versäumnisse des Klägers zurückzuführen ist. Die Beklagte hätte mit anderen Worten genau aufzeigen müssen, welche Pflichtverletzung des Klägers zu welchen Mehraufwendungen oder Mindereinnahmen führte. Dies hat sie indes unterlassen, woran auch der Hinweis in der Berufung, gemäss O. _____ habe D. _____ bei der Nachbearbeitung über wenige Dokumente verfügt, man habe letztlich auf die Ausmasse der Bauleitung abstellen müssen, nichts ändert (Urk. 200 S. 83). Zu diesen Ausmassen der Bauleitung äussert sich die Beklagte nicht weiter. Zudem setzt sich die Beklagte damit in Widerspruch zur Behauptung, die Bauleitungen hätten die nachträglich von D. _____ erstellten Ausmasse aus Kulanz akzeptiert. Zu einer (auch nur geschätzten) Differenz zwischen den nachträglich erstellten und akzeptierten Ausmassen und "nicht vorhandenen Ausmas-

sen" äusserte sich die Beklagte auch nicht näher; letztlich bleibt unklar, ob diese Differenz mit dem geltend gemachten Verlust von Fr. 34'484.– gleichgesetzt werden kann. Was die Berufung auf Art. 42 Abs. 2 OR daran ändern könnte, ist auch nicht ersichtlich. Der Stundenaufwand von D._____ für die nachträgliche Aufarbeitung der Ausmasse und Abrechnungen der vorgenannten Baustellen wurde zwar beziffert, aber nicht auf die einzelnen Baustellen verteilt. Zudem behauptet die Beklagte nicht, sie habe D._____ diese Stunden zusätzlich vergüten müssen, weshalb ein Schaden im Sinne einer Vermögensverminderung nicht ersichtlich ist.

4.2.1 Berufungsweise behauptet die Beklagte für die Baustelle G._____ ... infolge fehlender Ausmasse einen Schaden von Fr. 77'200.–, der sich aus einer nicht bezahlten Schlussrechnung vom 31. März 2012 über Fr. 54'000.– und einer nur im Umfang von Fr. 20'000.– bezahlten Akontorechnung vom 24. Januar 2012 über Fr. 43'200.– zusammensetzt. Vor Vorinstanz hatte die Beklagte bei Einnahmen von Fr. 339'696.– und einer Nachkalkulation von Fr. 572'672.– einen Verlust von Fr. 232'976.– behauptet, ohne weiterführende Angaben zu machen (Urk. 30 S. 42). Wiederum hatte sie sich zum Nachweis auf ihre "Nachkalkulation G._____ ..." (Urk. 31/8), eine Umsatzliste Debitoren (Urk. 31/9) und auf diverse Zeugen berufen, wobei sie sich vorbehielt, Details im Bestreitungsfall nachzureichen (Urk. 40 S. 43). Auch bezüglich der Baustelle G._____ ... wurde der behauptete Schaden unzureichend substantiiert. Immerhin ergibt sich aus den Aussagen der Zeugin Q._____, dass die zwei von der Beklagten erwähnten, auf der Debitorenliste figurierenden Rechnungen nicht bzw. nur teilweise bezahlt wurden (Urk. 119 S. 5 f.). Indes sagte die Zeugin auch aus, dass schlussendlich nicht weniger für den Bau bezahlt worden sei, weil Ausmasse gefehlt hätten, dass die Bauherren genau das bezahlt hätten, was sie bekommen hätten, und aus ihrer Sicht kein Schaden für die Beklagte resultiert habe (Urk. 119 S. 6). Dass die Zeugin dies aus Furcht vor einer Nachforderung sagte, kann nicht unterstellt werden. Die ganze Angelegenheit wurde laut Zeugin im Jahre 2013 abgeschlossen (Urk. 119 S. 5). Die Debitorenliste der Beklagten reicht aber nur bis Ende 2012 (Urk. 31/9). Zudem sprach selbst die Beklagte nicht von einer gänzlich unbezahlt gebliebenen Schlussrechnung, sondern davon, dass nur dank der nachträglichen Erstellung

der Ausmasse durch D._____ die Schlussrechnungen, wenn auch reduziert, überhaupt gestellt werden konnten (Urk. 30 S. 42). Damit ist ein Schaden von Fr. 77'200.– keineswegs ausgewiesen.

4.2.2 Es kommt hinzu, dass die Vorinstanz auch bezüglich der Baustelle G._____ ... ein Zurückbehalten von Ausmassen durch den Kläger verneinte (Urk. 201 S. 76). Diesbezüglich rügt die Beklagte mit der Berufung lediglich, bezüglich der Baustelle G._____ ... sei aufgrund der Reklamation der Bauleitung und der Bauherrschaft (Urk. 22/45+46) erwiesen, dass der Kläger das Ausmass zurückbehalten habe (Urk. 200 S. 75 Rz 381 f.). Aus der E-Mail vom 3. Oktober 2011 (Urk. 22/46) ergibt sich aber nur, dass Q._____ den Kläger "[w]ie heute besprochen" aufforderte, noch ein Ausmass für die Akonto-Rechnung Nr. 3 vom 23. September 2011 (Urk. 22/45) zu senden. Mit diesen beiden Urkunden lässt sich ein Zurückbehalten von Ausmassen durch den Kläger nicht beweisen. Und schon gar nicht lässt sich ein Zusammenhang zu den Rechnungen vom 24. Januar und 30. März 2012 (Urk. 31/9) herstellen.

4.3 Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beklagte mit ihrer Berufung nicht durchdringt, soweit sie sich gegen die Abweisung ihrer Gegenforderungen richtet. Damit ist die Beklagte in teilweiser Gutheissung der Berufung zu verpflichten, dem Kläger Fr. 4'648.30 (50% Bruttolohn für 1. bis 21. Oktober 2011) zuzüglich Repräsentations- und Kleinspesen von Fr. 68.95 und Vertrauenspesen von Fr. 137.95 zuzüglich Zins zu 5% seit 6. November 2011 zu bezahlen. Zudem ist die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den 13. Monatslohn von Fr. 3'195.70 (Bruttolohn anteilmässig für die Dauer von 1. Mai bis 21. Oktober 2011) zuzüglich Zins zu 5% seit 21. Oktober 2011 zu bezahlen.

Die Vorinstanz hat die Beklagte zudem verpflichtet, für den Monat Oktober 2011 und auf den 13. Monatslohn die vertraglich vereinbarten Sozialversicherungs- und Pensionskassenbeiträge für den Kläger zu bezahlen. Die Beklagte be-
anstandet dies nicht, weshalb diese Zahlungspflicht für die Dauer vom 1. bis 21. Oktober 2011 und auf dem 13. Monatslohn zu bestätigen ist.

Im Übrigen ist die Klage betreffend Rechtsbegehren Ziffer 1 bis 6 und 8 bis 11 abzuweisen.

VII.
(Arbeitszeugnis)

1. Die Vorinstanz verpflichtete die Beklagte, dem Kläger das in Dispositiv Ziffer 9 formulierte Arbeitszeugnis aus- und zuzustellen (Urk. 201 S. 98). Mit ihrer Berufung beantragt die Beklagte die ersatzlose Aufhebung dieser Verpflichtung. Sie rügt in dieser Beziehung eine offensichtlich falsche Feststellung des Sachverhalts. Es liege auf der Hand, dass die Formulierung des Zeugnisses von den Vorfragen abhängt. Unabhängig davon könnten objektive Unwahrheiten so oder so nicht in das Zeugnis aufgenommen werden und es könne zur substantiierten Behauptung dieser Umstände auf die Klageantwort verwiesen werden. Von dem nach Vorinstanz "verbleibenden" Zeugnis sei folgendes falsch: Der Zeuge Dr. E._____ habe selber bestätigt, dass es bei der Beklagten und der C'._____AG juristisch nicht um eine Gruppe gegangen sei; der Kläger habe gar nicht Technischer Leiter einer Gruppe sein können; der Kläger habe D._____ in keiner Weise in der Akquisition von Bauaufträgen unterstützt, er habe kein einziges Beispiel ausser dem Verlustgeschäft I._____ nennen können. Auch habe er keinen Kalkulator unterstützt. Von umsichtiger und verantwortungsvoller Leitung von Baustellen habe keine Rede sein können, wie z.B. aus dem Zeugnis von O._____ hervorgehe (Urk. 200 S. 84).

2. Die Beklagte beantragt die Aufhebung von Dispositiv Ziffer 9 und die Abweisung der Klage (Urk. 200 S. 2). Die Zeugnispflicht der Beklagten ist indes unbestritten (Art. 330a Abs. 1 OR). Die Beklagte legt aber nicht dar, wie der Wortlaut des Zeugnisses gemäss Vorinstanz gestützt auf ihre Beanstandungen genau abzuändern wäre. Auch die Berufungsbegründung hilft nicht. Ein Verweis auf die Klageantwort für den Nachweis von "objektiven Unwahrheiten" vermag den Begründungsanforderungen offensichtlich nicht zu genügen. Bereits aus diesem Grunde kann der Berufung kein Erfolg beschieden sein.

3. Die Vorinstanz begründete, weshalb der Kläger die Stelle als Technischer Leiter "in unserer Unternehmensgruppe" versah (Urk. 201 S. 92 lit. d). Wenn die Beklagte ohne nähere Bezeichnung der Fundstelle lediglich darauf hinweist, der Zeuge Dr. E._____ habe selber bestätigt, dass es bei der Beklagten und der C._____ ag juristisch nicht um eine Gruppe gegangen sei, setzt sie sich mit den vorinstanzlichen Erwägungen nicht auseinander und erfüllt sie die Begründungsanforderungen nicht. Darauf kann nicht eingetreten werden.

4. In der Klageantwort führte die Beklagte lediglich aus, der Kläger habe einen einzigen Auftrag akquiriert (Urk. 20 S. 47). Wenn sie nun vorbringt, der Kläger habe D._____ bei der Akquisition von Bauaufträgen nicht unterstützt, ist dies nicht das Gleiche und eine neue unzulässige Behauptung. Wenn die Beklagte weiter bemängelt, der Kläger habe keinen Kalkulator unterstützt, zeigt sie nicht auf, wo sie diese Bestreitung bereits vor Aktenschluss angebracht hat. Auf Seite 47 der Klageantwort ist sie jedenfalls nicht zu finden und laut Vorinstanz brachte die Beklagte in der Duplik bezüglich des Arbeitszeugnisses keine Noven vor (Urk. 201 S. 91). Die Vorinstanz behandelte diesen Einwand denn auch nicht.

5. Schliesslich rügt die Beklagte den Passus, wonach der Kläger alle Baustellen umsichtig und verantwortungsvoll geleitet habe, und beruft sich für das Gegenteil beispielhaft auf das Zeugnis von O._____, ohne indes auf eine spezifische Aktenstelle zu verweisen. In der Klageantwort hatte die Beklagte noch ausgeführt, die Leitung der Baustellen sei nicht umsichtig und verantwortungsvoll gewesen, es habe z.B. bei der F._____ ... Reklamationen über die Handwerker gegeben (Urk. 20 S. 47). Damit aber ist die Bestreitung erst- und zweitinstanzlich unsubstantiiert geblieben. Nicht von Belang ist, dass sich nicht bereits die Vorinstanz dazu geäußert hat. Im Übrigen könnte von negativen Reaktionen auf einer Baustelle nicht darauf geschlossen werden, der Kläger habe auf einer Mehrheit von Baustellen die nötige Umsicht und Verantwortung vermissen lassen.

6. Der Berufung der Beklagten gegen die vorinstanzliche Formulierung des Arbeitszeugnisses ist somit abzuweisen. Dispositiv Ziffer 9 ist demzufolge zu bestätigen.

VIII.
(Fälschung der Arbeitsverträge)

1. Bei diesem Ergebnis könnte an sich offengelassen werden, ob die vom Kläger eingereichten Arbeitsverträge echt sind oder verfälschte Versionen der ursprünglich unterzeichneten Vereinbarungen darstellen. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz leitet die Beklagte aus den Fälschungen nicht das Recht zur fristlosen Kündigung ab (vorn E. IV.1). Damit über die Gültigkeit der Solidarhaftungsklausel für ein allfälliges Rechtsmittelverfahren Klarheit besteht und weil die Vorinstanz diese Frage vorab und ausführlich behandelte, soll dazu nachfolgend Stellung bezogen werden.

2. Die Beklagte rügt in diesem Zusammenhang eine Verletzung der Verhandlungsmaxime, der Beweislastregel von Art. 8 ZGB und eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Zudem habe die Vorinstanz das Beweismass für den Gegenbeweis der Beklagten hinsichtlich der Echtheit der Arbeitsverträge, namentlich was den Ablauf des Zustandekommens zwischen dem letzten Entwurf des Klägers vom 20. Juni 2011 (Urk. 22/8) und den vorliegenden Verträgen anbelange, zu Unrecht nicht auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit herabgesetzt, obwohl feststehe, dass (Urk. 200 S. 5 f. Rz 20)

- nur der Kläger über die Daten der Entwürfe verfügt habe;
- er diese aber durch Überschreiben unwiederbringlich vernichtet habe (Urk. 80/1/11);
- sich der Inhalt ausgetauschter Vertragsseiten und entsprechender Dateien, wie von ihr behauptet, als Negativum nicht beweisen lasse und die Mitwirkung der positiven Gegendarstellung samt Beweisführung des Klägers verlange.

Die Vorinstanz habe sodann die unbestrittene Behauptung der Beklagten, wonach der Kläger D._____ vor der Unterzeichnung der Verträge zugesichert habe, nichts mehr verändert zu haben, offensichtlich übersehen (Urk. 200 S. 5 f. Rz

20f). Auf den Seiten 9 bis 46 der Berufungsschrift begründet die Beklagte die obgenannten Rügen und wirft der Vorinstanz zudem eine falsche Beweiswürdigung vor. Die Vorinstanz habe das Aussageverhalten von Dr. E. _____ bei der Polizei und der Staatsanwaltschaft völlig falsch eingeschätzt (Urk. 200 S. 9 ff. Rz 39 ff.).

3. Der Kläger hält den Vorwurf der Fälschung bzw. Verfälschung der Arbeitsverträge für eine rechtsvernichtende Einwendung, für welche die Beklagte beweispflichtig sei (Urk. 205 S. 10 Rz 29). Zudem habe die Beklagte die Verfälschung der Verträge nicht ausreichend begründet, sondern lediglich auf einen angeblich letzten "Entwurf" verwiesen, der von den unterzeichneten Originalen abweiche, und behauptet, sie habe den vereinbarten Text nicht so unterzeichnet. Damit vermöge sie die Vermutung der Echtheit, die durch die echten Unterschriften begründet werde, nicht ernsthaft zu erschüttern, geschweige denn eine Fälschung glaubhaft zu machen (Urk. 205 S. 11 Rz 31). Des Weiteren stellt sich der Kläger auf den Standpunkt, dass ihm der Beweis der Echtheit der Arbeitsverträge gelungen wäre, sofern ihm dieser obliegen hätte. Neben der Tatsache, dass die Unterschriften echt seien, hätten die Kurzberichte (Urk. 26/4, Urk. 26/8) und das Gutachten des Forensischen Instituts (Urk. 80/1/10) festgestellt, dass keine Hinweise auf eine Manipulation vorliegen würden (Urk. 205 S. 11 Rz 32). Die Beklagte übersehe auch, dass er detailliert wiedergegeben habe, wie die Vertragsverhandlungen abgelaufen und wie die Arbeitsverträge abgeschlossen worden seien. Dadurch habe er die davon abweichende Version der Beklagten substantiiert bestritten. Davon abgesehen beziehe sich eine Zusicherung im Sinne des Vertragsrechts auf die Eigenschaften des Vertragsgegenstandes und nicht auf die Modalitäten des Vertragsschlusses (Urk. 205 S. 12 Rz 36). Die Widersprüche zwischen D. _____ und dem Zeugen J. _____ hinsichtlich der Frage, ob J. _____ beim angeblichen Auffinden des Kuverts mit den Arbeitsverträgen anwesend gewesen sei oder nicht, zeigten, dass die Geschichte der Beklagten frei erfunden sei. Nicht näher einzugehen sei auf den Zeugen Dr. E. _____. Die Vorinstanz habe berücksichtigt, dass dieser mit dem Kläger befreundet sei (Urk. 205 S. 17 Rz 63).

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

Gemäss Art. 178 ZPO hat die Partei, die sich auf eine Urkunde beruft, deren Echtheit zu beweisen, sofern die Echtheit von der anderen Partei bestritten wird und die Bestreitung ausreichend begründet wird. Dafür ist auf konkrete Umstände hinzuweisen, die zumindest gewisse Zweifel an der Authentizität der Urkunde rechtfertigen. Eine pauschale Bestreitung der Echtheit genügt nicht (BSK ZPO-Dolge, Art. 178 N 2). Es kann nun aber nicht zweifelhaft sein, dass die Beklagte die Echtheit beider Arbeitsverträge substantiiert bestritt und Zweifel an deren Echtheit zu wecken vermochte, indem sie sich auf folgende Umstände berief:

- Die wesentlichen inhaltlichen Veränderungen gegenüber dem am 20. Juni 2011 vom Kläger per E-Mail übermittelten Entwurf (Urk. 20/8), die nie diskutiert und allesamt zu ihrem Nachteil ausgefallen seien, wie die Aufnahme der Solidarhaftung zwischen der Beklagten und der C. _____ ag in Ziffer 1, der Wegfall der Probezeit in Ziffer 1 und die Verneinung einer Probezeit in Ziffer 12, die Aufnahme einer Abgangsentschädigung von Fr. 60'000.– in Ziffer 5 und die Ausdehnung des Ferienanspruchs in Ziffer 10 (Urk. 21 S. 8 ff.)
- Die Redaktion sämtlicher Vertragsentwürfe durch den Kläger, der die unterzeichneten Vertragsexemplare für die Beklagte und die C. _____ ag wieder an sich genommen und versprochen habe, sie ins Fach von J. _____ zu legen (Urk. 21 S. 6, S. 11)
- Das Verschwinden und Auffinden der Originalverträge durch D. _____ am 27. Juli 2011 (Urk. 21 S. 7 ff.)
- Die von Heftklammern stammende doppelte Lochung lediglich der vierten Seiten der beiden Arbeitsverträge (Urk. 21 S. 10 f.)
- Der grosse Abstand vor und nach Ziffer 12 der Arbeitsverträge (Urk. 21 S. 10)
- Der von ihr nach Entdeckung der Originalverträge erhobene Widerspruch (Urk. 21 S. 15, S. 18)

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

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

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

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

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

4.3.1 In der polizeilichen Befragung vom 14. März 2013 sagte Dr. E._____ als Auskunftsperson aus, er sei mit dem Kläger befreundet und kenne ihn seit zehn Jahren. Er sei der gemeinsame Anwalt der Eheleute B._____AG._____ gewesen (Urk. 80/1/6/1 S. 1). Soweit er sich erinnern könne bzw. aufgrund des Eintrages in seiner Agenda habe ein erstes Treffen mit dem Kläger in dieser Sache am 29. Juni 2011 im Restaurant K._____ in ... stattgefunden. Ob bereits vorher Treffen wegen der Arbeitsverträge stattgefunden hätten, wisse er nicht mehr. Es könne sein, dass sie im Clublokal des AO._____ -Club in Zürich hin und wieder über die Thematik "Arbeitsvertrag" gesprochen hätten. Sicher sei, dass auf Wunsch des Klägers am 29. Juni 2011 in ... dieses Treffen stattgefunden habe. Gemäss Aussagen Dr. E._____. wurde anlässlich dieses Treffens ein vom Kläger mitgebrachter Entwurf des Arbeitsvertrags besprochen. Da unklar gewesen sei, so Dr. E._____, was unter einem gekoppelten Arbeitsvertrag gemeint sei, habe er eine Textänderung bzw. Präzisierung vorgeschlagen. Seine Formulierung habe er mit blauem Kugelschreiber selbst auf den Vertrag geschrieben (laut Urk. 80/1/6/2: "Diese Aufteilung erfolgt aus internen Gründen. Beide Unternehmen haften solidarisch für die integrale Erfüllung der beiden AV."). Kernpunkt der Besprechung sei die Formulierung "analoger gekoppelter Arbeitsvertrag" und dann seine handschriftliche Ergänzung zur Klärung des Begriffes "gekoppelter Vertrag" gewesen. Er habe weder am 29. Juni 2011 noch später ein unterschriebenes Exemplar des Arbeitsvertrags erhalten (Urk. 80/1/6/1 S. 2, S. 4). Eine Kopie der Agenda von Dr. E._____ wurde zu den Akten des Strafverfahrens genommen. Darin ist am 29. Juni 2011 ein Treffen im "K._____" in ... mit dem Kläger vermerkt (Urk. 80/1/6/8).

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

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

4.3.3 In der polizeilichen Befragung vom 18. März 2013 sagte Dr. E._____ aus, er habe am 29. Juni 2011 den Kläger im Restaurant K._____ getroffen. Sie hätten nicht über den Arbeitsvertrag, sondern über die Scheidung des Klägers gesprochen. Er habe nach seiner Befragung Kontakt mit dem Kläger gehabt. Als er bei der Polizei mit der Befragung fertig gewesen sei, sei ihm auf der Heimfahrt in den Sinn gekommen, dass bei seinen Aussagen zum 29. Juni 2011 etwas nicht stimmen könne. Zudem habe er die Klageantwort zu Hause gelesen. Der Kläger habe ihm diese zu einem früheren Zeitpunkt gezeigt und sie ihm am letzten Donnerstag oder Freitag auf seinen Wunsch hin gemailt. Der Kläger habe ihn aber nicht zur Korrektur bewogen. Wie bereits bekannt, sei er jahrelang Personalverantwortlicher in zwei grossen Firmen gewesen. Der Kläger sei ja formal in zwei Firmen, materiell aber nur in einem Anstellungsverhältnis gewesen. Er (der Zeu-

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

4.3.4 In dieser E-Mail vom 17. März 2013 (Urk. 80/1/6/7) teilte der Kläger Dr. E._____ mit, er habe seine Mitteilung auf Combox erhalten. Bei sich in der Agenda habe er aufgeschrieben:

"8.6.2011 E._____ ... [Ortschaft] Arbeitsvertrag 50% / 50%, Konsequenzen?

15.6.2011 E._____ ..., Arbeitsvertragsentwurf

20.6.2011 E._____ ..., Vertragsentwurf besprechen (Habe da eine Geburtstagskarte und Flasche Wein erhalten)

21./22.6.2011 Vertragsunterzeichnung mit D._____

24.6.2011 Geburtstag und Wohnsitzwechsel nach ..., Tel. von E._____ Geburtstagsgratulation und meinerseit[s] Mitteilung Vertragsunterzeichnung

25.6.2011 **Mail siehe unten**

26.6.2011 Telefonische Vereinbarung Treffen 29.6.2011 K. _____

29.6.2011 K. _____ ...: Unterhaltszahlungen AG. _____ auf Grund der Verträge, Nachzahlung Unterhaltszahlungen an AG. _____, Vorübergehende Verantwortung Kinder da AG. _____ Probleme, dunkle Wolken A. _____ AG (Bilanz / Erfolgsrechnung)

Haben auf bessere Zeiten angestossen, Geburtstag, Wohnsitz und Arbeitsvertrag

Weitere Daten mit Themen: Kündigung, Vorübergehende Verantwortung Kinder, Arbeitssituation, AO. _____ "

Abschliessend teilte der Kläger mit, er sei am Durcharbeiten der Replik und sollte erreichbar ein.

4.3.5 Anlässlich der staatsanwaltschaftlichen Zeugeneinvernahme vom 15. Mai 2014 sagte Dr. E. _____ im hier interessierenden Zusammenhang aus, er habe dem Kläger konkret geraten, dass man die beiden Verträge wieder als Einheit behandle. Er habe ihm deshalb diesen Passus empfohlen, den er auf dem zu den Akten gereichten Vertragsexemplar handschriftlich notiert habe ("Diese Aufteilung erfolgt aus internen Gründen. Beide Unternehmen haften solidarisch für die integrale Erfüllung der beiden AV [Arbeitsverträge]"). Das habe er vermutlich bei der Besprechung am 20. Juni 2011 bei ihm zuhause in ... vorgeschlagen. Auf die Frage, woher er wisse, dass dieser handschriftliche Passus umgesetzt worden sei, sagte Dr. E. _____ aus, er habe den Kläger am 29. Juni 2011 in ... getroffen, also nach Unterzeichnung der Verträge. Der Kläger habe ihm die unterschriebenen Verträge gezeigt. Dort sei dieser Passus drin gewesen. Er habe dem Kläger gesagt, dass es "ok" sei. Er habe nichts von ihm mitgenommen, weder einen Vertrag noch sonst etwas. Dann sei er auf die Fähre und heimwärts gegangen (Urk. 80/3 S. 4). Auf ein Treffen am 15. Juni 2011 angesprochen, erklärte der Zeuge, er sei sich nicht mehr ganz sicher, ob der Kläger ihm am 15. Juni 2011 den Vertragsentwurf per E-Mail geschickt habe oder ob sie ihn zusammen angesehen hätten. Es sei korrekt, dass ihm der Kläger am 20. Juni 2011 die fertigen Entwürfe gezeigt habe, in welche seine Änderungen übernommen worden seien. Auf die Frage, weshalb die Treffen am 15. und 20. Juni 2011 nicht in seiner Agenda eingetragen seien, das Treffen vom 29. Juni 2011 hingegen schon, antwortete der

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

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

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

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

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

4.3.8 Zu Recht weist der Kläger darauf hin, dass Dr. E._____ in der ersten Befragung durch die Polizei am 14. März 2013 gestützt auf den *Eintrag in seiner Agenda* (die auszugsweise bei den Akten liegt) das Treffen mit dem Kläger im Restaurant K._____ in ... ausdrücklich auf den 29. Juni 2011 ansetzte (Urk. 80/1/6/1 S. 2 und S. 4) und Dr. E._____ dieses Treffen ausführlich, detailliert und ohne Gedächtnislücken schilderte. Ein allfälliges früheres Treffen könnte gemäss Dr. E._____ lediglich im Clublokal des AO._____ -Club stattgefunden haben. Seine Aussage änderte Dr. E._____ erst, nachdem er vom Kläger die Klageantwort erhalten und darin gelesen hatte, dass die Unterzeichnung der Verträge spätestens am 23. Juni 2011 erfolgt war. Ein vorangehendes Treffen nannte er in seiner E-Mail vom 15. März 2013 noch nicht, sondern hielt dafür, dies *bedeute*, dass am 29. Juni 2011 nicht über die Verträge, sondern über die zuvor erfolgte Kündigung gesprochen worden sei, was indes nicht stimmen konnte. Erst in der zweiten Befragung am 18. März 2013 berief sich Dr. E._____ auf zwei weitere Treffen am 15. und 20. Juni 2011, an denen die Entwürfe besprochen bzw. vorgelegt worden sein sollen, und machte geltend, danach sei nicht mehr über die Arbeitsverträge gesprochen worden; am 29. Juni 2011 will Dr. E._____ den Kläger im Restaurant K._____ in ... zwar getroffen, dabei aber über die Scheidung des Klägers gesprochen haben (Urk. 80/1/6/6 S. 2). Diese Schilderung entsprach genau dem Geschehensablauf, welcher der Kläger Dr. E._____ in seiner E-Mail einen Tag zuvor gestützt auf seine eigene Agenda in Erinnerung gerufen hatte (Urk. 80/1/6/7).

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

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

ben hatte, es sei um die Kündigung gegangen. Von Vorinstanz sagte der Zeuge wiederum aus, ihn habe der (unterschiedene) Vertrag nicht mehr interessiert (Urk. 142 S. 7). Der Kläger wiederum behauptete, er habe die Originalexemplare am 29. Juni 2011 Dr. E._____ übergeben, damit dieser seine Unterhaltsverpflichtungen habe neu berechnen können (Urk. 25 S. 16). Dr. E._____ sagte hingegen aus, er habe weder die Originalverträge erhalten (Urk. 142 S. 6 f., Urk. 80 S. 3), noch sei er mit der Neuberechnung der Unterhaltsbeiträge betraut gewesen (Urk. 142 S. 6).

Zu Recht weist die Beklagte auch darauf hin, dass der von Dr. E._____ anlässlich der (zweiten) polizeilichen Einvernahme geschilderte Geschehensablauf (15. Juni 2011: Besprechung mit handschriftlichen Änderungen Dr. E._____s; 20. Juni 2011: Präsentation der "fertigen Entwürfe", in welche der Kläger die Anregungen von Dr. E._____ übernommen hatte) schlecht zu dem ebenfalls am 20. Juni 2011 per E-Mail an D._____ übermittelten Entwurf des Arbeitsvertrags (Urk. 22/8) passt. Der an D._____ am 20. Juni 2011, 8.50 Uhr, übermittelte Entwurf 2 wurde mit handschriftlichen Korrekturen D._____s betreffend Lohnauszahlung und Ferienanspruch versehen (Urk. 22/9), die in dem von Dr. E._____ der Polizei überlassenen Entwurf (auf dem er handschriftliche Ergänzungen anbrachte) bereits erfasst sind (Urk. 8/1/6/2 Ziff. 4: "5. des Folgemonats"; Ziff. 10: "3 Wochen"). Auch der von der Vorinstanz erwähnte Änderungsvorschlag D._____s betreffend Repräsentations- und Kleinspesen (Urk. 201 S. 30) scheint in dem von Dr. E._____ bearbeiteten Entwurf bereits erfasst worden zu sein (Urk. 8/1/6/2 Ziff. 11.3). Zudem war in dem am 20. Juni 2011 an D._____ übermittelten Entwurf im Gegensatz zu dem von Dr. E._____ der Polizei überlassenen Entwurf keine Entlassungsabfindung (von zunächst Fr. 54'000.-) enthalten. Die Beklagte leitet daraus ab, dass der von Dr. E._____ zu den Polizeiakten gegebene Entwurf jedenfalls nach dem 20. Juni 2011 entstanden sein muss (Urk. 200 S. 42 Rz 203I). Auf Vorhalt, dass in dem an D._____ übermittelten Entwurf keine Entlassungsabfindung enthalten ist, erklärte Dr. E._____, diese E-Mail mit dem Entwurf sei um 8.50 Uhr abgeschickt worden und die Besprechung mit dem Kläger habe erst am Abend stattgefunden; am 20. Juni 2011 sei die wesentliche Besprechung gewe-

sen (Urk. 80/3 S. 11 f.). Zwar stimmt dies nicht mit seinen Ausführungen in der zweiten polizeilichen Befragung überein, in welcher er zu Protokoll gab, die Besprechungen zu den Arbeitsverträgen hätten am 15. Juni 2011 stattgefunden und der Kläger habe ihm am 20. Juni 2011 die fertigen Entwürfe gezeigt, in die seine Anregungen übernommen worden seien. Doch ist einzuräumen, dass theoretisch am 20. Juni 2011 unmittelbar nach der Übermittlung der E-Mail um 8.50 Uhr an D._____ noch die hier interessierenden Änderungen an den Entwürfen vorgenommen worden sein könnten. Dies ist aber nicht sehr wahrscheinlich und wurde vom Kläger auch gar nicht behauptet. Die Entlassungsabfindung (von Fr. 54'000.–) war jedenfalls in dem Dr. E._____ am 20. Juni 2011 vorgelegten Entwurf bereits enthalten. Der Kläger müsste sich auch die Frage gefallen lassen, weshalb er den Entwurf an D._____ unmittelbar vor der wesentlichen Besprechung mit Dr. E._____ versandte (Urk. 107 S. 19) und er den Entwurf mit den in der abendlichen Besprechung vorgenommenen Änderungen D._____ nicht nochmals zukommen liess. Der Kläger will die Entwürfe, die Dr. E._____ einreichte, zwar D._____ gezeigt haben; er räumte in der staatsanwaltlichen Einvernahme aber ebenso ein, dafür keinen Nachweis zu haben (Urk. 82/4 S. 6). Rechtzeitig behauptet hat er im Zivilprozess für diese kritische Phase jedenfalls nichts; vielmehr sollen die Verträge am 21. oder 22. Juni 2011 unterzeichnet worden sein (Urk. 25 S. 12 Rz 37), wobei er sich an den genauen Ablauf beim Ausdruck der Verträge nicht mehr erinnern konnte (Urk. 25 S. 26 Rz 105). Am Tag der Unterzeichnung wurde laut Aussage des Klägers nichts mehr besprochen, doch soll D._____ "nach [s]einem Dafürhalten" Seite für Seite durchgelesen und am Schluss unterzeichnet haben (Urk. 82/4 S. 7). D._____ sagte in der Parteibefragung wiederum aus, er habe den am 20. Juni 2011 erhaltenen Entwurf (Urk. 22/8) gegen Mittag vor der Fahrt auf ... [Ortschaft] mit dem Kläger besprochen und ihn nochmals auf die Probezeit angesprochen, womit dieser einverstanden gewesen sei; ansonsten habe es nur noch ein paar unwesentliche Änderungen gegeben und es sei zwischen dem 20. und 22./23. Juni nicht noch einmal über die Verträge verhandelt worden (Urk. 108 S. 6, S. 26 f.). In der Parteibefragung vor Vorinstanz sagte der Kläger dann aus, er wisse nicht mehr genau, wann Dr. E._____ die Solidarhaftungsklausel eingeführt habe; man müsse Dr. E._____ fragen, wann dies genau

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

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

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

4.4.2 J._____ bestätigte in der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 15. Mai 2014, dass er die Arbeitsverträge rund eine Woche nach dem 22. oder 23. Juni 2011 in einem mit der Unterschrift des Klägers versehenen Kuvert in seinem Fach entdeckt habe, wobei er nicht sagen könne, ob die Verträge im Kuvert gewesen seien; er habe es einfach angenommen. Er würde sagen, das Kuvert sei verschlossen gewesen, denn über der Klebstelle des Kuverts sei die Unterschrift des Klägers angebracht gewesen. Als er nach dem Mittag zurückgekommen sei, sei das Kuvert nicht mehr da gewesen. Er habe angenommen, dass D._____ es herausgenommen habe. Nachgefragt habe er nicht. An ein Gespräch, wonach er am Nachmittag der Vertragsunterzeichnung dem Kläger bestätigt habe, die Arbeitsverträge erhalten zu haben, könne er sich nicht erinnern (Urk. 80/4 S. 4 f.). In der Folge schilderte J._____ erneut, wie er und D._____ am 27. Juli 2011 ein Kuvert mit den Arbeitsverträgen des Klägers aufgefunden hätten, D._____ darüber sehr verwundert gewesen sei und das Kuvert in seiner Gegenwart geöffnet habe (Urk. 80/4 S. 6 f.). Über die Abgangsentschädigung sei D._____ "baff, schockiert oder was auch immer" gewesen. J._____ war der Meinung, dass D._____ "nie, nie" Fr. 60'000.– Abgangsentschädigung in einen Vertrag hineingeschrieben hätte, da sie Liquiditätsprobleme gehabt hätten (Urk. 80/4 S. 15). Über eine Abfindung zugunsten des Klägers hat er selbst mit D._____ nie gesprochen (Urk. 80/4 S. 4).

4.4.3 Im Wesentlichen gleich äusserte sich J._____ bei der Vorinstanz (Urk. 144 S. 17). Er wiederholte, dass er davon ausgegangen sei, die Verträge würden sich bei D._____ befinden, während dieser gemeint habe, die Verträge seien bei ihm (Urk 144 S. 18).

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

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

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

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

Obergericht erfolgten Freispruch vom Vorwurf der Urkundenfälschung (Urk. 191 S. 1 ff.). Im Strafverfahren hatte aber nicht der Kläger die Echtheit der Urkunden, sondern die Anklagebehörde die Fälschung der Urkunden durch den Kläger zu beweisen (Urk. 169 S. 28). In der Berufungsantwort verweist der Kläger zudem auf die echten Unterschriften und die Kurzberichte und das Gutachten des Forensischen Instituts Zürich, in denen festgestellt worden sei, dass keine Manipulationen vorliegen würden. Damit sei ihm der Beweis der Echtheit der Arbeitsverträge gelungen (Urk. 205 S. 11 Rz 32). Dem kann hinsichtlich der Seiten 1 bis 3 nicht gefolgt werden. Kurzbericht und Gutachten halten fest, dass die vierten und letzten Seiten zweimal geheftet wurden, weshalb davon auszugehen sei, dass die Seiten 1 bis 3 ausgetauscht worden seien (Urk. 26/7 S. 3, Urk. 80/1 S. 15). Von blossem Auge lässt sich erkennen, dass dies auch bei den vom Kläger eingereichten Originalverträgen der Fall ist (Urk. 69/2+3). Wie bereits die Vorinstanz festhielt, erschliesst sich daraus nicht, ob dies vor oder nach der Unterzeichnung der Verträge passiert ist (Urk. 201 S. 29; vgl. auch Urk. 25 S. 28 Rz 119).

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

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

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

IX.

(Kosten- und Entschädigungsfolgen)

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

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

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

2.1 Zweitinstanzlich ist von einem Streitwert von Fr. 132'196.90 auszugehen (Fr. 138'936.90 [Urk. 201 S. 95] abzüglich Fr. 13'480.– [Arbeitszeugnis ein Monatslohn gemäss Vorinstanz] zuzüglich Fr. 6'740.– [Arbeitszeugnis ein Monatslohn gemäss Berufungsinstanz]). Der Kläger obsiegt mit Fr. 14'790.90 (Fr. 4'855.20 [Dispositiv Ziffer 1] zuzüglich Fr. 3'195.70 [Dispositiv Ziffer 2] zuzüglich Fr. 6'740.– [Dispositiv Ziffer 3]) oder 11.2%. Die zweitinstanzlichen Kosten von Fr. 10'000.– (§ 12 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 GebV OG) sind dem Kläger zu 9/10 und der Beklagten zu 1/10 aufzuerlegen. Die Kostenliquidation erfolgt gemäss Art. 111 Abs. 1 und 2 ZPO.

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

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass Dispositiv Ziffer 10 des Urteils des Bezirksgerichts Hinwil (Arbeitsgericht) vom 22. August 2017 am 30. Januar 2018 in Rechtskraft erwachsen ist.

2. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die Vorinstanz mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 4'648.30 (50% Bruttolohn für 1. bis 21. Oktober 2011) zuzüglich Repräsentations- und Kleinspesen von Fr. 68.95 und Vertrauensspesen von Fr. 137.95 zuzüglich Zins zu 5% seit 6. November 2011 zu bezahlen. Zudem wird die Beklagte verpflichtet, für den Monat Oktober 2011 die vertraglich vereinbarten Sozialversicherungs- und Pensionskassenbeiträge für den Kläger zu bezahlen.
2. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger den 13. Monatslohn von Fr. 3'195.70 (Bruttolohn anteilmässig für die Dauer von 1. Mai bis 21. Oktober 2011) zuzüglich Zins zu 5% seit 21. Oktober 2011 zu bezahlen. Zudem wird die Beklagte verpflichtet, auf den 13. Monatslohn von Fr. 3'195.70 die vertraglich vereinbarten Sozialversicherungs- und Pensionskassenbeiträge für den Kläger zu bezahlen.
3. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger auf Briefpapier der Beklagten ein Arbeitszeugnis mit folgendem Wortlaut aus- und zustellen:

"Arbeitszeugnis

Wir bestätigen hiermit, dass Herr B._____, geb. tt. Juni 1959, von ...SG, wohnhaft in ..., vom 1. Mai 2011 bis am 21. Oktober 2011 die Stelle als

Technischer Leiter

in unserer Unternehmensgruppe leitete.

Diese Funktion beinhaltete die Verantwortung für die technische Abwicklung der verschiedenen Baustellen der ganzen Gruppe. Herr B._____ rapportierte direkt an den Inhaber.

Zu den Aufgabenbereichen gehören insbesondere

- *die technische und administrative Leitung der Baustellenarbeiten Hoch- und Tiefbau, Umbau und Kundenmaurer*
- *Unterstützung des Inhabers in der Akquisition von Bauaufträgen jeglicher Art*
- *Unterstützung des Kalkulators bei der Kalkulation und im Offertwesen*

- *Vertretung der Firma nach aussen mit Kompetenzbereich Baustellenablauf und -organisation*

Herr B. _____ war technischer Leiter für die ganze Gruppe. Aus internen Gründen erfolgte die Anstellung aufgeteilt auf die beiden Firmen A. _____ AG und C. _____ ag. Alle Baustellen leitete er umsichtig und verantwortungsvoll. Durch seine unternehmerische Denkweise, seine grossen Fachkenntnisse, seine Führungseigenschaften wurde Herr B. _____ von Kunden, Geschäftspartnern, MitarbeiterInnen und dem Inhaber gleichermaßen geschätzt.

Wir danken Herrn B. _____ für seinen Einsatz und wünschen ihm für seine Zukunft in beruflicher wie auch in privater Hinsicht alles Gute.

..., 21. Oktober 2011

A. _____ AG

D. _____

Mitglied des Verwaltungsrates"

4. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
5. Die erstinstanzlichen Kostenansätze, bestehend aus:
 - Fr. 22'800.– Entscheidunggebühr
 - Fr. 631.20 Zeugenentschädigungen
 - Fr. 275.95 Entschädigung für Bemühungen und Barauslagen des Rechtsvertreters der Beklagten,werden bestätigt.
6. Die erstinstanzlichen Kosten werden – mit Ausnahme der Entschädigung für Bemühungen und Barauslagen des Rechtsvertreters der Beklagten – dem Kläger zu 7/8 und der Beklagten zu 1/8 auferlegt. Sie werden im Umfang von Fr. 2'700.– aus dem Kostenvorschuss der Beklagten und im Umfange von Fr. 15'400.– aus dem Kostenvorschuss des Klägers bezogen. Im Mehrbetrag stellt die Gerichtskasse Rechnung.

Die dem Rechtsvertreter der Beklagten ausgerichtete Entschädigung für dessen Bemühungen und Barauslagen (Fr. 275.95) werden auf die Staatskasse genommen.
7. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 26'325.– zu bezahlen.

Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger die Kosten des Schlichtungsverfahrens im Umfang von Fr. 118.75 zu ersetzen.

8. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 10'000.– festgesetzt.
9. Die zweitinstanzlichen Kosten werden dem Kläger zu 90% und der Beklagten zu 10% auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten den geleisteten Vorschuss von Fr. 9'000.– zu ersetzen.
10. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 6'400.– zu bezahlen.
11. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

12. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 132'196.90.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 16. November 2018

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. M. Hochuli

versandt am:
am