

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA160043-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Kriech und Ersatzoberrichter Dr. M. Nietlispach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Notz

Urteil vom 23. August 2017

in Sachen

A._____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____,

gegen

B._____ AG,

Beklagte und Berufungsbeklagte

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes am Bezirksgericht Bülach vom 28. September 2016 (AN150005-C)

Rechtsbegehren:

des Klägers (Urk. 2 S. 2):

- "1. Es sei festzustellen, dass der Kläger keine schwerwiegende Pflichtverletzung im Sinne von Art. 12.3 GAV 2011 C._____ [Gewerkschaft der B._____ AG] begangen hat.
2. Die am 4. / 6. August 2014 ausgesprochene Kündigung sei aufzuheben und das Arbeitsverhältnis ex tunc fortzusetzen.
3. Eventuell sei die Beklagte zu verpflichten,
 - 3.1. dem Kläger wegen missbräuchlicher Kündigung eine angemessene Entschädigung zu bezahlen, mindestens jedoch eine Entschädigung in Höhe von CHF 100'000.00 (12 Monatslöhne).
 - 3.2. dem Kläger die zur Lizenzerhaltung erforderliche Nachschulung für die Instrumentenflugberechtigung zu finanzieren.
4. Es seien dem Kläger die ihm zustehenden Ferientage (7 Tage) durch die Beklagte abzurechnen und auszubezahlen.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge."

der Beklagten (Urk. 14 S. 2):

- "1. Die Klage sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten des Klägers."

Urteil des Bezirksgerichts Bülach, Arbeitsgericht, vom 28. September 2016

(Urk. 40):

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 8'800.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden dem Kläger auferlegt und aus dem von ihm geleisteten Vorschuss bezogen.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 2'150.– zu bezahlen.
5. ... (Mitteilungssatz)
6. ... (Rechtsmittelbelehrung)

Berufungsanträge:

des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 39 S. 2):

- "1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, Arbeitsgericht, vom 28. September 2016 aufzuheben.
2. Es sei festzustellen, dass der Berufungskläger keine schwerwiegende Pflichtverletzung im Sinne von Art. 12.3 GAV 2011 C._____ begangen hat.
3. Die am 4. / 6. August 2014 ausgesprochene Kündigung sei aufzuheben und das Arbeitsverhältnis ex tunc fortzusetzen.
4. Eventuell sei die Berufungsbeklagte zu verpflichten,
 - a. dem Berufungskläger wegen missbräuchlicher Kündigung eine angemessene Entschädigung zu bezahlen, mindestens jedoch eine Entschädigung in Höhe von CHF 100'000.00 (12 Monatslöhne).
 - b. dem Berufungskläger die zur Lizenzerhaltung erforderliche Nachschulung für die Instrumentenflugberechtigung zu finanzieren.
5. Es seien dem Berufungskläger die ihm zustehenden Ferientage (3 Tage) durch die Berufungsbeklagte abzurechnen und auszubezahlen.
6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MWST) zu Lasten der Berufungsbeklagten."

der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 47 S. 2):

- "1. Die Berufung sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist, und das Urteil des BG Bülach vom 28. September 2016 (AN150005-C) zu bestätigen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Berufungsklägers."

Erwägungen:

1. Sachverhalt

1.1. Der Kläger und Berufungskläger (fortan Kläger) arbeitete seit 4. August 2008 bei der Beklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend Beklagte) als Pilot (First Officer; Urk. 4/5). Seine damalige Freundin, die er am 15. August 2014 heiratete (im Folgenden Ehefrau), war bei der Beklagten als Flight Attendant angestellt.

1.2. Der Kläger und seine Ehefrau wurden von deren Bruder und dessen Ehefrau zur Taufe eines Kindes auf den 12. Juli 2014 nach D._____ [Stadt in Südamerika] eingeladen. Weil der Kläger davon ausging, dass eine rechtzeitige Meldung dieser Abwesenheit bei seiner Arbeitgeberin nicht mehr möglich sei bzw. ein Urlaubsgesuch nicht mehr bewilligt würde, er sich im betreffenden Monat zudem im Reservemonat befand, bei dem Freitage nur mit einer Ankündigungsfrist von drei Monaten möglich waren, und er sein vorhandenes Ferienguthaben für die im November 2014 geplanten Flitterwochen aufgespart hatte, buchten er und seine Ehefrau zwei (stornierbare) Stand-by-Tickets nach D._____ (Urk. 15/8), angeblich in der Hoffnung, sie hätten beide zufällig an diesen Tagen frei. Das traf nicht zu.

1.3. Der Kläger ersuchte die Beklagte für den 1. und 2. Juli 2014 um Freitage, welche ihm aufgrund eines Langstreckenflugs am Vortag aber nicht gewährt werden konnten. Gemäss seiner Darstellung erkrankte er dann am 28./29. Juni 2014 an einer Magen-Darm-Grippe und blieb der Arbeit bis zum 2. Juli 2014 fern. Nachdem er die Arbeitstätigkeit wieder aufgenommen hatte, erkrankte er nach eigener Darstellung erneut ab 8. Juli 2014 und mit ihm auch seine Ehefrau ab 10. Juli 2014 bis zum 15. Juli 2014. Um dem Wunsch der Familie nach Teilnahme an der Taufe nachzukommen, hätten sich der Kläger und seine Ehefrau entschlossen, trotz Krankheit den gebuchten Flug anzutreten und sich im Flugzeug zu erholen. In D._____ hätten sie eine Ärztin aufgesucht. Am 14. Juli 2014 reisten beide in die Schweiz zurück.

1.4. In der Folge bot die Beklagte den Kläger (und auch seine Ehefrau) beim Vertrauensarzt auf. Diesem schilderte der Kläger seine (behauptete) Krankheit, verschwieg ihm aber die Reise nach D._____ bzw. den Umstand, dass er während der fraglichen Zeit nicht zuhause geblieben war. Da die Beklagte weiterhin Zweifel an seiner Sachdarstellung hegte, eröffnete sie gegen ihn ein Disziplinarverfahren (vgl. Urk. 4/17). In dessen Rahmen reichte der Kläger eine Stellungnahme (per E-Mail) ein, worin er bestätigte, dass er die ganze Zeit über zuhause geblieben sei und die Krankheit dort auskuriert habe (Urk. 4/18). Anlässlich eines späteren Gesprächs mit seinem Vorgesetzten und der Vertreterin des HR gestand er seine Reise nach D._____ dann ein. Neben dieser Reise warf ihm die Beklagte weitere angebliche Scheinabsenzen bzw. -verhinderungen vor, unter anderem eine Abwesenheit am 4./5. November 2013, während der er nachweislich nach E._____ [Stadt in Deutschland] geflogen war, wobei seine Partnerin auf dem betreffenden Flug als Flight Attendant gearbeitet hatte. Zudem wurde dem Kläger ein Untersuchungsbericht ausgehändigt (Urk. 4/19), zu dem er mit E-Mail vom 28. Juli 2014 Stellung nahm (Urk. 4/20). Am 6. August 2014 eröffnete die Beklagte dem Kläger die Kündigung per 30. November 2014 und stellte ihn per sofort frei (Urk. 4/21). Daneben kündigte sie auch das Arbeitsverhältnis mit seiner Ehefrau (vgl. Urk. 4/22). Am 8. August 2014 meldete sich der Kläger nochmals bei der Beklagten mit einer erklärenden Stellungnahme, worauf diese ihm mitteilte, dass sie an der Kündigung festhalte (Urk. 4/24). Am 19. September 2014 erhob der Kläger Einsprache gegen die Kündigung (Urk. 4/25). Mit Schreiben vom 3. Oktober 2014 hielt die Beklagte erneut an ihrer Kündigung fest (Urk. 4/26).

2. Prozessverlauf

2.1. Mit Eingabe vom 30. April 2015 machte der Kläger beim Bezirksgericht Bülach, Arbeitsgericht (Vorinstanz), gegen die Beklagte die vorliegende Klage mit dem eingangs wiedergegebenen Rechtsbegehren anhängig (Urk. 1 und 2). Damit setzt er sich gegen die seiner Ansicht nach unzulässige oder zumindest missbräuchliche Kündigung zur Wehr. Nach Eingang der schriftlichen Klageantwort vom 27. August 2015 (Urk. 14) fand am 16. Dezember 2015 die mündliche Hauptverhandlung und am 7. Juli 2016 die Beweisabnahme statt (Prot. I S. 4 ff.

und S. 42 ff.). Anlässlich seines ersten Schlussvortrags reduzierte der Kläger sein Rechtsbegehren Ziffer 4 (betreffend Abrechnung und Auszahlung von Ferientagen) von 7 auf 3 Tage (Prot. I S. 116). Am 28. September 2016 erging das vorinstanzliche Urteil, mit dem die Klage unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers abgewiesen wurde (Urk. 36 = Urk. 40).

2.2. Hiergegen erhob der Kläger mit Eingabe vom 16. November 2016 Berufung mit den vorstehend zitierten Rechtsmittelanträgen (Urk. 39). Mit Verfügung vom 2. Dezember 2016 wurde ihm für die zweitinstanzlichen Gerichtskosten ein Vorschuss von Fr. 8'800.-- auferlegt (Urk. 42). Die fristwährend erstattete Berufungsantwort vom 14. Februar 2017, in der die Beklagte die Abweisung der Berufung und die Bestätigung des angefochtenen Urteils beantragt (Urk. 47; s.a. Urk. 44 und Art. 142 f. ZPO), wurde dem Kläger mit Verfügung vom 24. Februar 2017 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 48). Am 23. März 2017 wurde ein Referentenwechsel verfügt (Urk. 49). Weitere prozessuale Anordnungen oder Eingaben sind nicht erfolgt.

3. Prozessuales

3.1. Die Rechtsmittelvoraussetzungen sind erfüllt: Die Berufung richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid in einer vermögensrechtlichen Angelegenheit, deren Streitwert Fr. 10'000.- übersteigt (Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO). Sie wurde form- und fristgerecht erhoben (Art. 311 Abs. 1 und Art. 142 f. ZPO; Urk. 37) und der Kostenvorschuss wurde rechtzeitig geleistet (Urk. 42 und 43). Unter dem Vorbehalt rechtsgenügender Begründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO; dazu nachstehend, E. 3.2) ist auf die Berufung einzutreten. Der Berufungsentcheid kann aufgrund der Akten ergehen (Art. 316 Abs. 1 ZPO).

3.2. Das Berufungsverfahren stellt keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens dar, sondern ist nach der gesetzlichen Konzeption als eigenständiges Verfahren ausgestaltet (BGE 142 III 413 E. 2.2.1 S. 414 m.Hinw. auf die Botschaft zur Schweizerischen ZPO, BBI 2006 S. 7374). Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend

gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine vollständige Überprüfungsbefugnis der Streitsache, d.h. über unbeschränkte Kognition bezüglich Rechts- und auch Tatfragen. In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist, d.h. an einem der genannten Mängel leidet. Das setzt (im Sinne einer Eintretensvoraussetzung) voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anfecht, sich inhaltlich mit diesen auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufsungsgrund ergeben soll. Pauschale Verweisungen auf frühere Rechtsschriften oder Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen hierfür grundsätzlich nicht. Sie sind namentlich dann unzureichend, wenn sich die Vorinstanz mit den betreffenden Ausführungen des Berufungsklägers auseinandergesetzt hat (vgl. im Einzelnen BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375 f.; BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3.2; 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Diese Begründungsanforderungen gelten sinngemäss auch für den Inhalt der Berufsungsantwort, wenn und soweit der vorinstanzliche Entscheid (auch) darin beanstandet wird (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). Die Berufungsinstanz hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der Berufungsschrift (oder in der Berufsungsantwort) in rechtsgenügender Weise erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 S. 417 m.w.Hinw.; BGer 5A_111/2016 vom 6. September 2016, E. 5.3; 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3; 4A_290/2014 vom 1. September 2014, E. 3.1 und E. 5). Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) im Berufsungsverfahren eine Relativierung (BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21 und N 39 ff.; Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 57 N 22). In diesem Rahmen ist auf die Parteivorbringen einzugehen, soweit sie für die Entscheidungsfindung relevant sind (BGE 134 I 83 E. 4.1 S. 88 m.w.Hinw.).

3.3. Neue Tatsachen (Behauptungen und Bestreitungen) 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). Dabei hat, wer sich auf (unechte) Noven beruft, deren Zulässigkeit darzutun und ihre Voraussetzungen notwendigfalls 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.).

3.4. Das vorliegende (ordentliche) Verfahren hat eine arbeitsrechtliche Angelegenheit zum Gegenstand, deren Streitwert Fr. 30'000.-- übersteigt (vgl. Urk. 40 S. 24 E. 6.2). Es unterliegt somit der Verhandlungsmaxime (vgl. Art. 55 und Art. 247 Abs. 2 ZPO) und ist nicht kostenlos (Art. 114 lit. c ZPO e contrario).

4. Materielle Beurteilung

4.1. Vertragsrechtliche Ausgangslage

4.1.1. Auf das Arbeitsverhältnis zwischen der Beklagten und dem von ihr als Pilot angestellten Kläger finden die Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrags zwischen der Beklagten und C._____, gültig ab 1. November 2011 (GAV 2011; Urk. 4/23), Anwendung; subsidiär gelten die Vorschriften des OR (vgl. Urk. 4/5 und Art. 2.1 GAV). Darin sind sich die Parteien einig (vgl. Urk. 39 S. 14 Ziff. 5.1; Urk. 47 S. 15 Rz 57). Strittig ist hingegen, ob die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung gemäss den einschlägigen Vorschriften zulässig war.

4.1.2. Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses ist in Art. 12 GAV geregelt. Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrags über die Beendigung des Einzelarbeitsvertrags stellen normative Bestimmungen im Sinne von Art. 356 Abs. 1 OR dar, welche für die beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer unmittelbar sowie (mangels abweichender Regelung im GAV) unabdingbar und unverzichtbar gelten (Art. 357 Abs. 1 OR; Portmann/Stöckli, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. Aufl., 2013, Rz 1115, Rz 1118 f. und Rz 1137). Ihre Auslegung richtet sich nicht nach den Regeln der Vertragsauslegung, sondern nach den Grundsätzen über die Aus-

legung von Gesetzen (BGE 127 III 318 E. 2.a S. 322; 133 III 213 E. 4.2 S. 214 f.; BGer 4A_670/2010 vom 4. April 2011, E. 3.1; CHK-Emmel, OR 356 N 2; Portmann/Stöckli, a.a.O., Rz 1117 und Rz 1138 f.). Sie ist Rechtsfrage.

4.1.3. Art. 12.2 GAV sieht für die ordentliche Kündigung durch die Beklagte einen im Vergleich zur gesetzlichen Regelung (Art. 335 ff. OR) verstärkten Kündigungsschutz vor. Danach darf ein Arbeitsverhältnis wegen Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflichten grundsätzlich nur unter Einhaltung eines Drei-Stufen-Verfahrens aufgelöst werden. Dieses verlangt zunächst eine begründete schriftliche Verwarnung (1. Stufe) und danach eine begründete schriftliche Verwarnung mit Kündigungsandrohung (2. Stufe). Erst in dritter Stufe ist die Kündigung unter Einhaltung der Kündigungsfrist erlaubt (Art. 12.2.1 GAV). Ausgenommen von diesem Drei-Stufen-Verfahren ist neben der fristlosen Kündigung nach Art. 337 OR (vgl. Art. 12.1 und Art. 12.3 GAV) insbesondere die Kündigung infolge schwerwiegender Pflichtverletzung (Art. 12.2.3.4 GAV; die übrigen in Art. 12.2.3 GAV aufgeführten Ausnahmen interessieren im vorliegenden Zusammenhang nicht weiter). Beim Vorliegen einer schwerwiegenden Pflichtverletzung kann die Beklagte das Arbeitsverhältnis ohne Aussprechung einer Verwarnung und einer Verwarnung mit Kündigungsandrohung unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist auf das Ende eines Monats ohne weiteres auflösen (Art. 12.3 GAV).

Die Vorinstanz fällt ihre Entscheid in Anwendung dieser GAV-Bestimmungen (Urk. 40 S. 16 ff. E. 3.8). Nachdem im Berufungsverfahren (wie schon vor Vorinstanz; vgl. Urk. 40 S. 16 E. 3.8.1) keine der Parteien die Zulässigkeit bzw. Rechtsverbindlichkeit der gesamtarbeitsvertraglichen Kündigungsvorschriften infrage stellt und diese Vorschriften nicht offensichtlich unzulässig sind (vgl. dazu BGer 4A_248/2010 vom 12. Juli 2010, E. 5; Portmann/Stöckli, a.a.O., Rz 1137), braucht darauf nicht näher eingegangen zu werden und ist im Folgenden von der Verbindlichkeit von Art. 12 GAV auszugehen (vgl. vorne, E. 3.2).

4.1.4. Ebenfalls im Sinne einer normativen Bestimmung (Inhaltsnorm) regelt Art. 2.5 des Anhangs 5 betreffend Verhinderung an der Arbeitsleistung/Versicherungsleistungen, auf den in Art. 36 GAV verwiesen wird, die Pflichten des Arbeitnehmers bei Arbeitsverhinderung. Danach sind Unfälle, Erkrankungen und

Schwangerschaftsbeschwerden, die eine Arbeitsunfähigkeit verursachen, der Beklagten sofort zu melden (Abs. 1). Dauert die Abwesenheit mehr als 7 Arbeitstage, hat der Arbeitnehmer ein ärztliches Zeugnis beizubringen, wobei es im Ermessen der Beklagten liegt, schon früher ein Arztzeugnis zu verlangen (Abs. 2).

4.2. Parteistandpunkte

4.2.1. Die Beklagte stützte die Kündigung auf die (Ausnahme-)Bestimmung von Art. 12.3 GAV. Ihrer Meinung nach blieb der Kläger Mitte Juli 2014 (Reise nach D._____) sowie schon früher sechs weitere Male der Arbeit fern, ohne tatsächlich krank gewesen zu sein. Er habe die Krankheit nur vorgetäuscht und auch später noch an seiner Version festgehalten und mehrmals wahrheitswidrig erklärt, die Krankheit zuhause auskuriert zu haben. Darin liege eine schwerwiegende Pflichtverletzung im Sinne von Art. 12.3 GAV, welche die Beklagte zur sofortigen ordentlichen Kündigung berechtigt habe. Daran hält die Beklagte im Berufungsverfahren fest.

4.2.2. Der Kläger macht demgegenüber im Wesentlichen geltend, tatsächlich krank gewesen zu sein. Indem ihm die Beklagte dennoch und ohne vorgängige Verwarnung gekündigt habe, habe sie gegen das gesamtarbeitsvertraglich vorgeschriebene Drei-Stufen-Verfahren verstossen. Er habe jedenfalls keine schwerwiegende Pflichtverletzung begangen, weshalb die sofortige Aussprechung der ordentlichen Kündigung unzulässig gewesen sei. Eventualiter hält der Kläger die Kündigung für missbräuchlich, zumal es sich bei der Reise nach D._____ um ein einmaliges und unter den gegebenen Umständen nachvollziehbares Fehlverhalten gehandelt habe. Diese Auffassung liegt auch seiner Berufung zugrunde.

4.3. Entscheid der Vorinstanz

Die Vorinstanz sah die Beweislast für die schwerwiegende Pflichtverletzung (bzw. für die eine solche begründenden Tatsachen) bei der Beklagten. Unter den gegebenen Umständen habe allerdings der Kläger, der seine Arbeitsleistung wegen behaupteter Erkrankung nicht erbracht habe, seine Arbeitsunfähigkeit nach-

zuweisen (Urk. 40 S. 4 ff. E. 3.2). Diesen Beweis hielt die Vorinstanz mit Bezug auf die behauptete Krankheit des Klägers und seiner Ehefrau vom 9. bzw. 10. bis 15. Juli 2014 für misslungen; gegenteils sei der Nachweis erbracht, dass der Kläger und seine Ehefrau während dieser Zeit nicht krank gewesen seien (Urk. 40 S. 7 ff. E. 3.4). Hinsichtlich der Abwesenheit vom 28./29. Juni 2014, für die ein Arztzeugnis im Recht liegt (Urk. 15/3), liess die Vorinstanz mangels Entscheidungsrelevanz offen, ob der Kläger tatsächlich krank gewesen sei oder nicht (Urk. 40 S. 14 E. 3.5). Bei den übrigen fünf Absenzen (4./5. November 2013, 31. Mai bis 2. Juni 2013, 30. August bis 3. September 2013, 22./23. September 2013 und 7. bis 9. Mai 2014) ging sie angesichts des von der Beklagten zu vertretenden Beweisnotstands des Klägers von dessen Arbeitsunfähigkeit aus (Urk. 40 S. 14 ff. E. 3.6-3.7).

In rechtlicher Hinsicht qualifizierte die Vorinstanz das Verhalten des Klägers (Reise nach D._____ während der vorgeschobenen Krankheit sowie mehrmaliges Lügen und Verschweigen des wahren Sachverhalts) als "schwerwiegende Pflichtverletzung" im Sinne von Art. 12.2.3.4 bzw. Art. 12.3 GAV. Entsprechend hielt sie die Kündigung für rechtmässig und wies die Rechtsbegehren 1 und 2 ab (Urk. 40 S. 16 ff. E. 3.8). Die Kündigung sei – so die Vorinstanz weiter – auch nicht missbräuchlich im Sinne von Art. 336 OR bzw. der von der Rechtsprechung anerkannten Generalklausel; das Rechtsbegehren Ziffer 3 sei deshalb ebenfalls abzuweisen (Urk. 40 S. 20 ff. E. 4). Abgewiesen wurde schliesslich auch das (Eventual-) Begehren um Abrechnung und Auszahlung der verbleibenden Ferientage (Rechtsbegehren Ziffer 4), da es dem Kläger ohne weiteres möglich und zumutbar gewesen sei, sein minimales Ferienguthaben während der Freistellungszeit zu beziehen (Urk. 40 S. 23 f. E. 5).

4.4. Geltend gemachte Mängel (Berufungsgründe)

Der Kläger wirft der Vorinstanz vor, das Recht unrichtig angewendet und den Sachverhalt unrichtig festgestellt zu haben (Urk. 39 S. 3 Ziff. 2). Konkret macht er eine Verletzung der Beweisregeln von Art. 8 ZGB (Urk. 39 S. 3 ff. Ziff. 3) und eine unrichtige Beweiswürdigung (Urk. 39 S. 7 ff. Ziff. 4) geltend. Bei richtiger Anwendung der Beweisregeln und zutreffender Beweiswürdigung stelle sein Ver-

halten keine schwerwiegende Pflichtverletzung im Sinne von Art. 12.2.3.4 bzw. Art. 12.3 GAV dar (Urk. 39 S. 14 ff. Ziff. 5). Weiter hält der Kläger an seiner eventualiter vertretenen Auffassung fest, wonach die Kündigung missbräuchlich und es ihm nicht zuzumuten gewesen sei, die drei verbliebenen Ferientage während der Freistellungszeit zu beziehen (Urk. 39 S. 17 f. Ziff. 6 und 7). Diese Beanstandungen bilden den Prüfungsgegenstand des Berufungsverfahrens (nachstehend, E. 4.5-4.9; s.a. vorne, E. 3.2).

4.5. Beweislast (Art. 8 ZGB)

4.5.1. Zur Beweislast hielt die Vorinstanz fest, dass die Beklagte, die sich auf die Ausnahmegvorschrift von Art. 12.3 GAV berufe, die Beweislast für die schwerwiegende Pflichtverletzung trage. Ob eine solche vorliege, hänge vom Grund der unbestrittenen Absenz des Klägers vom vorgesehenen Flugeinsatz ab. Grundsätzlich obliege es dem Arbeitnehmer, der seine Arbeitsleistung wegen Krankheit nicht erbringe, seine Arbeitsunfähigkeit nachzuweisen. Uneinigkeit herrsche in der Lehre zur Frage, ob dann, wenn der Arbeitsvertrag (oder – wie vorliegend – ein Gesamtarbeitsvertrag) ein Arztzeugnis erst nach einigen Tagen vorschreibe, bezüglich der Arbeitsunfähigkeit während dieser Tage eine Umkehr der Beweislast Platz greife, d.h. ob diesfalls der Arbeitgeber zu beweisen habe, dass der Arbeitnehmer in dieser Karenzzeit nicht arbeitsunfähig gewesen sei. Eine Umkehr der Beweislast sei aber jedenfalls dann auszuschliessen, wenn das Verhalten des Arbeitnehmers ernsthafte und begründete Zweifel an der behaupteten Arbeitsunfähigkeit aufkommen lasse, was im vorliegenden Fall in Anbetracht der befremdlich anmutenden Umstände zutreffe. Ungeachtet der (gesamtarbeitsvertraglichen) Dispensation von der Einreichung eines Arztzeugnisses während einer siebentägigen Karenzfrist obliege es daher dem Kläger, den Nachweis zu erbringen, dass er zur Zeit der Reise nach D. _____ krank gewesen sei (Urk. 40 S. 4 ff. E. 3.2).

4.5.2. Der Kläger macht geltend, die Vorinstanz habe die Beweislast bezüglich der behaupteten Krankheit falsch verteilt. Der GAV halte in Art. 36 und Anhang 5 Ziff. 2.5 fest, dass der Arbeitnehmer erst dann ein ärztliches Zeugnis beizubringen habe, wenn die Abwesenheit *mehr* als 7 Tage dauere. Gemäss herr-

schender Lehre und Rechtsprechung – und entgegen den vorinstanzlichen Ausführungen nicht nur nach "gelegentlich vertretener" Auffassung – überbinde eine derartige Regelung die Beweislast für den Umstand, dass der Arbeitnehmer für die Zeit davor (d.h. während der siebentägigen Karenzfrist) trotz seiner gegenteiligen Behauptung arbeitsfähig gewesen sei, der Arbeitgeberin. Bei Lichte betrachtet stelle aber auch die von Streiff/von Kaenel/Rudolph (Arbeitsvertrag, Praxis-kommentar, 7. Aufl., 2012, Art. 324a/b N 12 S. 419/420) vertretene Minderheitsmeinung keine von der Mehrheitsmeinung abweichende Beweislastregel auf; sie verweise letztlich bloss auf die Möglichkeit des Arbeitgebers, im Zweifelsfall schon früher ein Arztzeugnis zu verlangen. Tue er dies, führe das zum Ausschluss der Beweislastumkehr. Damit stelle sich die Minderheitsmeinung nicht *gegen* die von der herrschenden Lehre und Praxis vertretene Umkehr der Beweislast, sondern sie entwickle diese weiter.

Mit der klaren Regelung in Art. 36 und Anhang 5 Ziff. 2 GAV sei zwischen den Parteien somit gültig zugunsten des Arbeitnehmers eine unter dem Vorbehalt der zulässigen früheren Einforderung eines Arztzeugnisses durch die Arbeitgeberin stehende Umkehr der Beweislast hinsichtlich der behaupteten Krankheit während der ersten sieben Tage vereinbart worden. Diese Beweislastverteilung sei für das Gericht verbindlich. Entgegen der sachverhalts- und rechtswidrigen Folgerung der Vorinstanz könne nicht offenbleiben, ob die GAV-Bestimmung zu einer Umkehr der Beweislast führe. Die Vorinstanz verkenne mit ihrer Vertragsauslegung die Tragweite der Bestimmung als Beweislastvereinbarung. Ihre Interpretation und Schlussfolgerung, wonach eine Beweislastumkehr immer dann auszu-schliessen sei, wenn das Verhalten des Arbeitnehmers ernsthafte und begründete Zweifel an der behaupteten Arbeitsunfähigkeit aufkommen lasse, widerspreche der im GAV getroffenen Parteiabrede und sei willkürlich. Art. 36 und Anhang 5 Ziff. 2.5 GAV führe *immer* zu einer Umkehr der Beweislast, falls die Arbeitgeberin nicht von ihrem Recht Gebrauch mache, schon früher ein Arztzeugnis zu verlangen. Letzteres sei für die Absenz des Klägers ab 9. Juli 2014 aber nachweislich nicht geschehen, obwohl die Beklagte offenkundig von dieser Möglichkeit gewusst habe. Die vorinstanzliche Ansicht, wonach die Umkehr der Beweislast im vorliegenden Fall ausgeschlossen sei und folglich der Kläger seine Krankheit in der Zeit

vom 9. bis 15. Juli 2014 zu beweisen habe, sei gesetz- und sachverhaltswidrig. Richtigerweise habe die Beklagte im Sinne des Regelbeweismasses den vollen Beweis zu erbringen, dass der Kläger (insbesondere) in dieser Zeit nicht krank, sondern arbeitsfähig gewesen sei. Ein entsprechender Anscheinsbeweis der Beklagten genüge nicht und bewirke auch keine (abermalige) Umkehr der Beweislast. Die gegenteilige Ansicht der Vorinstanz verstosse gegen Art. 8 ZGB. Dem Kläger stehe der Gegenbeweis offen. Dazu sei aber nicht der volle Beweis des Gegenteils erforderlich, sondern es genüge, den (Haupt-)Beweis der Beklagten zu erschüttern, d.h. tatsächliche Umstände zu beweisen, welche die ernsthafte Möglichkeit eines vom Erfahrungssatz abweichenden Geschehensablaufs indizierten. Entgegen den Erwägungen im angefochtenen Urteil habe somit die Beklagte die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen (Urk. 39 S. 3 ff. Ziff. 3.1-3.8).

4.5.3. Die Beklagte verneint eine Umkehr der Beweislast. Eine solche lasse sich aus Art. 36 GAV in Verbindung mit Ziff. 2.5 des Anhangs 5 nicht ableiten. Die gegenteilige Ansicht verkenne die Besonderheiten der Tätigkeit von Piloten, die einen grossen Teil ihrer Arbeitszeit im Ausland und mit oftmals erschwertem Zugang zu den medizinischen Diensten verbrächten. Sinn und Zweck der Regelung sei es, zur Erleichterung für die Piloten unnötige Arztbesuche und administrativen Aufwand zu verhindern. Die schweizerische Rechtsprechung sei bei der Annahme einer Beweislastumkehr sehr zurückhaltend und gewähre diese z.B. bei einer Beweisvereitelung durch die Gegenpartei, d.h. einem vorwerfbaren Verhalten der an sich nicht beweisbelasteten Partei. Von einer ähnlichen Situation könne vorliegend nicht ausgegangen werden. Folglich bleibe es dabei, dass der Kläger seine Arbeitsunfähigkeit zu beweisen habe. Sodann führe, sollte entgegen der beklagti-schen Ansicht von einer Umkehr der Beweislast auszugehen sein, allein der Umstand, dass ein (wenn auch nicht beweiskräftiges) Arztzeugnis für die Arbeitsunfähigkeit während der siebentägigen Karenzfrist tatsächlich vorliege (Urk. 4/14), zur "Wiederumkehr" bzw. zum Ausschluss der Beweislastumkehr. Dass nicht die Beklagte, sondern der Kläger die Einholung dieses Zeugnisses veranlasst habe, sei unerheblich. Rechtfertigung für eine (bestrittene) Beweislastumkehr könne nämlich überhaupt nur das Fehlen eines Arztzeugnisses sein; liege ein solches vor, scheide eine Beweislastumkehr aus (Urk. 47 S. 4 ff. Rz 4-23).

4.5.4. Soweit ersichtlich, hat vor Vorinstanz keine Partei behauptet, es habe bezüglich der Frage der Beweislastverteilung bzw. deren Umkehr ein tatsächlicher Konsens bestanden. Die Frage einer allfällig abweichenden Beweislastverteilung ist somit durch Auslegung der fraglichen GAV-Bestimmungen zu beantworten. Die Auslegung von (auch Gesamtarbeits-)Vertragsbestimmungen beschlägt nicht den Sachverhalt, sondern stellt eine Rechtsfrage dar. Wenn der Kläger vorbringt, zwischen den Parteien sei entgegen den Erwägungen der Vorinstanz eine Umkehr der Beweislast vereinbart worden (Urk. 39 S. 5 Ziff. 3.4), bringt er somit keine Tatsachenbehauptung vor, sondern rügt er eine unrichtige Rechtsanwendung (Art. 310 lit. a ZPO). Einwände rechtlicher Art (Vorbringen zum Recht) fallen aber nicht unter die Novenschranke von Art. 317 Abs. 1 ZPO und können jederzeit vorgetragen werden (BGer 5A_471/2012 vom 2. Juli 2013, E. 5.3.1 m.w.Hinw.). Darauf ist folglich einzugehen (insofern unzutreffend Urk. 47 S. 4 Rz 5).

4.5.5. Nach der allgemeinen Regel von Art. 8 ZGB, die als Grundregel der Beweislastverteilung im Privatrecht betrachtet wird, hat diejenige Partei das Vorhandensein einer behaupteten (und bestrittenen) Tatsache zu beweisen, die aus ihr Rechte ableitet. Wer einen Anspruch geltend macht, hat die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen. Demgegenüber liegt die Beweislast für die rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen bei derjenigen Partei, die den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet. Oder anders formuliert: Sind Entstehung oder Untergang eines Rechts an das Nichtvorhandensein einer Tatsache geknüpft, so trägt derjenige, der aus ihrem Nichtvorhandensein die Entstehung oder den Untergang eines Rechtes herleitet, die Beweislast für ihr Nichtvorhandensein (Guldener, Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischem Zivilprozessrecht, 1955, S. 51). Mithin trägt jede Partei die Beweislast für diejenigen Tatsachen, welche die Voraussetzungen jener Rechtsnorm bilden, die sie zu ihren Gunsten anführt (Deschenaux, Der Einleitungstitel, SPR II, S. 252/253 m.w.Hinw.), bzw. die zu ihren Gunsten wirkt (CHK-Göksu, ZGB 8 N 13). Zu beachten ist allerdings, dass es sich um eine Grundregel handelt, die einerseits durch (vorliegend nicht bestehende) abweichende gesetzliche Beweislastvorschriften verdrängt werden kann und

andererseits im Einzelfall zu konkretisieren ist (BGE 128 III 271 E. 2.a.aa S. 273 m.w.Hinw.; 130 III 321 E. 3.1 S. 323; BSK ZGB I-Lardelli, Art. 8 N 38 f.).

4.5.5.1. Im arbeitsrechtlichen Kontext herrscht in Lehre und Rechtsprechung Einigkeit darüber, dass der Arbeitnehmer, der seine Arbeitsleistung wegen Krankheit nicht erbringt, seine Arbeitsunfähigkeit (insbesondere mit einem Arztzeugnis, allenfalls aber auch mit anderen Beweismitteln) nachweisen muss, soweit er daraus Rechte, zumal auf Lohnfortzahlung gemäss Art. 324a OR, ableitet (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 324a/b N 12; CHK-Emmel, OR 324a N 3; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 324a N 24; KUKO OR-Pietruszak, Art. 324a N 15; Tobler/Favre/Munoz/Ehm, Arbeitsrecht, Kommentierte Gesetzesausgabe, 2006, OR 324a N 1.15; BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 324a N 18; ZK OR-Staehelin, Art. 324a N 9 m.w.Hinw.; BGer in JAR 1997, S. 132). Weiter geht die herrschende Lehre in diesem Zusammenhang davon aus, dass dann, wenn – wie vorliegend (vgl. Anhang 5 Ziff. 2.5 Abs. 2 GAV) – individual- oder gesamtarbeitsvertraglich vereinbart wurde, dass der Arbeitnehmer erst nach einer Karenzfrist von einigen Tagen ein Arztzeugnis beizubringen hat, für deren Dauer eine Umkehr der Beweislast stattfindet, d.h. der Arbeitgeber die Beweislast für die Arbeitsfähigkeit des Arbeitnehmers während dieser Tage trägt (vgl. CHK-Emmel, OR 324a N 3; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 324a N 24; ZK OR-Staehelin, Art. 324a N 11; BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 324a N 18 a.E.; Brühwiler, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319-343 OR, 3. Aufl., 2014, Art. 324a N 9a a.E.; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl., 2005, Art. 324a N 3; Tobler/Favre/Munoz/Ehm, a.a.O., OR 324a N 1.19; BJM 2009 S. 115; a.M. immerhin KUKO OR-Pietruszak, Art. 324a N 16). Eine solche Vereinbarung stellt einen Beweislastvertrag zulasten des Arbeitgebers dar, der vom überwiegenden Teil der Lehre als zulässig erachtet wird (vgl. BK ZGB-Walter, Art. 8 N 649 ff., insbes. N 654 und N 658; s.a. BSK ZGB I-Lardelli, Art. 8 N 91).

4.5.5.2. Diese Grundsätze der Beweislastverteilung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber für das Vorliegen einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit können jedoch nicht unesehen auf den vorliegenden Fall übertragen werden.

Denn sie stehen, wie bereits erwähnt, im Zusammenhang mit dem Anspruch des Arbeitnehmers auf Lohnfortzahlung bei unverschuldeter Arbeitsunfähigkeit (Art. 324a OR), in einem Kontext also, in welchem der Arbeitnehmer Rechte aus der von der Gegenpartei bestrittenen Tatsache seiner Arbeitsunfähigkeit (bzw. seiner Krankheit) ableitet. Dasselbe gilt auch für die Bestimmung von Art. 36 in Verbindung mit Anhang 5 Ziff. 2.5 GAV, über deren Rechtsnatur (als vertragliche Beweislastumkehr/Beweislastvertrag), Rechtswirksamkeit und Rechtsfolgen sich die Parteien uneinig sind. Sie steht im Abschnitt "VI Lohn und Versicherungen" des GAV und trägt die Überschrift "Verhinderung an der Arbeitsleistung / Versicherungsleistungen". Sie regelt somit (nur) die Nachweispflichten im Hinblick auf den Anspruch des Arbeitnehmers auf Lohnfortzahlung (oder Versicherungsleistungen) bei krankheitsbedingter Absenz. Das geht im Übrigen auch aus Ziff. 1 des Anhangs 5 zum GAV ("Grundsatz") hervor, welcher die "Lohnfortzahlung gemäss den nachfolgenden Bestimmungen" zum Gegenstand hat.

Im vorliegenden Fall liegen die Dinge jedoch anders: Hier leitet der Arbeitgeber ein Recht, nämlich das Kündigungsrecht gemäss Art. 12.3 GAV, aus dem zwischen den Parteien strittigen Sachumstand (Gesundheitszustand/Arbeitsfähigkeit) ab. Nach der allgemeinen Regel (Art. 8 ZGB) obliegt es also ihm, die tatsächlichen Voraussetzungen für das Kündigungsrecht zu beweisen, falls diese bestritten werden. Da die fehlende Arbeitsleistung von vornherein nur dann eine zur Kündigung berechtigende Pflichtverletzung darstellen kann, wenn der Arbeitnehmer in gesundheitlicher Hinsicht zur Verrichtung seiner Arbeit fähig war, d.h. der geltend gemachte Rechtfertigungsgrund für seine Absenz nicht vorlag, ist dieser Umstand vom Arbeitgeber zu beweisen. In gleicher Weise entschied die Kammer in einem neulich ergangenen Urteil, in dem es um die Voraussetzungen einer fristlosen Kündigung ging (*OGer ZH LA160018 vom 15.11.2016, E. 4.3*). Daran ändert auch die Bestimmung von Art. 36 in Verbindung mit Anhang 5 Ziff. 2.5 GAV nichts. Sie ist für die vorliegende Fragestellung nicht einschlägig, da sie (wie eben dargelegt) einen anderen Regelungsgegenstand hat. Es kann deshalb offenbleiben, ob und gegebenenfalls unter welchen Vorbehalten Art. 36 in Verbindung mit Anhang 5 Ziff. 2.5 GAV zu einer Umkehr der Beweislast bezüglich der behaupteten Krankheit des Arbeitnehmers führt. Die diesbezüglichen Erwägun-

gen der Vorinstanz und rechtlichen Vorbringen der Parteien gehen mithin am Kern der Sache vorbei. Eine anderweitige, von der allgemeinen gesetzlichen Regel abweichende (individual- oder gesamtarbeitsvertragliche) Vereinbarung über die Beweislastverteilung ist aber nicht ersichtlich und wurde auch nicht geltend gemacht. Folglich hat die Beklagte, die sich auf ihr Kündigungsrecht gemäss Art. 12.3 GAV beruft, zu beweisen, dass der Kläger zur Zeit der fraglichen Absenz nicht an einer Magen-Darm-Grippe erkrankt war, die ihn an der Erbringung seiner Arbeitsleistung hinderte, und dem Kläger steht der allgemeine Gegenbeweis offen.

4.5.5.3. An dieser Beweislastverteilung ändert auch der Umstand nichts, dass es sich hierbei um eine negative Tatsache handelt. Der Grundsatz von Art. 8 ZGB findet nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch Anwendung, wenn es um den Beweis negativer rechtserheblicher Tatsachen geht (BGE 119 II 305; 133 V 205 E. 5.5 S. 216 f.; BGer 2C_988/2014 vom 1. September 2015, E. 3.1). Eine allgemeine Regel, wonach nur positive Tatsachen, nicht aber Negative beweisbar und zu beweisen sind ("negativa non sunt probanda"), gibt es nicht (BK ZGB-Walter, Art. 8 N 323). Negative Tatsachen können zwar nicht unmittelbar bewiesen werden. Indessen ist es oft möglich, aus positiven Sachumständen mittelbar auf sie zu schliessen (BK ZGB-Walter, Art. 8 N 327 und N 336). Den bei negativen Tatsachen bestehenden Beweisschwierigkeiten ist nicht mit einer Umkehr der Beweislast zu begegnen, sondern allenfalls mit gewissen Beweiserleichterungen. Zudem obliegt dem Beweisgegner gemäss Treu und Glauben eine beweisrechtliche Mitwirkung. Als Indiz für die Richtigkeit der Darstellung der beweisbelasteten Partei kann insbesondere gewertet werden, wenn dem Beweisgegner der Beweis der von ihm behaupteten, das Negativum ausschliessenden positiven Sachumstände misslingt (vgl. zum Ganzen BGer 4A_364/2013 vom 5. März 2014, E. 6.6.4; ferner auch BSK ZGB I-Lardelli, Art. 8 N 72; BGer 2C_988/2014 vom 1. September 2015, E. 3.2).

4.5.5.4. Indem die Vorinstanz den (Haupt-)Beweis für die vom Kläger behauptete und von der Beklagten bestrittene Magen-Darm-Grippe dem Kläger auflegte (vgl. Urk. 23 S. 3 Disp.-Ziff. 1.c und Urk. 40 S. 5 f. E. 3.2), hat sie somit die

Beweislast hinsichtlich der geltend gemachten Krankheit falsch verteilt und das Recht (Art. 8 ZGB) unrichtig angewendet (Art. 310 lit. a ZPO). Insofern ist die Berufung begründet. Das bedeutet entgegen der Ansicht des Klägers (Urk. 39 S. 7 Ziff. 4) aber nicht, dass der vorinstanzliche Entscheid im Ergebnis falsch und deshalb aufzuheben wäre.

4.5.6. Die Verteilung der Beweislast bestimmt, welche Partei die Folgen der Beweislosigkeit der beweisbedürftigen Tatsache zu tragen hat. Sie ist nur dann von Bedeutung, wenn die fragliche Tatsache beweislos bleibt, d.h. wenn das Beweisverfahren beim Gericht nicht zur Überzeugung (im Sinne des massgeblichen Beweismasses) führt, dass sie sich verwirklicht hat. Gelangt das Gericht dagegen in Würdigung der Beweise zum Schluss, eine Tatsachenbehauptung sei bewiesen oder widerlegt, ist die Beweislastverteilung gegenstandslos (BGE 141 III 241 E. 3.2 S. 243 m.w.Hinw.). Das trifft vorliegend zu, da die beweisbedürftige Tatsache (Fehlen einer Magen-Darm-Erkrankung) bei zutreffender Beweiswürdigung nicht beweislos blieb, sondern als bewiesen zu betrachten ist (vgl. nachstehend, E. 4.6). Die unrichtige Beweislastverteilung hat sich deshalb nicht zum Nachteil des Klägers ausgewirkt.

4.5.7. Zwar ist der auf einer unzutreffenden Verteilung der Beweislast beruhende Beweissatz der Vorinstanz zur Erkrankung des Klägers ab 9. Juli 2014 (Urk. 23 S. 3 Disp.-Ziff. 1.c) falsch formuliert. Dieser Mangel ist unter den vorliegenden Umständen jedoch ohne erkennbaren Einfluss auf das Beweisverfahren und dessen Ergebnis geblieben. Ungeachtet der unzutreffenden Beweislastverteilung war Beweisthema für beide Parteien nämlich die Frage, ob der Kläger zur Zeit seiner D.____-Reise an einer Magen-Darm-Grippe gelitten habe. Dazu hatten beide Parteien bis zum Aktenschluss ihre Beweismittel (umfassend) zu bezeichnen und, soweit es um verfügbare Urkunden geht, ins Recht zu reichen (vgl. Art. 221 Abs. 1 lit. e und Abs. 2 lit. c sowie Art. 222 Abs. 2 ZPO). Das haben sie denn auch getan, und zwar unabhängig davon, ob dies letztlich zur Erbringung resp. im Dienst des Haupt- oder aber des Gegenbeweises für die behauptete (Nicht-)Erkrankung geschah. Die falsche Beweislastverteilung und die darauf beruhende falsche Formulierung des Beweissatzes durch die Vorinstanz hat sich

somit weder auf die Beweisofferten noch auf die Beweisabnahme und -würdigung ausgewirkt. Gegenteiliges ist jedenfalls nicht ersichtlich und wird in der Berufung auch nicht dargetan. So oder anders sind die zur behaupteten (Nicht-)Erkrankung des Klägers abgenommenen Beweise im Sinne von Art. 157 ZPO zu würdigen, d.h. deren Überzeugungskraft zu beurteilen. Es kann deshalb darauf verzichtet werden, die Sache zur Behebung des Mangels, d.h. zur Neufassung des entsprechenden Beweissatzes mit zutreffender Beweislastzuteilung (vgl. Art. 154 Satz 2 und 3 ZPO) und zur darauf gestützten Fortsetzung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen. Eine Rückweisung käme unter den gegebenen Umständen einem formalistischen Leerlauf gleich und widerspräche auch der Prozessökonomie (s.a. Art. 124 Abs. 1 ZPO).

4.6. Beweiswürdigung (Art. 157 ZPO)

4.6.1. Mit Bezug auf den zentralen Punkt des strittigen Sachverhalts, die behauptete Krankheit des Klägers und seiner Ehefrau vom 9. bzw. 10. bis 15. Juli 2014, kam die Vorinstanz in Würdigung der erhobenen Beweise (verschiedene Urkunden und Bestätigungen, Arztzeugnis, Zeugen, Parteibefragungen) zum Schluss, dass erhebliche, gewichtige und nicht widerlegbare Zweifel an der behaupteten Krankheit des Klägers und seiner Ehefrau bestünden. Das unmittelbar vor Prozessbeginn bzw. neun Monate nach Konsultation und zu Prozesszwecken eingeholte Arztzeugnis (Urk. 4/14) vermöge die behauptete Magen-Darm-Grippe nicht zu beweisen, weil es nicht belege, dass die Ärztin in D._____ eine eigene Untersuchung durchgeführt und eine eigenständige Diagnose gestellt habe. Die Zeugenaussage des Schwiegervaters des Klägers sei reichlich vage. Ihr komme angesichts der präjudizierenden Wirkung der vom Schwiegervater bereits früher unterzeichneten, vom Kläger verfassten Bestätigung (Urk. 19/37) sowie der Nähe des Zeugen zur Ehefrau des Klägers wenig Beweiskraft zu. Letzteres gelte auch für die Parteibefragungen des Klägers und seiner Ehefrau. Die weiteren vom Kläger anbotenen Zeugen hätten nichts zu dessen Gunsten auszusagen vermocht. Wichtig sei jedoch das eigentliche Zugeständnis des Klägers in seiner E-Mail an die Beklagte vom 28. Juli 2014 (Urk. 4/20), worin ebenfalls nirgends behauptet werde, es habe tatsächlich eine Krankheit vorgelegen; vielmehr sei darin explizit

von der "Geschichte mit der Krankheit" die Rede. Die Reue und das Schuldeingeständnis des Klägers nach der Aufdeckung des Schwindels sei damit belegt. Beweismässig relevante Bedeutung komme schliesslich auch den Zeugenaussagen von F._____ und G._____ zu. Beide hätten bestätigt, dass anlässlich des Gesprächs mit dem Kläger die Krankheit nicht mehr ausdrücklich zur Sprache gekommen sei, der Kläger, obschon er falscher Angaben überführt worden sei, namentlich nie geltend gemacht habe, dennoch krank gewesen zu sein. Die Aussagen dieser Zeugen stünden in Übereinstimmung mit der bereits erwähnten E-Mail des Klägers, worin von der Krankheit ebenfalls nicht die Rede sei. Letztlich erscheine es auch lebensfremd, bei einer schweren Magen-Darm-Grippe eine 24-stündige Flugreise nach Südamerika anzutreten, um dort an einer Familienfeierlichkeit bzw. an der Taufe des Neffen der Ehefrau teilzunehmen. Dem Kläger sei der Beweis seiner Arbeitsunfähigkeit somit nicht gelungen; vielmehr sei mit den von der Beklagten offerierten Beweismitteln der Nachweis erbracht, dass der Kläger und seine Ehefrau während der fraglichen Zeit nicht krank gewesen seien (Urk. 40 S. 7 ff. E. 3.4).

4.6.2. Der der Beklagten obliegende Nachweis, dass der Kläger zur Zeit seiner D._____ -Reise nicht an einer Magen-Darm-Grippe gelitten habe, untersteht grundsätzlich dem Regelbeweismass des strikten Beweises (vgl. Leu, DIKE-Komm-ZPO, Art. 157 N 83 f.). Danach gilt ein Beweis ("Vollbeweis") als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Erforderlich ist die volle Überzeugung, dass sich die zum Beweis verstellte Tatsache verwirklicht hat. Absolute Gewissheit kann dabei allerdings nicht verlangt werden. Es genügt, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen (BGE 130 III 321 E. 3.2 S. 324; 132 III 715 E. 3.1 S. 719 f.; einlässlich zum Ganzen auch Leu, DIKE-Komm-ZPO, Art. 157 N 45 ff., insbes. N 52 ff., und BSK ZPO-Guyan, Art. 157 N 7 ff. [wonach als Orientierungsgrösse eine numerische Wahrscheinlichkeit von 90% herangezogen werden könne]; BK ZGB-Walter, Art. 8 N 134 ff.; BK ZPO II-Brönnimann, Art. 157 N 28 und N 40 ff.). Immerhin führt der Umstand, dass eine negative Tatsache zum Beweis ansteht, zu einer gewissen Beweiserleichterung.

4.6.3. Der Kläger bemängelt die vorinstanzliche Beweiswürdigung und hält die daraus gezogenen Schlüsse für falsch (Urk. 39 S. 7 ff. Ziff. 4).

4.6.3.1. Konkret moniert der Kläger vorweg, die Beklagte habe als Beweismittel für das angebliche Vorschieben der Krankheit bzw. seine Arbeitsfähigkeit vom 9. bis 15. Juli 2014 einzig seine Stellungnahme vom 23. Juli 2014 (Urk. 4/18) offeriert. Diese stelle in Bezug auf die Krankheit zwar lediglich eine Parteibehauptung dar, sei entgegen der aktenwidrigen vorinstanzlichen Auffassung aber dennoch von Relevanz (dazu hinten, E. 4.6.3.3.5). Die Feststellung der Vorinstanz, wonach "mit den von der Beklagten offerierten Beweismitteln der Nachweis erbracht [sei], dass der ... [Kläger] und seine Ehefrau während der fraglichen Zeit nicht krank waren", sei deshalb offensichtlich falsch und aktenwidrig (Urk. 39 S. 7 f. Ziff. 4.1 m.Hinw. auf Urk. 40 S. 9 und S. 14 oben).

Dazu ist festzuhalten, dass sich eine Partei zum Beweis einer von ihr zu beweisenden Tatsache auch auf Beweismittel berufen kann, die bereits von der Gegenpartei eingereicht oder offeriert wurden. Das betreffende Beweismittel gilt diesfalls als von beiden Parteien anboten. Der Nachweis einer beweisbedürftigen Tatsache kann sodann nicht nur mit Beweismitteln erbracht werden bzw. muss sich keineswegs ausschliesslich auf Beweismittel stützen, welche die beweisbelastete Partei offeriert hat. Vielmehr können und müssen sämtliche zulässigerweise erhobenen Beweise und mithin auch solche, die von der Gegenpartei anboten wurden, in die Beweiswürdigung miteinbezogen (und allenfalls auch zu Ungunsten der offerierenden Partei gewürdigt) werden. In diesem Sinne wirkt ein abgenommener Beweis unabhängig davon, welche Partei ihn anboten hat, für und gegen beide Parteien. Mit seiner Abnahme wird er zum frei und objektiv zu würdigenden Beweismittel für die beweisbedürftige Tatsache (vgl. Art. 157 ZPO; BK ZPO II-Brönnimann, Art. 157 N 5; ZK ZPO-Hasenböhler, Art. 157 N 16, je m.w.Hinw.). Es ist deshalb ohne Belang, ob die zusammenfassende Feststellung der Vorinstanz, der Nachweis fehlender Erkrankung sei mit den von der Beklagten offerierten Beweismitteln erbracht worden, zutrifft oder nicht. Entscheidend ist allein, dass die Vorinstanz die behauptete Erkrankung in Würdigung sämtlicher dazu erhobener Beweise (beider Parteien) verneinte. Dass gewisse (und gegebene-

nenfalls welche) von ihr zur beweisbedürftigen (Nicht-)Erkrankung des Klägers mitberücksichtigte Beweismittel nicht form- oder fristgerecht anboten worden seien und deshalb nicht hätten abgenommen und verwertet werden dürfen, wird in der Berufung nicht geltend gemacht. Ausserdem hat die Beklagte zum Beweis ihrer Behauptungen zum Gesundheitszustand des Klägers zur Zeit der D._____ - Reise in ihrer Klageantwort keineswegs nur dessen Stellungnahme vom 23. Juli 2014 offeriert. Sie berief sich daneben mehrfach auf Urkunden, die bereits vom Kläger ins Recht gereicht worden waren, insbesondere auch auf dessen beweis- mässig gewichtige "Erneute Stellungnahme" vom 28. Juli 2014 (Urk. 4/20), in welcher der Kläger sein Vorgehen bereut (vgl. Urk. 14 S. 22). Die Rüge geht somit fehl.

4.6.3.2. Die Vorinstanz erwog, dass der Kläger und seine Ehefrau trotz der behaupteten schweren Erkrankung eine 24-stündige Reise nach D._____ un- nommen hätten, wobei sich nach eigener Darstellung beide am Tag nach den Familienfeierlichkeiten erholt hätten, und dass beide sowohl gegenüber der Ar- beitgeberin als auch gegenüber dem Vertrauensarzt diese Reise wiederholt ver- schwiegen und behauptet hätten, die Krankheit zuhause auskuriert zu haben. Un- ter diesen befremdlich anmutenden Umständen liege offensichtlich ein Anscheins- beweis vor, dass sie nicht krank gewesen seien, zumal es lebensfremd erscheine, bei einer schweren Magen-Darm-Grippe eine 24-stündige Flugreise nach Süd- amerika anzutreten, um dort an der Taufe des Neffen der Ehefrau teilzunehmen (Urk. 40 S. 5/6 E. 3.2 und S. 13 E. 3.4.21 a.E.). Der Kläger hält diesen Schluss (betreffend Anscheinsbeweis) für willkürlich, lebensfremd und offensichtlich unzu- lässig, habe er doch "zahlreiche Gründe genannt und Beweise offeriert", weshalb er die Reise unternommen habe. Diese seien von der Vorinstanz jedoch nicht in zutreffender Weise entgegengenommen und gewürdigt worden (Urk. 39 S. 8 Ziff. 4.2). Der Kläger unterlässt es aber, genügend präzis darzulegen, wo (Akten- stellen) im erstinstanzlichen Verfahren er welche Gründe genannt und welche Beweismittel bezeichnet habe, die von der Vorinstanz im vorliegenden Zusam- menhang nicht bzw. falsch gewürdigt wurden. Insoweit genügt seine Kritik den formellen Anforderungen an eine Berufungsbegründung nicht. Darauf ist deshalb nicht weiter einzugehen (vgl. Art. 311 Abs. 1 ZPO und vorne, E. 3.2). Im Übrigen

bejahte die Vorinstanz den beanstandeten Anscheinsbeweis lediglich zur Begründung der von ihr vorgenommenen Beweislastverteilung. Nachdem sich Letztere aber als falsch erwiesen (vgl. vorne, E. 4.5) und bei zutreffender Verteilung der Beweislast die Beklagte zu beweisen hat, dass der Kläger nicht krank war, kommt dem angefochtenen "prima facie"-Schluss (Anscheinsbeweis) ohnehin keine Bedeutung zu. Massgeblich (und im Folgenden zu prüfen) ist vielmehr allein, ob das Beweisverfahren den (vollen) Beweis des Fehlens einer Erkrankung erbracht habe. Damit ist dem Einwand das Fundament entzogen.

4.6.3.3. Weiter begründet der Kläger im Einzelnen, weshalb die Beweismässigkeit durch die Vorinstanz "offensichtlich unrichtig" sei und entgegen deren Ansicht beweismässig nicht erstellt sei, dass er in der fraglichen Zeit nicht krank gewesen sei. Seine Einwände vermögen im Ergebnis jedoch nichts daran zu ändern, dass die Vorinstanz in freier Würdigung der abgenommenen Beweise zu Recht angenommen hat, es bestünden nicht nur erhebliche Zweifel an der klägerischen Sachdarstellung, sondern es sei der Nachweis erbracht, dass der Kläger in der Zeit vom 9. bis 15. Juli 2014 nicht an einer Magen-Darm-Grippe gelitten habe (vgl. Urk. 40 S. 12 E. 3.4.21 und S. 14 E. 3.4.22):

4.6.3.3.1. Selbst wenn, wie der Kläger geltend macht (Urk. 39 S. 8 Ziff. 4.3), der eine frühere Erkrankung betreffenden Bestätigung seines verstorbenen Vaters (Urk. 4/12) die Bedeutung eines Indizes für einen (darin vom Hören-Sagen erwähnten) Rückfall in der hier relevanten Zeit beizumessen sein sollte, kommt ihr aus den von der Vorinstanz angeführten Gründen (Urk. 40 S. 8 E. 3.4.1) bestenfalls marginale, jedenfalls aber keine für die Gesamtwürdigung relevante Beweiskraft zu. Die augenscheinliche Ähnlichkeit dieser Bestätigung mit derjenigen des Schwiegervaters des Klägers bezüglich Sprache, Inhalt und Aufmachung (Urk. 19/37), welche vom Kläger oder seiner Ehefrau vorformuliert und vom Schwiegervater bloss unterzeichnet wurde (Prot. I S. 45), lässt die Annahme keineswegs als aktenwidrig erscheinen, auch die Bestätigung des Vaters des Klägers (Urk. 4/12) sei vom Kläger oder dessen Ehefrau verfasst und dem Vater bloss zur Unterschrift vorgelegt worden; diese Annahme drängt sich gegenteils geradezu auf. In der Berufung wird im Übrigen auch keine Aktenstelle bezeichnet,

zu der diese Annahme im Widerspruch stünde (vgl. Art. 311 Abs. 1 ZPO und vorne, E. 3.2). In diesem Sinne kommt der fraglichen Bestätigung in der Tat keine (entscheiderhebliche) Bedeutung zu. Dass der Vater des Klägers in der Zwischenzeit verstorben ist und deshalb nicht mehr als Zeuge befragt werden kann, ändert daran nichts, kann die Beweiskraft einer Urkunde (als solcher) doch nicht davon abhängen, ob deren Inhalt vom Aussteller später noch kommentiert werden kann oder nicht.

4.6.3.3.2. Zu Recht mass die Vorinstanz auch der E-Mail des Klägers vom 2. Juli 2014 (Urk. 4/13) keine Beweiskraft für dessen Gesundheitszustand vom 9. bis 15. Juli 2014 zu (Urk. 40 S. 8 E. 3.4.2). In dieser sieben Tage vor der fraglichen Absenz verfassten Nachricht äussert sich der Kläger zwar zu einer Magen-Darm-Erkrankung, an der er vom 29. Juni bis 2. Juli 2014 gelitten habe. Darin ein (beweismässig beachtliches) Indiz für einen eine Woche später erlittenen Rückfall zu erblicken (so Urk. 39 S. 8 Ziff. 4.4), geht jedoch nicht an. Das wäre keine objektive Würdigung der beigebrachten Beweise, sondern reine Spekulation, zumal ein Rückfall bei überwundener Magen-Darm-Grippe notorischerweise eher selten vorkommt.

4.6.3.3.3. Nicht zu beanstanden ist ferner, dass die Vorinstanz die vom Kläger beigebrachte, offenbar erst Ende April 2015 auf seine Veranlassung hin erstellte (vgl. Urk. 2 S. 12; Prot. I S. 25) Bestätigung der Dermatologin in D.____ (Urk. 4/14) – losgelöst von dessen Schilderung, wie es zur Konsultation der Ärztin kam – als blosses Indiz (und nicht als vollen Beweis) für die geltend gemachte Krankheit gewertet hat (Urk. 40 S. 8 E. 3.4.3). Was der Kläger dagegen vorbringt (Urk. 39 S. 9 Ziff. 4.5), ist nicht stichhaltig. Zwar mag es sich nicht um ein Arztzeugnis im eigentlichen Sinne handeln, sondern um eine Bestätigung der Ärztin, dass der Kläger und seine Ehefrau die Ärztin am 12. Juli 2014 aufgesucht und zu diesem Zeitpunkt an Magenbeschwerden und Durchfall gelitten hätten. (Dass besagte Beschwerden bereits seit dem 9. Juli 2014 bestanden hätten, wird darin im Übrigen nicht bestätigt.) Das ändert jedoch nichts daran, dass dieser Bestätigung nicht die Qualität und deshalb auch nicht die Beweiskraft einer *vom Gericht eingeholten* schriftlichen Auskunft im Sinne von Art. 190 ZPO zukommt. Abgesehen

davon, dass sie erst mehr als neun Monate nach der Konsultation ausgestellt wurde, bleibt insbesondere intransparent, wie sie entstand, d.h. auf welche (private) Instruktion hin und gestützt auf welche Informationen oder Unterlagen die Urkunde von der Ärztin verfasst wurde. Auch geht aus ihr nicht klar hervor, ob die Ärztin eine eigene Untersuchung vorgenommen hat oder ob ihr medizinischer Rat auf der Krankheitsschilderung des Klägers und seiner Ehefrau beruhte (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 324a/b N 12 S. 421). Die Bestätigung stellt deshalb – wie ein Arztzeugnis im eigentlichen Sinne – ein blosses Indiz für die Krankheit dar, beweist diese aber keineswegs.

4.6.3.3.4. Die Entbindungserklärung des Klägers gegenüber dem Vertrauensarzt vom 17. Juli 2014 (Urk. 4/16) enthält keinerlei Anhaltspunkte für eine Erkrankung des Klägers. Sie hat, wie die Vorinstanz zutreffend festhielt (Urk. 40 S. 9 E. 3.4.5), deshalb keinen eigenständigen, über die mündliche Schilderung der vertrauensärztlichen Erkenntnisse durch die Zeugen G._____ und F._____ (Prot. I S. 83 f. und S. 71) hinausgehenden Beweiswert. Ein solcher lässt sich auch nicht mit dem Argument begründen, die umgehende Befolgung der Aufforderung, den Vertrauensarzt aufzusuchen, und die Abgabe der Entbindungserklärung zeige, dass der Kläger mit Bezug auf die behauptete Erkrankung nichts zu verbergen gehabt habe (Urk. 39 S. 9 f. Ziff. 4.6). Gegenteils hätte eine Weigerung, sich einer vertrauensärztlichen Untersuchung zu unterziehen und den Arzt von der Schweigepflicht zu entbinden, allenfalls als Indiz für das Nichtvorliegen einer Erkrankung betrachtet werden können (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 324a/b N 12 S. 421). Dem Kläger blieb, wollte er an seiner Darstellung festhalten, daher realistischerweise gar keine andere Wahl. Er hatte durch die Abgabe der Entbindungserklärung auch nichts zu befürchten, nachdem der Vertrauensarzt keine eigene Untersuchung durchgeführt hatte (vgl. Prot. I S. 27, S. 104), sondern nur ein Gespräch stattgefunden hatte und der Arzt seinen Bericht somit allein auf die Schilderungen des Klägers abstützen musste.

Zudem kann keine Rede davon sein, dass das nicht schriftlich vorliegende (vgl. Prot. I S. 24 und S. 26), sondern nur von den Zeugen G._____ und F._____ geschilderte Resultat der vertrauensärztlichen Untersuchung "keinen Zweifel auf-

kommen" lasse, dass der Kläger vom 9. bis 15. Juli 2014 an einer schweren Magen-Darm-Grippe gelitten habe (vgl. Urk. 39 S. 10 Ziff. 4.6 a.E.). Gemäss den Zeugenaussagen hat der Vertrauensarzt vielmehr angegeben, keine eigene Untersuchung durchgeführt und sich auf die Schilderungen des Klägers gestützt zu haben. Er selber habe nicht feststellen können, dass die behauptete Erkrankung vorgelegen habe; sie könne nicht nachgewiesen, aber auch nicht ausgeschlossen werden (Prot. I S. 83 f. und S. 71). Diese Erkenntnisse dienen beweismässig weder dem von der Beklagten zu erbringenden Hauptbeweis noch dem dem Kläger offenstehenden Gegenbeweis. Sie tragen nichts Entscheidendes zum Nachweis der (Nicht-)Erkrankung bei.

4.6.3.3.5. Weiter ist dem Kläger zwar beizupflichten, dass die Mitteilung betreffend die Eröffnung eines Disziplinarverfahrens vom 21. Juli 2014 (Urk. 4/17) und seine aufforderungsgemäss verfasste Stellungnahme vom 23. Juli 2014 (Urk. 4/18) belegen, dass die Beklagte Abklärungen zur behaupteten Krankheit unternahm und der Kläger seiner Pflicht zur Mitwirkung nachkam. Das ist indessen unbestritten und nicht Thema des dem Kläger offenstehenden Gegenbeweises. Hingegen vermag die erstgenannte Urkunde (Urk. 4/17), in der die Arbeitgeberin Zweifel an der geltend gemachten Krankheit äussert, von vornherein nichts zum Gegenbeweis betreffend den Gesundheitszustand des Klägers zur Zeit der Reise nach D._____ beizutragen. Sie hat diesbezüglich keinerlei Beweiswert. Gleiches gilt für die Stellungnahme vom 23. Juli 2014 (Urk. 4/18). Darin schildert der Kläger gegenüber seiner Arbeitgeberin den Verlauf der von ihm behaupteten Krankheit. Letztere bildet – da bestritten – Gegenstand des Beweisverfahrens. Es versteht sich von selbst, dass der (Gegen-)Beweis dieser Krankheit nicht mit der gegenüber der Arbeitgeberin abgegebenen Behauptung des Klägers, krank gewesen zu sein, deren Wahrheitsgehalt ja gerade zum Beweis verstellt ist, geführt werden kann. Der Sache nach stellt die Stellungnahme vom 23. Juli 2014 eine blosser Parteibehauptung dar (wovon auch der Kläger ausgeht; Urk. 39 S. 7 Ziff. 4.1). Die Vorinstanz mass diesen beiden Urkunden mit Bezug auf das Beweisthema folglich zu Recht keine Bedeutung zu (Urk. 40 S. 9 E. 3.4.6 und E. 3.4.7). Inwieweit ihre Ansicht aktenwidrig sein sollte (vgl. Urk. 39 S. 10

Ziff. 4.7), ist weder ersichtlich noch rechtsgenügend dargetan (vgl. Art. 311 Abs. 1 ZPO und vorne, E. 3.2).

4.6.3.3.6. Auch die eher gesucht anmutenden Einwände des Klägers gegen die vorinstanzliche Würdigung seiner Stellungnahme vom 28. Juli 2014 (Urk. 39 S. 10 ff. Ziff. 4.8) sind unbehelflich. In dieser Stellungnahme (Urk. 4/20), die nach eigenen Angaben mehr Informationen enthielt als das Gespräch mit F._____ und G._____ im Flottenbüro vom 24. Juli 2014, führte der Kläger aus, dass er die Flugtickets in der Hoffnung auf Freitage bestellt habe, dieser Plan jedoch leider nicht aufgegangen sei. Da er von Seiten der Familie unter grossem Druck gestanden habe, habe er sich entschieden, die Reise zusammen mit seiner Ehefrau "trotz schlechtem Gewissen" anzutreten. Als er das Aufgebot für den Besuch beim Vertrauensarzt erhalten habe, sei er blind für die Zeichen gewesen, die ihm hätten helfen können. Er habe sich eingebildet, "den Hals aus der Schlinge ziehen zu können", indem er und seine Ehefrau "bei der Geschichte mit der Krankheit" geblieben seien. Seine Ehefrau habe dies von Anfang an für eine schlechte Idee gehalten. Es sei eine Tatsache, dass er sich falsch verhalten habe, und er bereue die Geschehnisse zutiefst. Die Vorinstanz wertete diese Ausführungen gleichsam als Eingeständnis des Klägers, zur Zeit der D._____-Reise nicht krank gewesen zu sein, zumal der Kläger in dieser E-Mail nirgends ausgeführt habe, dass er damals tatsächlich arbeitsunfähig bzw. "unfit to fly" gewesen sei, sondern von der behaupteten Krankheit nirgends mehr die Rede gewesen sei.

Diese Würdigung ist einleuchtend und zutreffend. Zunächst fällt ins Gewicht, dass der Kläger die behauptete Krankheit in dieser Stellungnahme mit keinem Wort mehr erwähnte. Er erklärte insbesondere nicht ausdrücklich, *trotz Krankheit* nach D._____ gereist zu sein. Stattdessen führte er aus, "trotz schlechtem Gewissen" entschieden zu haben, die (schon früher in der Hoffnung auf Freitage gebuchte) Reise anzutreten. Ersichtlich hätte für ein schlechtes Gewissen aber kein Grund bestanden, wäre er tatsächlich krank und somit arbeitsunfähig gewesen; diesfalls wäre er der Arbeit nämlich völlig zu Recht ferngeblieben. Dem hält der Kläger in der Berufung entgegen, von der Krankheit sei in seiner zweiten Stellungnahme deshalb nicht mehr die Rede gewesen, weil es im vorangegangenen

Gespräch vom 24. Juli 2014, auf welches in der Stellungnahme Bezug genommen werde und in dessen Zusammenhang dieselbe folglich zu würdigen sei, "nachweislich nicht um die Krankheit des Klägers", sondern um die verschwiegene Reise nach D._____ gegangen sei, und der Kläger "nachweislich und unbestritten nicht zur Krankheit", sondern nur noch zu den im Untersuchungsbericht aufgelisteten Absenzen habe Stellung nehmen müssen (Urk. 39 S. 11 Ziff. 4.8). Dieses Argument erscheint abwegig. Zwar wurde gemäss den Aussagen der Zeugen F._____ und G._____ die Krankheit des Klägers im Gespräch vom 24. Juli 2014 nicht mehr speziell resp. "nicht eindeutig" thematisiert; darüber habe man nur (aber offenbar doch) am Anfang des Gesprächs gesprochen (Prot. I S. 68 f. und S. 81 f.). Das war indessen primär dem Verhalten des Klägers geschuldet. So wurde dem Kläger in diesem Gespräch Gelegenheit gegeben, zu seinen Abwesenheiten, insbesondere auch zur Absenz vom 9. bis 15. Juli 2014, Stellung zu nehmen (Prot. I S. 81), d.h. diese Abwesenheiten zu rechtfertigen. Es erscheint mehr als naheliegend und darf ohne weiteres angenommen werden, dass der Kläger hierfür nochmals auf die zuvor behauptete Krankheit hingewiesen hätte, wenn diese tatsächlich vorgelegen hätte; alles andere mutet lebensfremd an. Stattdessen gab er gemäss Wahrnehmung des Zeugen F._____ zwar nicht explizit, aber doch in dem Sinne zu, dass weder er noch seine Ehefrau krank gewesen seien, als er meinte, "es sei alles aufgefliegen" (Prot. I S. 68). Ferner habe er - so die Zeugin G._____ - auf die Frage F._____s, ob es ausser der Reise nach D._____ noch weitere *Scheinkrankheiten* gegeben habe, geantwortet, dies sei die einzige Scheinkrankheit gewesen (Prot. I S. 82 und S. 84). Ausserdem sollte sich der Kläger gemäss eigener Darstellung in der Stellungnahme vom 28. Juli 2014 sowohl zum Gespräch als auch zum ihm ausgehändigten Untersuchungsbericht äussern (Urk. 2 S. 15 Ziff. 20 a.E.). In diesem Bericht wurden insgesamt sieben Absenzen des Klägers, unter anderem auch diejenige vom 9. bis 15. Juli 2014, aufgelistet, allesamt mit dem Vermerk "Krank". Zur letztgenannten Absenz wurde unter dem Titel "Beurteilung der Fakten" Folgendes festgehalten: Der Kläger "bestätigt zudem, dass er während der Zeit vom 9. bis 15. Juli 2014 krank zu Hause war und sich auskurirt hat. Diese Aussage steht diametral zu den uns vorliegenden Fakten und Dokumenten. ... Zudem wurden gegenüber dem Arzt von

B._____ Medical Services wie auch gegenüber den untersuchenden Vorgesetzten offensichtlich Falschangaben gemacht." (Urk. 4/19 S. 3). Damit war klarerweise nicht nur die Absenz als solche, sondern auch die angezweifelte Krankheit als geltend gemachter Rechtfertigungsgrund Thema des Untersuchungsberichts. Auch deshalb trifft es nicht zu, dass sich der Kläger in seiner Stellungnahme vom 28. Juli 2014 nicht (mehr) zur Krankheit äussern musste.

Vor diesem Hintergrund lassen sich die Wortwahl und die erklärte Reue in der Stellungnahme zur D._____ -Absenz vernünftigerweise nur so verstehen, dass der Kläger damit nicht nur zugab, die Reise nach D._____ mehrfach wahrheitswidrig geleugnet zu haben, sondern auch die "Geschichte mit der Krankheit", d.h. die Tatsache seiner Erkrankung, vorgeschoben zu haben. Die vorinstanzliche Schlussfolgerung aus Urk. 4/20, wonach der Kläger "nach der Aufdeckung des Schwindels" eingestanden habe, nicht krank gewesen zu sein, ist mithin weder offensichtlich falsch noch aktenwidrig. Mit diesem Verständnis hat die Vorinstanz keine "Wortfetzen" aus dem Mail gerissen und in einen "neuen Kontext" gestellt (Urk. 39 S. 12 oben). Vielmehr hat sie die entschuldigenden Ausführungen des Klägers in ihrem Gesamtzusammenhang gewürdigt und ihren Sinn gedeutet. Im gesamten Kontext betrachtet, bezieht sich die geäusserte Reue und das Schuld eingeständnis des Klägers aber klarerweise nicht nur auf das Verschweigen der D._____ -Reise, sondern auch – und vor allem – auf die von ihm als "Geschichte" bezeichnete Krankheit. Andernfalls hätte er sich neben all den anderen Umständen, die er zur Entschuldigung anführte, ohne Zweifel auch auf diese naheliegendste und zwingendste Entschuldigung berufen; alles andere erscheint lebensfremd. Demgegenüber wirkt der nachträgliche Versuch des Klägers, die entsprechenden Ausführungen als "vielleicht ungeschickt formuliert" darzustellen und deren Sinn zu erörtern (Prot. I S. 59; Urk. 39 S. 12 Ziff. 4.8), konstruiert und wenig überzeugend. Hätte der Kläger, wie er behauptet, mit dem Ausdruck "Geschichte mit der Krankheit" tatsächlich nicht die Krankheit, sondern im Sinne seines Erklärungsversuchs nur die Reise gemeint, hätte er zweifellos von der "Geschichte mit der D._____ -Reise" gesprochen und nicht primär die Krankheit als "Geschichte" bezeichnet. Hinzu kommt, dass er in seiner von der Vorinstanz ebenfalls zum Beweis zugelassenen E-Mail vom 8. August 2014 selber ausgeführt hatte, dass er

und seine Ehefrau damals vor der Entscheidung gestanden seien, "die kranke Mutter und ihre Familie zum wiederholten Mal bitter zu enttäuschen oder die Reise *unentschuldigt* anzutreten" (Urk. 4/24 S. 2). Deutlicher kann das Eingeständnis, er sei *nicht* krank gewesen, kaum formuliert werden.

4.6.3.3.7. Die bereits erörterten Gründe, aus denen die E-Mail des Klägers vom 2. Juli 2014 (Urk. 4/13) kein relevantes Indiz für dessen Gesundheitszustand vom 9. bis 15. Juli 2014 darstellt (vgl. vorne, E. 4.6.3.3.2), gelten auch mit Bezug auf das Arztzeugnis vom 3. Juli 2014 (Urk. 15/3), das dem Kläger ohne nähere Angaben zur Art der Krankheit eine 100%-ige Arbeitsunfähigkeit vom 29. Juni bis 2. Juli 2014 bescheinigt. Darauf kann verwiesen werden. Im Übrigen zeigt der Kläger in der Berufung nicht auf, dass und wo dieses Arztzeugnis im Zusammenhang mit der Erkrankung vom 9. bis 15. Juli 2014 als Beweis offeriert wurde (in Urk. 2 S. 11/12 Ziff. 14 geschah dies jedenfalls nicht). Die klägerische Kritik an der Würdigung desselben (Urk. 39 S. 12 Ziff. 4.9 m.Hinw. auf Urk. 40 S. 10 E. 3.4.11) geht somit fehl.

4.6.3.3.8. Was den Zeugen H._____ angeht, stellt der Umstand, dass es sich um den Schwiegervater des Klägers und den Vater der ebenfalls gegen die Beklagte prozessierenden Ehefrau des Klägers handelt, für sich allein die Glaubwürdigkeit des Zeugen oder die Glaubhaftigkeit seiner Aussagen nicht in Frage. Dennoch kommt diesen Aussagen, wie die Vorinstanz zutreffend festhielt (Urk. 40 S. 10 f. E. 3.4.14), im Ergebnis nur wenig Gewicht zu. Zwar erklärte der Zeuge, den Kläger und seine Ehefrau in D._____ zwei oder drei Mal gesehen zu haben. Man habe bemerkt und sie hätten ihm auch gesagt, dass es ihnen nicht gut gehe. Den Grund kenne er aber nicht, und er habe auch nicht näher nachgefragt. Ebenso wenig wisse er, ob der Kläger deshalb nicht an den organisierten Rundreisen teilgenommen habe, weil er krank gewesen sei (Prot. I S. 44 ff.). Auch wenn der Zeuge, wie der Kläger moniert, "nicht Arzt" ist und "von ihm keine konkrete medizinische Diagnose erwartet werden" kann, ist seine Schilderung zwar in sich stimmig und widerspruchsfrei, inhaltlich aber doch zu vage und unbestimmt, um als ernsthaftes Indiz für die behauptete Magen-Darm-Grippe dienen zu können. So vermochte er kaum konkrete, auf eigener Wahrnehmung beruhende Aussagen

zum Gesundheitszustand des Klägers zu machen. Ob die Unbestimmtheit am Zeitablauf liegt oder nicht – zwischen dem Fest in D._____ und der Zeugeneinvernahme lagen fast zwei Jahre – spielt keine Rolle. Die Aussagen H.____s mögen ein Indiz dafür sein, dass es dem Kläger in D._____ nicht gut ging. Für den hierfür geltend gemachten Grund (Magen-Darm-Grippe) liefern sie jedoch keine den Gegenbeweis des Klägers in relevanter Weise stützenden Anhaltspunkte; umso weniger, als H._____ seine zuvor noch präzise geschilderten eigenen Wahrnehmungen (vgl. Urk. 19/37) in der Einvernahme als Zeuge nicht mehr bestätigte, sondern gegenteils stark relativierte. Die Berufung ist auch diesbezüglich unbegründet (vgl. Urk. 39 S. 12 f. Ziff. 4.10).

4.6.3.3.9. Die beiden Zeugen I._____ und J._____ konnten auf entsprechende Frage hin keinerlei Angaben über den Gesundheitszustand des Klägers vor und während der Reise resp. während des Aufenthalts in D._____ machen. Sie erklärten, dazu nichts sagen zu können. Sie wussten auch nicht, weshalb der Kläger und seine Ehefrau nicht an den Ausflügen teilgenommen hatten (Prot. I S. 48 f. und S. 51 f.). Damit ist zwar erwiesen, dass der Kläger und seine Ehefrau lediglich an der Tauffeier, nicht aber an den Ausflügen zugegen waren. Über den Grund der Absenz konnten jedoch beide Zeugen keine Angaben machen. I._____ stellte entgegen den Vorbringen in der Berufung (Urk. 39 S. 13 Ziff. 4.11) auch nicht die Vermutung auf, dass der Kläger krank gewesen sei. Er erwähnte dies lediglich als mögliche Erklärung ("vielleicht waren sie krank, ich weiss es nicht"; Prot. I S. 49). J._____ erklärte demgegenüber, es habe keinen Grund dafür gegeben, der Kläger und seine Ehefrau seien "einfach nicht mitgekommen" (Prot. I S. 52); im Übrigen sei ihr hinsichtlich des Gesundheitszustands des Klägers in D._____ nichts aufgefallen (Prot. I S. 51). Selbst wenn es zutreffen sollte, dass der Kläger seine mit so vielen anderen Dingen beschäftigten Verwandten nicht mit seinem Gesundheitszustand behelligen wollte (Urk. 39 S. 13 Ziff. 4.11 m.Hinw. auf Prot. I S. 26 und S. 64), bleibt es dabei, dass die beiden Zeugen keine sachdienlichen Aussagen zum Beweisthema machen konnten. Ihren Ausführungen kommt deshalb weder für den Haupt- noch für den Gegenbeweis ein Beweiswert zu; und wenn, dann würden die Aussagen von J._____ sogar eher den Hauptbe-

weis der Beklagten stützen. Im Ergebnis ist die vorinstanzliche Würdigung dieser Aussagen (Urk. 40 S. 11 E. 3.4.15 und E. 3.4.16) somit nicht zu beanstanden.

4.6.3.3.10. Der Kläger bringt weiter vor, sowohl der Zeuge F._____ als auch die Zeugin G._____ hätten ausgesagt, dass die Krankheit vom 9. bis 15. Juli 2014 nicht Thema des Gesprächs vom 24. Juli 2014 gewesen sei, sondern einzig die Reise nach D._____ und andere im Untersuchungsbericht aufgelistete Absenzen des Klägers. Wenn die Vorinstanz aus den Aussagen dieser Zeugen ableite, der Kläger habe im direkten Gespräch nie geltend gemacht, dass er wohl die Reise verschwiegen habe, in Tat und Wahrheit aber krank gewesen sei, liege darin offensichtlich eine falsche Beweiswürdigung. Solche Aussagen hätten die beiden Zeugen nicht gemacht, weshalb die Feststellung der Vorinstanz sachverhaltswidrig sei (Urk. 39 S. 13 Ziff. 4.12).

Das trifft nicht zu: Der Zeuge F._____ sagte aus, im Gespräch seien die Abwesenheiten des Klägers aufgelistet und ausser einer Krankheit im Juni 2014 "andere Krankheiten und Abwesenheiten besprochen" worden (Prot. I S. 67). Zu Beginn des Gesprächs habe man auch über die Krankheit vom 9. bis 15. Juli 2014 gesprochen (Prot. I S. 68/69). Entgegen den Vorbringen in der Berufung erklärte F._____ somit keineswegs, dass "die Krankheit des ... [Klägers] anlässlich des Gesprächs am 24.7.2014 nicht Thema war, sondern einzig die Reise nach D._____ und andere im Untersuchungsbericht aufgelistete Absenzen des Klägers". Gleiches gilt für die Zeugin G._____, die ausführte, dass dem Kläger in diesem Gespräch die Möglichkeit gegeben worden sei, zu seinen Absenzen Stellung zu nehmen, und dass er dabei zwei Mal gefragt worden sei, ob es ausser der Reise nach D._____ noch weitere Scheinkrankheiten gegeben habe, was er verneint habe (Prot. I S. 81 f. und S. 84). Weiter verneinte F._____ auf entsprechende Frage hin, dass der Kläger ausdrücklich oder sinngemäss zum Ausdruck gebracht habe, dass er – der Kläger – die Reise nach D._____ trotz vorhandener Krankheit angetreten habe (Prot. I S. 68). Bei dieser Aktenlage lässt sich der Vorinstanz weder eine sachverhaltswidrige Feststellung noch eine falsche Würdigung der Zeugenaussagen vorwerfen. Im Übrigen wurde bereits dargelegt, wes-

halb die Krankheit des Klägers offenbar nicht mehr zentrales Thema des Gesprächs vom 24. Juli 2014 war (vgl. vorne, E. 4.6.3.3.6).

4.6.3.3.11. Im gleichen Zusammenhang rügt der Kläger schliesslich eine einseitige Beweiswürdigung zu seinen Lasten, indem die Vorinstanz die Aussagen der Zeugen F._____ und G._____ deshalb als glaubhaft erachtet habe, weil diese Zeugen trotz ihrer Nähe zu und Abhängigkeit von der Beklagten sehr zurückhaltende Angaben gemacht und insbesondere nicht behauptet hätten, der Kläger habe beim Gespräch vom 24. Juli 2014 zugegeben, dass er zur Zeit der D._____ -Reise nicht krank gewesen sei. Mit dieser Betrachtungsweise hätte die Vorinstanz nach klägerischer Ansicht genauso gut auch die Zeugen H._____, I._____ und J._____ als besonders glaubwürdig und deren Aussagen als besonders glaubhaft erachten können, was sie indessen nicht getan habe (Urk. 39 S. 14 Ziff. 4.13). Der Kläger erkennt allerdings, dass sich die Aussagen der Zeugen F._____ und G._____ bezüglich ihres Gehalts von vornherein nicht mit denjenigen von H._____, I._____ und J._____ vergleichen lassen. Während die erstgenannten Zeugen eine zwar zurückhaltende, aber widerspruchsfreie, bestimmte und plausible Darstellung ihrer Wahrnehmungen zum Beweisthema gaben, konnten die zweitgenannten gar keine beweisrelevanten Angaben zur Sache machen, die auf ihre Glaubhaftigkeit hin geprüft werden könnten. Deren Aussagen kommt nicht deshalb kein Gewicht zu (und hat die Vorinstanz zu Recht keinen relevanten Beweiswert zugemessen), weil die Zeugen unglaubwürdig oder ihre Aussagen unglaubhaft wären, sondern weil ihre Aussagen in inhaltlicher Hinsicht kaum etwas zum Beweisthema beitragen. Auch in dieser Hinsicht liegt keine fehlerhafte Beweiswürdigung vor.

4.6.4. Zusammenfassend lässt sich die vorinstanzliche Beweiswürdigung nicht beanstanden. Diesbezüglich kann auf die im Wesentlichen zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Urteil verwiesen werden (insbes. Urk. 40 S. 12 f. E. 3.4.21). Das Beweisverfahren ergab ein schlüssiges Bild: Die Beklagte hat den ihr obliegenden (Haupt-)Beweis erbracht, dass der Kläger zur Zeit der D._____ -Reise nicht krank, sondern arbeitsfähig war. Zu dieser Überzeugung führen insbesondere die entscheidend ins Gewicht fallenden, als eigentliches Eingeständnis

des Klägers zu wertenden E-Mails vom 28. Juli 2014 (Urk. 4/20) und vom 8. August 2014 (Urk. 4/24), in denen der Kläger sein Fehlverhalten bereute und ausdrücklich von der "Geschichte mit der Krankheit" sprach bzw. zugab, die Reise "unentschuldigt" angetreten zu haben. Überdies ist nur mit Mühe vorstellbar und mutet es auch lebensfremd an, mit einer schweren Magen-Darm-Grippe (freiwillig) eine 24-stündige Reise nach Südamerika mit Bahn, Flug, Transfers etc. zu unternehmen (vgl. Urk. 2 S. 11 und Urk. 14 S. 18 Rz 82). Darin liegen positive Sachumstände, die auf die beweisbedürftige negative Tatsache schliessen lassen. Zwar liegen zum Gegenbeweis gewisse Indizien für das Vorliegen der behaupteten Erkrankung vor, insbesondere die ärztliche Bestätigung von Ende April 2015 (Urk. 4/14) und die – allerdings äusserst vage – Zeugenaussage des Schwiegervaters des Klägers (Prot. I S. 45 f.). Gesamthaft gesehen ergeben sich aufgrund dieser Indizien jedoch nur unbedeutende leichte, keinesfalls aber ernsthafte Zweifel an der Richtigkeit der beklagtschen Sachdarstellung. Sie können den Hauptbeweis somit nicht erschüttern und vermögen nichts an der vollen Überzeugung zu ändern, dass sich die beweisbedürftige (negative) Tatsache verwirklicht, d.h. dass der Kläger nicht an einer Magen-Darm-Grippe gelitten hat. In sachverhältnissicher Hinsicht ist somit erstellt, dass der Kläger in der Zeit vom 9. bis 15. Juli 2014 der Arbeit ohne Rechtfertigungsgrund fernblieb und gegenüber der Beklagten und dem Vertrauensarzt mehrmals wahrheitswidrig angab, krank gewesen zu sein und sich zuhause auskuriert zu haben.

4.6.5. Die Beklagte weist in der Berufungsantwort darauf hin, dass der Kläger in seiner E-Mail vom 28. Juli 2014 (Urk. 4/20) zugegeben habe, "aus Frust über das Planungssystem auch schon persönlich Anpassungen im Schedule vorgenommen" zu haben. Diese Äusserung sei im Zusammenhang mit den Ausführungen zu den weiteren Absenzen erfolgt. Dabei handle es sich um sämtliche Absenzen des Klägers in der betreffenden Zeitspanne, und – von einer einzigen Ausnahme abgesehen – jedes Mal sei seine Ehefrau nicht auf Dienstreise gewesen. Diese Umstände liessen entgegen der vorinstanzlichen Würdigung keinen anderen Schluss zu, als dass der Kläger auch an diesen Tagen seine angebliche Krankheit nur vorgeschoben habe, um die von ihm zugegebenen Anpassungen am Schedule vorzunehmen (Urk. 47 S. 14 f. Rz 54 ff.).

Abgesehen davon, dass die Beklagte nicht näher präzisiert, gegen welche "vorinstanzliche Einschätzung", d.h. gegen welche konkreten Erwägungen im angefochtenen Urteil sie sich damit wendet (vgl. vorne, E. 3.2), geht ihre Rüge auch in der Sache fehl. So bleibt unklar, was der Kläger mit den persönlichen "Anpassungen im Schedule" überhaupt meinte. Mit der fraglichen Aussage allein lässt sich deshalb von vornherein nicht beweisen, dass und allenfalls mit Bezug auf welche der übrigen Abwesenheiten der Kläger tatsächlich arbeitsfähig war. Weitere erhobene Beweise oder Aktenstellen, die für die Arbeitsfähigkeit des Klägers sprechen, nennt die beweisbelastete Beklagte (vgl. vorne, E. 4.5) in der Berufungsantwort nicht. Es bleibt deshalb dabei, dass die Arbeitsfähigkeit des Klägers in den übrigen Zeiten, in denen er der Arbeit krankheitshalber fernblieb, beweislos blieb.

Im Folgenden ist mithin zu prüfen, ob die trotz Arbeitsfähigkeit unternommene Reise nach D._____ und das mehrfache Verschweigen und Leugnen des wahren Sachverhalts durch den Kläger in rechtlicher Hinsicht eine schwerwiegende Pflichtverletzung im Sinne von Art. 12.3 GAV darstellt.

4.7. Schwerwiegende Pflichtverletzung (Art. 12.3 GAV)

4.7.1. Die Vorinstanz schloss aus dem Wortlaut von Art. 12.2.3.4 bzw. Art. 12.3 GAV, welcher von einer "schwerwiegenden Pflichtverletzung" spreche, dass leichte und mittelschwere Pflichtverletzungen nicht zur direkten Aufhebung des Arbeitsverhältnisses ohne vorangegangene Ermahnung und Kündigungsandrohung berechtigten. Im Weiteren grenze der GAV diesen Tatbestand von der fristlosen Kündigung gemäss OR ab. Daraus ergebe sich, dass Letztere schwerer wiege als die "schwerwiegende Pflichtverletzung". Art. 12.2.3.4 bzw. Art. 12.3 GAV stelle eine Kündigungsoption dar, welche zwischen der ordentlichen Kündigung im Drei-Stufen-Verfahren und der fristlosen Kündigung gemäss Art. 337 OR einzuordnen sei. Erforderlich sei eine erhebliche Schwere des Fehlverhaltens, welche aber noch nicht derart schwer sein müsse, dass sie bereits zu einer fristlosen Kündigung berechtige. Es müsse sich um besonders einschneidende Fälle handeln. Einmaliges unentschuldigtes Fernbleiben von der Arbeit ("blaumachen") unter einer vorgeschobenen Begründung wie Krankheit oder Unfall, wovon vorlie-

gend auszugehen sei, reiche für eine fristlose Entlassung in aller Regel nicht aus. Auch wenn beim Kläger erschwerend hinzu komme, dass er seine Absenz mit falschen Angaben über eine angebliche Krankheit begründet und beharrlich bis zur Kündigung an seiner Lüge festgehalten habe, sei angesichts seines bisherigen tadellosen Verhaltens und der besonderen Umstände der Absenz (familiärer Druck) eine fristlose Entlassung wohl ausgeschlossen. Hingegen falle das Verhalten des Klägers unter den Ausnahmetatbestand der schwerwiegenden Pflichtverletzung im Sinne von Art. 12.2.3.4 bzw. Art. 12.3 GAV. Zwar habe das Fernbleiben von der Arbeit keinen direkten Berührungspunkt zu Sicherheitsaspekten. Es tangiere aber das in den Kläger gesetzte Vertrauen und damit auch die in der Flugbranche herrschende Fehlerkultur, wie sie die Beklagte in ihrem Operations Manual A und in ihrem Operations Management Manual verbindlich für die Belegschaft festschreibe (Urk. 15/11 Ziffer 5.3.1.3 [recte: 5.2.1.3]: "loyalty"; Urk. 15/12 Ziffer 4.2.2: "A healthy safety culture relies on a high degree of trust and respect ..." und Ziffer 4.2.2.1: "... in cases of gross negligence or wilful violation there is a need for disciplinary action. ... where unintentional behaviour is involved, disciplinary action is not appropriate and instead a proper analysis of the outcome should be used for identification of system weaknesses."). Diese Grundsätze könnten als Richtlinie dienen, dass dem Vertrauen in den Mitarbeiter besonderes Gewicht zukomme und Fehler und Versäumnisse vorab einen Anlass zur Abklärung von Systemschwächen gäben und eine Disziplinierung des Mitarbeiters nur bei grober Nachlässigkeit oder bei Vorsatz stattfinden solle. Beim Kläger liege keine Fahrlässigkeit, sondern vorsätzliches Handeln vor. Zudem sei seine Tätigkeit als Pilot absolut zentral für die Sicherheit im Flugverkehr. Entsprechend gewichtig sei das erforderliche, unbedingte Vertrauen, welches die Beklagte in ihn setzen müsse und setzen dürfe.

Die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der schwerwiegenden Pflichtverletzung – so die Vorinstanz weiter – ergebe Folgendes: Die Erweiterung des gesetzlichen Kündigungsschutzes im GAV lasse die fristlose Kündigung bei krassen Vertragsverletzungen weiterhin zu, nämlich dann, wenn der kündigenden Partei die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden könne (Art. 337 Abs. 2 OR). In gleicher Weise müsse

auch die fragliche GAV-Bestimmung (Art. 12.2.3.4 bzw. Art. 12.3 GAV) ausgelegt werden. Wenn die Pflichtverletzung oder das Fehlverhalten des Arbeitnehmers derart schwer wiege, dass der Arbeitgeberin eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit schriftlicher Ermahnung, gegebenenfalls mit schriftlicher Kündigungsandrohung, nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden dürfe, eine fristlose Entlassung aber nicht gerechtfertigt und der Arbeitgeberin die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist trotz Pflichtverletzung zumutbar sei, so müsse das Drei-Stufen-Verfahren nicht eingehalten werden, sondern es dürfe sogleich ordentlich gekündigt werden. Das unentschuldigte Fernbleiben während mehrerer Tage während der Hauptsaison mit einer Ankündigungsfrist von wenigen Stunden vor dem Abflug und das beharrliche Leugnen gegenüber dem Vertrauensarzt und den Vorgesetzten sei unter Berücksichtigung des namentlich für einen Piloten geltenden Sicherheitsstandards im Flugverkehr geeignet, das Vertrauen in den Kläger nachhaltig zu zerstören. Die weitere Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses, lediglich verbunden mit einer schriftlichen Verwarnung, sei der Beklagten daher nicht zuzumuten gewesen. Die Schwere der Pflichtverletzung habe den gemäss Art. 12.2.3.4 bzw. Art. 12.3 GAV erforderlichen Grad erreicht. Die Kündigung erweise sich demnach als rechtmässig (Urk. 40 S. 16 ff. E. 3.8).

4.7.2. Die Beklagte schliesst sich der vorinstanzlichen Auffassung an (Urk. 47 S. 15 Rz 57). Demgegenüber verneint der Kläger das Vorliegen einer schwerwiegenden Pflichtverletzung im Sinne von Art. 12.2.3.4 bzw. Art. 12.3 GAV (Urk. 39 S. 14 ff. Ziff. 5). Er geht in sachverhaltlicher Hinsicht allerdings von unzutreffenden Prämissen aus, wenn er im Einzelnen darlegt, dass und warum das Antreten und Verschweigen der Reise nach D. _____ *trotz Krankheit* (Urk. 39 S. 14 Ziff. 5 und S. 16 Ziff. 5.4) nicht unter diesen unbestimmten und auslegungsbedürftigen Rechtsbegriff falle. Aufgrund des Beweisverfahrens ist nämlich erstellt, dass er zur Zeit dieser Reise nicht krank, sondern arbeitsfähig war (vgl. vorne, E. 4.6). Damit ist seiner Argumentation (insbes. Urk. 39 S. 16 Ziff. 5.5) aber weitgehend der Boden entzogen. In rechtlicher Hinsicht zu würdigen ist nicht der Antritt und das Verschweigen der Reise trotz Krankheit, sondern – wie bereits erwähnt – der Antritt der Reise unter Vorspiegelung einer nicht bestehenden Krankheit und

das Verschweigen resp. mehrfache Leugnen des wahren Sachverhalts (vorne, E. 4.6.5 a.E.). Auf den klägerischen Einwand, das Verhalten der Beklagten, welche für diese Absenz Krankentaggelder bezogen habe, sei widersprüchlich und treuwidrig (Urk. 39 S. 16 Ziff. 5.4), ist dabei nicht weiter einzugehen, nachdem in der Berufung nicht aufgezeigt wird, dass und wo ein Taggeldbezug bereits in den vorinstanzlichen Parteivorträgen behauptet wurde (Art. 311 Abs. 1 und Art. 317 Abs. 1 ZPO; vorne, E. 3.2 und E. 3.3); es genügt nicht, wenn er aus der in der Berufung erwähnten Beilage zur Klageantwort (Urk. 15/10) hervorgeht (vgl. *OGer ZH LB110046 vom 8.9.2014, E. V.3.3.3.4.e*; *ZK ZPO-Reetz/Hilber*, Art. 317 N 32).

4.7.3. Die rechtliche Würdigung des klägerischen Verhaltens durch die Vorinstanz verdient Zustimmung. Zur Vermeidung von Wiederholungen kann auf die überzeugenden Erwägungen im angefochtenen Urteil verwiesen werden (Urk. 40 S. 16 ff. E. 3.8). Damit fällt eine gerichtliche Feststellung, es liege keine schwerwiegende Pflichtverletzung vor, sowie die Aufhebung der Kündigung und die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ausser Betracht (Urk. 39 S. 17 Ziff. 5.6; Art. 12.5 GAV).

Mit Blick auf die berufsungsweise erhobenen Einwände ist zu ergänzen, dass die Erbringung der Arbeitsleistung (bei vorhandener Arbeitsfähigkeit) nicht nur "das erwünschte Verhalten" (vgl. Urk. 39 S. 15 Ziff. 5.2), sondern die arbeitsvertragliche Hauptpflicht des Arbeitnehmers darstellt. Im eigenmächtigen Fernbleiben von der Arbeit unter einer vorgeschobenen Begründung (Krankheit) liegt folglich nicht nur ein blosses Fehlverhalten des Arbeitnehmers, sondern eine Verletzung seiner Vertragspflicht und damit unstreitig eine Pflichtverletzung im Sinne des Wortlauts des GAV. Die Vorinstanz hat mithin keine arbeitsvertragliche Pflicht des Klägers "konstruiert" (Urk. 39 S. 15 Ziff. 5.2), wenn sie dessen Verhalten als Pflichtverletzung qualifizierte. Soweit der Kläger sodann einwendet, die von der Vorinstanz erwähnten Manuals (Urk. 15/11 und 15/12) hätten im Juli 2014 noch keine Geltung gehabt und seien für die Belegschaft auch nicht verbindlich (Urk. 39 S. 15 Ziff. 5.2), ist er damit nicht zu hören, zeigt er doch nicht auf, dass und wo er diese Behauptung (resp. Bestreitung der gegenteiligen beklagten Darstellung; vgl. Urk. 14 S. 33 f. Rz 166 ff.) bereits vor Vorinstanz vorgetragen hat

(Art. 317 Abs. 1 ZPO und vorne, E. 3.3); sie steht im Übrigen auch im Widerspruch zu Art. 19.1 GAV, wonach die "Aufgaben, Rechte und Pflichten der FCM [Flight Crew Members] ... im GAV und seinen Anhängen sowie in Handbüchern, Reglementen und Weisungen festgelegt" werden (Urk. 4/23 S. 15). Der in den Manuals kodifizierte verbindliche Verhaltenskodex, der von den Flight Crew Members insbesondere auch "loyalty and integrity" verlangt (Urk. 15/11 Ziff. 5.2.1.3), zeigt deutlich, welche eminente Bedeutung dem Vertrauen zukommt, das die Beklagte in ihre Angestellten und deren Integrität und Verlässlichkeit setzt und setzen können muss. Dass dieses unabdingbare Vertrauen durch das unredliche Verhalten des Klägers, der nicht nur mehrere Tage unentschuldig (d.h. ohne rechtfertigenden Grund) der Arbeit fernblieb, sondern die Beklagte resp. deren Repräsentanten darüber hinaus mehrfach anlog und beharrlich an der "Geschichte" mit der zuhause auskurierten Krankheit festhielt, nachhaltig gestört und endgültig zerstört wurde, liegt auf der Hand und bedarf keiner weiteren Erörterung. Gerade einem Piloten muss angesichts seiner äusserst verantwortungsvollen Tätigkeit und des allgegenwärtigen absoluten Bedürfnisses nach Sicherheit im Flugverkehr unbedingtes Vertrauen entgegengebracht werden können. Entsprechend stark (und wesentlich stärker als bei anderen Berufen) fallen Vertrauensbrüche und Illoyalitäten im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis ins Gewicht, und das – namentlich mehrfache – Lügen und Festhalten an einer unwahren Sachdarstellung ist nicht nur "moralisch störend" (Urk. 39 S. 16 Ziff. 5.5), sondern verletzt auch die arbeitsvertragliche Treuepflicht in gravierender Weise. Zu Recht hat die Vorinstanz das klägerische Verhalten im Zusammenhang mit der D. _____-Reise deshalb unter den unbestimmten Rechtsbegriff der "schwerwiegenden Pflichtverletzung" subsumiert, angesichts derer der Beklagten eine blosser Ermahnung, allenfalls mit Kündigungsandrohung (im Sinne der beiden ersten Stufen) und damit im Ergebnis eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden könne. Dabei bezieht sich die Unzumutbarkeit auf die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses an sich, nicht auf den Zeitpunkt seiner Auflösung. Diesbezüglich ging die Vorinstanz zutreffend davon aus, dass es für die Beklagte zwar zumutbar sei, das Arbeitsverhältnis (unter sofortiger Freistellung des Klägers) bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist, nicht aber darüber hinaus

aufrechtzuerhalten, dass mit anderen Worten die Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung nach Art. 337 Abs. 2 OR nicht, diejenigen für eine (direkte) Kündigung nach Art. 12.3 GAV jedoch gegeben seien. Dabei geht es nicht um die Frage der (Un-)Teilbarkeit des Begriffs der Unzumutbarkeit (vgl. Urk. 39 S. 15 Ziff. 5.3), sondern einzig darum, diesen Begriff bzw. denjenigen der "schwerwiegenden Pflichtverletzung" im Kündigungssystem des GAV einzelfallbezogen und nach pflichtgemäsem Ermessen zu implementieren (Art. 4 ZGB).

4.8. Missbräuchlichkeit der Kündigung

4.8.1. Entgegen dem klägerischen Eventualstandpunkt hielt die Vorinstanz die Kündigung unter den gegebenen Umständen nicht für missbräuchlich im Sinne von Art. 336 OR bzw. der von der Rechtsprechung anerkannten Generalklausel, welche auch ausserhalb der gesetzlich normierten Tatbestände eine missbräuchliche Kündigung annehmen lasse, wenn deren Grundlage eine Schwere aufweise, die mit den Tatbeständen von Art. 336 OR vergleichbar sei. Insbesondere sei kein Verstoss gegen das Gebot der schonenden Rechtsausübung erkennbar. Der Beklagten sei aufgrund der schwerwiegenden Pflichtverletzung des Klägers eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit einer blossen Ermahnung gemäss dem Drei-Stufen-Verfahren nicht zuzumuten gewesen. Ein Anspruch auf die Wahl einer für den Kläger schonungsvolleren Lösung habe nicht bestanden. Aufgrund des erheblichen Vertrauensverlusts seitens der Beklagten sei die ordentliche (direkte) Kündigung rechtmässig und auch in Relation zu den Interessen des Klägers am Fortbestand des Arbeitsverhältnisses und zu dessen unbestreitbaren Schwierigkeiten bei einer Neuanstellung als Pilot angemessen. Von einem krassen Missverhältnis der beiderseitigen Interessen, welches eine Missbräuchlichkeit der Kündigung zu begründen vermöchte, könne keine Rede sein (Urk. 40 S. 20 ff. E. 4).

4.8.2. Die in der Berufungsschrift gegen diese zutreffende Würdigung vorgebrachten Einwände (Urk. 39 S. 17 Ziff. 6) sind unbegründet. Zwar steht fest, dass die Beklagte eine monopolähnliche Stellung in der Schweiz innehat, die es dem Kläger faktisch verwehrt, hier eine neue Anstellung zu finden (vgl. immerhin Urk. 4/28-29). Dass dem Kläger eine Neuanstellung auch im nahen Ausland kaum

möglich sei, hat er aber, wie die Vorinstanz zutreffend festhielt (Urk. 40 S. 21 E. 4.2.2 [wo im Übrigen nicht von einer nicht belegten monopolähnlichen Stellung der Beklagten im nahen Ausland die Rede ist]), nicht rechtsgenügend belegt. Dieser Nachweis ist auch mit dem vom Kläger vor Vorinstanz zum Beweis anerbottenen Ausdruck aus dem Jobportal latestpilotjobs.com vom 30. April 2015 (Urk. 4/30) nicht erbracht. Daraus geht lediglich hervor, dass auf diesem (einen) Jobportal im nahen Ausland keine Stellenangebote für Piloten des Flugzeugtyps Airbus A330/A340 ausgeschrieben waren. Dass das Jobangebot für solche Piloten auch "international ausgetrocknet" sei (Urk. 39 S. 17 Ziff. 6) bzw. dass für sie ein "aktuell vollkommen ausgetrocknete[r] Arbeitsmarkt" bestehe (Urk. 2 S. 25 Ziff. 32.5), beweist die Urkunde indessen nicht. Zudem ist weder dargetan noch ersichtlich, weshalb der Kläger angesichts seines (unbestrittenen) beruflichen Werdegangs auf Stellenangebote für Flugzeuge dieses Typs angewiesen sein sollte und auch keine Anstellung für einen anderen Flugzeugtypen (insbesondere Airbus A320) finden kann. Jedenfalls hat er – soweit ersichtlich – die gegenteiligen Vorbringen der Beklagten vor Erstinstanz nie substantiiert bestritten (vgl. Urk. 14 S. 39 f. Rz 195 ff.). Dem vom Kläger im Weiteren angesprochenen "Investitionsschutz" (Urk. 39 S. 17 Ziff. 6 m.Hinw. auf Urk. 2 S. 24 f. Ziff. 32.4) wird sodann mit dem in Art. 12.2 GAV vorgesehenen Drei-Stufen-Verfahren Rechnung getragen, welches (im Unterschied zur Regelung im OR) eine Kündigung grundsätzlich erst in einer dritten Stufe zulässt (vgl. vorne, E. 4.1.3). Liegt jedoch – wie hier – der Ausnahmetatbestand gemäss Art. 12.2.3.4 bzw. 12.3 GAV vor, muss dieser Schutz hinter das kraft gesamtarbeitsvertraglicher Bestimmung höher eingestufte Interesse der Beklagten an der Auflösung des Arbeitsverhältnisses zurücktreten, und er kann diesem Interesse nicht über das Argument der Missbräuchlichkeit der (direkten) Kündigung wieder vorangestellt werden. Die durch die Kündigung behaupteterweise zunichte gemachten hohen Investitionen des Klägers vermögen daher ebenfalls keine Missbräuchlichkeit zu begründen. Und schliesslich fehlt es an einer rechtsgenügenden Berufungsbegründung, soweit der Kläger pauschal auf die Ausführungen in der Klage verweist (Urk. 39 S. 17 Ziff. 6 a.E.; Art. 311 ZPO und vorne, E. 3.2). (Gleiches gilt im Übrigen auch für die pauschale Verweisung in der Berufungsantwort; Urk. 47 S. 16 Rz 60). Damit bleibt es

dabei, dass trotz der unbestrittenen massen harten Konsequenzen der Kündigung für den Kläger kein derart krasses Missverhältnis zu den begründeten Interessen der Beklagten besteht, dass die Kündigung als missbräuchlich im Sinne der diesbezüglichen Praxis zu qualifizieren wäre (dazu Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 336 N 4 S. 1005 ff.); umso mehr, als die Art und Weise der Ausübung des Kündigungsrechts durch die Beklagte zu keinen Beanstandungen Anlass gibt (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 336 N 4 S. 997 ff.) und der Kläger auch nicht darlegt, welche schonungsvollere Lösung angesichts des nachvollziehbaren, dauerhaften und irreparablen Vertrauensverlusts, der eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für die Beklagte als unzumutbar erscheinen liess (vgl. vorne, E. 4.7), möglich gewesen wäre.

4.9. Ferienguthaben

4.9.1. Mit Bezug auf das (Eventual-)Begehren um Abrechnung und Auszahlung der verbleibenden Ferientage erwog die Vorinstanz schliesslich, die Beklagte habe im Kündigungsschreiben (Urk. 4/21) sinngemäss den Bezug des Ferienguthabens in der Freistellungszeit angeordnet. Eine solche Anordnung sei grundsätzlich zulässig, solange der Ferienbezug tatsächlich möglich und nicht durch die Stellensuche ausgeschlossen oder erheblich erschwert werde. Inwieweit Letzteres der Fall sei, hänge im Wesentlichen von der Dauer der Freistellung und von der Höhe des Ferienguthabens ab. In casu sei der Kläger vom 6. August bis zum 30. November 2014 freigestellt gewesen. Er habe in diesem Zeitraum von 116 Kalendertagen seine Flitterwochen von 28 Kalendertagen als Ferien bezogen. Es seien ihm somit noch 88 Kalendertage Freistellungszeit verblieben, während welcher der Bezug des minimalen Ferienguthabens von zwei oder drei Ferientagen ohne weiteres möglich und zumutbar gewesen sei. Der Kläger lege denn auch nicht substantiiert dar, dass ihm dies aufgrund der Stellensuche nicht möglich bzw. zumutbar gewesen wäre. Einer solchen Behauptung stünde überdies entgegen, dass er in Kenntnis der Kündigung und ohne Zusicherung einer neuen Arbeitsstelle zu Ende der Freistellungszeit vier Wochen Urlaub bezogen habe (Urk. 40 S. 23 f. E. 5).

4.9.2. Der Kläger macht geltend, dass ihm die Beklagte in der Zeit vom 27. bis 29. Juli 2014 eigenmächtig drei Ferientage angerechnet habe. In dieser Zeit habe er sich jedoch nicht erholen und auch nicht in die Ferien verreisen können, habe er doch bis am 28. Juli 2014 seine Stellungnahme (Urk. 4/20) abliefern müssen. Während der Freistellung hätten er und seine Ehefrau lediglich die Flitterwochen bezogen, weil diese längst geplant gewesen seien. Im Übrigen habe während der Freistellung am 15. August 2014 die Hochzeit stattgefunden; auch da sei nicht an Ferien und Erholung zu denken gewesen. In Ziffer 34 der Klage (Urk. 2 S. 26 f.) habe er dargetan, weshalb er die Ferien trotz Anordnung des Bezugs während der Freistellung nicht habe beziehen können. Darauf werde verwiesen. In Anbetracht der Situation nach der gleichzeitigen Kündigung des Klägers und seiner Ehefrau sei nachvollziehbar, dass selbst zwei, drei Ferientage den gesetzlichen Zweck der Erholung nicht hätten erfüllen können (Urk. 39 S. 17 f. Ziff. 7).

4.9.3. Mit diesen Ausführungen beschränkt sich der Kläger im Wesentlichen darauf, bloss seinen bereits im erstinstanzlichen Verfahren vertretenen Standpunkt zu wiederholen und in unzulässiger und unbeachtlicher Weise auf seine Vorbringen vor Vorinstanz zu verweisen. Hingegen unterlässt er es, sich rechtsgenügend mit den – in der Sache im Übrigen zutreffenden – vorinstanzlichen Erwägungen auseinanderzusetzen, mit denen seine Ansicht verworfen wurde. Er stellt sich insbesondere nicht gegen den Vorhalt, nicht substantiiert dargelegt zu haben, dass ihm ein Bezug des minimalen Ferienguthabens von zwei oder drei Tagen aufgrund der Stellensuche nicht möglich bzw. zumutbar gewesen wäre; dazu verliert er in der Berufung kein Wort. In diesem Punkt ist mangels genügender Begründung auf die Berufung nicht einzutreten (Art. 311 Abs. 1 ZPO und vorne, E. 3.2). Bloss nebenbei sei angemerkt, dass die während der Freistellung erfolgte Hochzeit von vornherein kein Argument für den fehlenden Erholungszweck bilden kann. Auch geht es entgegen den Ausführungen in der Berufungsschrift nicht darum, ob der Kläger sich in der Zeit vom 27. bis 29. Juli 2014 erholen konnte, handelt es sich bei diesen drei (in Urk. 15/17 aufgeführten) V-Tagen doch um die im Streit liegenden Ferientage, d.h. um diejenigen Tage, deren Bezug die Vor-

instanz während der verbliebenen Freistellungszeit von insgesamt 88 Kalendertagen für möglich und zumutbar hielt (vgl. Prot. I S. 116).

4.10. Ergebnis

Weitere Mängel im Sinne von Art. 310 ZPO werden in der Berufungsschrift nicht geltend gemacht und sind auch nicht offensichtlich (vgl. Art. 311 Abs. 1 ZPO und vorne, E. 3.2). Die Berufung ist daher abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist, und das vorinstanzliche Urteil ist zu bestätigen.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Ausgangsgemäss ist auch die nicht selbstständig, sondern lediglich als Folge des beantragten Prozessausgangs (implizit) mitangefochtene Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens (Urk. 40 S. 26 Disp.-Ziff. 2-4; vgl. Urk. 39 S. 18 Ziff. 8) ohne weiteres zu bestätigen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

5.2. Beim vorliegenden Streitwert von rund Fr. 102'000.– (vgl. Urk. 40 S. 24 E. 6.2) ist die zweitinstanzliche Entscheidgebühr gestützt auf § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2 und § 4 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 8'800.– festzusetzen. Sie ist ebenfalls vollumfänglich dem mit seinen Rechtsmittelanträgen unterliegenden Kläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und mit dem geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

5.3. Die obsiegende Beklagte ist im Berufungsverfahren nicht durch einen freiberuflich tätigen, sondern durch einen unternehmensintern angestellten Rechtsanwalt (Legal Counsel) vertreten. In solchen Fällen fällt die Zusprechung einer Entschädigung gestützt auf Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO ausser Betracht (ZK ZPO-Suter/von Holzen, Art. 95 N 36; BK ZPO I-Sterchi, Art. 95 N 18; BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, Art. 95 N 18). Eine solche kommt praxisgemäss nur ausnahmsweise (vgl. Urwyler/Grütter, DIKE-Komm-ZPO, Art. 95 N 25) und lediglich gestützt auf Art. 95 Abs. 3 lit. a und c ZPO in Frage (s.a. BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, Art. 95 N 21 und Art. 105 N 2; Botschaft ZPO, BBl 2006 S. 7293). Die Beklagte begrün-

det und substantiiert ihren Antrag auf Zusprechung einer Parteientschädigung mit keinem Wort (vgl. Urk. 47 S. 2 und S. 17). Sie legt nicht einmal ansatzweise dar, welche notwendigen Auslagen ihr im Zusammenhang mit dem vorliegenden Berufungsverfahren entstanden sind und inwiefern ein begründeter Fall im Sinne von Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO vorliegen sollte (vgl. BGer 4A_192/2016 vom 22. Juni 2016, E. 8.2 m.w.Hinw.; BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, Art. 105 N 2 und Art. 95 N 21; ZK ZPO-Suter/von Holzen, Art. 95 N 30). Letzteres liegt auch nicht auf der Hand. Für das Berufungsverfahren ist ihr deshalb keine Parteientschädigung zuzusprechen. Der Kläger als unterliegende Partei hat ohnehin keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Arbeitsgerichts am Bezirksgericht Bülach vom 28. September 2016 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 8'800.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. 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.

6. 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 Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 102'064.30.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 23. August 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. S. Notz

versandt am:
kt