

ZH_OBERGERICHT LB090040 vom 2. Februar 2012

ZH Obergericht, 2012-02-02, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB090040

FR: ZH_OBERGERICHT LB090040 du 2 février 2012

IT: ZH_OBERGERICHT LB090040 del 2 febbraio 2012

Erwägungen

E. 1

Sachverhalt

E. 1.1

Die Parteien sind Zahnärzte. Der Kläger wurde im Jahre 1930 geboren, die Beklagte im Jahre 1968. Über Jahrzehnte führte der Kläger an der E._____strasse ... in F._____ eine zahnärztliche Praxis. Im Hinblick darauf, seine Berufstätigkeit in absehbarer Zeit aufzugeben, entschloss er sich im Jahre 1999

- 4 - dazu, seine zahnärztliche Praxis der Beklagten zu verkaufen. Im Laufe der Zeit unterzeichneten die Parteien in diesem Zusammenhang verschiedene Vereinbarungen, der Kläger als "Verkäufer", die Beklagte als "Käuferin".

E. 1.2

Einen ersten, auf dem Papier nicht mit einem bestimmten Datum versehenen Vertrag unterzeichneten die Parteien am 19. März 1999 (act. 4/1; act. 2 S. 4, act. 14 S. 12). Im Ingress dieses Vertrages wurde festgehalten, dass der Kläger seine Zahnarztpraxis bis zum 31. Dezember 1999 betreiben werde. Der "Praxiswert" setzte sich gemäss Ingress zusammen aus "Goodwill, Praxislage, den Räumlichkeiten, der Praxiseinrichtung und Patientenstamm". Der Vertrag sah vor, dass der "Übergang des Geschäftes mit Nutzen und Schaden" am 1. Januar 2000 stattfinden sollte (Ziff. 1). Ziff. 3 Abs. 1 des Vertrages lautet wie folgt: "Der Kaufpreis für die Praxis wird gemäss Beilage 1 berechnet und wie folgt bezahlt: a) 1. Anzahlung am 3. Januar 2000 von CHF 500'000.00; b) 2. Anzahlung am 15. Februar 2001 gemäss Beilage 1, 3 Seiten; c) Schlusszahlung am 15. Februar 2002 gemäss Beilage 1, 3 Seiten." Aus der in Ziff. 3 Abs. 1 erwähnten Beilage zum Vertrag ergibt sich, dass sich die zweite und dritte Teilzahlung betragsmässig nach den Umsatzzahlen der Geschäftsjahre 2000 und 2001 errechnen sollten. Ziff. 5 Abs. 1 des Vertrages lautet sodann wie folgt: "Der Verkäufer verpflichtet sich, der Käuferin die gesamte Patientenkartei (ca. 2'600 Patienten) zu übergeben und räumt ihr im Rahmen seiner daran bestehenden Rechte ab 01.01.2000 das volle wirtschaftliche Nutzungsrecht daran ein. Unter Patientenkartei verstehen die Parteien das ordnungsgemäss geführte Verzeichnis sämtlicher Patienten der letzten fünf Jahre vor Betriebsübergabe und die dazugehörigen Krankengeschichten, hierfür übernimmt die Käuferin die gesetzliche Aufbewahrungspflicht. ..." Und Ziff. 13 des Vertrages hat den folgenden Wortlaut: "Die Käuferin wird vom 01.09.99 bis zum 31.12.99 in der Praxis des Verkäufers als Assistentin tätig sein (SSO, 35%, brutto). Über diese befristete Anstellung wird ein separater Vertrag geschlossen. Der Verkäufer verpflichtet sich, ab 1. Januar 2000 bei der Käuferin als Assistent mit einem zeitlich und von der Dauer her beschränkten Umfange tätig zu sein. Die Anstellungsbedingungen sind Gegenstand einer separaten Vereinbarung (SSO, 40%, brutto)."

- 5 - Mit Ziff. 10 des von den Parteien am 19. März 1999 abgeschlossenen Vertrages verpflichtete sich der Kläger "während 5 Jahren ab 01.01.2000 keine zahnärztliche Tätigkeit und keine Beteiligung an DH-Betrieben ausserhalb der verkauften Praxis im Umkreis von 20 Kilometern auszuüben". Für den Fall der Widerhandlung sah der Vertrag zu Lasten des Klägers eine Konventionalstrafe von Fr. 250'000.00 vor.

E. 1.3

Die Beklagte trat ihre Assistentenstelle beim Kläger per 1. September 1999 an und per 1. Januar 2000 erfolgte die Rochade: Die Beklagte übernahm die Zahnarztpraxis des Klägers als Betriebsinhaberin und der Kläger arbeitete für- derhin als Assistenz Zahnarzt in seinem bisherigen und nun der Beklagten gehö- renden Betrieb. Zuvor waren indessen im Zusammenhang mit der Übertragung des Mietvertrages vom Kläger auf die Beklagte Schwierigkeiten aufgetaucht; je- denfalls konnte im Jahre 1999 mit der Eigentümerschaft der Praxisräumlichkeiten in dieser Hinsicht noch keine Einigung erzielt werden. Aus diesem Grunde unter- zeichneten die Parteien am 21. Dezember 1999 eine "Zusatzvereinbarung zum Kaufvertrag B._____/A._____" . Dort wurde unter anderem festgehalten, dass "die erste Teilzahlung des Kaufpreises erfolgt, sobald ein unterschriebener Mietver- trag vorliegt oder spätestens am 31.12.2000" (Ziff. 3). Fest steht, dass in der Folge die Übertragung des Mietverhältnisses auf die Beklagte erreicht werden konnte und dass sie im April 2000 die erste Teilzahlung von Fr. 500'000.00 an den Kaufpreis der Praxis bezahlte (act. 14 S. 5, act. 2 S. 4).

E. 1.4

Beide Parteien benutzten die von der Firma G.____ AG (heute: H.____ G.____ AG: Prot. I S. 136) entwickelte Zahnärztesoftware "D.____" . Der Kläger verwendete seit dem Jahre 1994 die "D.____ Dr. A.____" , und die Beklagte liess sich nach ihrem Eintritt in die Praxis des Klägers die Datenbank "D.____ Dr. B.____" einrichten.

E. 1.5

Per 15. Februar 2001 wäre die zweite Teilzahlung fällig gewesen, die auf Grund des Umsatzes des Jahres 2000 zu berechnen war. Mit Schreiben vom 19. Juni 2001 der "I.____ AG" bezifferte der Kläger diese zweite Teilzahlung auf Fr. 385'000.00. Den Verzugszins zu Lasten der Beklagten für die Zeit zwischen

- 6 - dem 15. Februar 2001 und dem 30. Juni 2001 bezifferte er auf Fr. 7'219.00 (act. 4/5). Der Kläger setzte der Beklagten eine Frist bis zum 29. Juni 2001, um die Zahlung von Fr. 392'219.00 zu leisten. Bei Säumnis würde er "am

E. 1.6

In der Folge kam es zu Gesprächen zwischen den Parteien, die dazu führ- ten, dass sie am 19. Juli 2001 eine vom Anwalt der Beklagten redigierte weitere Vereinbarung betreffend "Änderung des Kaufvertrages und Auflösungsvereinba- rung" unterzeichneten (act. 4/8). Gemäss diesem Vertrag wurde der Arbeitsver- trag zwischen der Beklagten als Arbeitgeberin und dem Kläger als Arbeitnehmer "im gegenseitigen Einverständnis per 15. September 2001 aufgehoben" (Ziff. 2.1). Ferner vereinbarten die Parteien durch Ziff. 3.1 und 3.2 Folgendes: "3.1 In Abänderung von Ziff. 3 des Kaufvertrages vereinbarten die Parteien als Restzahlung aus der Praxisübernahme für die Jahre 2000 und 2001 den Be- trag von CHF 690'000.--, zahlbar in zwei Raten wie folgt: • CHF 350'000.-- bis spätestens am 30. Juli 2001. • CHF 340'000.-- bis spätestens 28. Februar 2002.

E. 1.7

Im Sinne der Vereinbarung vom 19. Juli 2001 bezahlte die Beklagte die zweite Kaufpreisrate rechtzeitig am 30. Juli 2001 (act. 2 S. 8). Und entsprechend der Vereinbarung hörte der Kläger im September 2001 mit der Arbeit in seiner ehemaligen Praxis auf.

E. 1.8

Gleichwohl kam es zwischen den Parteien zu weiteren Differenzen, die über den Austritt des Klägers aus der Zahnarztpraxis hinaus andauerten. Namentlich stritten sich die Parteien darüber, ob der Kläger der Beklagten sämtliche Patientendaten ordnungsgemäss übergeben habe. Mit Schreiben vom 9. Oktober 2001 setzte die Beklagte dem Kläger Frist bis 17. Oktober 2001, 16.00 Uhr, um unter anderem "alle Patientenkartens und alle vom Computer heruntergeladenen Dateien" in die Praxis zurückzubringen (act. 16/8).

E. 1.9

Am 17. Oktober 2001 kam der Kläger in die Praxis der Beklagten, brachte eine Reihe von Gegenständen zurück, die in diesem Prozess keine Rolle mehr spielen, und archivierte namentlich zusammen mit der Lehrtochter J. _____ von ihm bisher zurückbehaltene Patientenkartens im Archiv der Zahnarztpraxis. Ferner entfernte er die Software "D. _____ Dr. A. _____" vom Computer der Beklagten (act. 14 S. 9, act. 34 S. 34 und 36, act. 43 S. 5). Darauf, nämlich am 23. Oktober 2001 schrieb die Beklagte dem Kläger und beanstandete, dass er

- 8 - ihren Forderungen gemäss dem Brief vom 9. Oktober 2001 nicht nachgekommen sei. Sie führte aus, "dass Du nicht getreu und vertragsgemäss gehandelt hast und dass die Bedingungen für die zweite Zahlung z. Zt. nicht erfüllt sind" (act. 16/12). Sie bestehe "auf der vollständigen Rückgabe aller Sachen". Sie werde nun "unseren Weg in aller Ruhe beschreiten". Dem Kläger stehe es absolut frei, "die Bedingungen zu erfüllen" (act. 16/12).

E. 1.10

Mit einem weiteren Schreiben vom 7. November 2001 (act. 16/13) übersandte die Beklagte dem Kläger eine "Liste der noch fehlenden Kartens" (act. 212 = act. 217; vgl. unten Erw. 6.4.); weiter hielt die Beklagte fest, dass möglicherweise "auch noch andere Kartens" fehlten, "aber ich habe es noch nicht bemerkt". Die Zahnarzt-Software "D. _____ Dr. A. _____" habe der Kläger "ohne mein Einverständnis genommen". Diese Software gehöre nicht dem Kläger. Der Brief endet wie folgt: "Du respektierst auf diese Weise unseren Kaufvertrag nicht. Ich werde auf keine von Dir gestellten Forderungen nicht mehr eingehen, solange Du nicht wieder alles in Ordnung bringst (so wie es schwarz auf weiss auf dem Kaufvertrag steht)." Mit Schreiben vom 10. November 2001 (act. 16/15) an die Beklagte bestritt der Kläger (unter Bezugnahme auf die Liste act. 212 = act. 217), noch "Kartens von den auf der Liste aufgeführten Patienten in meinem Besitz" zu haben. Der Anwalt der Beklagten antwortete ihm hierauf mit Brief vom 19. November 2001 (act. 16/14), die Beklagte bestehe - auf der "Rückgabe und Instandstellung des Computerprogramms 'D. _____ Dr. A. _____'; - auf der "Rückgabe der noch fehlenden Patientenunterlagen gemäss der Ihnen am 7. November 2001 zugestellten Liste".

E. 1.11

Fest steht, dass der Kläger im Januar 2002 der Beklagten eine Back-up- Kopie der Zahnarztsoftware "D._____ Dr. A._____" zukommen liess (act. 43 S. 28).

E. 1.12

Die dritte Kaufpreisrate im Betrag von Fr. 340'000.00, die gemäss Vereinbarung vom 19. Juli 2001 am 28. Februar 2002 fällig geworden wäre, bezahlte die Beklagte in der Folge nicht. Mit Zahlungsbefehl Nr. ... vom 5. April 2002 des Be-

- 9 - treibungsamtes C._____ liess der Kläger die Beklagte daher für den erwähnten Betrag nebst Zins zu 5% seit dem 1. März 2002 betreiben. Die Beklagte erhob Rechtsvorschlag (act. 4/9). 2. Prozessgeschichte 2.1. Mit Klageschrift vom 20. Juni 2002 machte der Kläger bei der Vorinstanz die vorliegende Klage anhängig (act. 2). Im Rahmen des Hauptverfahrens ergingen die folgenden weiteren Vorträge: Klageantwortschrift vom 4. Oktober 2002 (act. 14), Replikschrift vom 3. März 2003 (act. 34), Duplikatschrift vom 12. Mai 2003 (act. 43). Am 24. September 2003 führte die Vorinstanz eine Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung durch (Prot. I S. 11-13). Eine Einigung kam nicht zustande. In der Folge ergingen am 27. Oktober 2003 der Beweisauflege- und am

E. 3

Juli 2001 ohne weitere Korrespondenz das Betreibungsverfahren einleiten" (act. 4/5). Unterm 21. Juni 2001 wandte sich die Beklagte ihrerseits schriftlich an den Kläger (act. 4/6) und teilte ihm mit, dass sie sich "aus den dir mündlich geschilderten Gründen" dazu entschlossen habe, "das mit dir seit dem 1. Januar 2000 bestehende Arbeitsverhältnis unter Wahrung der zweimonatigen Kündigungsfrist auf den 31. August 2001 zu kündigen". Ihre Haltung begründete die Beklagte in diesem Schreiben sodann wie folgt: "Ich habe dich mündlich über diesen Schritt kurz orientiert. Im Wesentlichen geht es darum, dass du dich in Verletzung deiner vertraglichen Verpflichtungen gegenüber Patienten auf einer Art und Weise schriftlich und mündlich äusserst, welche den eigentlichen Zweck des Patientenübernahmevertrages (Patientenübergabe) zuwiderläuft. Es geht insbesondere nicht an, dass du auf deinem persönlichen Briefpapier Patienten anschreibst und mitteilst, dass du mit 'vollem Verständnis' von deren Entscheidung Kenntnis nimmst, die zahnärztliche Betreuung in Zukunft anderswo fortzusetzen." Schliesslich drohte die Beklagte dem Kläger für den "Wiederholungsfall" "im Sinne einer zweiten Abmahnung" die fristlose Auflösung des Arbeitsvertrages an.

E. 3.1

Dieses zweite obergerichtliche Berufungsverfahren ist seit dem 19. Mai 2009 wieder bei der Berufungsinstanz pendent. Gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO kommt daher auf das ergänzende Verfahren vor der Berufungsinstanz nach wie vor das bisherige zürcherische Prozessrecht zur Anwendung.

E. 3.2

Mit ihrer Stellungnahme zum Beweisverfahren gemäss § 147 ZPO/ZH vom 1. November 2011 (act. 375) trägt die Beklagte eine Reihe prozessualer Beanstandungen vor bzw. stellt eine Reihe von prozessualen Anträgen. Sie sind hier zu beantworten, soweit sie nicht an anderer Stelle im Sachzusammenhang beantwortet werden. Immerhin sei hier darauf hingewiesen, dass kein Anlass besteht, im Sinne des Antrages der Beklagten (vgl. act. 375 S. 19), das Ergebnis des ergänzenden obergerichtlichen Beweisverfahrens "nicht zu beachten".

E. 3.3

Die Beklagte verlangt mit Eingabe vom 1. November 2011 ihre Beweisaussage zur Frage, ob sie die Expertinnen daran gehindert habe, ihres Amtes zu walten (act. 375 S. 25). Die Beweisaussage setzt nach zürcherischem Prozessrecht ohnehin die persönliche Befragung voraus. Dazu kommt, dass es um eine Frage geht, ob das eingeholte Gutachten beweistauglich ist oder nicht. Diese Frage hat das Gericht von Amtes wegen zu beantworten; es ist daher gegebenenfalls Sache des Gerichts, von Amtes wegen die notwendigen Beweismassnahmen zu treffen.

- 16 - Wie im Sachzusammenhang darzulegen sein wird, geht das Gericht aber ohnehin nicht davon aus, dass die Beklagte die Expertinnen an ihren Aufgaben behindert habe.

E. 3.4

Die Beklagte beanstandet, dass das Obergericht nach der Rückweisung der Sache durch das Bundesgericht ein ergänzendes Beweisverfahren durchgeführt habe (act. 375 S. 5-19). In seinem Rückweisungsentscheid vom 23. April 2009 kam das Bundesgericht indessen zum Schluss, dass der Kläger mehrere Vertragsverletzungen begangen habe, die den Erlass der letzten Kaufpreisrate zur Folge hätten (act. 245 Erw. 6.3). Die tatsächlichen Voraussetzungen einer Herabsetzung seien vom Kläger zu behaupten und zu beweisen (a.a.O. Erw. 7.1). Auf der Grundlage der Feststellungen im angefochtenen Entscheid lasse sich nicht beurteilen, ob der Erlass der ganzen Kaufpreisrestanz von Fr. 340'000.00 eine übermässig hohe Konventionalstrafe darstelle oder nicht. Zur Ergänzung des Sachverhalts und zu neuem Entscheid wurde die Sache daher an das Obergericht zurückgewiesen (a.a.O. Erw. 7.2). Die Beklagte hatte dem Kläger im kantonalen Verfahren Vorwürfe aus drei Bereichen gemacht: Abwerbung von Patientinnen und Patienten zu Gunsten anderer Zahnärzte, Übergabe einer unvollständigen Patientenkartei sowie die fehlende Bereitstellung der Zahnärztesoftware "D._____ Dr. A._____". In ihrem ersten Urteil vom 21. August 2007 kam die Berufungsinstanz zum Schluss, dass eine Strafabrede in Anlehnung an den Grundsatz nulla poena sine lege so klar zu formulieren sei, dass dem Pflichtigen die Folgen seines vertragswidrigen Verhaltens ohne weiteres klar seien. Die Klausel gemäss Ziff. 3.2 Abs. 1 der Vereinbarung der Parteien vom 19. Juli 2001 genüge diesen Anforderungen in mehrfacher Hinsicht nicht. Auf Grund dieser Rechtsanschauung brauchte die Berufungsinstanz auf die einzelnen von der Beklagten im kantonalen Verfahren erhobenen Vorwürfe betreffend Vertragsverletzungen nicht näher einzugehen. Weil das Bundesgericht aber die Rechtsanschauung der Berufungsinstanz verwarf (a.a.O. Erw. 4.2), indem es festhielt, dass das Prinzip nulla poena sine lege auf autonom gestaltete Rechtsverhältnisse zwischen Privaten keine Anwendung finde, gewannen die

- 17 - Ausführungen der Parteien im kantonalen Verfahren zu den Vertragsverletzungen wieder an Bedeutung.

E. 3.5

Die Beklagte wirft dem Obergericht vor, es habe die richterliche Fragepflicht gemäss § 55 ZPO/ZH überstrapaziert. Sie kommt gemäss § 55 ZPO/ZH zum Zuge, wenn die Vorbringen einer Partei unklar, unvollständig oder unbestimmt sind. Nach der Praxis zur zürcherischen ZPO hat die Berufungsinstanz die richterliche Fragepflicht auszuüben, sofern nicht das Gericht (und nicht die Gegenpartei) im Laufe des Verfahrens oder allenfalls im angefochtenen Urteil auf den Punkt hingewiesen hat (ZR 102/2003 Nr. 57 mit Hinweis auf ZR 100/2001 Nr. 27). Unter diesem Gesichtspunkt war es zwingend, dass die

Berufungsinstanz mit ihrem Beschluss vom 13. März 2007 (act. 209) die Parteien darauf hinwies, dass "die Nichtleistung der dritten Kaufpreisrate von Fr. 340'000.00 vom Gericht als Konventionalstrafe betrachtet" werden könnte. Vor dem in dieser Sache ergangenen und in BGE 135 III 433 publizierten Bundesgerichtsentscheid vom 23. April 2009 war dies alles andere als klar. Angesichts der bis dahin herrschenden abweichenden Bundesgerichtspraxis (BGE 80 II 123) brauchten die Parteien nicht davon auszugehen, dass das Gericht von der Vereinbarung einer Konventionalstrafe ausgehen werde.

E. 3.6

Die Beklagte beanstandet aber auch den Beschluss der Berufungsinstanz vom 30. September 2009 (act. 258). Mit diesem Beschluss (Dispositiv-Ziff. 7) wurde dem Kläger im Sinne von § 55 ZPO/ZH nochmals Gelegenheit gegeben, Vorbringen im Sinne von Art. 163 OR zu den Namen in den Listen gemäss act. 212 = act. 217 vorzutragen. Der Vorwurf ist schon deshalb gegenstandslos, weil unter diesem Gesichtspunkt vom Kläger mit seiner Rechtschrift vom 19. Oktober 2009 lediglich die Wirksamkeit der Strafabrede und vertragswidriges Handeln des Klägers bestritten (act. 261 S. 18 ff.), indessen keine Entlastungsgründe gemäss Art. 163 OR vorgetragen wurden. Diese Vorbringen des Klägers sind für den weiteren Prozessverlauf daher ohnehin von vornherein ohne Belang.

E. 3.7

Die Beklagte trägt in ihrer Stellungnahme zum Beweisergebnis vom 1. November 2011 vor, dass sie für eine Reihe von Patienten neue Patientenkarten habe erstellen müssen, weil die entsprechenden Karten vom Kläger entwendet wor-

- 18 - den seien (act. 375 S. 25, 28, 30, 32). Diese Vorbringen sind, weil prozessual verspätet, unzulässig. Derartige Sachvorbringen hätte die Beklagte spätestens mit ihrer erstinstanzlichen Duplik in den Prozess einzuführen gehabt (§ 114 ZPO/ZH). Die Erstellung einer neuen Patientenkarte wegen des Fehlens der alten ist nämlich ein durchaus ausserordentlicher Vorgang.

E. 3.8

Mit der Berufungsschrift vom 27. Juni 2006 (act. 180 S. 15) machte der Kläger erstmals bezüglich der Vereinbarung vom 19. Juli 2001 Willensmängel, nämlich "Täuschung" (durch den Vertreter der Beklagten) "und eventualiter auch Irrtum geltend. Wegen des im Berufungsverfahren geltenden Novenverbotes ist das unzulässig (§ 267 Abs. 1 in Verbindung mit § 114 ZPO/ZH). Ein solches Vorbringen wäre zudem ohnehin verspätet (Art. 31 OR). Der Kläger trägt in diesem Zusammenhang vor, der Vertreter der Beklagten habe ihm seinerzeit zugesichert, dass mit der Bestimmung von Ziff. 3.2 der Vereinbarung vom 19. Juli 2001 kein Missbrauch getrieben werde (act. 180 S. 15 mit Hinweis auf act. 34 S. 29). Darauf wurde dem Kläger bereits mit dem ersten Urteil der Berufungsinstanz vom 21. August 2007 geantwortet (Erw. 4.4.); es sei darauf verwiesen. 4. Der Rückweisungsentscheid des Bundesgerichts vom 23. April 2009 (4A_398/2007 bzw. BGE 135 III 433) 4.1. Die rechtlichen Erwägungen des bundesgerichtlichen Rückweisungsentscheides binden die kantonale Berufungsinstanz (vgl. Meyer, in: Basler Kommentar zum BGG, N. 18 zu Art. 107 BGG). 4.1.1. Das Bundesgericht hält in Erw. 2.2 fest, dass das Obergericht den Vertrag "nach gescheiterter subjektiver Auslegung" zu Recht "objektiviert nach Treu und Glauben ausgelegt" habe. Daran ändert sich auch für das zweite obergerichtliche Urteil nichts. 4.1.2. Auf die Ziff. 3.2 Abs. 1 der Vereinbarung vom 19. Juli 2001 (act. 4/8) finden nach bundesgerichtlicher Auffassung die Vorschriften der Art. 151ff.

OR über die Bedingungen keine Anwendung. Zu prüfen war statt dessen, "ob die Klausel die Voraussetzungen einer wirksamen Konventionalstrafe aufweist" (act. 245 Erw. 3.5). Das Bundesgericht bejahte die Frage zwar, hob das obergerichtliche Urteil

- 19 - vom 21. August 2007 indessen deshalb auf, weil sich auf der Grundlage der damaligen Feststellungen der Berufungsinstanz nicht beurteilen liess, ob der vollumfängliche Erlass der Kaufpreisrestanz von Fr. 340'000.00 eine übermässig hohe Konventionalstrafe darstelle. Das obergerichtliche Urteil vom 21. August 2007 wurde daher vom Bundesgericht aufgehoben, damit der Sachverhalt durch ein neues Urteil ergänzt werde. 4.1.3. In seinem ersten Urteil vom 21. August 2007 ging das Obergericht nicht im Einzelnen auf alle von der Beklagten dem Kläger vorgeworfenen Vertragsverletzungen ein, weil es zum Schlusse kam, die Vertragsklausel sei so unbestimmt formuliert, dass sie von vornherein nicht zum Tragen kommen könne. Das sieht das Bundesgericht anders, weshalb mit dem heutigen Urteil auf alle von der Beklagten form- und fristgemäss geltend gemachten Vertragsverletzungen einzugehen ist. 4.1.4. Namentlich ging das Obergericht seinerzeit angesichts seiner damaligen Rechtsauffassung gemäss dem vom Bundesgericht in der Zwischenzeit aufgehobenen Urteil vom 21. August 2007 nur am Rande auf die von der Beklagten geltend gemachten Vertragsverletzungen des Klägers ein. Auf Grund der Vorbringen der Parteien im kantonalen Verfahren sind die von der Beklagten geltend gemachten Vertragsverletzungen des Klägers auszuleuchten (vgl. unten E. 4). Es wird daher zunächst auf die Behauptung der Beklagten einzugehen sein, der Kläger habe selbst nach der vergleichweisen Einigung vom 19. Juli 2001 bzw. nach der Leistung der zweiten Kaufpreisrate von Fr. 350'000.00 durch die Beklagte damit fortgefahren, "Patienten der Praxis abzuwerben bzw. dazu zu bewegen ihre Behandlungen nicht bei der Beklagten, sondern bei einem externen Zahnarzt weitzuführen" (act. 14 S. 7 f., vgl. act. 43 S. 16; Erw. 5). Alsdann wird zu untersuchen sein, ob der Kläger der Beklagten rechtswidrig Patientenkarten "entwendet" hat (Erw. 6 - 8). Schliesslich werden die Vorgänge im Zusammenhang mit der Zahnärztesoftware "D. _____ Dr. A. _____" auszuleuchten sein (Erw. 9).

- 20 - 5. Vorwurf der Beklagten: Illoyales Verhalten des Klägers, Abwerbung von Patienten usw.

E. 5

Oktober 2004 der Beweisabnahmebeschluss (act. 55 und 75). Im Hinblick auf das Beweisverfahren verweigerte der Kläger seine Zustimmung dazu, dass die anzuhörenden Zeugen im Sinne von § 144 ZPO/ZH vom bezirksgerichtlichen Referenten vernommen wurden; vielmehr verlangte er deren Vernehmung durch das Kollegialgericht (act. 78). In der Folge hatte das Kollegialgericht im Rahmen von vier Beweisverhandlungen insgesamt 29 Zeugen einzuvernehmen (Prot. I S. 25-175). Mit Urteil vom 7. April 2006 (act. 175) wies die Vorinstanz die Klage ab. 2.2. Gegen das vorinstanzliche Urteil vom 7. April 2006 erklärte der Kläger rechtzeitig die Berufung (act. 171 und 176). 2.2.1. Vor Obergericht erstattete der Kläger im Berufungsverfahren Proz.-Nr. LB060058 seine Berufungsschrift unterm 27. Juni 2006 (act. 180), und die Beklagte beantwortete die Berufung mit Schriftsatz vom 20. September 2006 (act. 186). Mit Beschluss vom 27. September 2006 übersandte die Kammer sämtliche Akten an die Vorinstanz zwecks Prüfung des vom Kläger mit der Berufungsschrift formulierten Protokollberichtigungsbegehrens; ferner stellte die Kammer das Berufungsverfahren bis zum Vorliegen des bezirksgerichtlichen Entscheides

- 10 - betreffend die Protokollberichtigung einstweilen ein (act. 187). In der Folge berichtete die Vorinstanz mit Beschluss vom 16. November 2006 ihr Protokoll betreffend die Beweisverhandlung vom 25. Mai 2005 (act. 196). 2.2.2. Am 22. November 2006 ordnete die Berufungsinstanz die Wiederaufnahme des Berufungsverfahrens an (act. 197), worauf die Parteien am 21. Januar 2007 und am 5. März 2007 ihre Berufungsreplik- bzw. -dupliktschriften erstatteten (act. 201 und 207). 2.2.3. Mit Beschluss vom 13. März 2007 (act. 209) - gab die Kammer den Parteien Gelegenheit, sich zur denkbaren Rechtsauffassung zu äussern, das Dahinfallen der dritten Kaufpreisrate im Sinne der ergänzenden Vereinbarung vom 19. Juli 2001 sei als Konventionalstrafe zu Lasten des Klägers zu verstehen; - forderte die Kammer beide Parteien auf, die "Liste der noch fehlenden Karten" gemäss Brief der Beklagten an den Kläger vom 7. November 2001 (act. 16/13) vorzulegen; - forderte die Kammer die Beklagte auf, sich zu vier umschriebenen Punkten zu äussern. In der Folge nahm der Kläger mit Eingaben vom 18. März und 29. Mai 2007 Stellung (act. 211 und 220); die Beklagte äusserte sich demgegenüber mit Eingabe vom 17. April und 31. Mai 2007 (act. 216 und 221). 2.2.4. Mit Urteil vom 21. August 2007 hiess die erkennende Kammer die Klage gut (act. 244). 2.3. Unterm 6. November 2007 reichte die Beklagte gegen das Urteil der Kammer vom 21. August 2007 ein Revisionsbegehren ein (act. 246/2). Mit Beschluss vom 7. Dezember 2007 wies die Kammer dieses Begehren indessen ab (act. 246/13). Eine von der Beklagten gegen diesen Entscheid beim Kassationsgericht des Kantons Zürich erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wies dieses mit Beschluss vom 23. Dezember 2008 ab (act. 246/19). 2.4. Das Urteil der Kammer focht die Beklagte indessen auch mit der Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht an. Dieses hiess mit Urteil vom 23. April 2009 (4A_398/2007 = BGE 135 III 433) die Beschwerde teilweise gut, hob das

- 11 - Urteil der Kammer vom 21. August 2007 auf und wies die Sache zur Ergänzung des Sachverhalts und zu neuer Entscheidung an das Obergericht zurück. 2.5. Das weitere und ergänzende Berufungsverfahren fand vor Obergericht im Proz.-Nr. LB090040 statt. 2.5.1. Am 15. Juni 2009 beschloss die Kammer, die Parteien in Anwendung von § 149 Abs. 1 ZPO/ZH persönlich zu befragen, und zwar "zu den von der Beklagten vermissten Patientenkarten sowie zur Person der betreffenden Patienten (Jahrgang, Wohnort usw.)". Mit Eingabe vom 29. Juni 2009 (act. 249) stellte die Beklagte den Antrag, es sei auf die am 15. Juni 2009 angeordneten persönlichen Befragungen der Parteien zu verzichten und festzustellen, dass bezüglich der Angemessenheit der Konventionalstrafe kein Beweisverfahren erforderlich sei. Diese Eingabe nahm die Kammer als Wiedererwägungsgesuch bezüglich des prozessleitenden Entscheides vom 15. Juni 2009 entgegen, trat indessen auf dieses Gesuch nicht ein (act. 250). Am 2. September 2009 wurden die Parteien im Sinne des Beschlusses der Kammer vom 15. September 2009 persönlich befragt (act. 243 S. 5-29). Die anschliessenden Vergleichsgespräche blieben ergebnislos (act. 243 S. 29 f.). 2.5.2. Am 30. September 2009 erliess die Kammer einen Beweisaufgabebeschluss (act. 258). Weil mit diesem Beweisaufgabebeschluss der frühere Beweisaufgabebeschluss der Vorinstanz teilweise korrigiert wurde, wurde er im Sinne von § 143 Satz 3 ZPO/ZH begründet. Unterm 19. Oktober und 10. November 2009 (act. 261 und 264) erstatteten die Parteien ihre Beweisantrittungsschriften. In der Folge erging am 19. November 2009 der ergänzende Beweisabnahmebeschluss (act. 268), mit dem verschiedene Anordnungen für das bevorstehende Beweisverfahren getroffen wurden. Die Abnahme weiterer Beweismittel wurde allerdings vorbehalten (act. 268, Dispositiv-Ziff. 3). 2.5.3. Mit Eingabe vom 11. Januar 2010 verlangte die Beklagte die Abänderung des

Beweisabnahmebeschlusses vom 19. November 2009 (act. 284).

- 12 - 2.5.4. Mit Beschluss vom 11. Februar 2010 ernannte die Kammer K._____ und L._____ zu Expertinnen und gab Hinweise für das weitere Beweisverfahren (act. 294). 2.5.5. Mit Beschluss vom 19. März 2010 traf die Kammer Schutzmassnahmen im Sinne von § 147 ZPO/ZH für von der Beklagten eingereichte Patientenlisten (act. 302). 2.5.6. Am 4. Juni 2010 fand ein Augenschein im Keller der Praxisliegenschaft der Beklagten statt (act. 243 S. 43-47), und zwar in Anwesenheit der beiden Expertinnen. 2.5.7. Am 16. Juni 2010 wurde den beiden Expertinnen L._____ und K._____ ein schriftlicher Gutachtensauftrag erteilt (act. 308). Unterm 19. August 2010 erstatteten die beiden Expertinnen ein schriftliches Gutachten (act. 315). Mit Eingabe vom 15. September 2010 nahm die Beklagte und mit Eingabe vom 30. September nahm der Kläger zum Gutachten der beiden Expertinnen Stellung (act. 320 und act. 322). Die erwähnten Eingaben der Parteien führten zum ergänzenden Gutachtensauftrag vom 5. Oktober 2010 (act. 323). 2.5.8. Mit Präsidialverfügung vom 15. November 2010 (act. 329) wurde den Parteien je eine Kopie des ergänzenden Gutachtens der beiden Expertinnen zugestellt. Ferner wurde ihnen Frist angesetzt, um "zum Ergebnis des obergerichtlichen Beweisverfahrens" Stellung zu nehmen. Das taten sie mit Eingaben vom

E. 5.1

Eine zentrale Differenz zwischen den Parteien betrifft den Vorwurf der Beklagten an die Adresse des Klägers, er habe entgegen der getroffenen Vereinbarungen, seine Patienten dazu veranlasst, sich künftig nicht von der Beklagten behandeln zu lassen. Die Beklagte wirft dem Kläger in diesem Zusammenhang geradezu Sabotage der vereinbarten Patientenüberführung vor (act. 14 S. 11 f., 43 S. 4, 186 S. 40).

E. 5.2

Zunächst sind generelle Bemerkungen zu den hier interessierenden vom Kläger übernommenen Verpflichtungen anzubringen. Diese beschlagen einerseits seine vertragliche Treue zur Beklagten als seiner Vertragspartnerin und mithin seine Verpflichtung, den Kaufvertrag nach den Regeln von Treu und Glauben zu erfüllen. Als Arzt bzw. Zahnarzt unterstand der Kläger während seiner gesamten Berufstätigkeit andererseits auch andern Treuepflichten, nämlich jenen gegenüber seinen Patienten; diese Treuepflichten sind sui generis und absolut: In dieser Funktion hatte er seine Patienten nach bestem Wissen und Gewissen zu behandeln. So steht ausser Frage, dass er gehalten war, Patienten an Spezialisten zu überweisen, wenn dies aus ärztlicher Sicht notwendig war, auch wenn seine eigenen wirtschaftlichen Interessen oder auch jene der Beklagten in eine andere Richtung weisen sollten. Seine ärztliche Pflicht war es aber auch, seine Patienten über sämtliche möglichen Therapien zu orientieren und sie auch darauf hinzuweisen, wer diese Therapien ausführen könnte. Dafür stand ihm ein weites Ermessensspielraum zu. Entscheiden muss schliesslich ohnehin der aufgeklärte und mündige Patient; und damit dieser entscheiden kann, braucht er objektive Informationen, die ihm in der Regel nur sein Arzt bzw. Zahnarzt geben kann (vgl. dazu BGE 117 Ib 197 E. 3). Nach der Lebenserfahrung war sodann davon auszugehen, dass (besonders langjährige und damit auch ältere) Patienten des Klägers dessen bevorstehenden Altersrücktritt zum Anlass nahmen, über Behandlungsmöglichkeiten bei andern Zahnärzten nachzudenken. Auch darüber muss zwischen Arzt und Patient frei gesprochen werden können, und zwar ungeachtet der mit dem Praxisnachfolger getroffenen Abreden. Das entspricht dem

ärztlichen Ethos, dem notabene beide Prozessparteien unterliegen.

- 21 -

E. 5.3

Die Beklagte macht geltend, dass die Patienten des Klägers im Jahre 2000 noch um 3% zugenommen hätten, während sich die Patienten im Jahre 2001 zu 18% und im Jahre 2002 zu 7% zurückgezogen hätten (act. 43 S. 4 mit Hinweis auf act. 44/1 S. 2). Gemäss Auskunft des Kantonszahnarztes sei demgegenüber "bei fliessender Praxisübergabe" jeweils ein minimaler Patientenverlust zu verzeichnen. Anlässlich "der Übernahme der Praxis" durch die Beklagte seien demgegenüber etwa 30% der Patienten des Klägers "ausgetreten". Viele hätten zu Dr. V. _____ bzw. zu Dr. W. _____ gewechselt (act. 43 S. 20). Die zahnärztliche Betreuung ist aus der Sicht des Patienten eine höchstpersönliche Angelegenheit. Nach der Erfahrung des Lebens führt ein Zahnarztwechsel auch zum Abgang von Patienten, und zwar aus den verschiedensten Gründen. Das ist besonders dann der Fall, wenn Patienten mit ihrem Zahnarzt alt geworden sind und den Wechsel zum Anlass nehmen, einen Zahnarzt in der Nähe ihres Wohnortes zu suchen. Ebenso denkbar ist es, dass Patienten aus irgendwelchen Gründen dem Nachfolger oder der Nachfolgerin des bisherigen Zahnarztes nicht das gleiche Vertrauen entgegenbringen. Der Hinweis der Beklagten auf die behauptete Meinungsäusserung des Kantonszahnarztes hilft daher nichts. Entscheidend ist nämlich allein, ob konkretes illoyales Verhalten des Klägers seiner Nachfolgerin gegenüber festgestellt werden kann. Das wäre dann anzunehmen, wenn der Kläger ohne sachliche Veranlassung einem Patienten die Empfehlung gegeben hätte, sich anderswo behandeln zu lassen.

E. 5.4

Die hier interessierenden Fragen, wurden von den Beweissätzen II/1-4 des vorinstanzlichen Beweisaufgebefbeschlusses vom 27. Oktober 2003 (act. 55) erfasst, welche sich unter verschiedenen Gesichtspunkten mit dem Vorwurf der Beklagten an die Adresse des Klägers befassen, er habe die weitere Behandlung seiner Patienten geradezu sabotiert. Dabei können allerdings nicht alle einschlägigen Vertragsverletzungen interessieren, sondern nur jene, die sich nach dem 19. Juli 2001, dem Zeitpunkt der Unterzeichnung der Ergänzungsvereinbarung (act. 4/8), realisiert haben.

- 22 -

E. 5.5

Die Vorinstanz hat zu der Frage, ob der Kläger Patienten dazu veranlasst habe, sich künftig nicht mehr von der Beklagten behandeln zu lassen, ein umfangreiches Beweisverfahren durchgeführt. Dazu ist Folgendes festzuhalten:

E. 5.5.1

Fest steht auf Grund des Beweisverfahrens, dass die seinerzeit beim Kläger tätig gewesene Dentalhygienikerin Z. _____ im November 2000 in die Praxis des Dr. med. dent. W. _____ gewechselt hat (Prot. I S. 171). Eine Reihe von Patienten sind in der Folge der Dentalhygienikerin gefolgt. Im Einzelnen ergab die Zeugenbefragung einer Reihe von früheren Patientinnen der Praxis des Klägers Folgendes: - Die Zeugin ZU. _____ gab zu Protokoll, sie sei der Dentalhygienikerin Z. _____ in die Praxis Dr. W. _____ gefolgt. Der Kläger habe sie "überhaupt nicht" abgeworben (Prot. I S. 37). - Die Zeugin ZV. _____ verblieb zunächst in der Praxis der Beklagten, war indessen mit den neuen

Dentalhygienikerinnen nicht zufrieden. Die Adresse ihrer früheren Dentalhygienikerin Z._____ kannte sie, weshalb sie sich an sie wenden konnte. So kam sie als Patientin in die Praxis von Dr. W._____, dem neuen Arbeitgeber von Z._____. Eine Empfehlung des Klägers habe "in keiner Art und Weise" vorgelegen (Prot. I S. 40). - Auch die Zeugin ZW._____ bestätigte, dass sie der Dentalhygienikerin Z._____ gefolgt sei. Der Kläger habe keine entsprechende Empfehlung abgegeben. Für sie sei "die Dentalhygiene" entscheidend gewesen, weil sie Zahnfleischentzündungen habe (Prot. I S. 48 f.). - Die Zeugin ZX._____ war seit Jahrzehnten Patientin des Klägers. Aus der "zahnärztlichen Freundschaft" sei eine menschliche geworden. Nun sei sie bei Dr. W._____ und Dr. AA._____ in Behandlung. Zu Dr. W._____ sei sie wegen der Dentalhygienikerin Z._____ gekommen. Dieser habe sie dann wegen Kieferproblemen zu Dr. AA._____ weiterverwiesen (Prot. I S. 83 f.). Der Kläger habe ihr allerdings ca. im Jahre 2004, als sie ihn "noch einmal angefragt" habe, Dr. W._____ empfohlen

- 23 - len. Sie brauche einen Spezialisten für Kieferprobleme. Dr. W._____ habe dann eine Knochentransplantation empfohlen, die "vor zwei Monaten" (d.h. wohl zu Beginn des Jahres 2005) vorgenommen worden sei. Auf die Frage, weshalb sie sich nicht von der Beklagten habe behandeln lassen, wies die Zeugin im Rahmen ihrer Befragung einigermaßen entrüstet darauf hin, dass sie von der Beklagten in der Praxis "nie" begrüsst worden sei; das habe sie "vollkommen genervt". Da sie ohnehin eine Spezialbehandlung benötigt habe, habe sie sich auch nicht mehr von der Beklagten behandeln lassen wollen, denn diese sei keine Kieferspezialistin. Die Tochter der Zeugin, die mit der Beklagten bekannt oder befreundet sei, lasse sich aber nach wie vor von der Beklagten behandeln (Prot. I S. 84 f.). - Auch die im Jahre 1921 geborene Zeugin ZY._____ gab zu Protokoll, dass sie der Dentalhygienikerin Z._____ in die Praxis Dr. W._____ gefolgt sei. Eine Frau als Zahnärztin akzeptiere sie nämlich nicht; sie sei eben "komisch". Der Kläger habe gar nicht gewusst, dass die Zeugin nun Patientin von Dr. W._____ sei (Prot. I S. 152 f.). - Der Zeuge Dr. W._____ bestätigte, dass etwa 15 - 20 Patienten aus der Praxis des Klägers zu ihm gewechselt hätten. Sie seien alle der Dentalhygienikerin Z._____ gefolgt. Hätte Frau Z._____ nicht bei ihm gearbeitet, wären alle diese Patienten nicht zu ihm gekommen. Es sei ein bekanntes Phänomen, dass Patienten der Dentalhygienikerin die Treue hielten. Bei der Dentalhygienikerin seien die Patienten nämlich drei bis viermal pro Jahr. Die Beziehung sei daher ähnlich wie jene zum Coiffeur. Auch der Zeuge Dr. W._____ hat nach seinen Angaben schon Patienten verloren, weil eine Dentalhygienikerin von ihm wegging. Bekannt sei ihm allerdings, dass Dr. V._____ für den Kläger schon früher Implantate gemacht habe. Von keinem Patienten habe er gehört, dass der Kläger ihm empfohlen habe, die Praxis zu wechseln (Prot. I S. 104 - 110).

- 24 -

E. 5.5.2

Es gab auch ehemalige Patienten des Klägers, die zum Zahnarzt Dr. V._____ wechselten: - Die Zeugin ZZ._____ liess sich nur unter Protest vernehmen (Prot. I S. 43 f.). Dann führte sie aus, sie sei bei Dr. V._____ in Behandlung. Für Dr. V._____ habe sie sich erst entschieden, nachdem sie ihn zuvor einmal besucht habe. Ihn habe sie auf Grund des Telefonbuchs gefunden, weil sie dort einen Parodontologen gesucht habe. Dieser Zahnarzt sei ihr übrigens schon vor Jahren einmal vom Kläger genannt worden, weil der Kläger keine Implantate mache (Prot. I S. 45 oben). Die Zeugin gab überdies zu Protokoll, sie sei von der Beklagten enttäuscht gewesen, weil diese sich nie bei ihr vorgestellt habe. Daher sei sie

zum Schluss gekommen, sie sei als Patientin nicht erwünscht (Prot. I S. 48). - Seit dem Rückzug des Klägers aus dem Berufsleben ist auch die Zeugin ZAA._____ bei Dr. V._____ in Behandlung. Der Arzt sei ihr vom Kläger empfohlen worden, weil er für Implantate spezialisiert sei, führte die Zeugin aus. Sie habe sich zwar schon im Jahre 1999 von der Beklagten behandeln lassen. Die Beklagte sei der Zeugin aber als zu nervös und kompliziert erschienen. Einmal habe ihr die Beklagte gesagt, sie brauche eine Pause. Die Zeugin möge in zwei Stunden wieder kommen. Und ein anderes Mal habe ihr die Beklagte lediglich eine Notfalladresse gegeben, als sie sie habe in Anspruch nehmen wollen. Das sei in Zusammenhang mit einem Abszess gestanden, der nach Auffassung der Zeugin von der Beklagten nicht sachgemäss behandelt wurde. Im Zusammenhang mit einem Abszess fühlte sich die Zeugin einmal von der Beklagten sogar falsch behandelt (Prot. I S. 156). Die Zeugin sei einige Male deswegen bei der Beklagten gewesen, "aber es wurde nicht besser". Der Notfallzahnarzt auf dem Flughafen, an den die Zeugin von der Beklagten schliesslich vor der Abreise in die Ferien verwiesen worden sei, habe dann einen Abszess entdeckt und ihn aufgeschnitten, worauf die Schmerzen verschwunden seien. Dem Kläger habe sie darauf gesagt, dass sie kein Vertrauen zur Beklagten mehr habe (Prot. I S. 156).

- 25 - - Die Zeugin ZAB._____ wechselte zu Dr. V._____, weil auch ihr Ehemann sich von ihm behandeln lässt. Ihr Mann sei seinerzeit wegen Implantaten vom Kläger zu Dr. V._____ überwiesen worden, führte die Zeugin aus (Prot. I S. 160f.). - Auch die Zeugin ZAC._____ wurde vom Kläger wegen einer Implantatbehandlung Dr. V._____ überwiesen. Sie lässt sich heute aber von der Beklagten behandeln (Prot. I S. 89 f.). Sie wies darauf hin, es habe sie seinerzeit irritiert, "dass der Übergang von Dr. A._____ zu Frau Dr. B._____ einfach plötzlich so war". Im Normalfall werde man ja über einen solchen Vorgang orientiert. Anlass zu einem Praxiswechsel habe sie nicht gehabt. Sie sei zufrieden gewesen, wie sie von beiden Seiten behandelt worden sei (Prot. I S. 90). Zwei Patientinnen haben zu Dr. AB._____ gewechselt: - Die Zeugin ZAD._____ war über 20 Jahre lang Patientin des Klägers. Sie lässt sich heute auf Empfehlung ihrer Tochter von Dr. AB._____ behandeln. Die Beklagte, monierte die Zeugin, habe ihr gegenüber nie Interesse bekundet, "neue Kundschaft zu behandeln". Allerdings sei der Ehemann der Zeugin bei der Beklagten verblieben (Prot. I S. 111). - Auch die Zeugin ZAE._____ ist nun Patientin bei Dr. AB._____. Sie sei eine der letzten Patientinnen gewesen, die von Dr. A._____ behandelt worden seien, führte sie aus. Sie habe nämlich eine sehr komplizierte Wurzelbehandlung gehabt und sei daher von Dr. A._____ an den Wurzel spezialisten Dr. AB._____ überwiesen worden. In der Folge sei sie dort geblieben (Prot. I S. 118). Eine weitere Patientin hat zu Dr. AC._____ gewechselt: - Die Zeugin ZAF._____ ist ihrer Dentalhygienikerin zu Dr. AC._____ gefolgt (Prot. I S. 92f.). Es sei nicht der Kläger gewesen, der zu diesem Praxiswechsel geraten habe. Die Zeugin gibt an, nicht einmal zu wissen, ob der Kläger die Praxis Dr. AC._____ kennt (Prot. I S. 94). Die Zeugin habe die Beklagte zwar einmal gesehen. Wegen einer Füllung

- 26 - habe sie aber einmal sehr lange warten müssen. Sie habe sich auch sehr unpersönlich behandelt gefühlt. Im Gegensatz zu früher seien "die Fräuleins ... alle nicht sehr freundlich gewesen" (Prot. I S. 94). Eine Patientin ist heute nicht mehr bei einem Zahnarzt, sondern bei einer Dentalhygienikerin in einer andern Zahnarztpraxis in Behandlung: - Die in AD._____ wohnende Zeugin ZAG._____ führte aus, dass sie sich nun von der Dentalhygienikerin AE._____ "bei uns im Dorf" behandeln lasse. Seit der Kläger mit seiner Berufstätigkeit aufgehört habe, habe sie sich nicht mehr zahnärztlich behandeln

lassen. Bei Bedarf rufe ihre Dentalhygienikerin denjenigen Zahnarzt, in dessen Praxis sie arbeite. Auf die Frage, warum sie nicht weiterhin Patientin in der Praxis der Parteien sei, antwortete die Zeugin einigermaßen entrüstet, dazu sei sie nicht verpflichtet. "Dasselbe" sei bei ihrem Gynäkologen. Auch er habe gesundheitshalber mit der Berufsarbeit aufhören müssen, und dann sei sie nicht mehr in die Praxis gegangen, "wo ich jahrelang hinging". Da habe sie eben "gewechselt". Mit der Praxis der Parteien sei es ihr "ganz ähnlich ergangen". Der Kläger habe im Übrigen, als sie ihn gefragt habe, wohin sie gehen solle, wenn er aufhöre, gesagt: "Ich habe eine Nachfolgerin, kein Problem, Ort bleibt derselbe". Der Kläger habe ihr überdies auch gesagt, er habe eine "gute Nachfolgerin" gefunden. Und als die Zeugin nach der Adresse von "guten Parodontologen" gefragt habe, habe der Kläger zunächst gezögert. Auf ihre "bohrende Frage" seien ihr dann vielleicht drei Namen genannt worden, darunter Dr. AF. _____ am ...platz. Dort sei sie gerade ein- bis zweimal gewesen, bis "sich eben das mit unserem Dorf ergeben" habe. Parodontose sei ein Problem, das sie, die Zeugin, seit jungen Jahren habe. Der Kläger habe wohl (bezogen auf die Beklagte) gesagt, er habe eine "gute Nachfolgerin" gefunden. Als es aber dann "wirklich konkret" geworden sei, habe sie sich bei der Beklagten nicht wohlfühlt. Nachdem sie die Beklagte einmal zufällig in der Praxis gesehen habe und man ihr gesagt habe, das sei nun die neue Zahnärztin, habe sie sich

- 27 - gesagt: "Das ist nichts für mich". Erst dann habe sie den Kläger nach der Adresse von andern Zahnärzten gefragt (Prot. I S. 95-99). Ein Patient wechselte zu Dr. AG. _____: - Der Zeuge ZAH. _____ hat vom Kläger zu Dr. AG. _____ gewechselt. Dr. AG. _____ sei nämlich sein behandelnder Zahnarzt gewesen, als dieser noch in der Praxis des Klägers gearbeitet habe (Prot. I S. 126- 129).

E. 5.5.3

Im Beweisverfahren wurden durchaus auch solche Zeuginnen (allerdings mit dem Fokus auf die Patientenakten) vernommen, die sich nach dem Weggang des Klägers von der Beklagten behandeln liessen. - So liess sich die Zeugin ZAI. _____ nach dem Weggang des Klägers von der Beklagten behandeln. Gleiches bestätigte die Zeugin auch für ihren Ehemann und ihre Tochter. Ihre Familie sei "ganz automatisch" bei der Beklagten in der Behandlung geblieben. Das sei für sie kein Problem gewesen. Sie könne nicht verstehen, dass sie nun als Zeugin vernommen werde und dass der Vorwurf komme, "wir hätten irgendetwas abgemacht" (Prot. I S. 51-53). - Die Zeugin ZAJ. _____ liess sich ein einziges Mal vom Kläger behandeln, weil ihr langjähriger Zahnarzt aus gesundheitlichen Gründen die Praxis aufgegeben habe. Der Kläger habe sie dann untersucht und sie gefragt, "ob es mir nicht gleich wäre, zu seiner jungen Partnerin zu gehen". Dann habe sie sich von der Beklagten behandeln lassen; es sei in der Folge zu zwei grösseren Behandlungen gekommen (Prot. I S. 121-123). - Die Zeugin ZAK. _____ liess sich seit dem Jahre 1970 vom Kläger behandeln. Seit seinem Weggang lässt sie sich von der Beklagten behandeln (Prot. I S. 114-117).

- 28 - - Gleiches gilt für die Zeugin ZAL. _____: Sie war während fast 30 Jahren Patientin des Klägers und wechselte dann nach seinem Weggang zur Beklagten (Prot. I S. 124-126). - Der Zeuge ZAM. _____ ist selber von Beruf Zahnarzt und liess sich vom Kläger während zehn oder 15 Jahren behandeln. Nach dem Weggang des Klägers wechselte er zur Beklagten (Prot. I S. 130-134). - Auch die Zeugin ZAC. _____ blieb nach dem Weggang des Klägers bei der Beklagten in Behandlung, wiewohl sie zuvor einmal vom Kläger wegen eines Implantates zu Dr. V. _____ verwiesen worden war. Sie fand allerdings, dass sie von

den Parteien über den Arztwechsel nur ungenügend orientiert worden sei (vgl. oben E. 5.5.2).

E. 5.5.4

Keine aussagekräftige Darlegungen vermochten die Zeuginnen ZAN._____ und ZT._____ zu machen (Prot. I S. 85-88; Prot. I S. 101-103).

E. 5.5.5

Im Laufe des umfangreichen vorinstanzlichen Beweisverfahrens wurden 21 Patientinnen als Zeuginnen vernommen; sie sind mit zwei Ausnahmen (Zeugen ZAH._____ und ZAM._____) alles Frauen. Es fällt auf, dass die meisten dieser Zeuginnen im Jahre 2001 nicht mehr jung waren. Im Einzelnen ergibt sich Folgendes:

- 29 - Zeugin Prot. I S. Jahrgang ZU._____ 35 1956 ZV._____ 38 1934 ZZ._____ 42 1931
ZW._____ 47 1950 ZAI._____ 51 1934 ZX._____ 81 1934 ZAN._____ 85 1939
ZAC._____ 88 1938 ZAF._____ 92 1927 ZAG._____ 95 1940 ZT._____ 101 1938
ZAD._____ 110 1929 ZAK._____ 114 1946 ZAE._____ 117 1954 ZAJ._____ 121 1936
ZAL._____ 124 1936 ZAH._____ 126 1943 ZAM._____ 130 1936 ZY._____ 151 1921
ZAA._____ 154 1940 ZAB._____ 159 1935 durchschn. Jahrgang 1937.95 Die im Laufe des Beweisverfahrens vernommenen Patientinnen des Klägers waren im Jahre 2001 durchschnittlich bereits ca. 63 Jahre alt, mithin im Durchschnitt etwa acht Jahre jünger als der Kläger bzw. 30 Jahre älter als die Beklagte. Die Beklagte war mithin eine Generation jünger als die meisten der früheren Patientinnen des Klägers.

E. 5.5.6

Als Zeuginnen wurde auch medizinisches Personal der Praxis der Parteien vernommen: - Die Zeugin ZAO._____ ist seit Februar 2001 Dentalassistentin bei der Beklagten und mit ihr befreundet. Für den Kläger hat sie nie gearbeitet. Die Behauptung der Beklagten, der Kläger habe Patienten gesagt, die Beklagte habe kein Interesse daran, die Zähne ihrer Patienten zu erhalten, vermochte die Zeugin allerdings nicht zu bestätigen. Richtig sei, dass sie Überweisungen von Patienten an andere Zahnärzte haben vornehmen müssen, namentlich wegen Implantaten und parodontologischen Problemen (Prot. I S. 25ff.).

- 30 - - Die Zeugin J._____ begann ihre Lehre als Dentalassistentin in der Praxis des Klägers und wurde in der Folge von der Beklagten als Lehrtochter übernommen. Heute arbeitet sie nicht mehr bei der Beklagten. Der Kläger habe durchaus gesagt, dass junge Zahnärzte die Zähne nicht erhalten wollten. Das habe er aber allgemein gemeint und nicht auf die Beklagte bezogen. Für Implantate habe der Kläger die Patienten meistens in eine andere Praxis überwiesen. Den Patienten habe der Kläger gesagt, dass die Krone alsdann in jeder Praxis auf das Implantat gesetzt werden könne. Von keinem Patienten habe sie je gehört, dass der Kläger ihm die Empfehlung gegeben habe, anderswohin zur Behandlung zu gehen. Zu Beginn habe der Kläger versucht, seine Patienten der Beklagten vorzustellen. Diese habe aber ihrerseits den ganzen Tag Patienten gehabt. Die Patienten hätten jeweils warten müssen, oder die Beklagte habe die wartenden Patienten einfach vergessen. Darauf habe es dem Kläger ein bisschen "abgelöscht". Es habe auch Patienten gehabt, die gesagt hätten, sie kämen nur solange, als der Kläger noch arbeite (Prot. I S. 54-69). - Auch die Zeugin ZAP._____ war Dentalassistentin in der Praxis der Parteien (Prot. I S. 70-81). Die Zeugin führte aus, in etwa fünf bis sechs Fällen habe sie gehört, dass der Kläger Patienten gesagt habe, junge Zahnärzte hätten kein Interesse daran, die Zähne zu erhalten; die Na-

men dieser Patienten wisse sie aber nicht mehr (Prot. I S. 74 f.). Dadurch habe er den Patienten vermittelt, dass die Beklagte zu jung sei und dass sie eine andere "Philosophie" als der Kläger habe. Der Kläger vertrete eben eine andere "Philosophie" als die Beklagte; das sei aber eine Interpretation der Zeugin persönlich (Prot. I 73 f.). Empfohlen worden sei den erwähnten Patienten vom Kläger jeweils der Zahnarzt Dr. V._____.

- 31 -

E. 5.6

Es gibt keine Hinweise dafür, dass die vernommenen Zeugen wissentlich die Unwahrheit sagten, weshalb es unter diesem Gesichtspunkt auch keinen Anlass gibt, nicht auf ihre Aussagen abzustellen. Würdigt man die Beweise, so lassen sich die von der Beklagten behaupteten Vertragsverletzungen des Klägers im Sinne von Abwerbungsmassnahmen usw. nicht erhärten, und schon gar nicht solche in dem von der Konventionalstrafe erfassten Zeitraum nach dem 19. Juli 2001, d.h. in der allerletzten Phase der Zusammenarbeit der Parteien, in dem die Klausel betreffend die Konventionalstrafe überhaupt greift. Die Beklagte beruft sich denn auch auf ihr Kündigungsschreiben an den Kläger vom 21. Juni 2001 (act. 72/4), in welchem sie ihm Zuwiderhandlungen gegen den Patientenübernahmevertrag vorwirft; diese Abmahnung hilft aus Zeitgründen für die am 19. Juli 2001 vereinbarte Konventionalstrafe nichts, belegt aber, dass die Beklagte schon längst vor dem 19. Juli 2001 gegenüber dem Kläger Misstrauen hegte und dass Vorfälle passiert sein müssen, welche von der Beklagten – ob zu Recht oder zu Unrecht – als Vertragsverletzungen gewertet wurden. Die im Beweisverfahren beleuchteten Übertritte von Patienten zu andern Zahnärzten hängen damit zusammen, dass die Patienten einer Dentalhygienikerin folgten, namentlich der Dentalhygienikerin Z._____, die in Dr. W._____ einen neuen Arbeitgeber gefunden hatte (Zeuginnen ZU._____, ZV._____, ZX._____, ZY._____; vgl. auch Zeuge Dr. W._____, der von 15 bis 20 Patienten spricht). Gleiches gilt auch für die Zeugin ZAF._____, die ebenfalls ihrer Dentalhygienikerin zu ihrem neuen Zahnarzt Dr. AC._____ folgte, sowie für die im Jahre 1927 geborene Zeugin ZAG._____, die eine Dentalhygienikerin an ihrem Wohnort fand. Soweit der Kläger Patienten anderen Zahnärzten überwies, liegen nach dem Ergebnis des Beweisverfahrens plausible medizinische Beweggründe vor. Fest steht, dass der Kläger schon seit Jahren Patienten für Implantate an Dr. V._____ überwies (Zeuginnen ZZ._____, ZAA._____, ZAB._____, Zeuge Dr. W._____). Von Dr. V._____ ist namentlich zu sagen, dass er ein bewährter Parodontologe ist, mit dem der Kläger schon in früheren Zeiten zusammengearbeitet hatte, namentlich wenn einem Patienten ein Implantat eingesetzt werden musste (so auch

- 32 - die Dentalassistentin J._____ in Prot. I S. 61). Im Verhältnis zu seinen Patienten stand dem Kläger für Empfehlungen in dieser Hinsicht ein sehr weites Ermessensspielraum zu; anders wäre eine verantwortungsvolle, das Vertrauen der Patienten in Anspruch nehmende ärztliche Betreuung nicht möglich. Zu Recht hat denn auch die Vorinstanz in diesem Zusammenhang keine Vertragsverletzungen des Klägers festgestellt (act. 175 S. 7-12). Im Gegenteil wurde von Zeuginnen wiederholt bekundet, dass der Kläger keine Empfehlungen für andere Zahnärzte abgegeben habe (Zeuginnen ZU._____, ZV._____, ZW._____, Dr. W._____, ZAF._____) bzw. dass er die Empfehlung abgegeben habe, bei der Beklagten zu bleiben (Zeugin ZAJ._____), bzw. Drittärzte nur auf "bohrende Frage" der Patientin genannt habe (Zeugin ZAG._____). Für gewisse Zeugen war es auch ganz selbstverständlich, dass sie bei der Beklagten blieben (Zeuginnen ZAI._____,

ZAK._____, ZAL._____, ZAC._____, ZAM._____. Es sind mithin keine konkreten Hinweise ersichtlich, die auf Abwerbungsempfehlungen des Klägers schliessen liessen. Darüber hinaus hat das Beweisverfahren in den Fällen der Patientinnen ZX.____ (vgl. Prot. I S. 84), ZZ.____ (vgl. Prot. I S. 48), ZAA.____ (vgl. Prot. I S. 156), ZAD.____ (vgl. Prot. I S. 111), ZAF.____ (Prot. I S. 94) und ZAG.____ (Prot. I S. 95-99) gar ergeben, dass das Verhalten der Beklagten den Patientinnen gegenüber von diesen als abweisend, ja teilweise geradezu als un- angenehm oder unfreundlich empfunden wurde, was für die Patientinnen ein Mo- tiv war, sich von der Beklagten abzuwenden. Die Zeugin ZAA.____ verlor so- dann wegen eines vermeintlichen Behandlungsfehlers das Vertrauen in die Be- klagte. Die Zeugin ZY.____ lehnt aus grundsätzlichen Überlegungen eine Frau als Zahnarzt ab. Und die Zeugin ZAG.____ hat den Wechsel in eine andere Pra- xis sehr selbstbewusst vollzogen, weil sie sich in keiner Weise an die frühere Pra- xis des Klägers gebunden fühlt. Gleiches ergibt sich sodann auch aus den Darle- gungen der Zeugin ZAF.____, welche die Behandlung durch die Beklagte als sehr unpersönlich empfand (Prot. I S. 94). Dass die Beklagte an gewissen Patienten des Klägers – jedenfalls teilweise – nur ein sehr zurückhaltendes Interesse an den Tag legte, bezeugte auch die

- 33 - damalige Lehrtochter J.____ als Zeugin durch ihre Sachdarstellung, dass der Kläger es "am Anfang manchmal" versucht habe, der Beklagten die Patienten vorzustellen. Die Beklagte habe aber jeweils die Patienten warten lassen, und manchmal habe die Beklagte die wartenden Patienten gar einfach vergessen. Dem Kläger habe es darauf nach der Einschätzung der Zeugin "ein bisschen ab- gelöscht" (Prot. I S. 69). Ferner berichtet sie über Fälle, in denen die Patienten gesagt hätten, sie wollten den Zahnarzt wechseln, weil die Chemie zwischen ihnen und der Beklagten nicht stimme (Prot. I S. 63f.). Richtig ist, dass die Zeugin J.____ den Fall einer Patientin erwähnt, bei der der Kläger es der Patienten freigestellt habe, den Implantataufbau bei der Beklag- ten oder andernorts machen zu lassen. Er habe zwar gesagt, dass die Beklagte diese Arbeit gerne machen würde, aber "es komme nicht darauf an" (Prot. I S. 62). Vorgeworfen werden kann dem Kläger diese Haltung unter dem Gesichts- punkt seiner Pflichten als Arzt allerdings nicht. Unter dem Gesichtspunkt des Ver- trages der Parteien ist entscheidend, dass der Kläger darauf hinwies, das die Be- klagte den Zahnaufbau gerne machen würde. Die beiden Dentalassistentinnen ZAP.____ und J.____ haben als Zeuginnen immerhin bestätigen können, dass der Kläger sich mehrfach Patienten gegenüber in dem Sinne geäussert habe, dass "allgemein die jungen Zahnärzte die Zähne weniger erhalten wollten als die älteren" (Prot. I S. 72). Während die Zeugin ZAP.____, diese Aussagen auf die Beklagte bezogen verstand (Prot. I S. 73), verstand das die Zeugin J.____ aller- dings nicht in diesem Sinne (Prot. I S. 59 unten). Auch die Zeugin ZAP.____ be- schrieb diese Haltung als "Philosophie" (Prot. I S. 73), wobei ihr zunächst keine konkreten Namen von betroffenen Patienten in den Sinn kamen (Prot. I S. 74). Erst auf hartnäckiges Nachfragen nannte sie die Patientinnen ZU.____ und AH.____ (Prot. I S. 80 f.). Die Zeugin ZU.____ vermochte allerdings diesen Vorgang nicht, ja "überhaupt nicht", zu bestätigen (Prot. I S. 37); auch sie ist nach ihren Angaben lediglich der Dentalhygienikerin Z.____ "nachgereist" (Prot. S. 37). Die Patientin AH.____ wurde nicht als Zeugin befragt; ob sie das Verhalten gleich empfand, wie das die Zeugin ZAP.____ tat, muss daher offen bleiben. Immerhin ist es denkbar, dass auch bei Zahnärzten verschiedene Berufsphiloso- phien vorhanden sind, was teilweise durchaus auch eine Generationenfrage sein

- 34 - mag. Offensichtlich ist immerhin, dass der Kläger – im Gegensatz zur Beklagten – zur Generation der meisten seiner Patientinnen gehörte, die in gewissen Belangen eher die Weltanschauung des Klägers gehabt haben mochten, als jene der Beklagten. Nicht auszuschliessen ist, dass dies auch in Gespräche seinen Niederschlag gefunden hat. Gleichwohl liegt darin allein noch keine Abwerbungs- handlung und damit auch keine Vertragsverletzung.

E. 5.7

Insgesamt haben sich die Vorwürfe der Beklagten an die Adresse des Klägers, wonach der Kläger die Patienten vertragswidrig andern Zahnärzten zugeführt, ja die Patientenüberführung geradezu sabotiert habe, als blosser Luftblasen erwiesen. Denkbar ist, dass die verschiedenen – möglicherweise auch generationenbedingten – Berufsauffassungen die Beziehungen zwischen den Parteien erschwert haben, wie das offensichtlich auch zwischen der Beklagten und gewissen älteren Patientinnen der Fall war. Sicher ist, dass der Kläger seine Praxismachfolgerin seinen Patienten immer wieder – wenn auch nicht überschwänglich – empfohlen hat. Umgekehrt hat das Beweisverfahren aber auch deutlich ergeben, dass die Beklagte nicht stets so auf die Patientinnen des Klägers zugegangen ist, wie das von diesen gegenüber jener Zahnärztin erwartet wurde, welche die Nachfolge des Klägers antreten sollte. Dazu kommt, dass die Patientinnen des Klägers offensichtlich eher zur älteren Generation gehörten. Die vernommenen 21 Patientinnen weisen einen durchschnittlichen Jahrgang 1938 auf, wogegen der Kläger im Jahre 1930 und die Beklagte im Jahre 1968 geboren wurde. Unter diesem Gesichtspunkt standen sich wohl viele der ehemaligen Patientinnen des Klägers tiefer näher als der Beklagten. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass unter dem Gesichtspunkt der von der Beklagten behaupteten Abwerbungen keine Vertragsverletzungen des Klägers zu verzeichnen sind.

E. 5.8

Im Sinne einer Eventualerwägung sei hier sodann festgehalten, dass es auf das Ergebnis dieses Beweisverfahrens in diesem Punkte aber so oder anders schon aus rechtlichen Gründen nicht ankommen kann: Selbst wenn Vorfälle im Sinne der Vorwürfe der Beklagten für den Zeitraum nach dem 19. Juli 2001 nachgewiesen wären, könnten solche Vorfälle keinen Anknüpfungspunkt für die Fest-

- 35 - setzung einer Konventionalstrafe bilden. Auf Grund der Akten lässt sich nämlich schliessen, dass die Beklagte auf die Geltendmachung von Vertragsverletzungen in diesem Zusammenhang überhaupt verzichtet hat: - Mit ihrem Brief vom 23. Oktober 2001 (act. 16/12) verlangte sie vom Kläger die "vollständige Rückgabe aller Sachen" und wies in diesem Zusammenhang darauf hin, dass "die Bedingungen für die zweite Zahlung z. Zt. [= zur Zeit] nicht erfüllt sind"; Vertragsverletzungen durch Abwerbmassnahmen fallen nicht darunter. Aus der Wendung "zur Zeit" lässt sich sodann mit Fug ableiten, dass nach Erfüllung der in act. 16/12 formulierten Bedingungen die noch ausstehende Zahlung geleistet werde. Der Brief schliesst denn auch mit der Wendung, dass es dem Kläger "absolut frei" stehe, "die Bedingungen zu erfüllen". Auch daraus kann abgeleitet werden, dass am 23. Oktober 2001 (d.h. nach dem Austritt des Klägers aus der Praxis) für die Beklagte in dem hier interessierenden Zusammenhang kein Problem mehr bestand. Namentlich wird auf keine Vertragsverletzungen hingewiesen (die sich nach dem 19. Juli 2001 hätten ereignen müssen). - Mit Schreiben vom 7. November 2001 (act. 16/13) übersandte die Beklagte dem Kläger eine "Liste der fehlenden Karten". Ferner forderte sie "das

D._____ " zurück und fügte an, sie werde, "auf keine von Dir gestellte Forderungen nicht mehr eingehen, solange Du nicht wieder alles in Ordnung bringst". Auch daraus ist zu schliessen, dass die An- sprüche des Klägers nicht aus andern Gründen in Frage zu stellen sind, namentlich im Zusammenhang mit den ihm vorgeworfenen Ab- werbungen. Die Beklagte beschränkte ihre Vorwürfe vielmehr auf die fehlenden Karten und "das D._____".

6. Die "Entwendung" von Patientenkarten: Stand auf Grund der bisherigen Ak- ten 6.1. Das Obergericht ist in seinem ersten Urteil zum Schluss gekommen, dass Gründe des Datenschutzes den Kläger berechtigt hätten, Patientendaten zurück- zubehalten. Dem hält das Bundesgericht entgegen, dass bei Praxisübergaben

- 36 - den Anforderungen des Persönlichkeits- und Datenschutzes ohne weiteres ent- sprochen werden könne, wenn der die Praxis veräussernde Arzt genügend Zeit zur Verfügung habe, um seinen Patientinnen und Patienten die beabsichtigte Pra- xisübergabe anzuzeigen und die Weisungen zur Behandlung der Daten und bzw. ihre Einwilligung zur Weitergabe der Krankengeschichte an einen Nachfolger ein- zuholen. Ein Veräusserer einer Praxis, der sich vorbehaltlos zur Übertragung der gesamten Patientenakten verpflichtet, übernehme damit auch implizit die Ver- pflichtung, alles zu unternehmen, um die Zustimmung der Patienten zur Übertra- gung auf den Übernehmer der Praxis einzuholen (Erw. 5.1). Aus dem obergericht- lichen Urteil vom 21. August 2007 ergebe sich, dass der Kläger die Patientenak- ten seiner engsten Freunde, seiner direkten Verwandten, der säumigen Zahler sowie jener Patienten, die das Zahnarztthonorar jeweils mit Schwarzgeld bezahlt hätten, zurückbehalten habe (Erw. 5). Entsprechend habe sich der Kläger gar nicht um die Einholung von Zustimmungen der Patienten bemüht. Darin liegt nach der Auffassung des Bundesgerichts eine Pflichtverletzung, die geeignet ist, die Konventionalstrafe gemäss Ziff. 3.2 der Vereinbarung vom 19. Juli 2001 auszulö- sen (Erw. 5.2). Davon ist grundsätzlich auszugehen. Allerdings trägt das Bundes- gericht dem Obergericht auf, den Sachverhalt in dem Sinne zu ergänzen, dass sich beurteilen lässt, ob eine Konventionalstrafe von Fr. 340'000.00 als übermäs- sig anzusehen ist oder nicht (act. 245 E. 7.2). Für das Obergericht verbindlich hält das Bundesgericht fest, dass die Verweigerung der Herausgabe von Patientenak- ten durch den Kläger eine Verletzung seiner Vertragspflichten darstelle (act. 245 E. 5.2).

6.2. Der Kläger räumt im Prozess in der Tat ein, dass er die Patientenakten sei- ner engsten Freunde sowie jene mit besonders "delikatem Inhalt", d.h. die Akten von Patienten, die ihre Zahnarztthonorare mit Schwarzgeld bezahlt hätten, zu- rückbehalten habe (act. 34 S. 34; act. 201 S. 4). Mehr oder weniger in diesem Sinne bescheinigte er am 16. Oktober 2001 der Beklagten schriftlich, dass er über keine Patientenkarten mehr verfüge, "ausgenommen sind direkte Verwandte (nur 1999 und früher) und säumige Zahler (nur 1999 und früher)" (act. 16/10). Die Be- klagte bestätigt dies mit ihrem prozessual zwar verspäteten Hinweis (vgl. § 114

- 37 - ZPO/ZH) in der Beweisantretungsschrift (vgl. act. 71 S. 4), dass der Kläger auch die Akten seiner Familienangehörigen zurückbehalten habe.

6.3. Streitig ist, wie viele und welche Patientenkarten der Kläger der Beklagten vertragswidrig nicht übergeben hat. Wegen des Novenverbotes (vgl. § 114 ZPO/ZH) sind in erster Linie die Darlegungen der Parteien im erstinstanzlichen Hauptverfahren von Belang.

6.3.1. Die Patientenkarten und ihre Übergabe thematisierte im Prozess erstmals die Beklagte, und zwar mit ihrer Klageantwort vom 4. Oktober 2002 (act. 14). Dort wies sie darauf hin, dass der Patientenstamm von 2'600 Patienten den Hauptwert des Kaufobjektes bildete. In diesem Sinne hätten die Parteien mit Ziff. 5 ihres Kaufvertrages die Übertragung der gesamten

Patientenkartei auf die Beklagte vereinbart (act. 14 S. 4 Rz 10 und 11). Die Beklagte trägt vor, sie habe am 4. Oktober 2001 gemerkt, dass unter anderem Patientenkarten fehlten (act. 14 S. 8 Rz 28). Mit Schreiben vom 9. Oktober 2001 forderte sie in der Folge den Kläger unter Hinweis auf Art. 5 des Kaufvertrages auf, "sämtliche entwendeten Sachen bis und mit dem 17.10.01, 16 Uhr, vollständig zurückzubringen" (act. 16/8). Fest steht, dass der Kläger am 17. Oktober 2001 in der Praxis der Beklagten erschien und in Anwesenheit der Lehrtochter J._____ Unterlagen retournierte (act. 14 S. 9 Rz 30, act. 19 S. 36). Die Beklagte verweist sodann auf das Schreiben ihres heutigen Ehemannes vom 23. Oktober 2001, mit dem mitgeteilt wurde, dass "die Bedingungen für die zweite Zahlung z. Zt. nicht erfüllt sind" (act. 14 S. 10 Rz 31 mit Hinweis auf act. 16/12). Und weiter verweist sie auf ihr eigenes Schreiben an den Kläger vom 7. November 2001, mit dem sie ihm "die Liste der noch fehlenden Karten" übermittelte. Solange er nicht "alles in Ordnung bringe", werde sie "auf keine von Dir gestellte Forderungen nicht mehr eingehen" (act. 16/13). Nach der von der Beklagten in der Klageantwort vorgenommenen Auslegung heisst das, dass die "Rückgabe der noch fehlenden Patientenunterlagen" erfolgen müsse, "ansonsten die letzte Kaufpreisrate nicht bezahlt würde" (act. 14 S. 10 Rz 31). Damit steht fest, dass die Beklagte die Frage, ob sie eine Konventionalstrafe in Anspruch nehmen wollte, einzig vom Verhalten des Klägers nach Empfang des Schreibens der Beklagten vom 7. November 2001 abhängig machte.

- 38 - 6.3.2. Unter dem hier interessierenden Gesichtspunkt der fehlenden Patientenkarten kommt es daher darauf an, welche Patientenkarten die Beklagte mit der Beilage zu ihrem Schreiben vom 7. November 2001 (act. 16/13) als immer noch fehlend monierte. Das liessen beide Parteien während des ganzen erstinstanzlichen Verfahrens offen; ihre Sachdarstellung blieb damit unvollständig. Mit Beschluss vom 13. März 2007 (act. 209, Dispositiv-Ziff. 3) wurde den Parteien gestützt auf § 55 ZPO/ZH aufgegeben, dem Gericht die im Brief der Beklagten an den Kläger vom 7. November 2001 (act. 16/13) erwähnte Liste einzureichen. In der Folge haben die Parteien das exakt gleiche Dokument eingereicht (act. 212 = act. 217), das 28 Patientennamen enthält. Der Kläger bemerkte allerdings dazu, auf seinem Aktenexemplar finde sich sein eigener handschriftlicher Vermerk "alles schon längst zurück". Er verweist in diesem Zusammenhang an seinen Brief an die Beklagte vom 10. November 2001 (act. 211 S. 4 mit Hinweis auf act. 16/15). Der Kläger schrieb der Beklagten damals: "Es befinden sich keine Karten von den auf der Liste aufgeführten Patienten in meinem Besitz (s. meine Bestätigung vom 16.10.01)". Bei der im Schreiben vom 10. November 2001 erwähnten "Bestätigung" handelt es sich um die vom 16. Oktober 2001 datierte und anlässlich des Praxisbesuches des Klägers vom 17. Oktober 2001 hinterlassene und einzig vom Kläger unterzeichnete Erklärung (act. 16/10). Dort bescheinigte der Kläger der Beklagten unter anderem, dass er über keine Patientenkarten mehr verfüge. Ausgenommen hievon seien einzig "direkte Verwandte (nur 1999 und früher) und säumige Zahler (nur 1999 und früher)". Allerdings erweiterte der Kläger im Laufe des Prozesses diese Zugabe, indem er darlegte, er habe seinerzeit auch die Patientenkarten der Schwarzzahler zurückbehalten (act. 201 S. 4; in der Replik wurden diese Karten als solche "mit besonders delikatsten Inhalten" umschrieben: act. 34 S. 34). Auch dabei ist der Kläger zu behaften. Allerdings hat er von den erwähnten Zugaben abgesehen, im erstinstanzlichen Hauptverfahren mit den erwähnten Vorbringen bestritten, die in der Liste act. 212 = act. 217 aufgeführten Patientenkarten zu sich genommen und nicht mehr zurückgegeben zu haben. Bei dieser Behauptungslage bleibt umstritten, ob der Kläger am 17. Oktober 2001 die Patientenkarten gemäss act. 212 = act. 217 zurückgegeben hat oder nicht.

- 39 - 6.4. Die Beklagte hat mit ihrer Beweisantragungsschrift eine Reihe von Patienten genannt, deren Patientenkarten vom Kläger nicht zurückgegeben worden sein sollen (act. 71 S. 3); diese Namen nannte die Beklagte im obergerichtlichen Verfahren erneut (act. 216 S. 24f.). Das ist prozessual unzulässig, weil diese Namen von der Beklagten nicht bereits im Hauptverfahren genannt wurden, wie das nach den massgeblichen Bestimmungen der Prozessordnung erforderlich gewesen wäre (§ 114 ZPO/ZH). Dazu kommt, dass die Beklagte dem Kläger am 7. November 2001 eine ganz andere Liste zustellte, nämlich die Liste gemäss act. 212 = act. 217 (act. 16/13). Das ist die massgebliche Liste. In ihrer allerletzten Rechtsschrift legte die Beklagte denn auch dar, dass sie die Liste gemäss act. 212 = act. 217 am 7. November 2001 erstellt habe, und zwar als "vervollständigte Liste der vom Kläger entwendeten und auch am 17. Oktober 2001 nicht zurückgebrachten Patientenkarten" (act. 379 S. 3). Damit können von vornherein solche Karten keine Rolle mehr spielen, die von der Beklagten in der Liste act. 212 = act. 217 nicht erwähnt wurden. Die Liste act. 212 = act. 217 wurde von den Parteien auf den Beschluss der Kammer vom 13. März 2007 hin (act. 209, Dispositiv-Ziff. 3) als diejenige Liste eingereicht, die von der Beklagten dem Kläger mit Schreiben vom 7. November 2001 (act. 16/13) zugestellt worden war. Diese Liste ist im Sinne von § 115 Ziff. 5 ZPO/ZH als massgebliche Liste entgegenzunehmen. Es ist dies im Übrigen diejenige Liste, die später von der Beklagten ausdrücklich als "vervollständigte Liste" bezeichnet wurde (act. 379 S. 3). 6.5. Der Beklagten wurde mit dem Beschluss der Kammer vom 13. März 2007 (act. 209, Dispositiv-Ziff. 2d) aufgegeben, die der Zeugin J._____ am 17. Oktober 2001 übergebene Kontrollliste (vgl. dazu auch unten Erw. 8.3.) einzureichen. Die Beklagte teilte hierauf mit, dass sie dazu nicht in der Lage sei, weil in diesem Zeitpunkt keine vollständige Liste existiert habe. Nach einer "umfassenden Kontrolle" sei dem Kläger dann die Liste gemäss Anhang zum Schreiben vom 7. November 2001 zugestellt worden (act. 216 S. 28), d.h. die bei den Akten liegenden Urkunden act. 212 = act. 217. 6.5.1. Mit der Beweisantragungsschrift vom 20. Januar 2004 (act. 71 S. 3) hatte die Beklagte im Prozess erstmals fehlende Patientenkarten konkret aufgelistet.

- 40 - Die Beweisantragungsschrift kann indessen nicht dazu dienen, fehlende Behauptungen nachzuschieben (§ 114 ZPO/ZH), zumal gemäss der eigenen Darstellung der Beklagten in der Klageantwort (act. 14 S. 10 Rz 31), der Liste gemäss Schreiben vom 7. November 2001 (= act. 212 = act. 217) die entscheidende Bedeutung zukommen sollte, und zwar mit der Massgabe, dass bei Fehlen der dort aufgeführten Karten die dritte Rate des Kaufpreises zurückgehalten würde (act. 71 S. 10). Eine Behauptung muss im erstinstanzlichen Hauptverfahren zumindest der Spur nach aufgestellt sein, damit sie nach dessen Abschluss noch präzisiert werden kann. Dies ist lediglich bezüglich des Schreibens der Beklagten an den Kläger vom 7. November 2001 (act. 16/13) der Fall, mit der auf die nunmehr bekannte Liste gemäss act. 212 = act. 217 verwiesen wurde. Die Beklagte tut nicht dar, weshalb sie befugt gewesen sein soll, entgegen § 114 ZPO/ZH mit der Beweisantragungsschrift eine weitere und andere "nicht abschliessende Liste" nachzuliefern. Mit ihrer allerletzten Rechtsschrift vom 18. November 2011 (act. 379 S. 3) rückt die Beklagte von diesem Standpunkt denn auch ab, indem sie dort darlegt, dass die von ihr am 7. November 2001 erstellte Liste act. 212 = act. 217 die "vervollständigte Liste der vom Kläger entwendeten und auch am 17. Oktober 2001 nicht zurückgebrachten Patientenkarten" darstelle (vgl. auch oben Erw. 6.4.). 6.5.2. Ein Vergleich der Liste gemäss Beweisantragungsschrift mit 36 Namen (act. 71 S. 3 f.) und jener, die dem Brief vom 7. November 2001 angeheftet war mit 28 Namen (act. 212 = act. 217), ergibt Folgendes: 25

Patientennamen finden sich auf beiden Listen. Es sind dies: - Dr. ZH._____, Q.____ [Ort]; - ZM._____, U.____ [Ort]; - ZN._____, U.____ [Ort]; - ZL._____, T.____ [Ort]; - ZAK._____, AI.____ [Ort]; - ZJ._____, S.____ [Ort]; - ZK._____, S.____ [Ort]; - ZAJ._____, AJ.____ [Ort]; - ZI._____, AK.____ [Ort]; - ZAQ._____, AK.____ [Ort]; - ZAL._____, AL.____ [Ort]; - ZAR._____, AM.____ [Ort]; - ZQ._____, F.____ [Ort];

- 41 - - ZG._____, Q.____ [Ort]; - ZP._____, AN.____ [Ort]; - Dr. ZO._____, AN.____ [Ort]; - ZT._____, F.____ [Ort]; - ZAS._____, F.____ (...) [Ort]; - ZAM._____; - ZAN._____; - ZE._____, AO.____ [Ort]; - ZC._____, AO.____ [Ort]; - ZD._____, AO.____ [Ort]; - ZAT._____, AO.____ [Ort]; - ZF._____, AO.____. [Ort] 6.5.3.

Lediglich auf der dem Kläger von der Beklagten mit Schreiben vom 7. November 2001 übergebenen Liste (act. 212 = act. 217) figurieren die folgenden Patientennamen: - Hr.

AP.____ - Fr. AQ.____ - Hr. AR.____ 6.5.4. Lediglich auf der in der

Beweisantragungsschrift enthaltenen Liste (act. 71 S. 3 f. bzw. act. 216 S. 24 f.) figurieren neun Patienten mit dem Familiennamen A.____ (einschliesslich des Klägers selber) sowie die folgenden Patientennamen: - AS.____, AT.____ [Ort]; - ZAH.____, AU.____ [Ort]; In ihrer Beweisantragungsschrift unterlegte die Beklagte die Patienten mit dem Namen A.____ mit grauer Farbe und bemerkte (act. 71 S. 25): "Bei den grau unterlegten Patienten handelt es sich möglicherweise um Familienangehörige des Klägers. Bezüglich dieser Patientenkarten wäre die Beklagte auf Anfrage durchaus bereit gewesen, eine spezielle Regelung zu diskutieren." Diese Auffassung hat die Beklagte indessen seinerzeit bereits mit ihrer Liste act. 212 = act. 217 vorweggenommen, indem sie dort – offensichtlich ganz bewusst – die neun Karten der Familie des Klägers nicht zurückgefordert hat. Wie erwähnt, handelt es sich dabei um die aus Sicht der Beklagten "vervollständigte Liste" (vgl. dazu act. 379 S. 3). Die Karten der Patienten A.____ sind daher ohne Belang.

- 42 - 6.6. In prozessualer Hinsicht ist entscheidend, dass die Parteien im erstinstanzlichen Verfahren auf ihre Korrespondenz hingewiesen haben. Auf Grund der Ausführungen der Parteien im erstinstanzlichen Verfahren steht Folgendes fest: - dass die Beklagte dem Kläger mit Brief vom 9. Oktober 2001 Frist bis zum 17. Oktober 2001 ansetzte um "alle Patientenkarten" zurückzubringen (act. 16/8); - dass der Kläger am 17. Oktober 2001 in Gegenwart der Dentalassistentin J.____ Karten zurückbrachte; - dass die Beklagte dem Kläger mit Brief vom 7. November 2001 (act. 16/13) die Liste act. 212 = act. 217 schickte und die dort erwähnten Karten als fehlend monierte; - dass der Kläger mit Brief vom 10. November 2001 (act. 16/15) den Empfang der Liste act. 212 = act. 217 bestätigte, indessen bestritt, die dort erwähnten angeblich Karten "in meinem Besitz" zu haben. 6.7. Die Liste act. 212 = act. 217 der fehlenden Karten hat die Beklagte gemäss eigener Zugabe nach einer "umfassenden Kontrolle der Patientenkarten" erstellt (act. 216 S. 28); in ihrer allerletzten Rechtsschrift bezeichnete sie sie, wie erwähnt, als "vervollständigte Liste" (act. 379 S. 3). Die Liste act. 212 = act. 217 wurde zwar im erstinstanzlichen Verfahren von keiner Partei vorgelegt, aber es wurde über die vorgelegte Korrespondenz auf sie verwiesen; im Berufungsverfahren haben die Parteien in diesem Zusammenhang die exakt übereinstimmende Liste vorgelegt. Es kann damit ohne weiteres ermittelt werden, was die Parteien vor erster Instanz mit Erwähnung dieser Liste gemeint haben. Im erstinstanzlichen Hauptverfahren wurden von der Beklagten keine fehlenden Patientenkarten genannt, die auf der Liste von act. 212 = act. 217 nicht vorhanden gewesen wären. Richtig ist, dass die Parteien mit ihren Beweisantragungsschriften in dieser Hinsicht ergänzende Behauptungen aufgestellt haben (vgl. act. 66 S. 4-13; act. 71 S. 3 f.). Solche Behauptungen nach Abschluss

des Hauptverfahrens sind indes- sen verspätet und damit unzulässig (§ 114 ZPO/ZH). Auch unter materiellrechtli-

- 43 - chen Gesichtspunkten sind solche Rügen verspätet, rügt doch die Beklagte eine nicht ordnungsgemässe Abwicklung des Kaufvertrages. Abzustellen ist einzig auf die Patientennamen gemäss der Liste act. 212 = act. 217, soweit sie mit der spä- teren Liste der Beklagten gemäss Beweisantretungsschrift (act. 71 S. 3 f.) nicht wieder relativiert, d.h. dort nicht bestätigt wurden.

E. 7

Die "Entwendung" von Patientenkarten: Stand auf Grund der persönlichen Befragung der Parteien durch das Obergericht

E. 7.1

Gemäss § 149 ZPO/ZH werden die Parteien auf Antrag oder von Amtes we- gen persönlich befragt. Es bilden nur solche Aussagen Beweis, mit denen sich die betreffende Partei belastet (§ 149 ZPO/ZH e contrario). Die persönliche Befra- gung eignet sich zur Vorbereitung und Vereinfachung des Beweisverfahrens und sollte daher diesem vorangehen (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur ZPO, N. 1 zu § 149 ZPO/ZH). Aus diesem Grunde ordnete die Kammer mit Beschluss vom 15. Juni 2009 die persönliche Befragung beider Parteien an. In der Folge wurde am 2. September 2009 die persönliche Befragung der Parteien vorgenom- men (Prot. III S. 5-30). Entgegen der These der Beklagten (vgl. act. 375 S. 15) stimmt dieses Vorgehen sehr wohl mit zürcherischem Prozessrecht überein.

E. 7.2

Die persönliche Befragung der Parteien hat, ausgehend von der Liste act. 212 = act. 217, immerhin eine gewisse Klärung gebracht. Zusammenfassend ergibt sich, dass die meisten Patienten, die auf der einzig interessierenden Liste figurieren, "Schwarzzahler" sind, deren Patientenkarten der Kläger zu sich ge- nommen und am 17. Oktober 2001 in das Praxisarchiv zurückgebracht haben will. Im Einzelnen ergab die persönliche Befragung der Parteien Folgendes: - Patient AP.____: Der Kläger vermag sich an diesen Namen nicht zu erinnern. Es dürfte sich seines Erachtens um eine "Eintagsfliege" han- deln. Solche "Eintagsfliegen" verfügten über keine Patientenkarten, seien aber im Computersystem gespeichert (act. 243 S. 13f.). Die Kar- te figuriert denn auch nicht auf jener Liste, welche die Beklagte aus ih- rer Sicht mit der Beweisantretungsschrift bereinigt hat (act. 71 S. 4). Der Sache ist daher nicht weiter nachzugehen. - Patientin ZAJ.____ (... [Adresse], AJ.____ [Ort]): Auch an diesen Namen vermag sich der Kläger nicht zu erinnern. Er weiss auch nicht, ob bezüglich dieser Patientin eine Karte existierte (act. 243 S. 14; Zeu- geneinvernahme Prot. I S. 121). Die Patientin liess sich ein einziges

- 44 - Mal beim Kläger behandeln; später war sie Patientin der Beklagten (Prot. I S. 121). - Die Patienten ZJ.____ und ZK.____ (... [Adresse], S.____ [Ort], ... [Land]) waren nach der Angabe des Klägers "Schwarzzahler". Sie hat- ten gemäss Kläger "sicher" je eine Karte, und diese Patientenkarten will der Kläger am 17. Oktober 2001 zurückgebracht haben (act. 243 S. 14). - Patientin ZAL.____ (... [Adresse], AL.____ [Ort]). Diese Patientin dürfte nach Angabe des Klägers "wahrscheinlich" mit Schwarzgeld be- zahlt haben (Act. 243 S.15; Zeugeneinvernahme Prot. I S. 124). - Patient ZAM.____ (... [Adresse], F.____ [Ort]) ist ein Zahnarztkolle- ge des Klägers, der sich bei ihm behandeln liess. Dessen Karte nahm der Kläger von der Praxis zu sich nach Hause und er will sie am 17. Oktober 2001

"ausgeliefert" haben (act. 243 S. 16 f.; Zeugeneinvernahme Prot. I S. 130). - Patient ZAR.____ (... [Adresse], AM.____ [Ort], ... [Land]) soll nach der Beklagten später nach AV.____ umgezogen sein. Gemäss Kläger soll es sich bei ihm um einen "Hotelpatienten" gehandelt haben, der mit Bargeld bezahlt habe (Prot. S. 16 f.). Damit ist davon auszugehen, dass es sich bei ZAR.____ ebenfalls um einen Schwarzzahler handelte, dessen Karte vom Kläger am 17. Oktober 2001 "ausgeliefert" worden sein will. Dass eine Karte vorhanden war, steht auf Grund der Angaben der Parteien fest. - Patientin ZAS.____ (Hotel ..., F.____ [Ort]). Der Kläger kann sich an diese Person als Patientin nicht erinnern (act. 243 S. 18). Die Beklagte anerkennt, dass solche Patienten aus dem Hotel ... unter Umständen keine Karten haben (act. 243 S. 19). - Patientin ZAK.____ (... [Adresse], AI.____ [Ort]; Zeugenbefragung Prot. I S. 114). Gemäss Kläger hat diese Patientin "gelegentlich" mit Schwarzgeld bezahlt. Aus diesen Grund ist davon auszugehen, dass der Kläger die Karte dieser Patientin bei sich zu Hause aufbewahrte bis er sie am 17. Oktober 2001 ausgeliefert haben will. - Die Patientin ZL.____ (... [Adresse], T.____ [Ort]) hat gemäss Kläger immer mit Schwarzgeld bezahlt und habe "nur" Tausendernoten bei sich gehabt, weshalb es schwierig mit dem Wechselgeld gewesen sei. Sie sei jeweils aus AW.____ gekommen. Unter diesen Umständen ist auch hier davon auszugehen, dass der Kläger die Karte dieser Patientin bei sich zu Hause aufbewahrt und erst am 17. Oktober 2001 ausgeliefert haben will. - Die Patientin ZG.____ (... [Adresse], Q.____ [Ort]) habe ebenfalls stets mit Schwarzgeld bezahlt. Sie habe sicher eine Karte gehabt. Ihre Karte will der Kläger am 17. Oktober 2001 "ausgeliefert" haben. - Die Patienten ZM.____ und ZN.____ (... [Adresse], U.____ [Ort]). Gemäss Kläger seien auch sie Schwarzzahler gewesen; sie hätten "zu

- 45 - viel" Geld besessen (act. 243 S. 21). Unter diesen Umständen ist auch hier davon auszugehen, dass der Kläger die Karte dieser Patienten bei sich zu Hause aufbewahrt und erst am 17. Oktober 2001 ausgeliefert haben will. - Die Patienten ... (ZC.____, ZD.____, ZE.____, ZF.____, wohnhaft Haus ..., AO.____ [Ort], bzw. in P.____ [Ort]) sind gemäss dem Kläger eine "Dynastie". Die ... haben stets mit Schwarzgeld bezahlt. Ihre Karten will der Kläger am 17. Oktober 2001 "ausgeliefert" haben (act. 243 S. 22 oben). - Patientin ZT.____ (... [Adresse], F.____ [Ort]; Zeugenbefragung Prot. I S. 85-88). Die Patientin hat nach Angaben des Klägers nicht mit Schwarzgeld bezahlt. Ihre Karte habe nicht zu jener Kategorie gehört, die am 17. Oktober 2001 "ausgeliefert" worden sei (act. 243 S. 22). - Die Patienten ZI.____ und ZAQ.____ (... [Adresse], AK.____ [Ort]) hätten "sicher" mit Schwarzgeld bezahlt (act. 243 S. 22). Unter diesen Umständen ist auch hier davon auszugehen, dass der Kläger die Karte dieser Patienten bei sich zu Hause aufbewahrt und erst am 17. Oktober 2001 ausgeliefert haben will. - An die Patientin AQ.____ kann sich der Kläger nicht erinnern (act. 243 S. 22 f.). Sie figuriert auch nicht auf jener Liste, welche die Beklagte aus ihrer Sicht mit der Beweisantragungsschrift bereinigt hat (act. 71 S. 4). Der Sache ist daher nicht weiter nachzugehen. - Patientin Dr. ZH.____ (... [Adresse], Q.____ [Ort]) war nach dem Kläger auch eine Patientin, die "jeweils gleich bezahlt" habe. Ihre Karte habe sicher zu jenen gehört, die gesondert abgelegt worden seien (act. 243 S. 23). - Die Patienten Dr. ZO.____ und ZP.____ (... [Adresse] AN.____ [Ort]). Dr. ZO.____ war ein Zahnarztkollege des Klägers. Beide Patienten haben gemäss der Aussage des Klägers stets schwarz bezahlt. Unter Zahnärzten sei dies üblich. Der Kläger selber mache das mit seinem Zahnarzt auch so (act. 243 S. 23). - An die Patientin ZQ.____ (... [Adresse], F.____ [Ort]) kann sich der Kläger heute nicht mehr erinnern (act. 243 S. 24). - Der Patient AR.____ hat nach der Angabe des Klägers

eine ganz normale Karte gehabt; man müsste sie "suchen gehen" (act. 243 S. 24). Die Karte figuriert denn auch nicht auf jener Liste, welche die Beklagte aus ihrer Sicht mit der Beweisanretzungsschrift bereinigt hat (act. 71 S. 4). Der Sache ist daher nicht weiter nachzugehen. - Die Patientin ZAN. _____ war nach der Angabe des Klägers eine "normale" Patientin, die nicht mit Schwarzgeld bezahlt habe (act. 243 S. 24). Die Karte figuriert denn auch nicht auf jener Liste, welche die Beklagte aus ihrer Sicht mit der Beweisanretzungsschrift bereinigt hat (act. 71 S. 4). Der Sache ist daher nicht weiter nachzugehen.

- 46 -

E. 7.3

Auf den entscheidenden Listen act. 212 = act. 217 fehlen namentlich die Namen von Familienmitgliedern des Klägers (vgl. dazu oben Erw. 6.5.4.).

E. 8

Die "Entwendung" von Patientenkarten: Das ergänzende Beweisverfahren vor Obergericht und Beweiswürdigung

E. 8.1

Erinnert sei an dieser Stelle nochmals daran, dass die Parteien gemäss ihren erstinstanzlichen Sachdarstellungen im November 2001 kontrovers über eine "Liste der noch fehlenden Karten" diskutierten (vgl. oben Erw. 1.10.). Beide Parteien legten diese Liste im Prozess vor, allerdings erst im Berufungsverfahren: act. 212 = act. 217 (vgl. dazu oben Erw. 6.5.4.). Anhand dieser Liste sind daher die fehlenden Karten zu ermitteln, soweit die persönliche Befragung der Parteien noch keine Klärung gebracht hat.

E. 8.2

Umstritten bleibt, ob der Kläger im Oktober 2001 alle Patientenkarten gemäss act. 212 = act. 217 zurückgegeben hat oder nicht. Während die Umstände, die zu einer Reduktion der Konventionalstrafe führen, vom Schuldner zu behaupten und zu beweisen sind (Bundesgericht, act. 245 S. 13, E. 7.1), verhält es sich mit den Vertragsverletzungen, welche die Konventionalstrafe auslösen, anders: Es sind dies Umstände, aus denen die Beklagte Rechte ableitet. Gemäss Art. 8 ZGB obliegt ihr daher die Beweislast. Die von der Vorinstanz mit den Beweissätzen I/1 und I/2 ihres Beweisauftragsbeschlusses vom 27. Oktober 2003 (act. 55) vorgenommene gegenteilige Beweislastverteilung ist daher unter diesem Gesichtspunkt unrichtig. Die Beklagte hält die vorinstanzliche Beweislastverteilung allerdings nach wie vor für richtig, weil feststehe, dass der Kläger zuvor eine grosse Zahl von Karten "entwendet" habe (act. 186 S. 6). In diesem Zusammenhang verweist sie auf die Zeugenaussagen der Dentalassistentin J. _____, welche am 17. Oktober 2001 die vom Kläger zurückgebrachten Karten entgegennahm (act. 186 S. 6-8). Nach der Rückgabe der Karten erhielt J. _____ von der Beklagten den Auftrag, gestützt auf eine Liste Patientenkarten im Archiv zu suchen und ihr zu überbringen. Als Zeugin sagte J. _____ aus, dass sie zwei oder drei dieser Karten nicht gefunden habe, ganz sicher über die Zahl sei sie sich aber nicht. Und auf die Nachfrage, ob sie denn nicht mehr wisse, wie viele Namen sie nicht gefunden habe, antwortete sie: Sicher wisse sie es nicht, "aber ich denke, zwei oder

- 47 - drei waren es", in dieser Grössenordnung. Genau wisse sie es nicht mehr. Aber einige hätten gefehlt (Prot. I S. 58 f.). Die Zeugin J. _____ lässt allerdings offen, ob nach der

Rückgabe der Karten, diese Karten falsch abgelegt worden seien. Aus den Aussagen der Zeugin J. _____ ergibt sich immerhin, dass die Beklagte durch- aus eine Kontrolle über die fehlenden Karten führte, erhielt die Zeugin doch von der Beklagten eine entsprechende Liste (Prot. I S. 58). Diese von der Beklagten mit der Berufungsantwort erwähnte Zeugenaussa- ge kann indessen nicht zu einer Verteilung der Beweislast in dem von ihr verlang- ten Sinne führen, im Gegenteil: Immerhin hat eine Hilfsperson der Beklagten die Karten im Praxisarchiv entgegengenommen und versorgt. Trotzdem rechtfertigt es sich, bezüglich jener Patientenkarten, von denen feststeht, dass sie vom Kläger zu sich nach Hause genommen wurden, dem Klä- ger die Beweislast dafür aufzuerlegen, dass er sie der Beklagten am 17. Oktober 2001 wieder zurückgebracht hat, denn die Mitnahme nach Hause war irregulär: Wenn der Kläger darauf hinweist, dass die kurze "Expatriierung" der Karten von acht Tagen die Beweislast nicht zu beeinflussen vermöge (act. 374 S. 3 f.), dann übergeht er eben den wesentlichen Punkt, nämlich denjenigen, dass er es war, der die Karten unbefugt aus der Praxis weggenommen hat. Auf die Zeitdauer der "Expatriierung" kann es nicht ankommen. Durch seine Handlungen hat der Kläger in den von den Parteien vorgesehenen Ablauf eingegriffen. Steht aber fest, dass er bestimmte Patientenkarten aus der Praxis weggenommen hat, hat er mithin zu beweisen, dass er sie wieder zurückgebracht hat. Seine gegenteilige These (vgl. act. 374 S. 3 f.) hilft ihm nichts. Es wäre für den Kläger nämlich ein Leichtes ge- wesen, sich die Rückgabe der Patientenkarten von J. _____ bzw. von der Beklag- ten bestätigen zu lassen; die von ihm vorbereitete "Bestätigung" hat er von der Beklagten jedenfalls nicht unterzeichnen lassen (vgl. act. 16/10). Bezüglich der übrigen fehlenden Karten ist es Sache der Beklagten, den Beweis dafür zu er- bringen, dass sie fehlten und ihr daher vom Kläger nicht übergeben wurden. Auch ihr hilft es nichts, gegen diese Beweislastverteilung zu protestieren (vgl. act. 375 S. 35 f.). Es trifft nämlich auch sie eine Verantwortung dafür, dass die Parteien seinerzeit verzichteten, ein Protokoll über die übergebenen Patientenak-

- 48 - ten zu erstellen, und zwar in einem Zeitpunkt, als die Beklagte die Führung der Praxis längst übernommen hatte. Das Archiv hat sie alsdann in ihren Herrschafts- bereich genommen. In diesem Sinne erging im obergerichtlichen Verfahren der Beweisaufgabebeschluss vom 30. September 2009 (act. 258). Mit diesem Be- schluss wurde dem Kläger der Beweis dafür auferlegt, dass er 20 Patientenkar- ten, die er zuvor zu sich nach Hause genommen hatte, am 17. Oktober 2001 der Beklagten wirklich wieder zurückbrachte (Beweissatz 2). Die Beklagte hat dem- gegenüber zu beweisen, dass vom Kläger nicht mitgenommene Patientenkarten von vier andern Patienten existierten und trotzdem im Praxisarchiv fehlen (Be- weissatz 3).

E. 8.3

Fest steht, dass die Beklagte nach dem Besuch des Klägers vom 17. Okto- ber 2001 ihre Lehrtochter J. _____ in den Keller schickte, um die von ihr vermiss- ten Karten zu suchen. Die Beklagte machte im Prozess allerdings geltend, die seinerzeit J. _____ mitgegebene Kontrollliste (vgl. dazu auch oben Erw. 6.5.) sei wohl im Altpapier gelandet (act. 216 S. 28 f.); in der persönlichen Befragung ver- mochte sich die Beklagte an diesen Vorgang allerdings nicht mehr zu erinnern (act. 243 S. 10 f.). Der Kläger wirft der Beklagten vor, sie habe ihm durch die Be- seitigung der Liste die Möglichkeit genommen zu beweisen, dass er bis auf zwei bis drei Karten alle in die Praxis zurückgebracht habe (act. 374 S. 4 ff.). Ein Vor- wurf lässt sich der Beklagten nicht machen: Im Oktober 2001 konnte sie in guten Treuen den bevorstehenden über zehnjährigen Prozess nicht voraussehen. Sie durfte daher

die ursprüngliche Liste entsorgen, nachdem sie die Liste act. 212 = act. 217 erstellt hatte. Und daraus, dass der Beklagten der Überblick über die sehr umfangreichen Prozessakten fehlt, wie aus ihrer persönlichen Befragung hervorgeht, lässt sich ebenso wenig ein Vorwurf konstruieren.

E. 8.4

Im Rahmen des Beweisverfahrens wurde ein Augenschein im Kellergeschoss des Hauses E._____strasse ... in F._____ durchgeführt (Prot. III 43-47). Dieser Augenschein, zu dem auch die beiden Expertinnen zugezogen wurden, war nicht ergiebig, diente aber gleichzeitig auch der Vorbereitung der Experteninstruktion. Am Augenschein hat sich ergeben, dass das Praxisarchiv (enthaltend

- 49 - eine Vielzahl von Patientenkarten) in Karteischränken und in Plastikbehältern untergebracht war.

E. 8.5

Zentrales Beweismittel ist demgegenüber das Gutachten der beiden Expertinnen L._____ und K._____. Die beiden Expertinnen sind Dentalassistentinnen und verfügen über eine über zehnjährige Berufserfahrung (act. 315). Ihnen kam die Aufgabe zu, das Praxisarchiv nach den fehlenden 24 Karten zu durchsuchen. Auszugehen ist davon, dass dieses Praxisarchiv rund 2'600 Patientenkarten umfasst (act. 14 S. 4 und act. 34 S. 19).

E. 8.5.1

In ihrem Gutachten vom 19. August 2010 (act. 315 in Verbindung mit act. 308) hielten die Expertinnen fest, dass sie keine der gesuchten Karten gefunden hätten. Jede einzelne Patientenkarte hätten sie geöffnet und genau kontrolliert. Sie hätten die beiden Archivschränke, die Plastikbehälter im Keller sowie die Praxisräume durchsucht.

E. 8.5.2

Die Parteien nahmen zum erwähnten Gutachten mit Eingaben vom 15. und 30. September 2010 Stellung (act. 320, act. 322). Diese Stellungnahmen veranlassten das Gericht, den Expertinnen Ergänzungsfragen zu stellen (act. 323), die alsdann unterm 11. November 2010 beantwortet wurden (act. 327). Dort bestätigten sie namentlich, dass sie von der Beklagten und ihren Angestellten bei ihrer Arbeit nicht behindert worden seien. Man habe sie alleine suchen lassen. Die Parteien hätten "kooperiert". Auf diese Weise hätten sie alle Patientenkarten prüfen können, "aber es war sehr mühsam". Die Beklagte habe den Expertinnen erklärt, dass die Patientenkarten nur am Empfang abgelegt würden. Die Beklagte und ihre Angestellten hätten den Expertinnen versichert, dass weder im Behandlungszimmer noch im Büro Krankengeschichten abgelegt würden. Deshalb hätten die Expertinnen dort nicht suchen dürfen.

E. 8.5.3

Auf Grund der Darlegungen der Expertinnen darf ohne weiteres angenommen werden, dass diese ihre Arbeit gewissenhaft ausgeführt haben. Gestützt auf das Gutachten kann daher festgehalten werden, dass die gesuchten Karten im Praxisarchiv nicht auffindbar sind.

- 50 - Der Kläger will dies allerdings nicht gelten lassen (vgl. dazu act. 332). Er anerkennt zwar, dass die Expertinnen nach den Karten gesucht und sie nicht gefunden hätten (act. 332 S. 4). Er moniert allerdings, dass die Expertinnen nicht alle Räume hätten durchsuchen können und sich mit der Auskunft der Beklagten hätten zufrieden geben müssen, dass –

vom Archiv im Keller abgesehen – die Karten alle im Empfangsbereich liegen würden (act. 332 S. 7). Klarzustellen ist, dass die Expertinnen vom Gericht nicht mit einer Hausdurchsuchung betraut wurden. Es geht hier darum, Vorgängen nachzuspüren, die bald zehn Jahre zurück liegen. Unter diesen Umständen bleibt nichts anderes übrig, als darauf zu vertrauen, dass beide Parteien sich vor und während des Beweisverfahrens nach Treu und Glauben verhalten haben. Beweismassnahmen, die am Anfang eines Strafprozesses sinnvoll erscheinen mögen, stehen im Zivilprozess nicht zur Verfügung und wären überdies auch nicht verhältnismässig. Dazu kommt, dass die Expertinnen die Frage, ob sie im Rahmen ihrer Arbeiten von einer Partei behindert worden seien, klar verneinten (act. 308 S. 3 Frage 7 in Verbindung mit act. 315). Und auf die Nachfrage des Gerichts hin (act. 323 S. 2 Frage 14 bis 16) antworteten die Expertinnen (act. 327), weder die Beklagte noch ihre Angestellten hätten sie bei der Arbeit behindert, sondern "im Gegenteil ... zeigten [sie] uns wo und liessen uns alleine suchen". Darauf ist abzustellen.

E. 8.5.4

Die Parteien wurden mit Verfügung vom 15. November 2010 (act. 329) aufgefordert, im Sinne von § 180 ZPO/ZH zur Gutachtensergänzung Stellung zu nehmen. Sie taten das mit Eingaben vom 7. und 8. Dezember 2010 (act. 332 und act. 334). Dort erklärte die Beklagte, dass das ergänzende Gutachten das frühere Gutachten bestätige, weshalb sie auf die frühere Stellungnahme vom 15. September 2010 verweise (act. 334 S. 2). Ferner hielt sie fest: "Das Ergebnis des Gutachtens ist klar und eindeutig. Es sind weder Erläuterungen noch Ergänzungen erforderlich" (act. 320 S. 3). Der Kläger will den Expertinnen demgegenüber nicht unterstellen, dass sie gewisse Karten nicht finden wollten. Dennoch macht er geltend, dass gewisse Karten existierten, wiewohl sie von den Expertinnen nicht gefunden worden seien (act. 332 S. 4). Damit lässt sich indessen die Schlüssigkeit des Gutachtens nicht bestreiten. Die Expertinnen haben ihr Bestes getan; mehr kann man von ihnen nicht verlangen. Auf das Gutachten ist abzustel-

- 51 - len: Festzustellen ist daher, dass sich im Praxisarchiv die gesuchten Karten nicht auffinden lassen.

E. 8.6

Mit ihrer erstinstanzlichen Beweisantretungsschrift hat die Beklagte nochmals die von ihr vermissten Patientenkarten zusammengestellt (act. 71 S. 4). Soweit sie dort die in act. 212 = act. 217 erwähnten Namen nicht wiederholt, kann davon ausgegangen werden, dass die Karten nicht mehr vermisst werden: Es betrifft dies die Patienten AP._____, AQ._____ und ZAN._____.

E. 8.7

Im oben beschriebenen Sinne wurde dem Kläger mit Dispositiv-Ziff. 2 des Beweisaufgebefbeschlusses vom 30. September 2009 (act. 258) bezüglich 20 Patienten die Beweislast dafür auferlegt, dass er am 17. Oktober 2011 deren Patientenkarten wieder in das Praxisarchiv zurückgebracht habe. Der entsprechende Beweisabnahmebeschluss erging am 11. Januar 2011 (act. 337). Die Beklagte offeriert zu diesen Beweispunkten im Sinne eines Gegenbeweises ihre Beweisaussage gemäss § 150 Abs. 1 ZPO/ZH. Dieses Beweismittel wird nach zürcherischem Prozessrecht nur mit grösster Zurückhaltung abgenommen, wenn nämlich "nach dem Ergebnis der persönlichen Befragung und des übrigen Beweisverfahrens" die Anordnung der Beweisaussage als "geboten" erscheint; auf die Abnahme dieses Beweismittels besteht kein Anspruch (Frank/Sträuli/Messmer, Kom-

mentar zur ZPO/ZH, N. 2ff. zu § 150 ZPO/ZH). Wie zu zeigen sein wird, ist das in keinem einzigen Punkte der Fall, weil schon die Sachdarstellung der Beklagten in der persönlichen Befragung ausgesprochen vage und wenig zielführend ist, was angesichts des Beweisgegenstandes auch nicht erstaunt. Das Beweisergebnis ergibt im Übrigen Folgendes:

E. 8.7.1

Besondere Bedeutung kommt vorab den Aussagen der Zeugin J._____ zu, auf die sich namentlich auch die Beklagte im Sinne eines Gegenbeweises beruft. Diese Zeugin wurde am 9. März 2005 von der Vorinstanz vernommen (Prot. I S. 54-69). Die Zeugin beschreibt im Einzelnen den Vorgang, als der Kläger am 17. Oktober 2001 Patientenkarten, die er zu sich nach Hause genommen hatte, wieder zurück in die Praxis brachte. Im Auftrage der Beklagten hatte J._____ die Karten entgegenzunehmen. Damals sei sie noch Lehrtochter gewesen, und sie habe den Parteien gesagt, sie möchte sich eigentlich "aus dieser Sache heraushalten".

- 52 - An jenem Tag sei der Kläger zu ihr gekommen und habe ihr gesagt, er habe Karteikarten, die im Archiv abgelegt werden müssten. Die Zeugin habe die Beklagte über das Erscheinen des Klägers erst orientiert, als die Karten bereits abgelegt gewesen seien. Die Beklagte sei darob nicht zufrieden gewesen, aber die Zeugin habe nur "Bahnhof" verstanden. Darauf habe die Zeugin von der Beklagten eine Liste erhalten und sie habe anhand dieser Liste im Archiv Patientenkarten holen müssen. Dann fügte die Zeugin bei (Prot. I S. 57): "Ich habe nicht alle gefunden. Also zwei, drei, da bin ich nicht ganz sicher. Einige habe ich gefunden, andere nicht mehr. Es kann sein, dass sie falsch abgelegt waren. ... Es waren einige Namen darauf [scil. auf der Liste] und die sollte ich holen, habe aber eben nicht alle gefunden." An Namen konnte sich die Zeugin nicht mehr erinnern. Und auf die Frage, ob sie wisse, wie viele Namen fehlten, antwortete sie (Prot. I S. 57): "Nein, sicher weiss ich es nicht, aber ich denke, zwei oder drei waren es, so viel ich weiss". Und auf die weitere Frage, ob denn Karten "in dieser Grössenordnung" gefehlt hätten, antwortete die Zeugin (Prot. I S. 58): "Ja, aber ich bin mir wirklich nicht sicher. Ich weiss es nicht mehr. ... Also einige fehlten, das bin ich mir bewusst, aber ich weiss nicht wie viele". Der 23jährigen Zeugin war die Vernehmung im Prozess ihrer beiden früheren Arbeitgeber sichtlich unangenehm, was sehr wohl einfühlbar ist. Als Lehrtochter wurde sie nämlich seinerzeit in den Streit der Parteien, welche beide ihre Vorgesetzte gewesen waren, involviert. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass die Zeugin wissentlich die Unwahrheit gesagt hätte. Aus ihren Aussagen ist mit Sicherheit zu schliessen, dass nach der von der Beklagten veranlassten Kontrolle nur wenige fehlende Karten festgestellt werden konnten. Spontan äusserte sich die Zeugin zweimal in dem Sinne, dass zwei oder drei Karten gefehlt hätten. Die intensiven Nachfragen verunsicherten die noch junge Zeugin jedoch erheblich, worauf sie ihre Aussage etwas relativierte und sagte, dass sie nicht mehr wisse, wie viele Karten gefehlt hätten. Diese Relativierung vermag die anfängliche spontane Mengenangaben indessen nicht einfach zu entkräften. Es erstaunt nicht, dass die Zeugin nach etwa dreieinhalb Jahren keine absolut verlässlichen Zahlen mehr liefern konnte. Ebenso klar ist aber auf Grund ihrer glaubwürdigen Darlegungen, dass nicht viele Karten gefehlt haben konnten. Viele Karten hätten z. B.

- 53 - dann gefehlt, wenn alle 24 Karten, über die heute das Beweisverfahren geführt werden muss, gefehlt hätten. Auf Grund der Aussagen der Zeugin ist davon auszugehen, dass nach dem Besuch des Klägers am 17. Oktober 2001 zwischen zwei Karten und vielleicht etwas mehr als einem halben Dutzend Karten gefehlt haben müssen. Diese

Feststellung ist bei der gesamthaften Beweiswürdigung wieder heranzuziehen.

E. 8.7.2

Patient ZJ._____, geb. 1927 (Zeuge 30, act. 262/1). Mit Eingabe vom 19. Juni 2011 verzichtete der Kläger auf die Vernehmung seines früheren Patienten als Zeuge (act. 349/5). In der Folge wurde vom Gericht das Rechtshilfesuch revoziert (act. 349/6). Mit der Urkunde act. 262/1 (Computer- ausdrück der Patientendaten) vermag der Beweis nicht erbracht werden. Der Beweis ist gescheitert.

E. 8.7.3

Patientin ZK._____, geb. 1937 (Zeugin 31, act. 262/2). Mit Eingabe vom 19. Juni 2011 verzichtete der Kläger auf die Vernehmung seiner früheren Patientin als Zeugin (act. 350/5). In der Folge wurde vom Gericht das Rechtshilfesuch revoziert (act. 350/6). Mit der Urkunde act. 262/2 (Computer- ausdrück der Patientendaten) vermag der Beweis nicht erbracht werden. Der Beweis ist gescheitert.

E. 8.7.4

Patientin ZAL._____, geb. 1936 (Zeuginnen 20, 7, 32, 33, 34, 35; Urkunden act. 262/3-5).

E. 8.7.4.1

Die frühere Patientin des Klägers wurde von der Vorinstanz am 23. Mai 2005 als Zeugin vernommen. Die Zeugin war zur Zeit ihrer Vernehmung Patientin der Beklagten. Zur Patientenkarte konnte sie keine Angaben machen (Prot. I S. 125). Namentlich hatte sie keine Kenntnis davon, dass die Karte je gefehlt hätte. Sie nimmt an, die Karte sei nach wie vor "in der Praxis von Frau Doktor". Die Zeugin schilderte, dass sie 14 Tage vor ihrer Befragung in der Praxis der Beklagten "in der Zahnreinigung" gewesen sei und gefragt habe, seit wann sie denn Patientin in der Praxis sei. Man habe ihr geantwortet, sie sei dort seit 1972 Patientin (Prot. I S. 124-126). Die Zeuginnen 7, 32, 33, 34 und 35 waren früher Zahnärztassistentinnen in der Praxis der Parteien. Keine von ihnen konnte etwas zum Verbleib der Patientenkarte von ZAL._____ aussagen (J._____: Prot. I S. 54 ff.; ZA._____: act. 340/3/2; ZAH._____: act. 341/4/2; ZR._____: act. 243 S. 61-63; ZS._____: act. 243 S. 63 f.).

E. 8.7.4.2

Der Kläger vermag den Beweis zu erbringen, dass die Patientenkarte nach dem 17. Oktober 2001 wieder vorhanden war: Der Verlust der Karte eines langjährigen Patienten ist ein einschneidendes Ereignis. Über einen solchen Verlust wurde die Zeugin nie orientiert. Namentlich hätte die Zeugin ZAL._____, die im Jahre 2005 noch eigens nach ihrer Krankengeschichte fragte, die Auskunft erhalten müssen, dass die ursprüngliche Karte verloren sei. Auch den verschiedenen fünf Zahnärztgehilfinnen hätte dieses ausserordentliche Ereignis im Gedächtnis bleiben müssen. Das liegt im Ergebnis auch auf der Linie der Aussage der vom Kläger angerufenen Zeugin J._____.

E. 8.7.5

Patient ZAM._____, geb. 1936 (Zeuge 22, act. 262/6).

E. 8.7.5.1

Der Patient wurde am 23. Mai 2005 von der Vorinstanz als Zeuge vernommen (Prot. I S. 130-134). Der Zeuge ist selber Zahnarzt und war früher Patient des Klägers. Zur Zeit

seiner Vernehmung war der Zeuge noch immer Patient in der Praxis der Beklagten, nämlich "in der Dentalhygiene". In der Praxis des Klägers war er allerdings nur "bis er aufgehört hat". Jedes Mal, wenn er zur Dentalhygienikerin gegangen sei, so der Zeuge, sei die Patientenkarte vorhanden gewesen, nämlich "ein ganzes Bündel, es sind mehrere". Er wisse nichts davon, dass das Bündel je ausserhalb der Praxis gewesen sei. Es müsse noch immer dort sein. Die Patientenkarte nehme er aber fast jedes Mal in die Hand, "denn ich bin gespannt, was ich habe". Er blättere aber nicht immer alles durch. Und auf die Frage, ob denn alle Daten seiner 15jährigen Krankengeschichte in der Praxis vorhanden seien, antwortete der Zeuge: "Ich nehme es an, weil es ein so dickes Bündel ist. Es muss dort sein. Es sind zwei, drei Karten, also das ist todsicher. Ich weiss, wie dick das ungefähr ist, denn ich habe auch mehrere Karten von Patienten. Aber ich habe es noch nie mit dem Zentimeter gemessen."

E. 8.7.5.2

Auch in diesem Punkte vermag der Kläger den Beweis zu erbringen. Der Zeuge ist als Zahnarzt fachkundig und vermag die Vorgänge sehr zuverlässig einzuschätzen. Wenn er zur Überzeugung gelangt, dass in der vorhandenen um-

- 55 - fangreichen Patientenkarte alle ihn betreffenden Daten der 15jährigen Krankengeschichte abgelegt seien, dann darf darauf ohne weiteres abgestellt werden.

E. 8.7.6

Patient ZAR._____ (act. 243 S. 19; act. 301/2 - act. 304).

E. 8.7.6.1

Die Patientenliste act. 301/2 bzw. act. 304 ist für die hier interessierende Frage nicht zielführend. Der Kläger beschreibt den Patienten in der persönlichen Befragung als Hotelpatienten aus dem Hotel ..., der jeweils mit Bargeld bezahlt habe. Für solche "Eintagsfliegen" sei jeweils keine Karte angelegt worden (act. 243 S. 18). Die Beklagte hielt dem in der persönlichen Befragung einzig entgegen, Patienten aus dem Hotel ... würden nicht einmal im Computer erfasst. Weil ZAR._____'s Name aber im Computer vorhanden sei, müsse auch eine Patientenkarte vorhanden sein (Prot. I S. 19).

Demgegenüber führte die Beklagte aus, sie habe ZAR._____ nach dem Ausscheiden des Klägers sehr wohl behandelt, bis jener nach AV._____ gezogen sei (act. 243 S. 17). Ihr in der persönlichen Befragung vorgetragener Einwand, sie habe die Karte neu erstellen müssen, ist prozessual unzulässig (vgl. oben Erw. 3.7.).

E. 8.7.6.2

Auch hier ist davon auszugehen, dass dem Kläger der Beweis gelungen ist, dass er keine Patientenkarte des Hotelpatienten ZAR._____ zurückbehalten hat. Die Beklagte stützt sich einzig auf den Umstand, dass ZAR._____'s Name im Computer registriert sei. Das allein belegt indessen noch längst nicht, dass auch eine Patientenkarte vorhanden war, denn unbestritten ist, dass es sich bei ZAR._____ um einen Hotelpatienten handelte, die im Normalfall keine Karten hatten. Der Vorwurf der Beklagten an die Adresse des Klägers erweist sich in diesem Punkte daher als verfehlt.

E. 8.7.7

Patientin ZAK._____, geb. 1946 (Zeuginnen 17 und 7; persönliche Befragung der Parteien, act. 243 S. 5-30; Urk. act. 262/7).

E. 8.7.7.1

Die Vorinstanz hat die Patientin am 23. Mai 2005 als Zeugin vernommen (Prot. I S. 114-117). Die Zeugin war seit 1970 Patientin des Klägers, und zwar bis zu dessen Ausscheiden aus dem Beruf. Bei ihren Behandlungen habe sie die Patientenkarte jeweils gesehen. Zuletzt sei dies kurz vor der Zeugenvernehmung der Fall gewesen, als sie bei der Dentalhygienikerin gewesen sei (Prot. I S. 115 f.).

- 56 -

E. 8.7.7.2

Auf Grund der Zeugenaussage der Patientin ZAK._____ ist davon auszugehen, dass ihre Karte nicht gefehlt hat. Das liegt im Ergebnis auch auf der Linie der Aussage der vom Kläger angerufenen Zeugin J._____.

E. 8.7.8

Patientin ZL._____ (Zeugin 36; act. 262/8). Der Beweis ist gescheitert: Die Zeugenvernehmung von ZL._____ wurde zwar über das zuständige Gericht in T._____ veranlasst, konnte indessen nicht durchgeführt werden, weil die Zeugin an der vom Kläger angegebenen Adresse nicht anzutreffen war (act. 351/6). Die Urkunde act. 262/8 (Computerausdruck der Patientendaten) ist nicht zielführend.

E. 8.7.9

Patientin ZG._____, geb. 1932 (Zeugin 37. act. 262/9).

E. 8.7.9.1

Die Zeugin wurde am 30. März 2011 vom Amtsgericht Q._____ in Anwesenheit des Vertreters des Klägers vernommen (act. 346/4). Die Zeugin führte aus, dass sie Patientin des Klägers gewesen sei, bis dieser die Praxis aufgegeben habe. Von diesem Zeitpunkt an sei sie "dort nicht mehr hingefahren, ...auch nicht mehr zur Dentalhygienikerin". Über den Verbleib der Patientenkarte vermochte die Zeugin keine Angaben zu machen. Die Patientenunterlagen habe sie nie herausverlangt.

E. 8.7.9.2

Mit diesen Zeugenaussagen vermag der Kläger den Beweis nicht zu erbringen, dass er die Patientenkarte der Patientin ZG._____ zurückgebracht habe. Die Urkunde act. 346/4 (Computerausdruck der Patientendaten) ist nicht zielführend.

E. 8.7.10

Patient ZM._____, geb. 1937 (Zeuge 38, act. 262/10). Der Kläger vermag in diesem Punkte den Beweis nicht zu erbringen: Der Zeuge wurde zwar am 16. Juni 2011 vom zuständigen Gericht in U._____ vernommen (act. 352/5). Er war von 1995 bis ca. 2000 Patient des Klägers. Die Beklagte kennt er nicht. Über den Verbleib der Patientenunterlagen nach dem 17. Oktober 2001 vermochte er keine Angaben zu machen. Die Urkunde act. 262/10 (Computerausdruck der Patientendaten) ist nicht zielführend.

- 57 -

E. 8.7.11

Patientin ZN._____, geb. 1944 (Zeuge 39, act. 262/11). Der Kläger vermag in diesem Punkte den Beweis nicht zu erbringen: Die Zeugin wurde zwar am 16. Juni 2011 vom

zuständigen Gericht in U._____ vernommen (act. 352/5). Sie war ca. von 1997 bis ca. 1999 Patient des Klägers. Die Beklagte kennt sie nicht. Über den Verbleib ihrer Patientenunterlagen nach dem 17. Oktober 2001 vermochte sie keine Angaben zu machen. Die Urkunde act. 262/11 (Computerausdruck der Patientendaten) ist nicht zielführend.

E. 8.7.12

Patient ZC._____, geb. 1941 (Zeuge 40, act. 262/12).

E. 8.7.12.1

Der Zeuge wurde am 31. März 2011 vom Bezirksgericht O._____ in Anwesenheit des Vertreters des Klägers vernommen (act. 342/3). Der Zeuge war Patient des Klägers, bis dieser seine Praxis aufgab. Von der Beklagten hat er alsdann einmal eine Abklärung machen lassen, weil der Kläger ihm seine Nachfolgerin empfohlen habe. Die Patientenkarte sei stets vorhanden gewesen. Ob die Patientenkarte vorhanden gewesen sei, als er bei der Beklagten zur Abklärung war, wisse er nicht mehr. Er sei sodann nicht sicher, ob er die Patientenakten von der Beklagten herausverlangt habe.

E. 8.7.12.2

Fest steht, dass der Zeuge, nachdem der Kläger die Praxis bereits aufgegeben hatte, noch einmal bei der Beklagten einen Termin zwecks einer zahnärztlichen Abklärung hatte. Hätten an diesem Termin die Patientenakten gefehlt, hätte dies zur Sprache kommen müssen. Das kann auf Grund der Aussagen des Zeugen ausgeschlossen werden. Es kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass die Patientenkarte des Patienten ZC._____ zu jenen gehörten, die nach dem 17. Oktober 2001 fehlten. Der Beweis ist dem Kläger gelungen.

E. 8.7.13

Patientin ZD._____, geb. 1949 (Zeugin 41, act. 262/13).

E. 8.7.13.1

Die Zeugin wurde am 31. März 2011 vom Bezirksgericht O._____ in Anwesenheit des Vertreters des Klägers vernommen (act. 343/3). Die Zeugin war Patientin des Klägers, bis dieser seine Praxis aufgab; "die neue Frau Doktor" hat sie einmal gesehen. Nach der Übertragung der Praxis auf die Beklagte sei die Patientin einmal bei einer Dentalassistentin [wohl Dentalhygienikerin] in Behandlung gewesen. Die Patientenakten habe sie von der Beklagten nie herausverlangt.

- 58 -

E. 8.7.13.2

Fest steht, dass die Zeugin nach der Praxisaufgabe durch den Kläger noch einmal in der Praxis der Beklagten in Behandlung war. Hätten an diesem Termin die Patientenakten gefehlt, hätte dies zur Sprache kommen müssen. Es kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass die Patientenkarte der Patientin ZD._____ zu jenen gehörten, die nach dem 17. Oktober 2001 fehlten. Der Beweis ist dem Kläger gelungen.

E. 8.7.14

Patientin ZE._____, geb. 1978 (Zeugin 42, act. 262/14).

E. 8.7.14.1

Die Zeugin wurde am 31. März 2011 vom Bezirksgericht O._____ in Anwesenheit des Vertreters des Klägers vernommen (act. 344/3). Sie war letzt- mals vor ca. zehn Jahren beim Kläger in zahnärztlicher Behandlung. Auf die Pati- entenkarte habe sie jeweils nicht geachtet. Wo die Patientenkarte nach dem 17. Oktober 2001 verblieben sei, wisse sie nicht. Nach der Übertragung der Praxis auf die Beklagte sei sie ihres Wissens nicht mehr dort gewesen. Die Patientenak- ten habe sie nie herausverlangt.

E. 8.7.14.2

Mit diesen Zeugenaussagen vermag der Kläger den ihm obliegenden Beweis nicht zu erbringen. Die Urkunde act. 262/14 (Computerausdruck der Pati- entendaten) ist nicht zielführend.

E. 8.7.15

Patientin ZF._____, geb. 1974 (Zeugin 43, act. 262/15).

E. 8.7.15.1

Die Zeugin wurde am 14. April 2011 vom Bezirksgericht P._____ ver- nommen (act. 345/7). Sie kennt beide Parteien als Zahnärzte. Bei beiden "Streit- teilen" war sie Patientin. Bei den Behandlungen habe es nie Schwierigkeiten ge- geben. Ihres Erinnerens habe die Dame an der Rezeption die Patientenkarte im- mer herausgelegt gehabt. Der Kläger bzw. die Beklagte hätten die Karte bei der Behandlung stets bei sich gehabt. Sie habe keine Ahnung, wo sich derzeit ihre Patientenkarte befinde. Sie wisse nicht, ob die Patientenkarte nach dem 17. Oktober 2001 gefehlt habe oder nicht, denn beim Zahnarzt hätte sie schliess- lich "andere Sorgen" gehabt.

E. 8.7.15.2

Es ist auch hier zu sagen, dass es hätte zur Sprache kommen müssen, wenn die Patientendaten nach dem Praxisübergang gefehlt hätten. Da die Patien-

- 59 - tin bei beiden Parteien in Behandlung war, ist daher davon auszugehen, dass ihre Patientenkarte der Beklagten seinerzeit übergeben wurde.

E. 8.7.16

Patientin ZI._____, geb. 1931 (Zeugin 44, act. 262/16). Die Vernehmung der Patientin als Zeugin wurde auf dem Rechtshilfeweg beim Amtsgericht AK._____ veranlasst. Die Zeugin reichte dem Amtsgericht AK._____ ein Arztzeugnis ein, wonach sie aus gesundheitlichen Gründen auf unbestimmte Zeit nicht verhandlungsfähig sei (act. 348/3/1). In der Folge verzichtete der Kläger auf die Vernehmung der Zeugin (act. 348/4). Bei diesem Aktenstand vermag der Kläger den ihm obliegenden Beweis nicht zu erbringen. Die Urkunde act. 262/16 ist nicht zielführend.

E. 8.7.17

Patient ZAQ._____, geb. 1924 (Urkunde act. 262/17). Der Beweis des Klägers scheitert: Die angerufene Beweisurkunde (Computer- ausdruck der Patientendaten) ist nicht zielführend.

E. 8.7.18

Patientin Dr. ZH._____, geb. 1949 (Zeugin 45, act. 262/18).

E. 8.7.18.1

Die Patientin wurde am 1. April 2011 vom Amtsgericht Q._____ in Anwesenheit des Anwaltes des Klägers als Zeugin vernommen (act. 347/5). Sie war Patientin des Klägers, nicht aber bei der Beklagten. Letztere hat sie einmal gesehen. Letztmals sei sie vor ca. zehn Jahren in der Praxis gewesen. Die Patientenakten seien immer dort gewesen. Nachdem der Kläger die Praxis aufgegeben habe, sei sie nicht mehr in der Praxis gewesen, ausgenommen einmal als Begleitung für ihren Sohn.

E. 8.7.18.2

Bei diesem Beweisergebnis bleibt unklar, ob die Patientenakten vom Kläger auf die Beklagte übergegangen sind. Der Beweis ist dem Kläger misslungen.

E. 8.7.19

Patient Dr. med. dent. ZO._____, geb. 1917 (Zeuge 46, act. 262/19). Der Beweis ist misslungen: Der vom Kläger angerufenen frühere Patient ist am 2. Februar 2008 gestorben (act. 360/3 und 360/4).

- 60 -

E. 8.7.20

Patientin ZP._____, geb. 1919 (Zeugin 47, act. 262/20). Der Beweis ist misslungen: Die vom Kläger angerufenen frühere Patientin ist am 16. Februar 2008 gestorben (act. 361/3 und act. 361/4).

E. 8.8

Mit dem Beweissatz 3 des Beweisaufgabebeschlusses wurde der Beklagten im Sinne des Gesagten der Beweis dafür auferlegt, dass auch nach dem 17. Oktober 2001 die Patientenkarten der Patientinnen ZAJ._____, ZAS._____, ZT._____ und ZQ._____ fehlten. Im Einzelnen ergab das Beweisverfahren in dieser Hinsicht Folgendes:

E. 8.8.1

Patientin ZAJ._____, geb. 1936 (vgl. Prot. I S. 121-123; Zeugin 7; act. 16/13, 212, 217, persönliche Befragung der Parteien; Beweisaussage der Beklagten). Die Aussagen der Zeugin 7, J._____, stützen den Prozesstandpunkt der Beklagten nicht, im Gegenteil sollen doch gemäss dieser Zeugin insgesamt nur wenige Karten gefehlt haben. Die von der Beklagten angerufenen Urkunden vermögen den Beweis nicht zu erbringen, dass die Karte auch nach dem 17. Oktober 2001 gefehlt hat. Auf Grund der persönlichen Befragung des Klägers lässt sich nicht sagen, dass er die Karte an sich genommen hat (act. 243 S. 14). Auch die Beklagte vermochte in der persönlichen Befragung keine konkreten Angaben zu dieser Patientin und ihrer Patientenkarte zu machen (act. 243 S. 14 f.). Die von der Beklagten beantragte eigene Beweisaussage gemäss § 150 ZPO/ZH kann unter diesen Umständen von vornherein nicht in Frage kommen. ZAJ._____ war im Übrigen gemäss ihrer Zeugenaussage ein einziges Mal beim Kläger in Behandlung, und zwar für eine blosse Untersuchung; dann war sie Patientin der Beklagten (Prot. I S. 122). Der Beweis ist der Beklagten unter diesen Umständen misslungen.

E. 8.8.2

Patientin ZAS._____ (...) (Zeugin 7; act. 16/13, 212, 217, persönliche Befragung der Parteien; Beweisaussage der Beklagten). Die Aussagen der Zeugin 7, J._____, stützen den Prozesstandpunkt der Beklagten nicht, im Gegenteil sollen doch gemäss dieser Zeugin insgesamt nur wenige Karten gefehlt haben. Die von der Beklagten angerufenen Urkunden

vermögen den Beweis nicht zu erbringen, dass die Karte auch nach dem 17. Oktober 2001 - 61 - gefehlt hat. Auf Grund der persönlichen Befragung des Klägers lässt sich nicht sagen, dass er die Karte an sich genommen hat (act. 243 S. 18 f.). Auch die Be- klagte vermochte in der persönlichen Befragung keine konkreten Angaben zu die- ser Patientin und ihrer Patientenkarte zu machen (act. 243 S. 18 f.). Auszugehen ist davon, dass die Patientin eine sogenannte Hotelpatientin war. Die von der Be- klagten beantragte eigene Beweisaussage gemäss § 150 ZPO/ZH kann unter diesen Umständen von vornherein nicht in Frage kommen. Der Beweis ist der Be- klagten unter diesen Umständen misslungen.

E. 8.8.3

Patientin ZT._____, geb. 1938 (Prot. I S. 101-103, act. 243 S. 64 f., Zeugin 7, act. 16/13, 212, 217). Die Aussagen der Zeugin 7, J._____, stützen den Prozesstandpunkt der Beklag- ten nicht, im Gegenteil sollen doch gemäss dieser Zeugin insgesamt nur wenige Karten gefehlt haben. Die Patientin selber weiss sodann nichts von ihrer Patien- tenkarte (Prot. I S. 103, act. 243 S. 65). Die von der Beklagten angerufenen Ur- kunden führen nicht weiter. Auf Grund der persönlichen Befragung des Klägers lässt sich nicht sagen, dass er die Karte an sich genommen hat (act. 243 S. 22). Auch die Beklagte vermochte in der persönlichen Befragung keine konkreten An- gaben zu dieser Patientin und ihrer Patientenkarte zu machen (act. 243 S. 22). Die von ihr beantragte eigene Beweisaussage gemäss § 150 ZPO/ZH kann unter diesen Umständen von vornherein nicht in Frage kommen. Der Beweis ist der Be- klagten unter diesen Umständen misslungen.

E. 8.8.4

Patientin ZQ.____ (Zeugin 7, act. 16/13, 212, 217). Die Aussagen der Zeugin 7, J._____, stützen den Prozesstandpunkt der Beklag- ten nicht, im Gegenteil sollen doch gemäss dieser Zeugin insgesamt nur wenige Karten gefehlt haben. Die Patientin weiss sodann nichts von ihrer Patientenkarte (Prot. I S. 103, act. 243 S. 65). Die von der Beklagten angerufenen Urkunden füh- ren nicht weiter. Keine der Parteien vermochte in der persönlichen Befragung et- was zu dieser Patientin zu sagen (act. 243 S. 24). Die von der Beklagten bean- tragte eigene Beweisaussage gemäss § 150 ZPO/ZH kann unter diesen Umstän- den von vornherein nicht in Frage kommen. Der Beweis ist der Beklagten unter

- 62 - diesen Umständen misslungen. Erwähnt sei, dass die vom Kläger als Zeugin an- gerufene frühere Patientin im Jahre 2006 verstorben ist (act. 368).

E. 8.9

Auf Grund des Gesagten misslingt dem Kläger der Beweis, die Patientenkar- ten zurückgebracht zu haben, in zwölf Fällen, nämlich in den Fällen der Patienten ZJ.____ (geb. 1927), ZK.____ (geb. 1937), ZL.____ (Jahrgang unbekannt), ZG.____ (geb. 1932), ZM.____ (geb. 1937), ZN.____ (geb. 1944), ZE.____ (geb. 1978), ZI.____ (geb. 1931), ZAQ.____ (geb. 1924), ZH.____ (geb. 1949), ZO.____ (geb. 1917), ZP.____ (geb. 1919). Umgekehrt vermag die Be- klagte bezüglich vierer weiterer Patienten nicht zu beweisen, dass die Karten fehl- ten. Auf Grund dieses Beweisergebnisses ist von zwölf fehlenden Karten auszu- gehen. Diese Zahl erscheint angesichts der sehr glaubwürdigen Aussagen der Zeugin J.____, welche seinerzeit die Karten vom Kläger zurückgenommen hat, als ausserordentlich hoch, aber immerhin mit den Aussagen der Zeugin J.____ gerade noch als vereinbar (vgl. dazu: Erw. 8.7.1.). Mithin ist von zwölf fehlenden Karten auszugehen. Von den insgesamt "ca." 2'600 Patientenkarten gemäss Ver-

trag fehlten damit schliesslich zwölf Stück oder "ca." 0,46%.

E. 9

Datenbank-Software "D._____ Dr. A._____ "

E. 9.1

Das Bundesgericht weist in seinem Rückweisungsentscheid darauf hin, der Kläger habe gemäss den tatsächlichen Feststellungen des obergerichtlichen Urteils vom 21. August 2007 am 17. Oktober 2001, also gut einen Monat nach seinem Ausscheiden aus der Praxis, die Datenbank-Software "D._____ Dr. A._____ " vom Computer der Beklagten deinstalliert. Im Januar 2002 habe er der Beklagten dann eine Back-up-Kopie zukommen lassen. Auch darin liege eine Vertragsverletzung. Wenn der Kläger der Beklagten "erst einige Monate später" eine Back-up Kopie zurückgegeben habe, sei "jedenfalls in der Zwischenzeit die Integrität des Leistungserfolges gestört" worden (Erw. 6.2.). Diese bundesgerichtliche Rechtsauffassung ist für die Berufungsinstanz verbindlich. Gleichwohl sind die Umstände auch dieser Vertragsverletzung auf Grund der Parteivorbringen und des Ergebnisses des Beweisverfahrens näher auszu-leuchten. Angesichts ihrer Rechtsauffassung hatte dies die Berufungsinstanz mit

- 63 - ihrem ersten und später vom Bundesgericht aufgehobenen Urteil noch nicht zu tun.

E. 9.2

Beide Parteien verwenden die gleiche von der Firma G._____ gelieferte Zahnärzte-Software "D._____ " bzw. haben sie verwendet. Seit dem Jahre 1994 benutzte der Kläger die "D._____ Dr. A._____ ". Nachdem die Beklagte ihre Arbeit in der Praxis des Klägers aufgenommen hatte, wurde überdies auch noch die Software "D._____ Dr. B._____ " installiert (vgl. act. 43 S. 8). Fest steht überdies, dass seinerzeit die Patientengrunddaten von der "D._____ Dr. A._____ " auf die "D._____ Dr. B._____ " transferiert bzw. kopiert wurden. Die Beklagte macht geltend, man habe sich auf diese Grunddaten beschränkt, um die "D._____ Dr. B._____ " nicht "zu schwer" zu machen (act. 207 S. 9 und 186 S. 10). Im Sinne ihres Beweissatzes I/1 (act. 55) prüfte die Vorinstanz, ob das vom Kläger der Beklagten im Januar 2002 zurückgeschickte Back-up der "D._____ Dr. A._____ " funktionsfähig war und die notwendigen Daten enthielt.

E. 9.3

Die früher bei der Softwarefirma "H._____ G._____ AG" (vgl. act. 67/2) tätig gewesene Zeugin AX._____ legte dar, sie sei in einem Zeitpunkt tätig geworden, als der Übergang der Praxis vom Kläger auf die Beklagte schon erfolgt sei (Prot. I S. 137). Sie habe in der Praxis "die Datenübernahme gemacht von den Patientendaten von Herrn A._____ zu Frau B._____ "; ferner sei sie für die Schulung und den Support zuständig gewesen (Prot. I S. 138). "Damit die Datenbank nicht zu gross wird", habe man allerdings "nicht die ganzen Daten mit der Krankengeschichte" übernommen, sondern nur die "Adressen der Patienten, Mitarbeiter usw.". Das sei ein übliches Vorgehen gewesen "bei jeder Praxisübernahme" (Prot. I S. 138). Da der "alte Zahnarzt" seine Fälle normalerweise noch abschliesse, "macht die Übernahme der alten Daten kaum Sinn, und wird deshalb auch nur selten gewünscht" (Prot. I S. 141). Fest steht sodann, dass es der Zeugin AX._____ anlässlich der vorinstanzlichen Beweisverhandlung gelang, das von der Beklagten zu den Akten gereichte und ihr seinerzeit vom Kläger übermittelte Back-up der "D._____ Dr. A._____ " (act. 72/3) zu starten. Sie stellte fest, dass auf dem Back-up die Krankengeschichten nicht vorhanden

seien, während für Statistik und Finanzen ein besonderes Passwort erforderlich gewesen wäre (Prot. I

- 64 - S. 142). Das vorhandene Back-up hätte ohne Bezahlung einer weiteren Lizenzgebühr gelesen werden können (Prot. I S. 144). Die vorhandene Lizenz sei "zeitlich limitiert" vergeben worden (Prot. I S. 145). Seinerzeit sei es auch nach Ablauf der Lizenz möglich gewesen, die Daten zu lesen, indem "man das Computerprogramm zurückdatierte" (Prot. I S. 145). Sie habe anlässlich der Beweisverhandlung die Daten deshalb lesen können, weil sie glaube, dass "das Datum" des verwendeten Notebooks "zurückversetzt" gewesen sei (Prot. I S. 145).

E. 9.4

Der ebenfalls bei der "H._____ G._____ AG" tätig gewesene Zeuge AY._____ gab der Vorinstanz zu Protokoll, dass bei einem Arztwechsel die "reinen Patientendaten" jeweils auf die "neue Datenbank kopiert" worden seien, "damit der alte Arzt jeweils die Rechnungen noch beenden konnte, und der neue Arzt hat dann mit einer leeren Datenbank wieder begonnen". Nicht übertragen worden seien "die Leistungen, die der alte Zahnarzt erbracht hat" (Prot. I S. 148). Die meisten Ärzte hätten denn auch die Krankengeschichten von Hand geführt; die wenigsten hätten sie auf dem Computer erfasst. (Prot. I S. 149). Wenn die Rechte an der Datenbank abgelaufen seien, bestehe die Möglichkeit, das Datum des Computers zurückzusetzen, um die Datenbank zu lesen (Prot. I S. 149).

E. 9.5

Unbestritten ist auch, dass gewisse persönliche Daten des Klägers auf der "D._____ Dr. A._____" erfasst waren. Die Beklagte gesteht in dieser Hinsicht zu, dass der Kläger "bestenfalls seine höchstpersönlichen Daten" auf der "D._____ Dr. A._____" hätte löschen dürfen. Unbestritten ist auch, dass die Krankengeschichten handschriftlich auf den Patientenkarten geführt wurden und nur gewisse weitere Angaben in der "D._____ Dr. A._____" vorhanden waren.

E. 9.6

Fest steht, dass nach einer Korrespondenz hin und her (vgl. act. 16/8, 16/14-16) der Kläger der Beklagten schliesslich das Programm im Januar 2002 auf einer Diskette zurücksandte (act. 43 S. 28). Die Beklagte bezeichnete diese Diskette im Prozess allerdings als "völlig nutzlos" (act. 43 S. 28). Das ist widerlegt: Bei Rückdatierung des Computers waren die Daten, wie das Beweisverfahren ergeben hat, abrufbar (act. 34 S. 35; 43 S. 28), auch wenn in der Zwischenzeit die Rechte des Programms "D._____ Dr. A._____" abgelaufen waren (Prot. I S. 143 f., 149); seit dem 1. Januar 2000 war die "D._____ Dr. A._____" nämlich - 65 - nicht mehr "netzwerkfähig", weil die entsprechende Lizenz nicht mehr vorhanden war (act. 34 S. 35, act. 43 S. 25f.; Zeugin AX._____ Prot. I S. 140, 144; Zeuge AY._____, Prot. I S. 149). Dass die Daten aber nach wie vor abrufbar waren, hat denn auch der Test durch die Zeugin AX._____ anlässlich der vorinstanzlichen Beweisverhandlung ergeben (Prot. I S. 135-145). Die Zeugin AX._____ hätte das der Beklagten schon längst sagen können, nahm doch die Beklagte von der Zeugin Supportdienstleistungen für ihre "D._____ Dr. B._____" auch nach dem Ausscheiden des Klägers aus der Praxis in Anspruch. Die Beklagte reichte demgegenüber die erwähnte Diskette mit einem durchaus funktionsfähigen Programm zwei Jahre nach deren Zustellung durch den Kläger im vorliegenden Prozess zusammen mit ihrer Rechtsschrift vom 20. Januar 2004 dem Gericht

ein. Das Problem bestand dabei darin, dass die Programmrechte Ende 2000 abgelaufen waren, so dass ab dem Jahre 2001 das Datum des Computers zurückgestellt werden musste, um das Programm lesen zu können. Die Beklagte, welche – wie auch schon der Kläger – von der Firma G._____ im Zusammenhang mit dem "D._____ Dr. B._____" betreut wird, hätte dort ohne weiteres nach Möglichkeiten fragen können, wie sie die Software "D._____ Dr. A._____" für sich hätte nützlich machen können. Sie hat das offensichtlich nicht getan. Das lässt sich nur so erklären, dass sie kein echtes Bedürfnis mehr hatte, nachdem die Grunddaten auf ihr System überspielt worden waren und die Patientenkarten in ihrem Archiv lagen.

E. 9.7

Nach dem Gesagten steht fest, dass die Softwarefirma alle Daten, die man im zahnärztlichen Alltag braucht, von der "D._____ Dr. A._____" auf die "D._____ Dr. B._____" überspielte, und zwar in einem Umfange, wie das bei Praxisübergaben üblich ist (Prot. I S. 138, 141, 148, 149). Aus den Aussagen der Zeugen AX._____ und AY._____ ergibt sich sodann, dass man bei einem Ärztewechsel die neue Software bewusst nicht überlasten will. Das ist denn durchaus auch die Haltung der Beklagten, welche vor Obergericht vorträgt, man sei seinerzeit darauf bedacht gewesen, ihre "D._____ Dr. B._____" nicht "zu schwer" werden zu lassen (act. 186 S. 12; act. 207 S. 9). Überspielt wurden damit immerhin von der "D._____ Dr. A._____" auf die "D._____ Dr. B._____" all jene Daten, die man im zahnärztlichen Alltag üblicherweise braucht. Der Beklagten fehlte der Zugriff auf

- 66 - die "D._____ Dr. A._____" lediglich in der Zeit zwischen dem 17. Oktober 2001 (dem Datum des Besuchs des Klägers) und Januar 2002 (Rücksendung der Diskette an die Beklagte).

E. 9.8

Für die Berufungsinstanz ist die bundesgerichtliche Rechtsauffassung verbindlich, dass der Kläger durch den Entzug der Software "D._____ Dr. A._____" während ca. drei Monaten "die Integrität des Leistungserfolges gestört" hat (Erw. 6.2.). Es ist dies aber eine Leistungsstörung, die nicht als sehr gravierend eingestuft werden kann: Gemäss Ziff. 5 des "Hauptvertrages" hatte der Kläger der Beklagten die "gesamte Patientenkartei (ca. 2'600) Patienten zu übergeben". Mit ihrem Vertrag legten die Parteien ausdrücklich fest, dass "unter Patientenkartei ... das ordnungsgemäss geführte Verzeichnis sämtlicher Patienten der letzten fünf Jahre vor Betriebsübergabe und die dazugehörigen Krankengeschichten" gehöre. Dass die Patientengrunddaten von der Datenbank "D._____ Dr. A._____" auf die Datenbank "D._____ Dr. B._____" überspielt wurden, ist unbestritten und überdies von der Zeugin AX._____ bestätigt. Die Krankengeschichten werden zwar vom Wortlaut des Vertrages nicht erfasst, sind aber für die Fortführung der Praxis – unter Vorbehalt der Persönlichkeitsrechte der einzelnen Patienten – unerlässlich. Die Krankengeschichten wurden indessen, wie seinerzeit allgemein üblich (vgl. Zeugen AX._____ und AY._____) vom Kläger handschriftlich auf den Patientenkarten erfasst und nicht lückenlos auf der Software "D._____ Dr. A._____" niedergelegt. Die Beklagte macht im Prozess (abgesehen von den wenigen fehlenden Karten) nicht etwa geltend, diese Krankengeschichten seien ihr vom Kläger nicht übergeben worden bzw. sie seien in der Datenbank "D._____ Dr. A._____" gelöscht worden. Sie macht in diesem Zusammenhang vielmehr lediglich Komfortansprüche geltend: So führt sie aus, sie sei unter Umständen gezwungen, "in den

Keller [zu] steigen und mühsam in den alten, vom Vorgänger mit unleserlicher Handschrift geführten Krankengeschichten nach[zu]forschen", wenn ihr die Datenbank "D._____ Dr. A._____" nicht zur Verfügung stehe (act. 186 S. 24). Der von ihr im Prozess geltend gemachte Komfortanspruch stand ihr aber auf Grund des Vertrages dennoch zu, auch wenn sie von ihm nach Rück- sendung der Software keinen Gebrauch gemacht hat, obwohl sie das hätte tun

- 67 - können. Allerdings waren die Rechte der "D._____ Dr. A._____" im Ende 2000 bereits abgelaufen.

E. 10

Die Konventionalstrafe und ihre Bemessung

E. 10.1

Nach dem oben Ausgeführten kann entgegen der These der Beklagten dem Kläger nicht vorgeworfen werden, er habe Patienten abgeworben bzw. dazu ver- anlasst, die Dienste anderer Zahnärzte als der Beklagten in Anspruch zu nehmen. Dagegen ist nach dem Gesagten von folgenden Vertragsverletzungen des Klä- gers auszugehen: - Rückbehaltung von zwölf Patientenkarten. - Entzug der Zahnärztesoftware "D._____ Dr. A._____" für ca. drei Monate (Mitte Oktober 2001 bis Januar 2002);

E. 10.2

Gemäss Art. 163 Abs. 1 OR kann die Konventionalstrafe von den Parteien in beliebiger Höhe festgesetzt werden. Im vorliegenden Fall setzten die Parteien mit Ziff. 3.2 ihrer Vereinbarung vom 19. Juli 2001 die Konventionalstrafe im Umfang der noch fälligen Zahlung von insgesamt Fr. 690'000.00 fest. Das wären 57.98% des gesamten Praxiskaufpreises von Fr. 1'190'000.00. Aktuell und von der Be- klagten als Konventionalstrafe eingefordert wird in diesem Prozess indessen le- diglich die dritte Ratenzahlung von Fr. 340'000.00. Das sind 28.57% des gesam- ten Kaufpreises.

E. 10.3

Hinzuweisen ist darauf, dass die Parteien mit Ziff. 10 ihres Vertrages vom 19. März 1999 (act. 4/1) für den Fall, dass der Kläger das Konkurrenzverbot (Ver- bot, während der Dauer von fünf Jahren im Umkreis von 20 km eine Zahnarztpra- xis zu betreiben) verletze, eine Konventionalstrafe von Fr. 250'000.00 vorsahen.

E. 10.4

Mit Beschluss vom 13. März 2007 hat das Obergericht die Parteien aufge- fordert sich zur möglichen Rechtsauffassung zu äussern, dass die vom Kläger eingeforderte Zahlung als Konventionalstrafe zu Gunsten der Beklagten betrach- tet werden könnte. Hingewiesen wurde auch auf die Schutznormen der Art. 160 bis 163 OR (act. 209). Der Kläger nahm mit Eingaben vom 18. März 2007 und 29. Mai 2007 (act. 211 und 220) und die Beklagte mit Eingaben vom 17. April 2007 und 31. Mai 2007 (act. 216 und 221) Stellung. Während die Beklagte auch

- 68 - für den Fall, dass das Gericht von einer Konventionalstrafe ausgeht, dafür hält, dass die Klage auf der ganzen Linie abzuweisen sei, weil eine Konventionalstrafe von Fr. 340'000.00 angemessen sei (act. 216 S. 12-22, act. 221 S. 6-8), hält der Kläger demgegenüber dafür, dass eine allfällige Konventionalstrafe "massiv auf einen symbolischen Betrag herabzusetzen sei", der Fr. 1'000.00 nicht übersteigen dürfe (act. 211

S. 3, act. 220 S. 8). Mit seiner Eingabe vom 28. Oktober 2011 so- dann verlangt der Kläger, dass eine allfällige Konventionalstrafe auf Null zu redu- zieren sei (act. 374 S. 11).

E. 10.4.1

Der Kläger hält dafür, dass sie vereinbarte Konventionalstrafe, ungeachtet darum, ob man von einem Betrag von Fr. 690'000.00 oder einem solchen von Fr. 340'000.00 ausgehe, massiv übersetzt bzw. überhaupt unangemessen sei. Die Beklagte habe eine hoch renommierte Zahnarztpraxis übernommen, die nach wie vor in hohem Masse floriere. Ein Schadenrisiko sei nicht entstanden. Und wenn schon, liege ein Missverhältnis zwischen Schaden und Höhe der Konventi- onalstrafe vor. Schon im ersten Betriebsjahr habe die Beklagte einen Reingewinn von Fr. 769'000.00 erwirtschaftet (act. 211 S. 3 f.). Der Haltung der Beklagten, es sei ihr ein grosser Schaden entstanden, sei blosser Spekulation (act. 220 S. 3 f.).

E. 10.4.2

Die Beklagte wehrt sich demgegenüber gegen eine Herabsetzung der Konventionalstrafe. Eine solche stelle einen Einbruch in die Vertragsfreiheit dar. Die Patientenkarten seien für die Praxisübernahme und die Zahnarztstätigkeit es- sentiell. Nachdem der Kläger am 15. September 2001 "eine grosse Zahl" von Pa- tientenkarten mitgenommen habe, sei eine hohe Konventionalstrafe geschuldet. Auch sei die Überlassung der Daten der "D. _____ Dr. A. _____" für die Beklagte sehr wichtig gewesen. Auch falle die "äusserst gravierende Vertragsverletzung des Klägers ins Gewicht bezüglich der Vertragsklausel, die bestimmte, dass er dafür hätte besorgt sein müssen, "dass die von ihm behandelten Patienten bei Dr. B. _____ eingeführt und von dieser weiterbehandelt werden". Die Überführung des Patientenstammes habe der Kläger entgegen seiner Pflicht nicht unterstützt. Seitens des Klägers liege ein schweres Verschulden vor. Eine Konventionalstrafe von Fr. 340'000.00 sei daher angemessen (act. 216 S. 13-22). Ferner führte die Beklagte aus, dass keine Rolle spielen könne, ob sie in ihrer Praxis einen Gewinn

- 69 - erzielt habe. Massgebend sei einzig, ob der Kläger einen Schaden verursacht ha- be (act. 221 S. 6-8).

E. 10.5

In der die Parteien betreffenden Angelegenheit hielt das Bundesgericht mit seinem Urteil vom 23. April 2009 (4A_398/2007) Folgendes fest: "Gemäss Art. 163 Abs. 3 OR hat der Richter übermässig hohe Konventional- strafen nach seinem Ermessen herabzusetzen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts handelt es sich dabei um eine Norm des ordre public, mithin um eine zwingende Norm, die der Richter selbst dann anzuwenden hat, wenn der Schuldner die Herabsetzung nicht ausdrücklich verlangt hat (BGE 133 III 201 E. 5.2 S. 209; mit Hinweisen). Dabei ist aus Gründen der Vertragstreue und der Vertragsfreiheit Zurückhaltung geboten, denn die Stra- fe kann von den Parteien an sich in beliebiger Höhe festgesetzt werden (Art. 163 Abs. 1 OR). Ein richterlicher Eingriff in den Vertrag rechtfertigt sich nur, wenn der verabredete Betrag so hoch ist, dass er das vernünftige, mit Recht und Billigkeit noch vereinbare Mass übersteigt (BGE 133 III 201 E. 5.2 S. 209; 133 III 43 E. 3.3.1 S. 48). Eine Herabsetzung der Konventionalstrafe rechtfertigt sich insbesondere, wenn zwischen dem vereinbarten Betrag und dem Interesse des Anspre- chers, daran im vollen Umfang festzuhalten, ein krasses Missverhältnis be- steht. Ob diese Voraussetzung gegeben ist, entscheidet sich nicht allgemein, sondern hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Dazu gehören insbe- sondere die Art und Dauer des

Vertrages, die Schwere des Verschuldens und der Vertragsverletzung, das Interesse des Ansprechers an der Einhaltung des Verbots sowie die wirtschaftliche Lage der Beteiligten, namentlich des Verpflichteten. Zu berücksichtigen sind ferner allfällige Abhängigkeiten aus dem Vertragsverhältnis und die Geschäftserfahrungen der Beteiligten. Gegenüber einer wirtschaftlich schwachen Partei rechtfertigt sich eine Herabsetzung eher als unter wirtschaftlich gleichgestellten und geschäftskundigen Vertragspartnern (BGE 133 III 201 E. 5.2 S. 209; 133 III 43 E. 3.3.2 S. 48 f.; je mit Hinweisen)." Davon ist auszugehen.

E. 10.6

Eine Konventionalstrafe von Fr. 340'000.00 bei einem Praxiskaufpreis von knapp 1,2 Millionen Franken erscheint nur dann als nicht übermässig hoch im Sinne von Art 163 Abs 3 OR, wenn sehr gravierende Vertragsverletzungen mit ernststen wirtschaftlichen Auswirkungen vorliegen. Unter diesen Gesichtspunkten ist zu prüfen, ob im vorliegenden Fall die vereinbarte Konventionalstrafe nicht zu reduzieren ist. Die Frage ist im Sinne von Art. 4 ZGB nach Recht und Billigkeit zu entscheiden.

E. 10.6.1

Der Kläger hat der Beklagten zwölf Patientenkarten nicht zurückgegeben, und er hat über dies ihr die Zahnärztesoftware "D._____ Dr. A._____" für ca. drei

- 70 - Monate entzogen. Diese Vertragsverletzungen, die nach durchgeführtem Beweisverfahren noch von Belang sind, erweisen sich insgesamt als eher marginal. Die zwölf verschwundenen Patientenkarten umfassen weniger als ein halbes Prozent des gesamten Kartenstandes. Betroffen sind zudem ältere Patienten mit Wohnsitz im Ausland. Die Patienten ZJ._____ und ZK._____ (geb. 1927 und 1937) wohnen in S._____, die Patientin ZL._____ wohnt in T._____, die Patientin ZG._____ (geb. 1932) wohnt in Q._____, die Patienten ZM._____ und ZN._____ (geb. 1937 und 1944) wohnen in U._____, die Patientin ZE._____ (geb. 1978) wohnt in AO._____, die Patienten ZI._____ und ZAQ._____ (geb. 1931 und 1924) wohnen in AK._____ und die Patientin ZH._____ wohnt in Q._____. Einzige die Patienten ZO._____ und ZP._____ wohnten im Kanton Zürich, waren aber schon bejahrt (geb. 1917 und 1919). Das Schadenpotential, das sich mit dem Verlust weniger solcher Karten ergeben kann, hält sich sehr in Grenzen. Der Vorgang stellt jedenfalls den Betrieb der Zahnarztpraxis bei weitem nicht in Frage, sondern ist dazu geeignet, punktuell Ärger und Umtriebe zu verursachen. Auch erweist sich das Verschulden des Klägers angesichts dieser Patientenliste nicht als besonders gravierend. Und trotzdem: Die Übergabe bzw. Rückgabe aller Patientenkarten hätte gemäss Vertrag zu den Pflichten des Klägers gehört; diese Pflicht einfach als bedeutungslos beiseite zu schieben, wie das der Kläger tut (vgl. act. 374 S. 12 f.), geht nicht an.

E. 10.6.2

Ähnliches lässt sich sagen bezüglich der Software "D._____ Dr. A._____". Der Umstand, dass diese Software der Beklagten für ca. drei Monate nicht zur Verfügung stand, führte potentiell zu Komforteinbussen, stellte den Praxisbetrieb aber nie auch nur am Rande in Frage (vgl. dazu auch oben Erw. 9.8.). Die Software hätte die Beklagte, wenn sie sich von der Lieferfirma hätte instruieren lassen, durchaus noch nutzen können, obwohl die Lizenz abgelaufen war. Sie hat das aber auch nach der Rücksendung der Software im Januar 2002 nicht getan, was doch belegt, dass dieses Arbeitsinstrument für die Beklagte nicht entscheidend wichtig war. Dass der Kläger die Software, ohne die Beklagte zu fragen oder auch nur zu orientieren, im Oktober 2001 einfach deinstallierte, war allerdings dreist und

widersprach Sinn und Geist des Vertrages der Parteien. Das ist zu Lasten des Klägers zu berücksichtigen.

- 71 -

E. 10.6.3

Kein Herabsetzungsgrund kann die wirtschaftliche Lage der Parteien sein. Beide Parteien sind ausserordentlich gut situiert. Sie sind beide als geschäftserfahrene und als wirtschaftlich gleichgestellte geschäftskundige Personen anzusehen.

E. 10.6.4

Als Ausgangspunkt für die Bemessung der Konventionalstrafe ist der Betrag gemäss Vertrag von Fr. 340'000.00 zu nehmen. Angesichts der gesamten Umstände besteht indessen ein krasses Missverhältnis zwischen dem Interesse der Beklagten, für die Vertragsverletzungen des Klägers eine pauschale Entschädigung von Fr. 340'000.00 einzufordern, und dem Verschulden des Klägers sowie der potentiell wenig gravierenden Auswirkungen seiner Vertragsverletzungen für den Betrieb der Beklagten. In Anwendung von Art. 163 Abs. 3 OR ist die Konventionalstrafe daher zu reduzieren. Für die Verletzung des vertraglichen Konkurrenzverbotes durch Einrichtung einer Zahnarztpraxis in dem mit dem Konkurrenzverbot erfassten Gebiet sahen die Parteien eine Konventionalstrafe von Fr. 250'000.00 vor. Eine derartige Vertragsverletzung hätte aber ganz andere Dimensionen als die wenig gravierenden Vertragsverletzungen, die dem Kläger nach dem Abschluss des Beweisverfahrens noch vorgeworfen werden können. Eine Konventionalstrafe von Fr. 340'000.00 liegt bei den gegebenen Verhältnissen weit ausserhalb dessen, was als recht und billig angesehen werden kann. Recht und billig erscheint demgegenüber auf Grund der Umstände ein Betrag, der einem guten Siebtel der eingeklagten Summe entspricht. Das ist ein Betrag von Fr. 50'000.00. Eine Konventionalstrafe von Fr. 50'000.00 tut dem Schuldner angesichts der für die Strafe relevanten Vorgänge durchaus noch weh; das ist denn auch Sinn und Zweck einer Konventionalstrafe. Auf diesen Betrag von Fr. 50'000.00 ist die Konventionalstrafe daher zu reduzieren, weshalb die Klage im Umfange von Fr. 290'000.00 gutzuheissen und im Mehrbetrag abzuweisen ist. Betreuungskosten sind nicht zuzusprechen; sie sind gegebenenfalls im Sinne von Art. 68 SchKG vorab zu erheben.

E. 11

Zins; Aufhebung des Rechtsvorschlages

E. 11.1

Der Kläger verlangt den gesetzlichen Verzugszins von 5% seit dem 1. März 2002. Er weist auf keine besondere Mahnung hin. Als Mahnung muss der Zah-

- 72 - lungsbefehl vom 5. April 2002 gelten, der der Beklagten am 16. April 2002 zugestellt wurde (act. 4/9). Zins ist daher gemäss Art. 102 Abs. 1 OR seit diesem Zeitpunkt zuzusprechen.

E. 11.2

Der Kläger verlangt sodann die Aufhebung des Rechtsvorschlages in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes C._____ (Zahlungsbefehl vom 5. April 2002). Dem Antrag ist zu entsprechen (Art. 79 SchKG).

E. 12

Kosten- und Entschädigungsfolgen

E. 12.1

Nicht nur vor der ersten, sondern auch vor der zweiten Instanz war ein aus- gesprochen umfangreiches Beweisverfahren durchzuführen. So fand eine aus- führliche persönliche Befragung der Parteien statt (act. 243 S. 5-30). Es wurde ein Gutachten eingeholt und ein Augenschein durchgeführt. Alsdann musste die Ver- nehmung von 19 Zeugen (Zeugen 30 - 49) veranlasst werden. Das rechtfertigt die Gebühr gemäss § 4 Abs. 1 GerGebV von Fr. 17'550.00 zu verdoppeln.

E. 12.2

Die Kostenfestsetzung gemäss vorinstanzlichem Urteil (Dispositiv-Ziff. 2) ist zu bestätigen.

E. 12.3

Nach § 64 Abs. 3 ZPO/ZH rechtfertigt es sich, von der ausgangsgemässen Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen abzuweichen, "insbesondere" wenn die unterliegende Partei in guten Treuen zur Prozessführung Anlass hatte oder dem Kläger die genaue Bezifferung seines Anspruches nicht zuzumuten war. Aber auch andere Ausnahmefälle sind denkbar (vgl. das Wort "insbesondere in § 64 Abs 3 ZPO/ZH). Im vorliegenden Fall ging es zunächst und in erster Linie um die Grundsatzfrage, ob der Kläger überhaupt zur Leistung einer Konventional- strafe verpflichtet ist. Diese Frage wurde zu Lasten des Klägers beantwortet. Die weitere Frage, nämlich jene der angemessenen Höhe der Konventionalstrafe, be- trifft eine ausgesprochene Ermessensfrage, deren Beantwortung durch das Ge- richt von den Parteien kaum vorhergesehen werden kann. Aus diesem Grunde rechtfertigt es sich, die Gerichtskosten beider Instanzen den Parteien in Anwen- dung von § 64 Abs. 3 ZPO/ZH je hälftig aufzuerlegen. Entsprechend sind die Pro- zessentschädigungen wettzuschlagen (§ 68 Abs. 1 ZPO/ZH).

- 73 - Es wird erkannt:

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