

ZH_OBERGERICHT LB130012 vom 26. August 2013

ZH Obergericht, 2013-08-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB130012

FR: ZH_OBERGERICHT LB130012 du 26 août 2013

IT: ZH_OBERGERICHT LB130012 del 26 agosto 2013

Erwägungen

E. 1

Am 4. Oktober 2007 machte die Klägerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend Klägerin) das vorliegende Prozessverfahren über das einleitend erwähnte Rechtsbegehren beim Bezirksgericht Zürich rechtshängig. Nach durchgeführtem zweifachem Schriftenwechsel erliess das Bezirksgericht am 29. Dezember 2008 das Urteil, mit dem es die Klage vollumfänglich guthiess. Auf Berufung des Beklagten und Berufungsklägers (nachfolgend Beklagter) hin hob die I. Zivilkammer des Obergerichtes am 8. November 2010 das Urteil vom 29. Dezember 2008 auf und wies das Verfahren zur Durchführung eines Beweisverfahrens an die Erstinstanz zurück. Nach Eröffnung und Durchführung des Beweisverfahrens erliess das Bezirksgericht Zürich am 12. Februar 2013 ein neues Urteil, mit welchem es die Klage erneut im vollen Umfang guthiess und den Beklagten zur Bezahlung von Fr. 3'000'000.- verpflichtete (Urk. 107). Gegen das Urteil vom 12. Februar 2013 erhob der Beklagte am 22. März 2013 erneut schriftlich und begründet Berufung (Urk. 106). Den einverlangten Prozesskostenvorschuss von Fr. 50'750.- leistete er am 10. April 2013 fristgerecht (Urk. 109). Die Klägerin erstattete am 21. Mai 2013 rechtzeitig ihre schriftliche Berufungsantwort (Urk. 111). Da diese keine zulässigen Noven enthält, wurde sie

- 4 - dem Beklagten am 1. Juli 2013 nur noch zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 111, Urk. 112). Am 8. Juli 2013 erfolgte unaufgefordert eine "Replik" des Beklagten (Urk. 113), am 19. Juli 2013 eine unaufgeforderte Stellungnahme der Klägerin zur Zulässigkeit der Ausführungen in der "Replik" (Urk. 115). Da die "Replik" lediglich Wiederholungen der Argumentation in den früheren Rechtsschriften enthält, erübrigen sich Weiterungen und das Berufungsverfahren erweist sich als spruchreif.

E. 1.1

Zum vorinstanzlichen Beweisverfahren In ihrem Rückweisungsbeschluss vom 8. November 2010 hat die erkennende Kammer erwogen, das Bezirksgericht habe ein Beweisverfahren durchzuführen dazu, welches der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien gewesen sei bei der Formulierung "aus Gründen, die das C. _____ Top Management zu verantworten hat" gemäss Ziffer 1.2 der Vereinbarung vom 12. Juli 2006. Sollte sich ein Konsens ergeben, dass (sc. als Kündigungsanlass für die Arbeitgeberin) "ausschliesslich konkrete berufliche Fehlleistungen" des Topmanagements mit einer Konventionalstrafe sanktioniert werden sollten, so sei weiter über ein dem Beklagten zurechenbares derartiges Verschulden an der Kündigung Beweis zu erheben (Urk. 76 S. 17). Dieser Rückweisungsauftrag erfolgte vor dem Hintergrund des ersten Entscheides des Bezirksgerichts, welcher dem Beklagten keine beruflichen Fehlleistungen vorwarf, sondern die Unterlassung des Abschlusses eines durch die Arbeitgeberin nicht frei kündbaren Arbeitsvertrages. Diese Argumentation erschien angesichts der fehlenden einseitigen

Handlungsbefugnis des Beklagten zum Abschluss eines neuen, unkündbaren Arbeitsvertrages im Zeitpunkt des Aktienverkaufs unhaltbar. Das Bezirksgericht auferlegte in der Folge den Parteien den Beweis für einen dahin lautenden Konsens, dass "... der Arbeitnehmer verschuldet Verfehlungen begeht, welche seine Arbeitgeberin zu einer Kündigung berechtigen" (Urk. 77). Mit dieser Formulierung des Beweisthemas schränkte die Vorinstanz die Beweis- thematik gemäss Rückweisungsentscheid zwar ein, indem sie auch ein subjekti- ves Verschulden des Beklagten zum Beweis verstellte und weiter auch noch die Beweislast falsch verteilte. Dies hat sich indessen auf das Beweisergebnis nicht ausgewirkt und ist weiter nicht von Bedeutung.

- 15 -

E. 1.2

ausgeführt, kann sich ein Kündigungsverschulden des Beklagten nur aus dem Arbeitsverhältnis mit der E._____ bzw. im Verhältnis zu G._____ ergeben. Und die gestellte Bedingung erfolgte genau in diesem Kontext. Indem die Vo- rinstanz weiter im gleichen Zusammenhang unter Berufung auf eine "Notorietät" den Arbeitsvertrag als CEO im Januar 2007 als praktisch bereits gekündigt oder im gegenseitigen Einvernehmen aufgelöst annimmt (Urk. 107 S. 32, 34), legt sie ihrem Urteil weiter ein Sachverhaltselement zugrunde, welches von keiner Partei behauptet wurde und auch nicht notorisch ist, was der Beklagte ebenfalls zurecht rügt (Urk. 106 Rz 107f). Denn die Diskussionen zwischen dem Beklagten und G._____ über einen Funktionswechsel standen unbestrittenermassen von Anfang an unter der Bedingung des Einverständnisses der Klägerin, was eine bereits er- folgte Auflösung des CEO-Vertrages vor dem Vorliegen der Zustimmung als Be- dingungseintritt logischerweise ausschliesst. Der CEO-Vertrag wurde bekanntlich - erst - am 27. Februar 2007 gekündigt. Nach den Behauptungen des Beklagten im ersten bezirksgerichtlichen Verfahren

- 20 - trug G._____ die Idee des Funktionswechsels am 26. Januar 2007 an ihn heran, was die Klägerin damals nicht bestritten hat (Urk. 10 Rz 34 i.V.m. Urk. 24 S. 11ff). Wenn die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid davon ausgeht, der Funktions- wechsel müsse schon früher zwischen dem Beklagten und G._____ besprochen worden sein, was bei solchen Funktionswechseln notorisch sei, und diesen Um- stand für ihre Urteilsbegründung heranzieht (Urk. 107 S. 34), so nimmt sie einen Sachverhalt an, der so von den Parteien zwar nicht behauptet wurde, sich aber aus der persönlichen Befragung des Beklagten ableiten lässt (vi. Prot. S. 9). Inso- fern rügt der Beklagte im Berufungsverfahren zu Unrecht eine falsche Sachver- haltselementfeststellung durch die Vorinstanz (Urk. 106 Rz 96). Über die Umstände der Ankündigung des Wechsels in der Geschäftsleitung an die Belegschaft der E._____ am 1. Februar 2007 durch G._____ haben sich die Parteien im erstinstanzlichen Verfahren nicht näher geäussert. Der Beklagte hat dazu lediglich ausgeführt, G._____ habe diese Ankündigung noch vor seinen Fe- rien vorgenommen im Vertrauen auf die zwar noch ausstehende, aber erwartete Zustimmung der Klägerin zu diesem Wechsel (Urk. 10 Rz 41; Urk. 32 Rz 43, 61, 64). Die Klägerin hat dazu lediglich darauf hingewiesen, auf ihre am 1. Februar 2007 noch ausstehende Zustimmung habe man nicht vertrauen dürfen (Urk. 24 Rz 43ff). Wenn die Vorinstanz von sich aus dazu ergänzt, der Beklagte habe von der voreiligen Ankündigung G._____s im voraus gewusst und er hätte die Pflicht zu deren Verhinderung gehabt (Urk. 107 S. 33), so begründet sie ihr Urteil erneut in entscheidender Weise und willkürlich mit einem nicht behaupteten Sachverhalt- selement. Die entsprechende Berufungsrüge des Beklagten ist begründet (Urk. 106 Rz 86, 88, 112f, 117). Es ist im

Übrigen auch nicht nachvollziehbar, weshalb die Vorinstanz von einem Zeitdruck der Parteien im Januar/Februar 2007 hinsichtlich des Funktionswechsels ausgeht und dem Beklagten in diesem Zusammenhang vorwirft, die offizielle Anfrage an die Klägerin vom 31. Januar 2007 betreffend Zustimmung zum Funktionswechsel sei zu spät erfolgt (Urk. 107 S. 33). Dass der Funktionswechsel zwingend auf einen kurzfristigen Termin hin hätte erfolgen müssen und am 1. Februar 2007 ein derartiger Zeitdruck für dessen Bekanntgabe bestand, dass ein Abwarten der Antwort der Klägerin auf die Anfrage vom 31. Januar 2007 objektiv nicht mehr möglich gewesen wäre, lässt

- 21 - sich den Vorbringen keiner Partei entnehmen. Die Vorinstanz scheint diesen Zeitdruck lediglich aus der bereits am ersten Tag nach der ergangenen Anfrage an die Klägerin erfolgten Ankündigung vom 1. Februar 2007 von G._____ abzuleiten. Die Möglichkeit eines voreiligen Vorpreschens von G._____ im Vertrauen auf die Einwilligung der Klägerin nach den Gesprächen mit F._____ im Januar 2007 hat die Vorinstanz nie in Erwägung gezogen. Auch ist nicht ersichtlich, warum der geplante Wechsel zwingend schon per 1. März 2007 hätte vollzogen werden müssen bzw. nicht auch einige Wochen später möglich gewesen wäre.

E. 1.3

Zur Würdigung des Beweisergebnisses durch die Klägerin Die Argumente der Klägerin in ihrer Berufungsantwort (Urk. 111) gegen die Beweiswürdigung und den erwiesenen Vertragswillen der Parteien zu Ziffer 1.2 der Vereinbarung vom 12. Juli 2006 im vorstehenden Sinn überzeugen nicht. Entscheidend ist, was sich aus den Zeugenaussagen als Parteiwille ergeben hat, und nicht, ob der richterliche Beweissatz, so wie formuliert, bestätigt wurde (Rz 28, 43, 44, 56, 60). Zur inhaltlichen Entwicklung der Zeugenaussagen F._____ und H._____ und der sich daraus ergebenden Ausagewürdigung - erste spontane Aussage ohne Vorhalt der Vertragsklausel, Relativierung nach Einsicht in die Vertragsklausel - wurde vorstehend bei der Beweiswürdigung bereits Stellung genommen (Rz 43, 67). Die Kritik der Klägerin an der klaren und von ihrem Beweiswert her massgeblichen Zeugenaussage des Vertragsredaktors I._____ ist unbegründet (Rz 67). Die Fragevorhalte an diesen Zeugen waren dieselben wie an die Zeugen F._____ und H._____. Sie ergründeten zunächst die Beziehung des Zeugen zum Prozess- und Beweisthema, dann wurde die Kenntnis der umstrittenen Vereinbarung erfragt und schliesslich der formulierte Beweissatz vorgehalten. Die zunächst allgemein gehaltene Antwort zu den gemeinten Kündigungsgründen wurde anschliessend

- 18 - auf Ergänzungsfrage des Beklagtenvertreters präzisiert. Die Ergänzungsfragen waren ergebnisoffen und keineswegs suggestiv formuliert (vi. Prot. S. 21f). Kommt dazu, dass der Zeuge F._____ bereits nach Vorlage der von ihm mitunterzeichneten Vereinbarung von sich aus - ohne konkrete Nachfrage des Gerichts oder des Beklagtenvertreters - erklärte, es seien damit Fehler in der beruflichen Aufgabenerfüllung gemeint gewesen (vi. Prot. S. 28). Haben die Parteien unter dem "berechtigten" Kündigungsgrund berufliche Fehlleistungen verstanden, so schliesst dies - wie bereits ausgeführt - selbstredend anderweitige Kündigungsgründe oder ein Verhalten ausserhalb der Erfüllung der beruflichen oder arbeitsvertraglichen Pflichten als "berechtigte" Gründe aus (Rz 21, 23, 29, 45f, 53, 60, 66, 93, 101). 2. Das Kündigungsverschulden gemäss Vorinstanz

E. 2

Vorangegangene Entscheide

E. 2.1

Nach dem Ergebnis des Beweisverfahrens kann es im Hinblick auf den Verfall der Konventionalstrafe einzig darauf ankommen, ob der Beklagte seine beruflichen Pflichten vernachlässigt hat bzw. bei seiner beruflichen Aufgabenerfüllung als Geschäftsleitungsmitglied der C._____ bzw. E._____ Fehler begangen hat, und in Tat und Wahrheit diese Verfehlungen zu seiner Entlassung geführt haben. Die Vorinstanz hat das massgebliche Kündigungsverschulden des Beklagten indessen darin gesehen, dass er sich ohne schriftlich zugesagten Verzicht der Klägerin auf die Konventionalstrafe derart weit auf Vertragsverhandlungen über einen Funktionswechsel eingelassen habe, dass seine Arbeitsstelle bereits neu besetzt worden sei. Die folgerichtige Kündigung seines Arbeitsvertrages habe er daher selber zu verantworten bzw. verschuldet (Urk. 107 S. 35). Die Qualifikation dieses Umstandes als massgebliches Kündigungsverschulden ist nach den vorstehenden Erwägungen nicht haltbar. Nachdem die Klägerin diese vorinstanzliche Argumentation für ihren Berufungsstandpunkt jedoch übernimmt, wird nachstehend der Vollständigkeit halber dazu trotzdem noch Stellung genommen.

E. 2.2

Für den massgeblichen, unbestrittenen Sachverhalt bzw. Handlungsablauf rund um den geplanten Funktionswechsel des Beklagten kann zunächst auf die vorstehende Erwägung B/1 verwiesen werden. Wenn im ersten Berufungsverfahren

- 19 - ren vor der Kammer dazu neue, abweichende Behauptungen aufgestellt worden sein sollten, so waren bzw. sind diese mangels Eintreten neuer tatsächlicher Umstände gemäss §§ 267 und 114 ZPO/ZH nicht mehr zu hören. Dasselbe gilt für das vorliegende Berufungsverfahren gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO/CH. Zum massgeblichen Sachverhalt ist festzuhalten, dass sich der Beklagte stets auf den Standpunkt gestellt hat, seine Zusage zu einem Funktionswechsel sei gegenüber G._____ stets unter der Bedingung erfolgt, dass die Klägerin zustimme in dem Sinne, dass sie diesfalls keine Konventionalstrafe einfordere (Urk. 10 Rz 34, 39, 47; Urk. 4/10). Dies blieb seitens der Klägerin im ersten bezirksgerichtlichen Verfahren unbestritten (Urk. 24 S. 11, 13). Indem die Vorinstanz die Frage einer solchen Bedingung als unwesentlich bezeichnet, um dem Beklagten darauf vorzuwerfen, er habe sich schuldhaft auf Gespräche und Verhandlungen über einen Funktionswechsel eingelassen (Urk. 107 S. 32, 35), so missachtet sie in willkürlicher Weise die unbestrittene Suspensivbedingung als grundlegende Voraussetzung der damaligen Bestrebungen und leitet aus der Missachtung dieses wesentlichen Sachverhaltselementes die Grundlage der Urteilsbegründung ab. Dies rügt der Beklagte zurecht (Urk. 106 Rz 86, 88f, 98). Wie vorstehend unter Erw.

E. 2.3

Für die Frage eines allfälligen Verschuldens ausserhalb der beruflichen Pflichten wäre daher vom folgenden, massgeblichen Sachverhalt auszugehen: Die Idee des Funktionswechsels von der Geschäftsleitung in den Verwaltungsrat der E._____ wurde verschiedentlich zwischen G._____ und dem Beklagten diskutiert. Sowohl G._____ als auch dem Beklagten war aber bewusst, dass ein solcher Wechsel im Hinblick auf die in der Vereinbarung vom 12. Juli 2006 festgelegte Konventionalstrafe heikel war. Beide suchten daher das Gespräch mit der Klägerin und der Beklagte machte gegenüber G._____ einen Wechsel angesichts einer drohenden Konventionalstrafe von 3 Mio. verständlicherweise - von allem Anfang an im Sinne einer Bedingung von einer

Zustimmung der Klägerin im Sinne eines Verzichts auf die Konventionalstrafe abhängig. Indem sich F._____ von der Klägerin in informellen Gesprächen mit G._____ und dem Beklagten am 25. bzw. 29. Januar 2007 einem solchen Wechsel gegenüber nicht verschloss, erweckte er bei Letzteren die Erwartung an eine Zustimmung der Klägerin, auch wenn Allen bewusst war, dass F._____ ab Ende Januar 2007 dafür nicht mehr zuständig war und dies nicht rechtsverbindlich entscheiden konnte. Im Vertrauen auf die erwartete Zustimmung förderte G._____ den Wechsel, u.a. durch die Anfrage an D._____ betreffend Übernahme der Nachfolge des Beklagten, und kündigte den Wechsel bereits am 1. Februar 2007 offiziell an, mithin vor dem Vorliegen des verbindlichen Entscheids der Klägerin. Dass der Beklagte von der Ankündigung wusste, dagegen hätte einschreiten können oder von der gestellten Bedingung der Zustimmung der Klägerin Abstand genommen hätte, ist weder behauptet noch anderweitig erstellt und daher nicht anzunehmen. Nach erfolgter Ankündigung

- 22 - des Funktionswechsels konnte oder wollte G._____ nicht mehr auf seinen Entscheid zurückkommen, als die Ablehnung der Klägerin eintraf und weitere Versuche (auch des Beklagten) zur Umstimmung der Klägerin erfolglos verliefen. Mangels Erfüllung der gestellten Bedingung hielt der Beklagte darauf am bisherigen Arbeitsvertrag als CEO fest. Diese Situation führte dann zur Kündigung des Arbeitsvertrages durch G._____.

E. 2.4

Wie vorstehend unter Erw. 2.2. ausgeführt, lässt die Vorinstanz bei ihrer Argumentation das massgebliche Sachverhaltselement völlig ausser Acht, dass sich der Beklagte von allem Anfang an auf den geplanten Funktionswechsel und die Vorbereitungen dazu nur unter der Bedingung eingelassen hat, dass die Klägerin auf die Konventionalstrafe verzichtet. Die Gespräche über den Funktionswechsel fanden hauptsächlich zwischen dem Beklagten und G._____ statt, somit einvernehmlich zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Auch G._____ kannte die Problematik der Konventionalstrafe und versuchte sogar persönlich, die Klägerin für einen Verzicht zu gewinnen. Es ist daher nicht einzusehen, inwiefern sich der Beklagte gegenüber G._____ unkorrekt verhalten hätte, indem er nur unter dem Vorbehalt einer klar deklarierten, diesem von Anfang an auch bekannten Bedingung einen Wechsel anstrebte. Der Beklagte wäre auch bei einem Wechsel in den Verwaltungsrat in den Diensten der E._____ geblieben und hätte in dieser Funktion für die Klägerin als Hauptkundin der E._____ weiterhin nützliche Dienste leisten können. Das zweite, von der Klägerin in gleicher Weise zum Bleiben verpflichtete Geschäftsleitungsmitglied, D._____, wäre - mit sogar noch weitergehenden Kompetenzen - in der Geschäftsleitung verblieben und hätte die der Klägerin wichtige Kontinuität ebenfalls gewährleistet. In diesem Sinne versties bereits die Erwägung eines Funktionswechsels des Beklagten nicht derart offenkundig gegen den Geist der Vereinbarung vom 12. Juli 2006, dass er a priori und unter allen Umständen für die Klägerin völlig inakzeptabel gewesen wäre; die gestellte und akzeptierte Bedingung war realistisch. Dies belegt nicht zuletzt die anfänglich positive persönliche Reaktion von F._____. Dass es dann schliesslich trotz schwebender Bedingung zu einer Neubesetzung der Stelle des Beklagten und nach dem definitiven Ausfall der Bedingung zu einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses kam, ist auf Umstände zurückzuführen, die der Beklagte nicht zu

- 23 - vertreten bzw. verantworten hat. Sein Festhalten am Arbeitsvertrag unter den gegebenen Umständen war auch keineswegs "konstruiert". Ein irgendwie geartetes Fehlverhalten oder Verschulden des Beklagten liegt unter diesen Umständen nicht vor.

Unter diesen Umständen kann offen bleiben, ob die Vorinstanz mit der Berufung auf den geplanten Funktionswechsel zur Begründung eines schuldhaften Verhaltens des Beklagten nicht auch die Verhandlungsmaxime verletzt hat, wie der Beklagte in seiner Berufung rügt (Urk. 106 Rz 88f). Dass die Klägerin mit ihrer Bemerkung in der erstinstanzlichen Replik, der Beklagte habe die faktische Unmöglichkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses verschuldet (Urk. 24 Rz 78 a.E.), ein Kündigungsverschulden des Beklagten im Sinne der Vorinstanz behauptet hat (Urk. 111 Rz 65), erscheint immerhin sehr fraglich. Sodann konnte die Vorinstanz zu ihrem Urteil nur unter Zuhilfenahme eines nicht behaupteten bzw. in Missachtung eines behaupteten Sachverhaltes kommen. Es kann daher nicht gesagt werden, die Vorinstanz sei allein durch eine selbständige rechtliche Würdigung des von den Parteien dargelegten Sachverhaltes zu ihrem Entscheid gelangt (Urk. 111 Rz 62). Ein Vorgehen im gegenseitigen Einvernehmen mit seinem Arbeitgeber kann jedenfalls nicht als schuldhafte Verletzung irgendwelcher Pflichten des Arbeitnehmers gegenüber just diesem Arbeitgeber qualifiziert werden, welche eine Kündigung rechtfertigen bzw. einseitig den Beklagten als für die Kündigung verantwortlich erscheinen lassen. 3. Arbeitsvertragliche Verfehlungen bzw. berufliches Ungenügen als Kündigungsgrund

E. 3

Zusammengefasster Berufungsstandpunkt des Beklagten Der Beklagte rügt mit seiner Berufung zunächst eine Verletzung der Verhandlungsmaxime und eine falsche Sachverhaltsfeststellung durch die Vorinstanz. Das von ihr herangezogene und als schuldhaft bewertete Einlassen des Beklagten auf Vertragsverhandlungen über einen Funktionswechsel sei bisher von keiner Partei geltend gemacht worden. Es fehlten Behauptungen der Klägerin über die Abläufe und über Verhaltenspflichten, die der Beklagte hätte einhalten müssen und verletzt habe. Im bisherigen Verfahren sei von solchen nie die Rede gewesen. Die Vorinstanz stelle auf einen unrichtigen und auch von der Klägerin nie behaupteten Sachverhalt ab, wenn sie davon ausgehe, er habe schon lange vor dem 26. Januar 2007 Gespräche über den Funktionswechsel geführt oder gar seinen bisherigen Vertrag gekündigt und einen neuen abgeschlossen gehabt, bzw. er habe vom zeitlichen Ablauf Kenntnis gehabt, insbesondere von der geplanten Kommunikation des Wechsels am 1. Februar 2007, ohne dagegen etwas zu unternehmen und ohne die Klägerin rechtzeitig vor dem 31. Januar 2007 um ihr Einverständnis anzufragen oder anfragen zu lassen. Der Beklagte sei vielmehr selber vom schnellen Vorgehen G.____s überrascht worden. Die Vorinstanz verkenne sodann, dass der Beklagte anerkanntermassen einen Funktionswechsel bzw. ein Interesse daran von allem Anfang an im Sinne einer Bedingung von der Zustimmung der Klägerin bzw. eines Verzichts auf die Konventionalstrafe abhängig gemacht habe (Urk. 106 S. 19ff Rz 78ff). Zurecht habe die Vorinstanz sodann als Ergebnis des Beweisverfahrens festgestellt, dass unter Ziffer 1.2 der Vereinbarung vom 12. Juli 2006 lediglich gravierende berufliche Verfehlungen gegen die arbeitsvertraglichen Pflichten, welche eine Kündigung des Arbeitgebers nach sich ziehen, gemeint waren. Berufliche Verfehlungen gegen die arbeitsvertraglichen Pflichten in diesem Sinne habe der Beklagte aber keine begangen, schon gar keine gravierenden, und daher die Kündigung nicht verschuldet. Die Behauptungen der Klägerin zu solchen angeblichen Verfehlungen seien völlig unsubstanziert und blosser Mutmassungen. Der Hinweis darauf, G.____ könne als Zeuge Auskunft über seine Erfahrungen mit dem Beklagten und seine Leistungen geben, sei zu wenig konkret, um darüber Beweis zu erheben. Den unsubstanzierten Vorwürfen stehe u.a. die positive Be-

- 12 - stätigung von G._____ entgegen, wonach weder Versäumnisse noch Fahrlässigkeiten seitens des Beklagten vorgelegen hätten und die Kündigung nichts mit seiner Leistung zu tun habe. Die von der Vorinstanz letztlich angenommene und bejahte verschuldete Handlung - Einlassen auf Verhandlungen über einen Funktionswechsel - könne nicht als gravierende berufliche Fehlleistung qualifiziert werden. Die verspätete Einholung einer Zustimmung der Klägerin stelle keine Pflichtverletzung des Beklagten gegenüber seiner Arbeitgeberin dar, ebensowenig die Ankündigung von G._____ vom 1. Februar 2007 über den Führungswechsel, von welcher Ankündigung der Beklagte nichts gewusst habe. Damit habe der Beklagte keinen Kündigungsgrund im Verhältnis zu seiner Arbeitgeberin gesetzt. Aber nicht einmal diese schnelle interne Ankündigung von G._____ sei sodann der Grund für seine Kündigung gewesen. Die Kündigung sei vielmehr ein objektiver, wirtschaftlich begründeter unternehmerischer Entscheid G._____s gewesen. Damit fehle die Grundlage für die Einforderung einer Konventionalstrafe und die Klage müsse ohne weiteres Beweisverfahren abgewiesen werden (Urk. 106 S. 11ff Rz 37ff).

E. 3.1

Nach den vorstehenden Erwägungen kann es im Hinblick auf den Verfall der Konventionalstrafe einzig darauf ankommen, ob der Beklagte seine beruflichen Pflichten vernachlässigt oder ihnen nicht genügt hat bzw. bei seiner beruflichen Aufgabenerfüllung als Geschäftsleitungsmitglied der C._____ bzw. E._____ Fehler begangen hat, und in Tat und Wahrheit diese Verfehlungen zu seiner Entlassung geführt haben.

- 24 -

E. 3.2

Behauptungs- und beweispflichtig für solche beruflichen Fehler ist die Klägerin, welche daraus finanzielle Ansprüche ableitet. Nach den allgemeinen, von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Substanziierungsgrundsätzen obliegt der Klägerin die prozessuale Pflicht, ihre massgeblichen Tatsachenbehauptungen so in Einzel Tatsachen zu zergliedern, dass es dem Gericht möglich wird, sie den einzelnen Tatbestandsmerkmalen der anwendbaren Rechtsnorm zuzuordnen. Das Vorbringen muss die Erheblichkeit der einzelnen Tatsachen erkennen lassen und schlüssig sowie vollständig sein. Vorerst genügen einfache, schlüssige Behauptungen über das Vorliegen der Tatbestandsmerkmale der anwendbaren Rechtsnormen. Sachverhaltseinzelheiten müssen nicht aufgezeigt werden. Es genügt, wenn die Tatsache zunächst in einer den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen behauptet wird. Bestreitet der Prozessgegner das vorerst pauschale Vorbringen und wird der Darstellung dadurch die Schlüssigkeit genommen, ist die hauptbeweisbelastete Partei gezwungen, ihre Tatsachenbehauptung zu substanziieren, das heisst insbesondere die nötigen Details ihrer Behauptung darzulegen, um sie erneut schlüssig zu machen (BGE 127 III 365 E. 2b; J. Brönnimann, Der Beweis im Zivilprozess, Bern 2000, S. 60; Sabine Burkhalter Kaimakliotis, Die Substanziierungslast - insbesondere gemäss der Zürcher Zivilprozessordnung und der Praxis des Bundesgerichts, in : AJP 2007 S. 1263ff, mit weiteren Hinweisen). Immerhin muss die Tatsachenbehauptung aber stets so konkret formuliert sein, dass ein substanziertes Bestreiten möglich ist oder der Gegenbeweis angetreten werden kann (BGE 136 III 322 Er. 3.3.2 und Hinweis auf BGE 117 II 113 E. 2). Das Beweisverfahren dient nicht dazu, eine lückenhafte Sachdarstellung zu vervollständigen und die notwendigen schlüssigen Tatsachenbehauptungen überhaupt erst

zu gewinnen. Beweisverfahren sollen nicht zur Ausforschung von Tatsachen missbraucht werden in der Hoffnung, es werde sich daraus schon irgendetwas für die Begründung des Prozessstandpunktes Verwertbares ergeben (Frank/Sträuli/Messmer ZPO § 133 N 5). Das Mass der erforderlichen Substanziierung bzw. Konkretisierung ist anhand der Umstände des Einzelfalles zu beurteilen. Im Falle der Übertretung eines Konkurrenzverbotes ist z.B. zu verlangen, dass mindestens ein konkreter Fall einer Übertretung angeführt wird, die blosser Behauptung einer Übertretung genügt

- 25 - nicht. Bei Baumängeln sind die Mängel konkret anzuführen; die allgemeine Behauptung, das Haus sei schlecht gebaut, genügt nicht. Die Behauptung jahrelanger Veruntreuungen durch einen Buchhalter als Grund für seine fristlose Entlassung ohne konkretere Angaben zu Zeit, Art und Umfang der Veruntreuung kann ebenfalls als unsubstanziert gelten (Brönnimann, a.a.O. S. 65f). Die Behauptung von materiell unerheblichen Begleitumständen kann Anhaltspunkte für den Einsatz von Beweismitteln erkennen lassen und kann im Rahmen der Substanziierungspflicht allenfalls verlangt werden. Sie entbindet die betroffene Partei indessen nicht von einer gehörigen Substanziierung auch der materiell erheblichen Behauptungstatsachen. Ist das prozessuale Vorbringen einer Partei ungenügend substantiiert und wurde dies bereits von der Gegenpartei gehörig gerügt, so waren die Gerichte nach der zürcherischen Prozessordnung nicht gehalten, ihrerseits die Partei gestützt auf § 55 ZPO/ZH noch ein weiteres Mal zu einer ausreichenden Substanziierung anzuhalten (ZR 84 Nr. 52 E. 3a; Frank/Sträuli/Messmer, ZPO § 55 N 7 bzw. § 113 N 15a). Eine Verbesserung ungenügender Parteibehauptungen ist prozessual vorbehaltlich neuer tatsächlicher Entwicklungen gemäss § 115 ZPO/ZH - sodann nur bis zum letzten Parteivortrag möglich, mit dem noch neue tatsächliche Behauptungen vorgebracht werden konnten, vorliegend somit bis zur erstinstanzlichen Replik bzw. Duplik im ersten bezirksgerichtlichen Verfahren. Erweiterungen oder Ergänzungen der erstinstanzlichen Vorbringen bezüglich eines beruflichen Ungenügens des Beklagten sind im Berufungsverfahren nicht mehr zulässig und nicht mehr zu hören (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO/CH).

E. 3.3

In ihrer Klagebegründung (Urk. 2) machte die Klägerin zum Kündigungsverschulden des Beklagten geltend, die kurze Zeit zwischen dem Aktienverkauf und der Kündigung lasse darauf schliessen, dass die Leistungsbereitschaft und Leistungsfähigkeit des Beklagten sehr stark nachgelassen haben müsse (Rz 30). G._____ habe sodann am 11. Februar 2007 in einem Gespräch mit J._____ von der Klägerin festgehalten, dass aufgrund (1) der ursprünglichen Erwartungen an die Unternehmensführung, (2) der Erwartungen an die Akquisition von Neugeschäften durch diese Führung sowie (3) der Erwartungen an die Führung der Mit-

- 26 - arbeiter und (4) der "gemachten Erfahrungen" mit dem Beklagten ein entsprechendes Handeln unumgänglich werde und es für Alle von Vorteil wäre, wenn die operative Leitung allein durch D._____ ausgeführt werde und der Beklagte aus der operativen Tätigkeit ausscheide. Über die mit dem Beklagten "gemachten Erfahrungen" könne G._____ Auskunft geben; es liege aber auf der Hand, dass es negative Erfahrungen gewesen seien (Rz 30f). Die Klägerin verwies zwar auch auf einen Brief G._____s vom 27. Februar 2007 an die Klägerin im Zusammenhang mit der Kündigung, wonach keine Versäumnisse oder Fahrlässigkeiten seitens des Beklagten vorgelegen hätten (Rz 23 i.V.m. Urk. 4/8). Ebenso zitierte die Klägerin ausdrücklich das Kündigungsschreiben der

E._____ an den Beklagten, wo festgehalten wird, die personelle Rochade innerhalb der Geschäftsleitung der E._____ sei nach reiflicher Überlegung und unter Einbezug aller relevanten stragegischen und unternehmerischen Aspekte gefällt worden (Rz 25 i.V.m. Urk. 4/9). Diese Briefe tut die Klägerin indessen als Gefälligkeitsschreiben ab. Wenn im Brief G._____s an die Klägerin von einer "Vertrauensbilanz der Belegschaft der E._____ in deren Führung" die Rede sei, so mache G._____ damit - wenn auch verklausuliert, aber so doch - keinen Hehl daraus, dass die Kündigung aufgrund operativer Unzulänglichkeiten des Beklagten erfolgt sei (Rz 29, 32f). Schliesslich weise auch die sofortige Freistellung des Beklagten nach erfolgter Kündigung auf von diesem zu vertretende Kündigungsgründe hin (Rz 33). In der erstinstanzlichen Klageantwort (Urk. 10) rügte der Beklagte die Ausführungen der Klägerin zu seiner Arbeitsleistung als nicht substantiiert und falsch; er habe seine Verpflichtungen als Arbeitnehmer einwandfrei und mit grossem Erfolg erfüllt (Rz 6). Die Anzweiflung der im Kündigungsschreiben aufgeführten Kündigungsgründe sei nicht substantiiert, rein spekulativ und deplatziert (Rz 56). Er bestritt die behaupteten mündlichen Äusserungen von G._____ gegenüber J._____. Die dazu aufgeführten Stichworte (Nichterfüllung der ursprünglichen Erwartungen an die Unternehmensführung, Erwartungen an die Akquisition von Neugeschäften, Erwartung an die Führung von Mitarbeitern, bzw. mit dem Beklagten gemachte Erfahrungen, [sc. unumgängliches] entsprechendes Handeln) seien völlig unsubstantiiert und als blosser Mutmassungen einer konkreten Streitigung unzugänglich, ihr Sinn sei nicht ersichtlich und nicht nachvollziehbar (Rz

- 27 - 58). Was vor welchem Hintergrund alles auf der Hand gelegen haben soll, bleibe das Geheimnis der Klägerin und werde bestritten (Rz 61). Operative Unzulänglichkeiten bestritt der Beklagte als ebenso falsch wie unsubstantiiert, so ein angebliches Verhältnis der Belegschaft zu ihm oder eine Vertrauensbilanz der Belegschaft in die Führung, was damit auch immer gemeint sein möge (Rz 62). Klare Äusserungen G._____s über einen Leistungsabfall des Beklagten, Versäumnisse und Unzulänglichkeiten seien bestritten und unsubstantiiert. Enttäuschte Hoffnungen und Erwartungen wären ohnehin keine Pflichtverletzung (Rz 63, 65). G._____ habe sich dem Beklagten gegenüber vielmehr für seine Leistungen dankbar und anerkennend gezeigt und dies mündlich und schriftlich auch gegenüber der Klägerin zum Ausdruck gebracht. Dies zeige nicht zuletzt der ihm von der E._____ ausbezahlte erhebliche Bonus (Rz 60). Die von der Klägerin offerierte Befragung von G._____ als Zeuge zu nicht substantiierten Behauptungen sei prozessual unzulässig und beruhe allein auf der Hoffnung, so die unsubstantiierten Behauptungen näher zu bestimmen. Die Freistellung nach erfolgter Kündigung sei bei Führungspersonen üblich; daraus lasse sich nichts ableiten, zumal wenn, wie vorliegend, ein Nachfolger bereits bestimmt sei. Immerhin habe ihm G._____ während der Freistellungszeit aber noch strategische Aufgaben für die E._____ übertragen (Rz 64f). In der erstinstanzlichen Replik (Urk. 24) hielt die Klägerin den Bestreitungen des Beklagten zunächst allgemein entgegen, als Mitglied einer Geschäftsleitung wisse man, worin zu verantwortende Gründe für eine Arbeitgeberkündigung lägen. Bei solchen Gründen handle es sich insbesondere um die Nichterfüllung von Führungsaufgaben oder die Nichterreicherung von Leistungszielen, selbst wenn man darauf keinen vollständigen persönlichen Einfluss habe (Rz 29). Die ganzen Vorgänge rund um den Funktionswechsel des Beklagten hätten nur Sinn gemacht, weil der Beklagte seine Geschäftsleitungsfunktionen ungenügend wahrgenommen habe (Rz 54). Der Hinweis in der Klageschrift auf die Bemerkung G._____s im Brief an die Klägerin vom 27. Februar 2007 (Urk. 4/8), seitens des Beklagten hätten keine

Versäumnisse und Fahrlässigkeiten bestanden, sei nur als Einleitung der nachfolgenden Ausführungen in der Klagebegründung gedacht gewesen, weshalb für einen Substanziierungshinweis kein Raum verbleibe. Diese Bemerkung

- 28 - kung G. _____s könne überdies nur so verstanden werden, dass der Beklagte im guten halben Jahr seiner Tätigkeit für die E. _____ trotz Leistungsabfalls keinen nachhaltigen Schaden angerichtet habe, und womit G. _____ die Klägerin im Hinblick auf einen Abgang des Beklagten habe beruhigen wollen (Rz 62). Die Klägerin habe in Rz 30 der Klageschrift mögliche Gründe für den von G. _____ gegenüber J. _____ am 11. Februar 2007 mündlich geschilderten starken Leistungsabfall des Beklagten abgehandelt (Rz 63). Nachdem die Klägerin die Personen und das Datum des betreffenden Gesprächs und die konkreten Aussagen G. _____s genannt habe, seien die diesbezüglichen negativen Äusserungen G. _____s über die enttäuschten Erwartungen genügend substantiiert; ein solches Gespräch könne nicht mehr weiter substantiiert werden (Rz 65, 69). Diese mündlichen Aussagen G. _____s präzisierten seine schriftlichen Äusserungen im Brief vom 27. Februar 2007 und seien dazu kongruent (Rz 70). Die Beweisofferte einer Zeugenbefragung G. _____s sei prozessual zulässig (Rz 69). Eine die Erwartungen nicht erfüllende Wahrnehmung der Hauptpflichten eines Vorsitzenden der Geschäftsleitung wie Unternehmensführung, Akquisition von Neugeschäften und Mitarbeiterführung rechtfertige eine Entlassung (Rz 71). Die sofortige Freistellung des Beklagten nach seiner Kündigung passe ins Bild, wenngleich dies nicht entscheidend sei (Rz 72). Im Übrigen sei der Beklagte auch bei seinem während der Freistellung ausgeführten Akquisitionsauftrag aufgrund einer ungenügenden Präsentation erfolglos geblieben, was ein weiterer Beweis für seine ungenügenden Leistungen sei (Rz 73). Der Beklagte habe seine Kündigung nachweislich durch die Verletzung seiner wesentlichen Führungsaufgaben zu verantworten (Rz 74). Sodann rügte die Klägerin in der Replik ihrerseits die Behauptungen des Beklagten über die Anerkennung seiner Leistungen durch G. _____ und den Bonus als unsubstantiiert, unbelegt, unmassgeblich und bestritt sie (Rz 66ff). In der erstinstanzlichen Duplik (Urk. 32) hielt der Beklagte an seinen Einwänden betreffend die ungenügende Substanziierung der angeblichen beruflichen Fehler fest und bestritt solche Fehler (Rz 11, 25, 49, 79, 82f, 138ff). Die Kündigung sei klar Folge des nicht zustande gekommenen Funktionswechsels des Beklagten und der im Vertrauen darauf von G. _____ getroffenen personellen Dispositionen - Ernennung von D. _____ zum Vorsitzenden der Geschäftsleitung - gewesen. Die

- 29 - Kündigung habe objektive, nicht im Verantwortungsbereich des Beklagten liegende Gründe gehabt (Rz 43, 70, 83). Für seine untadeligen Leistungen berief sich der Beklagte auf mehrfache Äusserungen G. _____s ihm gegenüber, auf den Personalchef der E. _____ sowie den ihm für 2006 ausbezahlten Bonus von Fr. 230'000.- (Rz 87ff). Dass das Akquisitionsprojekt, mit dem der Beklagte nach der Kündigung betraut worden sei, gescheitert sei, habe nichts mit der konkreten damaligen Aufgabe des Beklagten als Liaison Officer und Türöffner zu tun gehabt (Rz 95).

E. 3.4

Zur Frage der genügenden Substanziierung gilt vorliegend Folgendes : Vollends untauglich zur Substanziierung beruflicher Fehler ist zunächst die allgemein gehaltene Behauptung, als Geschäftsleitungsmitglied wisse man, worin die zu verantwortenden Gründe für eine Arbeitgeberkündigung lägen. Die dem Beklagten von der Klägerin vorgehaltenen beruflichen Fehlleistungen erweisen sich teilweise sodann als bloss spekulative

Schlussfolgerungen aus äusseren Umständen oder gewundene Interpretationen solcher Umstände, die keine konkreten Tatsachenbehauptungen zur Leistung beinhalten und nicht schlüssig sind. Vorab unangebracht ist zunächst die Interpretation der Äusserung G.____s, seitens des Beklagten hätten keine Versäumnisse oder Fahrlässigkeiten vorgelegen, als Behauptung, der Beklagte habe (sc. wenigstens) keinen nachhaltigen Schaden angerichtet. Ähnliches gilt für die angeführten sibyllinischen Äusserungen von G.____. Bei Licht besehen vermögen Aussagen, man habe mit dem Beklagten "Erfahrungen gemacht" bzw. der geplante Funktionswechsel wäre für Alle von Vorteil gewesen bzw. der Hinweis auf eine "Vertrauensbilanz der Belegschaft der E.____ in deren Führung" nichts über die Aufgabenerfüllung des Beklagten auszusagen. Bei der letzten Äusserung liegt sodann am ehesten die Interpretation auf der Hand, dass die Belegschaft der E.____ nach der von G.____ kurzfristig kommunizierten Änderung in der Besetzung der Geschäftsleitung - Wechsel zu D.____ - nicht durch einen kurzfristigen Widerruf dieses Wechsels verunsichert werden sollte. Weiter lässt sich die angeführte nur kurze Zeit zwischen dem Aktienverkauf und der Kündigung auch mit der Konsolidierung der Geschäftsübernahme durch die E.____ und dem nachfolgenden Wunsch nach einer personellen und/oder organisatorischen - Optimierung in den

- 30 - Leitungsgremien erklären. Funktionswechsel zwischen den Leitungsebenen einer Gesellschaft dienen in der Regel der optimalen Ausschöpfung der personellen Ressourcen und sind nicht zwangsläufig Folge ungenügender Leistungen; im letzten Fall erfolgt in der Regel vielmehr eine Trennung. Die sofortige Freistellung nach einer Kündigung ist bei leitenden Angestellten üblich, die Einsicht in wesentliche Geschäftsvorgänge und den Kundenkreis gehabt haben, um einem allfälligen Missbrauch dieser Kenntnisse vorzubeugen; vorliegend war sodann die Stelle des Beklagten ohnehin bereits besetzt und der Beklagte damit überzählig. Der Misserfolg beim nachvertraglichen Akquisitionsauftrag des Beklagten während seiner Freistellung kann verschiedenste Ursachen haben, ist aber als Faktum für sich allein nicht aussagekräftig für die Art und Weise, wie der Beklagte zuvor seine Tätigkeit als Geschäftsführer und zu welcher Zufriedenheit von G.____ ausgeübt hat. Als Geschäftsleitungsmitglied war er grundsätzlich mit anderen Aufgabstellungen betraut. Spekulative und nicht zwingende Schlussfolgerungen aus allen diesen unmassgeblichen Umständen sind keine Tatsachenbehauptungen und vermögen konkrete berufliche Fehler nicht zu substantiieren. Die konkret auf die Aufgabenerfüllung des Beklagten bezogenen Behauptungen eines "starken Leistungsabfalls", einer "nachweislichen Verletzung der wesentlichen Führungsaufgaben", Nichterreichen von Leistungszielen oder "operativer Unzulänglichkeiten" sind zu allgemein und pauschal gehalten, als dass das Gericht erkennen könnte, was hier konkret dem Beklagten zur Last gelegt wird, und darüber hinaus die Massgeblichkeit dieser Vorwürfe als verschuldeten Kündigungsgrund beurteilen könnte. Auch der Beklagte kann dies nicht erkennen und sich dagegen nicht mit konkreten Bestreitungen zur Wehr setzen. Einem Beweisverfahren sind solche Pauschalbehauptungen nicht zugänglich bzw. ein Beweisverfahren würde auf ein Tatsachenerforschungsverfahren hinauslaufen, was nicht zulässig ist. Mangels Konkretisierung könnte der Beklagte dafür im voraus im Rahmen einer Beweisantretungsschrift gar keine einschlägigen Beweismittel bezeichnen und sein rechtliches Gehör wäre im Falle der Durchführung eines Beweisverfahrens über unsubstantiierte Vorwürfe verletzt. Wenn sich die Klägerin schliesslich auf Äusserungen G.____s beruft, die Leistung des Beklagten habe in verschiedener Hinsicht die Erwartungen nicht erfüllt,

- 31 - so kann dies ebenso sehr wie auf eine unterdurchschnittliche Leistungserfüllung auch auf falsche oder unrealistische Erwartungen der Arbeitgeberin oder auf ihre Betriebsorganisation zurückgeführt werden. Mangels Detaillierung der objektiv erwartbaren und subjektiv nicht erreichten Leistungsbilanz des Beklagten persönlich lassen sich auch daraus keine konkreten Vorwürfe beruflicher Fehler oder ungenügender Leistungen des Beklagten persönlich sowie deren Relevanz für eine Kündigung entnehmen, die auch einer Bestreitung zugänglich wären und die Evaluation tauglicher Beweismittel zuliesse. Gesamthaft sind die Behauptungen der Klägerin zu beruflichen Fehlleistungen oder zu ungenügenden Leistungen und deren Relevanz als Kündigungsgrund unsubstanziert. Für die Frage der genügenden Substanziierung beruflicher Fehler des Beklagten ist vorliegend ausschliesslich auf die erstinstanzlichen Parteivorbringen im ersten bezirksgerichtlichen Verfahren abzustellen (§ 114 ZPO/ZH). Der Beklagte hat, wie aufgezeigt, bereits in seiner Klageantwort die ungenügende Substanziierung im Detail bemängelt (Urk. 10 Rz 56ff). Die rechtskundig vertretene Klägerin hat die Bedeutung dieser Substanziierungskritik auch verstanden (Urk. 24 Rz 61, 65) und hätte damit rechtzeitig mit ihrer Replik die bemängelte Substanziierung nachholen können. Wie ausgeführt kann sich eine Partei zwar vorerst auf relativ pauschale Behauptungen beschränken. Werden diese aber bestritten, so ist eine inhaltliche Detaillierung und Präzisierung nötig, um der Hauptungspflicht zu genügen. Dies war vorliegend insbesondere auch angesichts der schriftlichen Aussagen vom 27. Februar 2007 von G._____ angezeigt - der "Gewährsperson" der Klägerin hinsichtlich der Vorwürfe -, wo dieser festhält, es lägen keine Versäumnisse oder Fahrlässigkeiten des Beklagten vor (Urk. 4/8). Auch begründete G._____ die Kündigung gegenüber dem Beklagten in keiner Weise mit beruflichem Ungenügen, sondern mit Veränderungen des äusseren Umfeldes (Urk. 4/9). Diese schriftlichen Äusserungen sind keineswegs mit den behaupteten mündlichen Äusserungen G._____'s "kongruent". Bei der erforderlichen Substanziierung konnte es vorliegend nicht bloss darum gehen, die äussere Situation zu detaillieren, anlässlich welcher die Klägerin Hinweise auf eine ungenügende Leistung erhalten haben will, sondern es ging, wie vom Beklagten gerügt, um die Detaillierung des Inhalts der Vorwürfe. Da die Klägerin die nötige in-

- 32 - haltliche Substanziierung trotz klarer diesbezüglicher Rügen der Gegenpartei unterlassen hat, erübrigen sich gerichtliche Weiterungen dazu. Zwar hat der erstinstanzliche Referent die Parteien am 26. Februar 2008 zur Substanziierung gewisser Sachverhaltselemente aufgefordert (Verfahren CG070191 Prot. S. 5). Diese Hinweise betrafen aber die Einführung zusätzlicher Sachverhaltskomplexe in den Prozess, welche der Referent für wesentlich erachtete und welche zuvor von keiner Partei abgehandelt worden waren. Es kann daraus nicht der Umkehrschluss gezogen werden, der Referent habe damit alle bereits vorgebrachten Behauptungen als ausreichend substanziiert bzw. die Rüge der ungenügenden Substanziierung als unberechtigt erachtet. Dem Protokoll sind keine solchen Hinweise zu entnehmen. Die Vorinstanz hat gegenteils bereits in ihrem ersten Urteil vom 29. Dezember 2008 festgehalten, berufliche Fehler gingen aus den Akten nicht mit hinreichender Deutlichkeit hervor (Urk. 36 S. 12). Sind vorliegend keine Kündigungsgründe im Sinne beruflicher Fehler ausreichend substanziiert, sind solche Behauptungen keinem Beweisverfahren zugänglich und damit unbegründet. Es erübrigen sich damit auch Erwägungen dazu, weshalb die Klägerin trotz Anzweiflung der Leistungen am Verbleib des Beklagten in der Geschäftsleitung unbedingt festhalten wollte (Urk. 4/7). Mangels beruflicher Fehler als Kündigungsanlass entfällt die Grundlage zur Einforderung der Konventionalstrafe. 4. Bindungswirkung des Rückweisungsentscheids Die Vorinstanz

hat in ihrem ersten Urteil vom 29. Dezember 2008 zu den gegen den Beklagten erhobenen beruflichen Vorwürfen lediglich kurz erwogen, da ein solches aus den Akten bisher nicht mit hinreichender Deutlichkeit hervorgehe, wäre darüber "wohl" Beweis zu erheben; die Vorinstanz erachtete dann aber solche Weiterungen als entbehrlich, da sie die Klage aus anderen Gründen guthiess. Zur Frage der ausreichenden Substanziierung und zu den entsprechenden Einwänden des Beklagten nahm die Vorinstanz in ihren Erwägungen somit nicht abschliessend Stellung (Urk. 36 S. 12). Im anschliessenden ersten Berufungsverfahren wiederholte der Beklagte einlässlich seine Einreden der mangelhaften Substanziierung der beruflichen Vorwürfe (Urk. 57 Rz 144ff), ebenso die Klägerin ih-

- 33 - ren gegenteiligen Standpunkt der genügenden Substanziierung (Urk. 62 Rz 116ff). Der Rückweisungsentscheid der erkennenden Kammer im ersten Berufungsverfahren vom 8. November 2010 erfolgte mit der ausschliesslichen und ausführlichen Begründung, bevor man zu einer objektiven Interpretation der umstrittenen Vertragsklausel der vom C._____ Top Management zu verantwortenden, berechtigten Arbeitgeberkündigung nach dem Vertrauensprinzip schreite, sei zunächst in einem Beweisverfahren ein allfällig bestehender und übereinstimmender tatsächlicher Parteiwille zur umstrittenen Vertragsklausel abzuklären. Sollte sich eine Übereinstimmung dahin ergeben, dass damit ausschliesslich konkrete berufliche Fehlleistungen gemeint waren, so die Kammer abschliessend, wäre über ein dem Beklagten zurechenbares Verschulden an der erfolgten Kündigung ebenfalls ein Beweisverfahren durchzuführen (Urk. 76 S. 17). Zu den in den erst- und zweitinstanzlichen Rechtsschriften zur Substanziierungsfrage erfolgten Parteibehauptungen äusserte sich die erkennende Kammer nicht und nahm insbesondere in keiner Weise Stellung zur Berufungsrüge der ungenügenden Substanziierung beruflicher Vorwürfe. Der Hinweis auf ein allenfalls nötiges Beweisverfahren erfolgte vielmehr als bloss beiläufige Bemerkung, ohne jede weitere Erwägung zur damit zusammenhängenden, umstrittenen Frage der ausreichenden Substanziierung als Voraussetzung für ein Beweisverfahren überhaupt. Erfolgt im Rechtsmittelverfahren eine Rückweisung, so sind sowohl die erste Instanz in ihrem zweiten Verfahren als auch die Berufungsinstanz in einem allfälligen zweiten Berufungsverfahren an die Erwägungen im Rückweisungsentscheid gebunden. Der neue Entscheid hat sich innerhalb des tatsächlichen und rechtlichen Rahmens zu bewegen, der im Rückweisungsentscheid vorgegeben wurde. Diese Bindung erstreckt sich indessen nicht auf Erwägungen und Urteilsgründe, zu denen sich die rückweisende Berufungsinstanz nicht, auch nicht implizit, geäussert hat. Hat die rückweisende Berufungsinstanz bestimmte Punkte, welche bei ihr in rechtsgenügender Weise gerügt wurden, offengelassen, so darf nach der Rückweisung nicht nur die erste Instanz sondern auch die Berufungsinstanz über diese Punkte neu entscheiden (ZR 103 Nr. 49; Reetz/Hilber, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 318 N 47 mit weiteren Verweisen).

- 34 - Wie vorstehend ausgeführt, hat sich die erkennende Kammer in ihrem Rückweisungsentscheid vom 8. November 2010 nicht zum Einwand der fehlenden Substanziierung der beruflichen Fehler geäussert, welche in der damaligen Berufungsbegründung des Beklagten breiten Raum eingenommen hatte. Die Substanziierungsthematik war nicht Gegenstand des Rückweisungsentscheides und der Urteils motive (vgl. dazu auch BGer. 4A_426/2008, Erw. 3.2.2, vom 11.2.2009). Es kann auch nicht gesagt werden, durch das obiter dictum zum allenfalls nötigen Beweisverfahren sei stillschweigend auch über die einlässlichen Substanziierungsrügen des Beklagten - in ablehnendem Sinne - entschieden

worden. Die Rückweisung zur Durchführung eines Beweisverfahrens zum Willenskonsens setzte nicht rechtlich zwingend die Bejahung der ausreichenden Substanziierung beruflicher Fehler oder ungenügender Leistungen voraus (ZR 105 Nr. 68). Die erkennende Instanz ist daher im vorliegenden Berufungsverfahren frei, unabhängig von ihrem Rückweisungsentscheid die beruflichen Fehler als unsubstanziert einzustufen.

E. 4

Zusammengefasster Berufungsstandpunkt der Klägerin Nach Auffassung der Klägerin hat das vorinstanzliche Beweisverfahren ergeben, dass unter Ziffer 1.2 der Vereinbarung vom 12. Juli 2006 verschuldete bzw. gravierende Verfehlungen als Auslöser für eine Konventionalstrafe gemeint gewesen seien, nicht aber ausschliesslich konkrete berufliche Fehlleistungen. Weil die Vorinstanz im Zusammenhang mit dem geplanten Wechsel von der Geschäftsführung in den Verwaltungsrat ein schuldhaftes Verhalten des Beklagten ausserhalb der eigentlichen beruflichen Pflichten gesehen habe, habe sich ein weiteres Beweisverfahren zu allfälligen beruflichen Fehlleistungen des Beklagten erübrigt (Urk. 111 S. 4ff Rz 8ff). Solche seien von der Klägerin allerdings ausreichend substantiiert worden und die vom Beklagten angeführten gegenteiligen Argumente und Äusserungen von G._____ wirkten konstruiert (Urk. 111 S. 10ff Rz 30ff). Eine Verletzung der Verhandlungsmaxime durch die Vorinstanz liege ebenfalls nicht vor. Die Vorinstanz habe sich bei ihren Feststellungen betreffend das Ver-

- 13 - halten des Beklagten im Vorfeld des Funktionswechsels auf die behaupteten und unbestrittenen Ausführungen der Parteien hinsichtlich des Ablaufs der diesbezüglichen Ereignisse gestützt. Das Ergebnis des Beweisverfahrens hinsichtlich des erforderlichen Verschuldens habe sie dann auf diesen unbestrittenen Sachverhalt angewandt. Die Klägerin habe immerhin bereits in ihrer erstinstanzlichen Replik festgehalten, dass der Beklagte die faktische Unmöglichkeit einer Fortführung des Arbeitsverhältnisses zu verantworten habe (Urk. 111 S. 19ff Rz 61ff). Die Vorinstanz habe zurecht auch erkannt, dass der G._____ gegenüber gemachtete Vorbehalt betreffend die Zustimmung der Klägerin zum Funktionswechsel wirkungslos gewesen sei und den Beklagten nicht davon entbunden habe, diese Zustimmung einzuholen. Das Verschulden des Beklagten an der Kündigung liege letztendlich - mit der Vorinstanz - in seinem (im Verhältnis zur Klägerin völlig unkoordinierten) Einverständnis mit dem Funktionswechsel bzw. bereits in seinem bekundeten Interesse an einem Funktionswechsel überhaupt (Urk. 111 S. 22 Rz 71ff).

E. 5

Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten für die erstinstanzlichen Verfahren sowie das Berufungsverfahren LB090013 eine Prozessentschädigung von Fr. 70'000.- zu bezahlen.

E. 6

Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten für das vorliegende Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 19'440.- (8% MWSt inbegriffen) zu bezahlen.

- 37 -

E. 7

Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten unter Beilage eines Doppels von Urk. 115, sowie an das Bezirksgericht Zürich (1. Abteilung), je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die

Vorinstanz zurück.

E. 8

Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen.

Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff.

(Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein

Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 3'000'000.--. Die Beschwerde an das

Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die

Art. 44 ff. BGG. Zürich, 26. August 2013 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer

Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: Dr. R. Klopfer lic. iur. N. Balkanyi versandt am: mc

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