



Geschäfts-Nr. LB090013/U

I. Zivilkammer

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Ersatzoberrichter lic. iur. Ch. Prinz sowie der juristische Sekretär lic. iur. A. Baumgartner

Beschluss vom 8. November 2010

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Appellant

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____ **AG,**

Klägerin und Appellatin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1. _____

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y2. _____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 1. Abteilung,
vom 29. Dezember 2008 (CG070191)**

Rechtsbegehren:

- "1. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 3'000'000.-- zuzüglich Zins zu 5% seit 16. Mai 2007 zu leisten;
2. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 1. Abteilung:

1. In Gutheissung der Klage wird der Beklagte verpflichtet, der Klägerin Fr. 3'000'000.-- zzgl. Zins zu 5% seit dem 16. Mai 2007 zu bezahlen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 50'750.-- (Pauschalgebühr).
3. Die Kosten des Verfahrens werden dem Beklagten auferlegt.
4. Die Kosten werden von der Klägerin bezogen. Diese wird berechtigt erklärt, die Kosten vom Beklagten zurückzufordern.
5. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Prozessentschädigung von Fr. 51'400.-- zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien je als Gerichtsurkunde.
7. Eine Berufung gegen dieses Urteil kann innert 10 Tagen von der Zustellung an schriftlich und im Doppel beim Bezirksgericht Zürich, Postfach, 8026 Zürich, erklärt werden.

Berufungsanträge:

Des Beklagten und Appellanten (Urk. 57):

- "1. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 29. Dezember 2008 sei aufzuheben;
2. Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen;

3. Eventualiter: Die Konventionalstrafe sei auf einen Betrag von nicht mehr als CHF 50'000.-- nach Recht und Billigkeit des Richters herabzusetzen und die Klage sei im übersteigenden Betrag abzuweisen;
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7.6% MwSt) zu Lasten der Appellantin."

Der Klägerin und Appellatin (Urk. 62):

- "1. Die Berufung sei abzuweisen und das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 29. Dezember 2008 (CG070191) sei zu bestätigen;
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten."

Das Gericht erwägt:

I. Prozessgeschichte

1. Mit Urteil vom 29. Dezember 2008 hiess die 1. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich die Klage vollumfänglich gut und verpflichtete den Beklagten und Appellanten (fortan Appellant genannt) zur Bezahlung von Fr. 3'000'000.-- zzgl. Zins zu 5% seit dem 16. Mai 2007 (Urk. 42). Gegen dieses Urteil erklärte der Appellant am 4. Februar 2009 rechtzeitig Berufung (Urk. 43).

2. Mit Präsidialverfügung vom 19. Februar 2009 wurde ihm Frist zur Leistung einer Prozesskaution in der Höhe von Fr. 86'000.-- angesetzt (Urk. 45), wogegen er mit Eingabe vom 24. Februar 2009 fristgerecht Einsprache erheben liess (Urk. 48). Nachdem dem Appellanten mit Präsidialverfügung vom 26. Februar 2009 Frist angesetzt wurde, um den Nachweis des Vorhandenseins von Eigentum im Sinne von Art. 3 lit. b des Schweizerisch-Britischen Abkommens über Zivilprozessrecht (SR 0.274.183.671) zu erbringen (Urk. 50), kam er dieser Aufforderung mit Eingabe vom 17. März 2009 nach (Urk. 51 und Urk. 53/1-2). Mit Beschluss vom 26. März 2009 erachtete das Gericht den geforderten Nachweis als nicht hin-

reichend erbracht und setzte ihm erneut Frist an, um eine Prozesskaution in der Höhe von Fr. 86'000.-- zu leisten (Urk. 54). In der Folge leistete er die geforderte Kautions am 24. April 2009 (Urk. 55). Mit Präsidialverfügung vom 7. Mai 2009 wurde dem Appellanten Frist angesetzt, um seine Berufungsanträge zu stellen und diese zu begründen (Urk. 56). Dieser Aufforderung kam er am 20. Mai 2009 fristgerecht nach (Urk. 57). Die Berufungsantwort vom 28. August 2008 [recte: 28. August 2009] mit dem Antrag auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils erstattete die Klägerin und Appellatin (fortan Appellatin genannt) innert erstreckter Frist am 1. September 2009 (Urk. 62). Das weitere Berufungsverfahren wurde schriftlich durchgeführt. Die schriftliche Berufungsreplik traf am 23. Oktober 2009 (Urk. 65) und die Berufungsduplik am 25. Januar 2010 ein (Urk. 71). Darin halten die Parteien an ihren bisherigen Anträgen fest.

II. Sachverhalt

1. Die Vorinstanz hat in ihrem Urteil vom 29. Dezember 2008 unter Ziff. II. 1 den unbestrittenen Sachverhalt zutreffend zusammengefasst und wiedergegeben. Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, kann in Anwendung von § 161 GVG auf die betreffenden Erwägungen verwiesen werden (Urk. 42 S. 3 ff.).

2.1 Der Appellant macht im vorliegenden Prozess zusammengefasst was folgt geltend (Urk. 57 und Urk. 65): Die Vorinstanz habe ihrem Urteil eine unzutreffende und unzulässige Auslegung der zwischen den Parteien geschlossenen Vereinbarung vom 12. Juli 2006 zugrunde gelegt. Entgegen der Auffassung der Erstrichter sei er sich zu keiner Zeit bewusst gewesen, dass es lediglich auf eine theoretische Kündigungsmöglichkeit ankomme. Vielmehr sei er davon ausgegangen, dass die Konventionalstrafe nur dann geschuldet sei, wenn ein konkreter, ihm vorwerfbarer Grund zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses führen würde. Dass es losgelöst davon allein schon auf eine theoretische Kündigungsmöglichkeit ankommen würde und er sich deshalb eine Festanstellung hätte garantieren lassen, oder sich anderweitig gegen eine Kündigung hätte absichern müssen, sei ihm zu keinem Zeitpunkt bewusst gewesen. Entsprechend habe er beim Ab-

schluss der Vereinbarung auch nie einen diesbezüglichen Willen gefasst. Ein solcher Wille könne der Vereinbarung denn auch nicht entnommen werden. Nicht nur der Appellant, sondern auch Herr C._____, ebenfalls Mitglied des "D._____ Managements" und Vertragspartei der Vereinbarung, habe die Vereinbarung nicht dahingehend verstanden, dass sie daraus verpflichtet werden sollten, sich gegen eine allfällige Kündigung durch die Arbeitgeberin vertraglich abzusichern und sich eine Festanstellung bis mindestens Ende 2009 garantieren zu lassen. Aus diesem Grund sei weder Herr C._____ noch der Appellant diesbezüglich bei der Arbeitgeberin vorstellig geworden. Das tatsächliche Verhalten des Appellanten sowie jenes von Herrn C._____ bilde ein weiteres Indiz für die eindeutige Willenshaltung, wonach dies nicht vereinbart gewesen sei und daher keineswegs eine Vertragsverletzung in Form einer Unterlassung begangen worden sei. Die Tatsachenbehauptung, dass auch Herr C._____ keine vertragliche Absicherung gegen eine Kündigung verlangt und erwirkt habe, dieser mithin die Vereinbarung gleich wie der Appellant verstanden habe, sei im erstinstanzlichen Verfahren nicht geltend gemacht worden. Der Appellant mache dies nun im Berufungsverfahren im Sinne eines Novums gestützt auf § 115 Ziff. 1 und 3 ZPO geltend. Er sei erst aufgrund der unerwarteten Vertragsauslegung durch die Vorinstanz dazu veranlasst worden, zumal auch die Appellatin eine solche Vertragsverletzung nicht behauptet habe.

2.2 Der Appellant habe keinerlei Verfehlungen oder Fahrlässigkeiten begangen. Er habe stets sämtliche Führungsaufgaben erfüllt und die vereinbarten Leistungsziele eingehalten. Generell habe er seine Pflichten vollumfänglich und zur Zufriedenheit der Arbeitgeberin und ihrer Hauptkundin - nämlich der Appellatin - erfüllt. Weil ihn demnach kein Verschulden an der erfolgten Kündigung treffe, sei die Klage abzuweisen. Indem die Vorinstanz sein Verschulden in einer fehlenden Absicherung bei seiner "neuen" bzw. "künftigen" Arbeitgeberin gegen eine Kündigung erblicke und ihm vorwerfe, er habe "das als Mehrheitsaktionär beim Verkauf der D._____ an die E._____" unterlassen obwohl er die Möglichkeit dazu gehabt habe, lege sie ihrem Urteil einen falschen und nicht behaupteten Sachverhalt zu Grunde. Insofern liege dem angefochtenen Urteil eine Verletzung der Verhandlungsmaxime zugrunde. Der Appellant sei nämlich weder Mehrheitsaktionär ge-

wesen, noch sei ein neuer Arbeitsvertrag ausgehandelt worden. Schliesslich sei es unzutreffend, dass der Appellant eine neue Arbeitgeberin erhalten habe. Selbst wenn man jedoch die vorinstanzliche Vertragsauslegung als zutreffend erachten würde, sei die Konventionalstrafe nicht geschuldet, da es an einem Verschulden des Appellanten fehle. Für den Fall, dass auch im Berufungsverfahren die Vertragsauslegung der Vorinstanz geschützt werden sollte, liege eine Teilunverbindlichkeit der Vereinbarung vom 12. Juli 2006 vor. Der Appellant habe sich nämlich diesfalls in Bezug auf eine zusätzliche, dem Vertragstext nicht zu entnehmende Absicherungsverpflichtung in einem Irrtum befunden und diesbezüglich keinen fehlerfreien Willen gebildet. Wäre er sich dieser vermeintlichen Verpflichtung bewusst gewesen, so hätte er den Vertrag niemals geschlossen.

2.3 Die Parteien seien sich im Verfahren vor Bezirksgericht in Bezug auf den Konsens weitgehend einig gewesen. Der Konsens habe sich auf eine Pflicht, nicht ohne Grund zu kündigen und eine Pflicht, keine Gründe zu liefern, welche die Arbeitgeberin zu einer Kündigung berechtigen würden, bezogen. Einen abweichenden Vertragsinhalt in dem Sinne, dass der Appellant verpflichtet gewesen sei, sich gegen eine Kündigung vor Ende 2009 durch die Arbeitgeberin vertraglich abzusichern, habe die Appellatin im Übrigen vor Vorinstanz auch gar nicht substantiiert behauptet. In Bezug auf eine solche Zusatzverpflichtung bestehe jedenfalls kein Konsens. Ein solcher hätte ohnehin von der Appellatin behauptet und bewiesen werden müssen, was nicht der Fall gewesen sei.

2.4 Die vermeintliche Zusatzverpflichtung, welche die Vorinstanz fälschlicherweise ihrem Urteil zu Grunde gelegt habe, sei zudem ungültig, weil deren Erfüllung unmöglich gewesen sei. Für die Gewährleistung einer Festanstellung respektive für den Ausschluss einer Kündigung sei die Mitwirkung und Zustimmung der Arbeitgeberin im Rahmen eines neuen Vertragsschlusses notwendig gewesen. Der Appellant sei alleine gar nicht in der Lage gewesen, diese Pflicht zu erfüllen. Abgesehen davon sei es unter den konkreten Umständen rein faktisch gar nicht möglich gewesen, die festgeschriebenen Konditionen der Arbeitsverträge - welche sich die Appellatin von der E. _____ Holding AG zusätzlich habe garantieren lassen - neu zu verhandeln und grundlegend abzuändern.

2.5 Weiter lässt der Appellant ausführen, dass eine Verpflichtung seinerseits, sich gegen jede Kündigung absichern zu müssen, gegen zwingendes Recht verstosse und damit widerrechtlich und nichtig sei. Die Lehre erkläre eine Konventionalstrafe etwa für den Fall einer Kündigung eines Auftrages zu Recht als nicht mit Art. 404 OR vereinbar und unzulässig. Das ergebe sich auch aus Art. 163 Abs. 2 OR. Analog dazu sei eine Konventionalstrafe für den Fall einer Kündigung eines Arbeitsvertrages aus wichtigem Grund gestützt auf Art. 337 OR unzulässig. Eine Verpflichtung seinerseits, sich gegen eine Kündigung bis Ende 2009 vertraglich abzusichern und im Widerhandlungsfall eine hohe Konventionalstrafe gewärtigen zu müssen, stelle eine übermässige Bindung dar und verstosse gegen Art. 27 ZGB.

2.6 Der Appellant hält zudem dafür, dass er berechtigt gewesen wäre, das Arbeitsverhältnis vorzeitig - und ohne die Konventionalstrafe auszulösen - zu beenden, wenn ein seitens der Arbeitgeberin zu verantwortender Grund vorgelegen hätte. Auch dies spreche gegen eine Verpflichtung, sich gegen eine Kündigung abzusichern, bzw. sich eine Festanstellung bis Ende 2009 garantieren zu lassen. Ein solches Vorgehen würde nach Darstellung des Appellanten einer Vereitelung der eigenen Kündigungsmöglichkeit aus wichtigem Grund darstellen, was nie sein Wille gewesen sei.

2.7 Die Vorinstanz habe das Verschulden des Appellanten als recht erheblich gewertet, weil es dieser als Mehrheitsaktionär angeblich in der Hand gehabt habe, beim Verkauf der D. _____ an die E. _____ Holding AG eine Minimaldauer seines Anstellungsverhältnisses zu stipulieren. Diese Argumentation sei unzutreffend. Seitens des Appellanten liege keinerlei Verschulden vor. Er habe sich stets kompetent und professionell seinen Aufgaben bei der E. _____ AG gewidmet. Ihn habe kein Verschulden an der Kündigung getroffen und es sei der Appellatin auch kein Schaden entstanden. Die Konventionalstrafe betrage mehr als das zwölfwache des vereinbarten Jahresbruttolohns des Appellanten. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz sei lediglich eine Kündigung aus bestimmten Gründen, nicht aber jede Vertragskündigung, sanktionsbehaftet gewesen. Damit stehe fest, dass kein bedingungsloses Interesse an einer Weiterführung des Arbeitsverhältnisses bis

Ende 2009 bestanden habe. Im Gegenteil, der Appellant sei berechtigt gewesen, aus guten Gründen zu kündigen, was er aber nicht getan habe. Vielmehr habe er loyal seine Tätigkeit in der bisherigen Funktion angeboten.

2.8 Was für einen Erlös der Appellant aus dem Verkauf seines Aktienanteils an der D._____ erzielt habe, sei für die Prüfung der Konventionalstrafe vollkommen unerheblich. Die Vorinstanz habe jedoch diese unbewiesene Annahme dennoch in ihre betreffenden Erwägungen miteinbezogen, was unzulässig sei. Unter dem Gesichtspunkt des völlig fehlenden Verschuldens des Appellanten und der unbestrittenen Tatsache, dass der Appellatin gar kein Schaden entstanden sei, erscheine die geforderte Konventionalstrafe von Fr. 3'000'000.-- als vollkommen unverhältnismässig und krass unbillig. Wenn überhaupt, dann sei die Höhe der Konventionalstrafe durch das Gericht auf einen Betrag sehr nahe bei Null herabzusetzen. Der Appellant habe zu keinem Zeitpunkt erkannt, dass ihm eine Konventionalstrafe drohen könnte, falls er sich nicht gegen eine Kündigung seitens der Arbeitgeberin absichere. Weder habe er eine solche Pflicht vereinbart, noch sei es ihm möglich gewesen eine derartige Absicherung zu erwirken. Da er sich der Tragweite der Konventionalstrafe bei Vertragsschluss keineswegs bewusst gewesen sei, die Appellatin keinerlei Schaden erlitten habe und den Appellanten kein Verschulden treffe, sei die Konventionalstrafe im Sinne des Eventualantrages nach Recht und Billigkeit auf maximal Fr. 50'000.-- festzusetzen und die Klage im übersteigenden Betrag abzuweisen.

3.1 Die Appellatin dagegen lässt zusammengefasst was folgt vorbringen (Urk. 62 und Urk. 71): Die Appellatin habe in der Klagebegründung vor Vorinstanz aufgezeigt, dass der Appellant die Kündigung aufgrund ungenügender Arbeitsleistung zu verantworten gehabt habe und deshalb die Konventionalstrafe geschuldet sei. Im Rahmen der Replik habe sie zudem dargelegt, dass das Verschulden des Appellanten bereits darin zu sehen sei, dass dieser sich nicht gegen eine Kündigung wegen ungenügender Arbeitsleistung abgesichert habe. Dies schliesse natürlich a fortiori eine Absicherung gegen die Kündigung wegen ausserhalb seines Einflussbereichs liegender Gründe mit ein. Das subjektive Verhalten des Appellanten sei damit für die Frage, ob die Vereinbarung verletzt und die Konventional-

strafe geschuldet sei, irrelevant. Entscheidend sei einzig, ob seine Arbeitgeberin während eines bestimmten Zeitraums habe kündigen können, oder nicht. Weil die E._____ AG innerhalb des vereinbarten Zeitraums habe kündigen können und sich der Appellant dagegen nicht abgesichert habe, liege seinerseits eine Verletzung der Vereinbarung mit der Appellatin vor. Richtigerweise sei auch die Vorinstanz in ihrem Entscheid zu diesem Ergebnis gekommen. Es sei richtig, dass ein Verschulden Voraussetzung für die Konventionalstrafe in einer Konstellation gemäss Ziff. 1.2 der Vereinbarung gewesen sei. Dieses Verschulden habe die Vorinstanz vollkommen zu Recht in der fehlenden Absicherung des Appellanten gegen eine Kündigung seitens seiner Arbeitgeberin erblickt. Dieses Auslegungsergebnis sei korrekt und nicht zu beanstanden. Wenn der Appellant anderer Meinung sei, dann verkenne er gerade Sinn und Zweck der Vereinbarung, denn ein subjektives Verschulden seinerseits an einer Kündigung sei gerade nicht notwendig gewesen. Die Parteien hätten mit der Vereinbarung vom 12. Juli 2006 nicht nur sicherstellen wollen, dass der Appellant im Laufe seines Arbeitsverhältnisses seine Kündigung nicht "provoziere", sondern auch, dass ihm seitens der Arbeitgeberin nicht gekündigt werden könne. Soweit der Appellant im Rahmen der Berufung geltend mache, aufgrund der gesamten Begleitumstände im Zusammenhang mit dem Abschluss der strittigen Vereinbarung vom 12. Juli 2006 sei erstellt, dass die Auslegung der Vorinstanz unzutreffend sei, irre er. Vielmehr sei das Gegenteil der Fall. Die Entstehungsgeschichte und die Umstände, welche der Vereinbarung zu Grunde gelegen seien, würden unisono für das Urteil der Vorinstanz und gegen die Behauptungen des Appellanten sprechen.

3.2 Der Appellant bringe in seiner Berufungsbegründung unzulässige Noven vor, welche nicht zu hören seien. Das behauptete Verständnis des Appellanten, wie auch das vermeintliche Verständnis von Herrn C._____ in Bezug auf die Vereinbarung vom 12. Juli 2006 werde bestritten. Dem Appellanten sei es ohne Weiteres möglich gewesen, die betreffenden Behauptungen bereits in seiner Duplik vorzubringen. Spätestens nach der Replik habe dem Appellanten klar sein müssen, dass ein entsprechendes Auslegungsergebnis möglich sein könnte. Indem er es unterlassen habe, die entsprechenden Behauptungen im erstinstanzlichen Hauptverfahren vorzubringen, seien seine Ausführungen nun verspätet und ge-

stützt auf § 115 ZPO daher nicht mehr zu hören. Die Behauptung des Appellanten, die Appellatin habe in ihrer Replik vor Bezirksgericht nicht verlangt, dass sich der Appellant eine Festanstellung habe ausbedingen müssen, sei unzutreffend. Die Vorinstanz habe die von der Appellatin in der Replik verlangte Absicherungspflicht aufgenommen und durch ihre Forderung nach einer Festanstellung auf nicht im Einflussbereich des Appellanten liegende Gründe ausgedehnt. Abgesehen davon verkenne der Appellant, dass es auf eine entsprechende Behauptung der Appellatin ohnehin nicht angekommen wäre, weil es sich beim Auslegungsergebnis in Bezug auf die Bedeutung des Verschuldens des Appellanten um eine rechtliche Würdigung handle.

3.3 Dass die Kündigung nichts mit dem Verhalten des Appellanten zu tun gehabt habe, werde ausdrücklich bestritten. Auch wenn man zu dem vom Appellanten vorgebrachten Auslegungsergebnis gelangen würde, sei die Konventionalstrafe geschuldet. Es sei zutreffend, dass der Appellant durch die Aktientransaktion keine neue Arbeitgeberin erhalten habe. Die D._____, welche anschliessend in E._____ AG umfirmiert worden sei, sei die Arbeitgeberin geblieben. Diese Tatsache sei jedoch für die Auslegung des Verschuldens des Appellanten gemäss Vereinbarung vom 12. Juli 2006 bedeutungslos und daher für die Vorinstanz unmassgeblich gewesen. Insofern der Appellant Ausführungen zur gesetzeskonformen Auslegung der Vereinbarung mache, seien diese aus den folgenden Gründen unzutreffend. Er führe beispielsweise an, die Vereinbarung verstosse gegen zwingende arbeitsrechtliche Bestimmungen und verkenne dabei, dass solche lediglich zwischen Parteien eines Arbeitsvertrages Geltung erlangen würden. Ein solcher Arbeitsvertrag liege aber vorliegend nicht vor. Aus der Erwähnung des Aufhebungsvertrages in der Vereinbarung könne der Appellant nichts zu seinen Gunsten ableiten. Weiter verkenne er insgesamt bei seinen Ausführungen über gewisse Bestimmungen des OR, dass in casu kein im OR geregelter Nominatvertrag vorliege, von dessen dispositiven Bestimmungen abgewichen worden wäre. Es stehe vorliegend weder ein Arbeitsvertrag noch ein Agenturvertrag oder sonst ein gesetzlich geregeltes Vertragsverhältnis in Frage. Damit könne der Appellant im Hinblick auf die Frage des Verschuldens aus der Literatur oder der Rechtsprechung nichts zu seinen Gunsten ableiten. Das in der Vereinbarung vom 12. Juli

2006 festgelegte Verschulden sei gerade strittig und damit Gegenstand der Auslegung, welche von der Vorinstanz korrekt vorgenommen worden sei. Die betreffenden Ausführungen des Appellanten gingen daher ins Leere.

3.4 Die Vorwürfe in der Berufungsbegründung, wonach die Appellatin ihrer Substantiierungspflicht im Hinblick auf ein subjektives Verschulden des Appellanten nicht nachgekommen sei, seien allesamt haltlos und unzutreffend. Dies sei bereits anlässlich der Referentenaudienz festgestellt und im angefochtenen Urteil dargetan worden. Von dieser Haltlosigkeit abgesehen, trage ohnehin der Appellant die Beweislast für mangelndes Verschulden und damit einhergehend die Behauptungs- und Substantiierungslast. Der Appellant mache im Sinne einer Eventualbegründung geltend, die Klage müsse auch dann abgewiesen werden, wenn die Rechtsmittelinstanz die Vertragsauslegung der Vorinstanz bestätigen würde. Zur Begründung führe er eine Verletzung der Behauptungslast an. Dass dieser Einwand unbegründet sei, sei bereits an anderer Stelle dargetan worden. Ebenso unbegründet sei der Vorwurf, die Vorinstanz habe in ihrem Entscheid die Verhandlungsmaxime verletzt. Wohl habe die Vorinstanz in ihren Erwägungen den Appellanten fälschlicherweise als Mehrheitsaktionär der D._____ bezeichnet, doch sei klar, dass sie damit lediglich habe zum Ausdruck bringen wollen, dass der Appellant mit 36% über die meisten Aktien verfügt habe. Dementsprechend sei auch seine Verhandlungsposition der E._____ gegenüber entsprechend stark gewesen. Darin sei eben so wenig eine Verletzung der Verhandlungsmaxime zu erblicken, wie in der Erwägung der Vorinstanz, wonach der Appellant infolge der Aktientransaktion eine neue Arbeitgeberin erhalten habe. Es sei zutreffend, dass er keine neue Arbeitgeberin erhalten habe, seine Arbeitgeberin habe lediglich eine neue Eigentümerin erhalten. Nichts desto trotz habe die Vorinstanz aber den Sachverhalt richtig erfasst und lediglich aufgrund eines Irrtums von einem Arbeitgeberwechsel gesprochen. Inwiefern diese Versehen entscheidrelevant gewesen seien, vermöge der Appellant denn auch nicht darzutun.

3.5 Der Appellant mache weiter einen Irrtum geltend. Ein solcher liege aber überhaupt nicht vor. Er verkenne bei seiner Argumentation, dass seine Vorbringen in der Duplik, in welcher er die von der Appellatin geforderte Absicherungs-

pflicht bestritten habe, nichts mit der Geltendmachung eines Irrtums zu tun hätten. Bestreiten und irren seien zwei verschiedene Dinge. Dass das Auslegungsergebnis der Vorinstanz mit jenem der Appellatin in der Replik übereinstimme sei bereits erläutert worden. Die entsprechenden Erwägungen der Vorinstanz seien damit mitnichten wider Erwarten erfolgt. Von einem Irrtum könne keine Rede sein. Der Appellant habe die Interessenlage der Appellatin gekannt. Ihm sei bewusst gewesen, oder er habe zumindest wissen müssen, wie der Verkauf der D. _____ wenige Monate nach dem Buyout bei der Appellatin aufgenommen würde. Er habe wissen müssen, dass eine Entlassung aus der Verantwortung und die Tatsache, dass er aus dem Verkauf seiner Aktien mehrere Millionen lösen würde, nicht umsonst zu haben seien. Seitens der Appellatin werde nicht in Abrede gestellt, dass eine Teilanfechtung grundsätzlich möglich sei. Für den Fall, dass ein Irrtum des Appellanten bejaht würde, müsste die Vereinbarung vom 12. Juli 2006 auf subjektives Fehlverhalten des Appellanten reduziert gelten. Darüber müsste diesfalls noch ein Beweisverfahren geführt werden, wobei der Appellant den Hauptbeweis dafür zu erbringen habe, dass ihn kein Verschulden an seiner Entlassung treffe. Im Rahmen der Duplik habe der Appellant die behauptete Absicherungspflicht lediglich bestritten, nicht aber einen betreffenden Irrtum erklärt. Eine eigentliche Anfechtungserklärung habe er indes erst am 5. Mai 2009 versenden lassen. Nachdem der Appellant spätestens anlässlich der Referentenaudienz vom 26. Februar 2008 vom zu erwartenden Auslegungsergebnis Kenntnis erlangt habe, habe dann auch die einjährige Frist gemäss Art. 31 OR zu laufen begonnen. Das Anfechtungsschreiben vom 5. Mai 2009 sei damit erwiesenermassen verspätet.

3.6 Wenn der Appellant weiter geltend mache, die Verpflichtung gemäss Ziff. 1.2 der Vereinbarung weise einen unmöglichen Inhalt auf, so sei auch diese Auffassung verfehlt. Nur weil er seiner Absicherungspflicht nicht ohne das Einverständnis der Arbeitgeberin habe nachkommen können, heisse dies noch lange nicht, dass die Vereinbarung einen unmöglichen Inhalt aufweise. Würde dieser Auffassung gefolgt, so würden sämtliche bedingte Verträge, bei denen der Eintritt der Bedingung nicht im Einflussbereich der Parteien liege, a priori einen unmöglichen Inhalt aufweisen, was selbstredend nicht der Fall sein könne.

3.7 Der Eventualantrag des Appellanten betreffend Herabsetzung der Konventionalstrafe sei unbegründet. Die Vorinstanz habe einlässlich begründet, weshalb die Konventionalstrafe nicht als übermässig betrachtet werden müsse. Mit den betreffenden Erwägungen setze sich der Appellant bezeichnenderweise überhaupt nicht auseinander. Falsch sei zudem auch, wenn dieser sich auf den Standpunkt stelle, der Verkaufserlös für die D._____ -Aktien sei im Hinblick auf die Höhe der Konventionalstrafe irrelevant. Gerade wegen des hohen Kaufpreises habe die Konventionalstrafe in einer abschreckenden Höhe festgesetzt werden müssen. Dies, um den Appellanten zur Einhaltung der Vereinbarung zu motivieren. Dass der Appellatin durch das Verhalten des Appellanten angeblich kein Schaden entstanden sei, sei vollkommen unerheblich. Wie der Appellant schliesslich auf eine reduzierte Konventionalstrafe von Fr. 50'000.-- komme, könne nicht nachvollzogen werden. Jedenfalls bleibe kein Raum für eine Reduktion der vereinbarten Konventionalstrafe.

III. Erwägungen

1. Der Appellant rügt zunächst, die Vorinstanz habe zu Unrecht und sinngemäss in Verletzung von § 133 ZPO, ohne Ermittlung des Parteiwillens und der tatsächlichen Grundlagen der geschlossenen Vereinbarung vom 12. Juli 2006, direkt eine objektivierte Vertragsauslegung vorgenommen. Zudem habe die Vorinstanz die Verhandlungsmaxime verletzt, indem sie ihren betreffenden Erwägungen einen falschen und nicht behaupteten Sachverhalt zugrunde gelegt habe (Urk. 57 S. 5).

2. Der angefochtene Entscheid der 1. Abteilung des Bezirkgerichts Zürich vom 29. Dezember 2008 basiert auf einer Auslegung der Vereinbarung vom 12. Juli 2006. Eine solche Auslegung ist nur dann angezeigt, wenn sich die beteiligten Parteien in einem sogenannten Auslegungstreit befinden (Gauch/Schluep/Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Zürich 2008, N 1196). Dass sich die Parteien namentlich in Bezug auf die Auslegung von Ziff. 1.2 der Vereinbarung uneins sind, liegt auf der Hand und bedarf keiner weite-

ren Erläuterungen. Die von der Vorinstanz vorgenommene Vertragsauslegung ist objektiver bzw. sogenannt normativer Natur. Eine derartige objektivierte Vertragsauslegung kommt immer nur dann in Betracht, wenn sich der übereinstimmende Wille der Parteien nicht mehr feststellen lässt (Gauch/Schluep/Schmid, a.a.O., N 1201 und 1225). Das Bundesgericht geht in konstanter Rechtsprechung davon aus, dass der Bestand eines Vertrages ebenso wie dessen Inhalt durch Auslegung der Willenserklärungen der beteiligten Parteien zu ermitteln ist. Ziel dieser Vertragsauslegung ist es, in erster Linie den übereinstimmenden - sprich subjektiven - wirklichen Willen der Vertragsparteien festzustellen (Art. 18 Abs. 1 OR). Steht eine tatsächliche Willensübereinstimmung fest, bleibt für eine Auslegung nach dem Vertrauensgrundsatz kein Raum (BGE 128 III 70 E. 1a S. 73). Während die Feststellung des tatsächlichen, wirklichen Willens der Parteien grundsätzlich Tatfrage und damit dem Beweisverfahren zugänglich ist, stellt die objektivierte Auslegung von Willenserklärungen eine Rechtsfrage dar (BGE 132 III 632 E. 3.1 S. 632).

3. Die Vorinstanz führte in ihrem Urteil vom 29. Dezember 2008 zusammengefasst aus, das Prozessthema reduziere sich im vorliegenden Verfahren im Wesentlichen auf die Auslegung der Vereinbarung vom 12. Juli 2006. Diesbezüglich kam sie zum Schluss, es sei letztlich irrelevant, ob der Appellant aufgrund Nichterfüllung seiner beruflichen Zielvorgaben den Grund für seine Kündigung gesetzt habe, oder nicht. Sein Verschulden sei vielmehr in dem Umstand zu sehen, dass er es unterlassen habe, sich bei seinem neuen Arbeitgeber gegen seine Kündigung abzusichern. Der Appellant habe es nämlich als Mehrheitsaktionär selber in der Hand gehabt, beim Verkauf der D._____ an die E._____ Holding AG mit entsprechenden Sicherungsabreden dafür zu sorgen, dass man ihm bis 31. Dezember 2009 seinen Arbeitsvertrag als Geschäftsführer der neu gegründeten E._____ AG nicht habe kündigen können (Urk. 42 S. 12 ff.). Mit anderen Worten geht die Vorinstanz in ihren Erwägungen implizit davon aus, dass sich der wirkliche und übereinstimmende Wille der Parteien namentlich im Hinblick auf den Vertragspassus "aus Gründen, die das D._____ Management zu verantworten hat", nicht mehr feststellen lasse. Diese Vorgehensweise der Vorinstanz vermag nicht

zu überzeugen und lässt sich - wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird - bei näherer Betrachtung der Akten- und Sachlage nicht aufrechterhalten.

4. Nachdem im erstinstanzlichen Hauptverfahren zunächst beide Parteien davon ausgegangen sind, die Konventionalstrafe sei dann geschuldet, wenn den Appellanten an der von seiner Arbeitgeberin ausgesprochenen Kündigung ein Verschulden im Sinne eines ihm subjektiv vorwerfbaren Verhaltens treffe, führte die Appellatin im Rahmen der Replik dazu ergänzend was folgt aus (Urk. 24 S. 9 RZ 30):

"Neben der genannten direkten Einflussmöglichkeit des Beklagten in Bezug auf die "zu verantwortenden Gründe", welche die Frage der Unmöglichkeit verneint, wenn denn fehlende Einflussmöglichkeiten zur Unmöglichkeit führen würde (was nicht der Fall ist), hatte der Beklagte in casu noch eine weitere Möglichkeit der Einflussnahme. Diese wird im Vertragstext mit "berechtigterweise" ausgedrückt (s. Ziffer 1.2 der Vereinbarung). Die Arbeitgeberin kann nur "berechtigterweise" aus Gründen, die der Beklagte zu verantworten hat, das Arbeitsverhältnis auflösen. Die Arbeitgeberin muss also berechtigt sein, das Arbeitsverhältnis aus diesen Gründen aufzulösen. Diese Berechtigung der Arbeitgeberin hätte der Beklagte über seinen Arbeitsvertrag mit der D._____ bzw. ihrer Rechtsnachfolgerin ohne weiteres beeinflussen können. Er hätte die Möglichkeit gehabt, zu verhindern, dass die Arbeitgeberin berechtigt ist, aus jedem in seinem Verantwortungsbereich liegenden Grund das Arbeitsverhältnis auszulösen [recte: aufzulösen] (z.B. durch klare Definition von Leistungszielen, weitgehende Ausbedingung von Autonomie in der personellen wie geschäftlichen Unternehmensleitung etc.) Offensichtlich hat er dies unterlassen - in Kenntnis seiner Verpflichtung gegenüber der Klägerin, das Arbeitsverhältnis bis zu einem bestimmten Zeitpunkt weiterzuführen -, was für sich alleine schon sein Verschulden an der Kündigung der Arbeitgeberin darstellt."

Im Rahmen der Duplik liess der Appellant die betreffende Behauptung bestreiten und brachte seinerseits verschiedene Behauptungen vor, weshalb eine "Absicherung" wie sie von der Appellatin geltend gemacht wurde, nicht dem damaligen

Willen der Vertragsparteien entsprochen haben könne (Urk. 32 S. 5 RZ 12 ff.). Unter Anderem machte der Appellant geltend, eine Absicherung sei allein schon aus zeitlichen Gründen gar nicht möglich gewesen (Urk. 32 S. 5 RZ 15 f.). Diesbezüglich stellte sich die Vorinstanz auf den Standpunkt, dass die betreffende Behauptung des Appellanten "vor dem Hintergrund eines solchen Millionendeals als blosser Schutzbehauptung" erscheine (Urk. 42 S. 15). Abgesehen von dieser marginalen Bemerkung unterliess sie es gänzlich, sich mit den Darstellungen des Appellanten auseinander zu setzen. Dies wäre jedoch vorliegend zwingend angezeigt gewesen, da es, wie bereits erwähnt, primäres Ziel der Vertragsauslegung sein muss, den übereinstimmenden - sprich subjektiven - wirklichen Willen der Vertragsparteien festzustellen. Nachdem der massgebliche Sachverhalt im Hinblick auf das Zustandekommen der Vereinbarung vom 12. Juli 2006 umstritten ist, muss das Gericht sämtliche in diesem Zusammenhang relevanten und hinreichend substantiierten Behauptungen zum Beweis verstellen, um auf diese Weise den wirklichen Willen der Vertragsparteien zu eruieren (Art. 18 Abs. 1 OR). Steht aufgrund des durchzuführenden Beweisverfahrens eine tatsächliche Willensübereinstimmung der Parteien fest, so bleibt für eine objektivierte Vertragsauslegung - wie bereits an anderer Stelle ausgeführt - kein Raum (BGE 128 III 70 E. 1a S. 73). Erst wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach Ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (BGE 131 III 467 E. 1.1 S. 470).

5. Indem die Vorinstanz direkt eine objektivierte Vertragsauslegung ohne die Durchführung eines Beweisverfahrens vorgenommen hat, hat sie materiell den grundsätzlichen Anspruch des Appellanten auf Beweisführung gemäss Art. 8 ZGB und formell § 133 ZPO missachtet (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, N 3 zu § 133). Dies wurde vom Appellanten zu Recht gerügt (Urk. 57 S. 5 ff.). Damit hat die Vorinstanz den Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 1 ZPO gesetzt. Ihr Entscheid ist deshalb schon aus diesem Grund aufzuheben und der Prozess zurückzuweisen, um das Versäumte nachzuholen (§ 270 ZPO). Dabei wird es Aufgabe der Vorinstanz sein, im Rahmen eines Be-

weisverfahrens abzuklären, ob sich der übereinstimmende, wirkliche Wille der Parteien anhand der vorgetragenen Behauptungen ermitteln respektive rechtsgenügend beweisen lässt. Sofern sich aufgrund des Beweisverfahrens ergeben sollte, dass dem Passus "aus Gründen, die das D._____ Management zu verantworten hat" ein dahingehender Konsens zu Grunde liegt, dass ausschliesslich konkrete berufliche Fehlleistungen der Mitglieder des sogenannten Top Managements mit der vereinbarten Konventionalstrafe sanktioniert werden sollten, so wird über ein dem Appellanten zurechenbares Verschulden an der erfolgten Kündigung - wie die Vorinstanz zu Recht ausführte (Urk. 42 S. 12) - ebenfalls noch Beweis zu erheben sein.

6. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat sich die Berufungsinstanz weder mit dem konkreten Auslegungsergebnis der Vorinstanz, noch mit den im Rahmen des Berufungsverfahrens weiter vorgebrachten Einwänden auseinander zu setzen. Lediglich der Vollständigkeit halber ist die Vorinstanz jedoch bereits jetzt darauf hinzuweisen, dass sie im Rahmen ihrer Vertragsauslegung zu Unrecht erwog, der Appellant sei "Mehrheitsaktionär der D._____" gewesen und er habe es unterlassen sich bei seiner "neuen" respektive "künftigen" Arbeitgeberin gegen eine Kündigung abzusichern. Beide Annahmen sind aktenwidrig, was der Appellant zu Recht beanstandet (Urk. 57 S. 49) und von der Appellatin ausdrücklich anerkannt wurde (Urk. 62 S. 10 und Urk. 71 S. 13). Zutreffend ist, dass der Appellant an der im März 2005 gegründeten D._____ im Rahmen des Managements Buyout vom 1. Januar 2006 einen Aktienanteil von 36 % erwarb. Dieser Anteil machte ihn zwar zum Hauptaktionär, nicht aber, wie fälschlicherweise durch die Vorinstanz erwogen, zum Mehrheitsaktionär. Ob es sich bei dieser Bezeichnung der Vorinstanz lediglich um ein redaktionelles oder um ein inhaltliches Versehen handelt und inwiefern dieses entscheiderelevant war, kann vorliegend offen bleiben, da sich die Erstrichter mit dieser Frage ohnehin noch einmal werden auseinandersetzen müssen. Ähnliches gilt für die Frage, ob der Appellant eine neue Arbeitgeberin erhalten hat, wie dies die Vorinstanz ihrem Entscheid zugrunde legte. Auch diesbezüglich geht sie von falschen Annahmen aus. Der Appellant erhielt nämlich keine neue Arbeitgeberin und solches wurde von den Parteien auch nicht behauptet. Er war - und insofern sind sich die Parteien einig - Geschäftsführer der

D._____ und diese wurde im Nachhinein in die E._____ AG umfirmiert. Damit trat wohl ein Firmenwechsel, nicht aber ein Wechsel der Arbeitgeberin des Appellanten ein. Diesem Aspekt wird bei einer Neu Beurteilung der Sachlage durch die Vorinstanz ebenfalls Rechnung zu tragen sein.

7. Im Sinne einer Zusammenfassung ergibt sich, dass dem Appellanten Gelegenheit gegeben werden muss, seine Beweisführung, auf die er Anspruch hat, anzutreten. Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben und der Prozess ist zur Ergänzung des Verfahrens im Sinne der vorstehenden Erwägungen und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Zuzug der Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz sind für das Berufungsverfahren zwar Kosten festzusetzen, deren Auflage und die Regelung der Entschädigungsfolgen jedoch dem dafür massgeblichen Endentscheid der Vorinstanz vorzubehalten.

2. In Anbetracht der Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz ist die vom Appellanten geleistete Prozesskaution in der Höhe von Fr. 86'000.-- einstweilen einzubehalten und es wird Aufgabe der Vorinstanz sein, über deren Verwendung respektive die Herausgabe im Rahmen des Endentscheides zu befinden.

Das Gericht beschliesst:

1. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 1. Abteilung, vom 29. Dezember 2008 wird aufgehoben und der Prozess wird zur Durchführung eines Beweisverfahrens im Sinne der Erwägungen und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 20'000.--.

3. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorliegenden Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorbehalten.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und das Bezirksgericht Zürich, 1. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

Die erst- und zweitinstanzlichen Akten werden der Vorinstanz nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist zugestellt.

5. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach dessen Empfang beim Kassationsgericht des Kantons Zürich, Postfach, 8022 Zürich, durch eine dem § 288 der Zivilprozessordnung (ZPO) entsprechende Eingabe im Doppel kantonale Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne des § 281 ZPO geführt werden.

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

I. Zivilkammer

Der juristische Sekretär:

lic. iur. A. Baumgartner

versandt: js