

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB130012-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. M. Schafitz und Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. N. Balkanyi

## Urteil vom 26. August 2013

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_**,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

**B.\_\_\_\_\_ AG**,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_ und / oder  
Rechtsanwalt lic. iur. Y1.\_\_\_\_\_,

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 1. Abteilung, vom  
12. Februar 2013 (CG110004-L)**

**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) vom 12. Februar 2013:**

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 Entscheidunggebühr wird festgesetzt auf Fr. 70'000.-- (Pauschalgebühr). Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
3. Die Kosten dieses Verfahrens und die Kosten des Verfahrens der Berufungsinstanz im Umfang von Fr. 20'000.-- werden dem Beklagten auferlegt.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 70'000.-- zu bezahlen.
5. Die Kosten für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren werden vorab aus der vom Beklagten geleisteten Prozesskaution sowie vom Barvorschuss des Beklagten für das Beweisverfahren bezogen.
6. Der Klägerin wird der von ihr geleistete Barvorschuss für das Beweisverfahren nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheids wieder zurückerstattet.

.....

**Berufungsanträge:**

**des Beklagten und Berufungsklägers (Urk. 106):**

1. Das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 12. Februar 2013 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. Subeventualiter : Die Sache sei zur Durchführung eines Beweisverfahrens bzw. zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen;

5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% MwSt.) zu Lasten der Klägerin.

der Klägerin und Berufungsbeklagten (Urk. 111):

1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen, und das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 12. Februar 2013 (CG110004) sei zu bestätigen;

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten und Berufungsklägers.

**Erwägungen:**

**A**

Prozessgeschichte

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

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.

2. Das angefochtene Urteil erging nach dem Inkrafttreten der schweizerischen Zivilprozessordnung. Auf das vorliegende Berufungsverfahren sind daher deren Bestimmungen anwendbar (Art. 405 Abs. 1 ZPO/CH). Das bezirksgerichtliche Verfahren unterlag hingegen noch der zürcherischen Zivilprozessordnung, da es noch unter deren Geltung rechtshängig gemacht wurde. Daran änderte auch die Rückweisung vom 8. November 2010 nichts.

Mit Bezug auf das Novenrecht bedeutet dies, dass die tatsächlichen Behauptungen und Bestreitungen der Parteien grundsätzlich nur beachtlich sind, soweit sie bis und mit der Duplik im ersten bezirksgerichtlichen Verfahren vorgebracht worden sind (§ 114 ZPO/ZH). Im zweiten bezirksgerichtlichen Verfahren waren neue Vorbringen nur noch im Zusammenhang mit dem Ergebnis des Beweisverfahrens zulässig und beachtlich (§ 115 Ziff. 1 und 2 ZPO/ZH). Allfällige neue tatsächliche Vorbringen aus dem ersten Berufungsverfahren ohne Zusammenhang mit neuen tatsächlichen Entwicklungen sind gemäss § 267 Abs. 1 ZPO/ZH, solche aus dem zweiten Berufungsverfahren gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO/CH nicht mehr zu beachten.

## **B**

### Sachverhalt und Parteivorbringen

#### 1. Unbestrittener Sachverhalt

Die Klägerin lagerte per 1. Januar 2006 ihr Facility Management an eine selbständige Gesellschaft, die C.\_\_\_\_\_ AG (nachfolgend C.\_\_\_\_\_), aus. Diese Gesellschaft entstand im Rahmen eines Management Buyouts; der Beklagte war am Aktienkapital der neuen Gesellschaft mit 36% beteiligt. Er bildete zusammen mit D.\_\_\_\_\_ das massgebliche Management der C.\_\_\_\_\_. Die Klägerin blieb dabei

Hauptkundin bzw. Hauptauftraggeberin der C.\_\_\_\_\_. Im Juni 2006 verkauften alle Aktionäre der C.\_\_\_\_\_, darunter der Beklagte und D.\_\_\_\_\_, ihre Aktien an die E.\_\_\_\_\_ Holding AG (nachfolgend E.\_\_\_\_\_); die C.\_\_\_\_\_ wurde damit zu 100% eine Tochtergesellschaft der E.\_\_\_\_\_. Die Klägerin als Hauptauftraggeberin stimmte diesem Aktienverkauf zu. Aus Qualitätssicherungsgründen war ihr aber daran gelegen, dass der Beklagte und D.\_\_\_\_\_ weiterhin die Geschäfte der C.\_\_\_\_\_ führen sollten. Sie schloss daher mit diesen Beiden am 12. Juli 2006 eine Vereinbarung ab, die u.a. folgende Klausel enthielt :

"1. FORTSETZUNG DES ARBEITSVERÄLTNISSES MIT C.\_\_\_\_\_

1.1 Das C.\_\_\_\_\_ Top Management verpflichtet sich, die bestehenden Arbeitsverhältnisse mit C.\_\_\_\_\_ bzw. einer allfälligen Rechtsnachfolgerin bis mindestens am 31. Dezember 2009 fortzuführen und bis zu diesem Datum nicht durch Kündigung, fristlose Auflösung oder einen Aufhebungsvertrag zu beenden.

1.2 Für den Fall, dass C.\_\_\_\_\_ oder ihre Rechtsnachfolgerin das Arbeitsverhältnis mit dem C.\_\_\_\_\_ Top Management berechtigterweise aus Gründen, die das C.\_\_\_\_\_ Top Management zu verantworten hat, auflöst (Ordentliche Kündigung, Aufhebungsvertrag, fristlose Entlassung) wird dies hinsichtlich der Konsequenzen gleich wie die Sachverhalte in Ziffer 1.1 behandelt.

1.3 Von dieser Verpflichtung ausgenommen ist eine Kündigung bzw. ein Aufhebungsvertrag bzw. eine fristlose Auflösung durch das C.\_\_\_\_\_ Top Management, welche bzw. welcher aus einem begründeten und von C.\_\_\_\_\_ bzw. einer allfälligen Rechtsnachfolgerin zu verantwortenden Anlass ausgesprochen wird."

Für den Fall eines vorzeitigen Ausscheidens der beiden Topmanager im vorgeannten Sinn vor Ende 2009 sah die Vereinbarung eine abgestufte Konventionalstrafe zwischen Fr. 1'000'000.- und Fr. 3'000'000.- vor. Die Vereinbarung wurde seitens der Klägerin u.a. von Generaldirektor F.\_\_\_\_\_ unterzeichnet (Urk. 4/5).

Am 26. Januar 2007 trug G.\_\_\_\_\_, der massgebliche Mann der E.\_\_\_\_\_, an den Beklagten die Idee heran, von der Geschäftsleitung in den Verwaltungsrat der E.\_\_\_\_\_ zu wechseln. Der Beklagte stand einem solchen Wechsel positiv gegenüber, sofern damit der vorzitierte, auch G.\_\_\_\_\_ bekannte Vertrag vom 12. Juli 2006 nicht verletzt werde. Am 25. Januar 2007 hatte diesbezüglich bereits ein Gespräch zwischen G.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ von der Klägerin stattgefunden, wobei auch die Vereinbarung vom 12. Juli 2006 angesprochen worden war. F.\_\_\_\_\_ stand dem Ansinnen eines Wechsels grundsätzlich positiv gegenüber, ohne sich dazu aber abschliessend und für die Klägerin verbindlich zu äussern. Am 29. Ja-

nuar 2007 kam es auch zu einem Gespräch zwischen dem Beklagten und F.\_\_\_\_\_, der zwei Tage vor seiner Pensionierung stand. Auch dabei wurde die Vereinbarung vom 12. Juli 2006 angesprochen und äusserte sich F.\_\_\_\_\_ erneut grundsätzlich positiv zur Idee des Wechsels des Beklagten in den Verwaltungsrat. Da diesfalls die bisherige Stelle des Beklagten in der Geschäftsleitung neu besetzt werden musste, wurde am 30. Januar 2007 D.\_\_\_\_\_ von G.\_\_\_\_\_ mündlich angefragt, ob er bereit sei, die operative Leitung allein zu übernehmen. D.\_\_\_\_\_ stimmte zu. Am 31. Januar 2007 gelangte G.\_\_\_\_\_ brieflich an H.\_\_\_\_\_ von der Klägerin und ersuchte unter Hinweis auf die Vereinbarung vom 12. Juli 2006 offiziell um das Einverständnis der Klägerin, dass der Wechsel des Beklagten keine Konventionalstrafe auslöse (Urk. 4/6). Noch vor Eintreffen der Antwort der Klägerin informierte G.\_\_\_\_\_ am 1. Februar 2007 Geschäftsleitung und Personal der E.\_\_\_\_\_ in den E.\_\_\_\_\_ -News über den anstehenden Führungswechsel per 1. März 2007 und die neue Funktion von D.\_\_\_\_\_. Am 7. Februar 2007 informierte die Klägerin G.\_\_\_\_\_, dass sie den vorgesehenen Wechsel des Beklagten als Verletzung von Sinn und Geist der Vereinbarung vom 12. Juli 2006 betrachte, und wies auf die Konventionalstrafe hin (Urk. 4/7). Weitere diesbezügliche Kontakte auch des Beklagten mit Vertretern der Klägerin ergaben kein anderes Resultat. Am 26. Februar 2007 teilte der Beklagte daher G.\_\_\_\_\_ mit, sein Einverständnis mit dem Wechsel sei unter der Bedingung erfolgt, dass ihm keine nachteiligen Folgen aus der Vereinbarung vom 12. Juli 2006 entstünden. Da dies nun aber der Fall wäre, verzichte er auf das Verwaltungsratsmandat per 1. März 2007, wolle seine bisherige Funktion als Vorsitzender der Geschäftsleitung fortführen und dabei sein Bestes geben (Urk. 4/10). G.\_\_\_\_\_ kündigte darauf am 27. Februar 2007 das Arbeitsverhältnis mit dem Beklagten per 31. Mai 2007 unter sofortiger Freistellung. Die Kündigung erfolgte unter Bezugnahme auf die geplante Rochade und die Besetzung seiner Stelle durch D.\_\_\_\_\_ (Urk. 4/9). G.\_\_\_\_\_ teilte auch der Klägerin gleichentags den Führungswechsel in der Geschäftsleitung der E.\_\_\_\_\_ mit, wie er ihn dieser schon zuvor angekündigt habe, und informierte sie auch über die Kündigung des Beklagten durch die E.\_\_\_\_\_. Dieser lägen keine Versäumnisse oder Fahrlässigkeiten des Beklagten zugrunde. Ebenso verwies er auf Verhandlungen mit dem Beklagten betreffend einen Übertritt in den Verwaltungs-

rat der E.\_\_\_\_\_, welche indessen eine konfliktfreie Regelung zwischen Beklagtem und Klägerin hinsichtlich der Vereinbarung vom 12. Juli 2006 voraussetze (Urk. 4/8). Am 27. März 2007 forderte die Klägerin vom Beklagten die Konventionalstrafe von 3 Mio. Franken ein, weil das Arbeitsverhältnis gekündigt worden sei (Urk. 4/11a).

Dieser Sachverhalt ergibt sich im Detail aus der vorinstanzlichen Klageantwort des Beklagten (Urk. 10 S. 11ff Rz 34ff) und wurde von der Klägerin in der Replik im Grundsatz nicht bestritten (Urk. 24 S. 11ff Rz 34ff). F.\_\_\_\_\_ bestätigte im übrigen am 4. Juli 2012 als Zeuge, dass er eine eher informelle, mündliche Diskussion mit G.\_\_\_\_\_ über dessen Idee eines Funktionswechsels des Beklagten und Diskussionen wegen der Konventionalstrafe hatte. Er, der Zeuge, habe anschließend die Geschäftsleitung der Klägerin informiert, aber keine Zusagen gemacht und auch keinen formellen Antrag an die dafür zuständige Geschäftsleitung gestellt. Diskussionen mit involvierten Leuten habe er persönlich immer positiv gegenüber gestanden (vi. Prot. S. 26f, 29; vgl. auch Urk. 11/10).

Der vorstehend geschilderte Sachverhalt ist daher dem Urteil zugrunde zu legen.

## 2. Vorangegangene Entscheide

2.1. In ihrem ersten Urteil vom 29. Dezember 2008 nahm die Vorinstanz eine Auslegung der vorerwähnten Vereinbarung vom 12. Juli 2006 hinsichtlich des Ausscheidens des Beklagten bei der C.\_\_\_\_\_ bzw. E.\_\_\_\_\_ vor. Aufgrund der vertraglichen Systematik ergebe sich, dass die Klägerin die personelle Kontinuität nach dem Verkauf der C.\_\_\_\_\_ bis Ende 2009 habe sicherstellen wollen. Dies sei einerseits durch den befristeten Verzicht auf ein Kündigungsrecht des Beklagten selbst erfolgt, andererseits in Ziffer 1.2 aber auch durch Vorbeugung gegen den Fall einer Umgehung des Kündigungsverzichts durch ein Sich-kündigen-lassen. Dem Ausdruck einer "berechtigterweise" seitens der Arbeitgeberin ausgesprochenen Kündigung komme dabei keine entscheidende Bedeutung zu, das Setzen eines objektiven Kündigungsanlasses genüge. Die Vereinbarung als eine solche zwischen Klägerin und Beklagtem habe keinen Einfluss auf die Gestaltung des Arbeitsvertrages zwischen dem Beklagten und der E.\_\_\_\_\_ haben können. Das Verschulden oder die Verantwortung für die Kündigung könne sich darum nicht

ausschliesslich auf die Pflichten des Beklagten aus dem Arbeitsvertrag beziehen. Vielmehr sei mit der Vereinbarung dem Top Management der C.\_\_\_\_\_ aufgegeben worden dafür zu sorgen, mindestens bis Ende Dezember 2009 bei der C.\_\_\_\_\_ oder ihrer Rechtsnachfolgerin beschäftigt zu bleiben. Der Beklagte hätte es als Mehrheitsaktionär in der Hand gehabt, beim Verkauf seiner Aktien an die E.\_\_\_\_\_ mit entsprechenden Sicherungsabreden dafür zu sorgen, dass man ihm bis 31. Dezember 2009 seinen Arbeitsvertrag als Geschäftsführer nicht hätte kündigen können, bzw. sich eine Festanstellung bis dahin garantieren zu lassen. Der Verschuldensvorwurf an den Beklagten gehe dahin, dass er nicht alles Zumutbare vorgekehrt habe, um die Vereinbarung vom 12. Juli 2006 einzuhalten, insbesondere sich eine Festanstellung bis mindestens 31. Dezember 2009 garantieren zu lassen. Aus dieser Unterlassung ergebe sich ein Verschulden des Beklagten an der Kündigung durch die E.\_\_\_\_\_ und die Konventionalstrafe sei geschuldet (Urk. 36).

2.2. In Gutheissung der Berufung des Beklagten gegen das Urteil (Proz. Nr. LB090013) erwog die erkennende Kammer des Obergerichts am 8. November 2010, die Vorinstanz habe direkt eine objektiviertere Auslegung der massgeblichen Vertragsklausel vorgenommen, ohne zuvor versucht zu haben, einen übereinstimmenden Willen der Parteien zu deren Bedeutung festzustellen. Das Vorliegen eines übereinstimmenden Parteiwillens zur massgeblichen Vertragsklausel sei in einem Beweisverfahren abzuklären. Sollte sich dabei ergeben, dass ausschliesslich konkrete berufliche Fehlleistungen des Beklagten (sc. und eine deswegen ergehende Arbeitgeberkündigung) mit der vereinbarten Konventionalstrafe sanktioniert werden sollten, so sei über ein dem Beklagten zurechenbares Verschulden an der erfolgten Kündigung ebenfalls noch Beweis zu erheben. Die Berufungsinstanz wies das Verfahren daher zwecks dieser Weiterungen und zum Neuentscheid an das Bezirksgericht zurück. Weiter wurde das Bezirksgericht darauf hingewiesen, dass der Beklagte im Zeitpunkt des Aktienverkaufs bzw. am 12. Juli 2006 nicht Mehrheitsaktionär sondern nur Hauptaktionär der C.\_\_\_\_\_ zu 36% gewesen sei. Ebenso habe der Beklagte mit dem Verkauf der Aktien an die E.\_\_\_\_\_ keine neue Arbeitgeberin erhalten; die Arbeitgeberin sei nur umfirmiert

worden. Diesen beiden Aspekten sei bei der Neuurteilung der Sache Rechnung zu tragen (Urk. 76).

2.3. Nach erfolgter Rückweisung führte die Vorinstanz einzig ein Beweisverfahren dazu durch, "dass man mit dem Abschluss des Vertrages vom 12. Juli 2006 (Urk. 4/5) übereinstimmend vereinbaren wollte, die Konventionalstrafe sei geschuldet, wenn der Arbeitnehmer verschuldet Verfehlungen begeht, welche seine Arbeitgeberin zu einer Kündigung berechtigen." Dabei auferlegte sie dem Beklagten die Hauptbeweislast. In der Folge fanden die persönliche Befragung des Beklagten sowie die Einvernahme von 4 Zeugen dazu statt. In Würdigung dieser Aussagen kam die Vorinstanz in ihrem neuen Urteil vom 12. Februar 2013 zum Schluss, dass unter verschuldeten Verfehlungen gemäss Vereinbarung vom 12. Juli 2006 nach dem Willen der Parteien lediglich - aber immerhin - gravierende Fehlleistungen der Geschäftsleitung, welche eine Kündigung des Arbeitgebers nach sich ziehen, gemeint waren. Damit stelle sich die Frage, ob dem Beklagten solche "verschuldeten Verfehlungen" nachgewiesen werden könnten. Aus den angerufenen (bereits zuvor bei den Akten liegenden) Beweisurkunden ergebe sich dazu nichts bzw. nur der Umstand, dass von angeblichen beruflichen Verfehlungen des Beklagten nie die Rede sei und dass sein Wechsel in den Verwaltungsrat der E.\_\_\_\_\_ tatsächlich einer strategischen Intention entsprang. In der Folge befasste sich die Vorinstanz dann aber mit diesem beabsichtigten Wechsel und sah darin ein zur Kündigung führendes Verschulden des Beklagten. Der Wechsel von der Geschäftsleitung in den Verwaltungsrat hätte faktisch eine Auflösungsvereinbarung über den bisherigen Arbeitsvertrag bedeutet. Es sei notorisch, dass die Ankündigung eines Wechsels in der Geschäftsleitung (sc. vorliegend durch G.\_\_\_\_\_ am 1. Februar 2007) erst erfolge, wenn die entsprechenden Verträge ausgehandelt und abgeschlossen seien, womit die Kündigung (sc. des bisherigen Arbeitsvertrages) bereits habe erfolgt sein müssen. Zweifellos hätte der Beklagte durch einen allfälligen Abschluss eines Verwaltungsratsmandats sein ursprüngliches Arbeitsverhältnis vor Dezember 2009 beendet und damit Ziffer 1.1 der Vereinbarung erfüllt. Jedenfalls aber habe er durch sein Einverständnis zu einem Wechsel weg vom (operativen) Top-Management auf die (strategische) Verwaltungsratsebene die Kündigung seines Managervertrages durch die

E.\_\_\_\_\_ schuldhaft verursacht. Zwar mache der Beklagte geltend, er habe dem Funktionswechsel nur unter der Bedingung zugestimmt, dass die Klägerin mit dem Wechsel einverstanden sei. Dieser gegenüber G.\_\_\_\_\_ gemachte Vorbehalt habe indessen keine Wirkung im Verhältnis zur Klägerin entfaltet. Mit der Klägerin habe der Beklagte selber erstmals und informell am 29. Januar 2007 mit seinem Besuch bei F.\_\_\_\_\_ Kontakt aufgenommen. Eine verbindliche Äusserung der Klägerin zum Wechsel habe am 1. Februar 2007 noch nicht vorgelegen, als der Belegschaft der E.\_\_\_\_\_ der Wechsel in der Geschäftsführung vom Beklagten zu D.\_\_\_\_\_ mitgeteilt und damit unwiderrufliche Fakten geschaffen worden seien. Die offizielle Anfrage an die Klägerin erst am 31. Januar 2007 sei damit ganz klar verspätet erfolgt. Der Beklagte behaupte nicht, er sei vom schnellen Vorgehen G.\_\_\_\_\_s am 1. Februar 2007 überrascht worden. Offenbar habe er um den zeitlichen Ablauf gewusst und er hätte erkennen müssen, dass eine schriftliche Genehmigung der Klägerin nicht mehr rechtzeitig eintreffen konnte. Trotzdem habe der Beklagte nichts unternommen. Der Beklagte hätte auch schon viel früher und persönlich an die Klägerin gelangen können angesichts der ihm drohenden Konventionalstrafe bei deren Nichtzustimmung. Der Beklagte behaupte ja nicht, am 26. Januar 2007 sei zum ersten Mal über einen Positionswechsel gesprochen worden; dagegen spreche das bereits am 25. Januar 2007 diesbezüglich geführte Gespräch zwischen G.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_. Es sei notorisch, dass im Zeitpunkt der Publikation derartiger personeller Entscheidungen die entsprechenden Verträge bereits ausgehandelt seien. Hätte der Beklagte früher Kontakt mit der Klägerin aufgenommen, spätestens aber nach dem Gespräch mit G.\_\_\_\_\_ am 26. Januar 2007, hätte eine Zustimmungserklärung der Klägerin noch problemlos rechtzeitig erhältlich gemacht werden können bzw. wären im Falle der Verweigerung des Verzichts auf die Konventionalstrafe keine Fakten geschaffen gewesen, die ein Festhalten am Status Quo unmöglich machten. Das Verschulden des Beklagten liege somit darin, dass er sich ohne schriftliche Zusage der Klägerin, sie verzichte bei einem Funktionswechsel auf die Konventionalstrafe, derart weit auf Vertragsverhandlungen eingelassen habe, dass seine Arbeitsstelle bereits neu besetzt wurde (Urk. 107).

### 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-

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).

#### 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-

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 gemachte 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).

#### 5. Umfang der Überprüfung

Die Berufungsschriften beider Parteien sind unverhältnismässig umfangreich und weitschweifig ausgefallen. Sie enthalten zahlreiche Wiederholungen jeweils derselben Grundargumentation mit kleineren, in der Sache jedoch unbedeutenden Variationen. Das verfassungsmässig garantierte rechtliche Gehör verlangt nur, dass das Gericht tatsächlich hört und prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt, was der Rechtssuchende ihm vorträgt. Die daraus folgende richterliche Begründungspflicht erfordert jedoch nicht, dass sich das Gericht mit allen einzelnen Parteibehauptungen einlässlich auseinandersetzt und jedes erdenkliche Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Die Urteilsbegründung muss (nur) so abgefasst sein, dass sich die betroffene Person über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. Diese Grundsätze gelten auch für eine Rechtsmittelinstanz (BGE 134 I 83 E. 4.1 S. 88; 133 III 439 E. 3.3 S. 445).

Entsprechend wurden bereits vorstehend nur die relevanten Berufungsvorbringen der Parteien und nur zusammengefasst wiedergegeben und ist nachfolgend nur

auf den Kerngehalt ihrer Argumentation einzugehen. Nicht weiter relevant sind aufgrund der nachstehenden Erwägungen sodann die weiteren Ausführungen der Parteien zur Gültigkeit bzw. Herabsetzung der vereinbarten Konventionalstrafe.

## C

### Materielle Erwägungen

#### 1. Zur Kündigungsklausel gemäss Vereinbarung vom 12. Juli 2006 (Urk. 4/5)

##### 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 Beweisthematik gemäss Rückweisungsentscheid zwar ein, indem sie auch ein subjektives 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.

## 1.2. Zum Ergebnis des vorinstanzlichen Beweisverfahrens

Für die Darstellung der Beweismittel und die Wiedergabe der ergangenen Aussagen kann vorweg auf den angefochtenen Entscheid verwiesen werden.

Die persönliche Befragung des Beklagten sowie des Zeugen D.\_\_\_\_\_ sind für die Würdigung des Beweisergebnisses nicht weiter von Bedeutung. Erstere ist zu eigenen Gunsten nicht beweisbildend (§ 149 Abs. 3 ZPO/ZH), widerlegt aber auch den bisherigen Prozessstandpunkt des Beklagten nicht. Letzterer konnte keine sachdienlichen Aussagen zum Beweisthema machen (vi. Prot. S. 15f).

Massgebliches Gewicht kommt demgegenüber dem Zeugen I.\_\_\_\_\_ zu, welcher als Anwalt den Verkauf der C.\_\_\_\_\_ an die E.\_\_\_\_\_ begleitete, die Verhandlungen führte, die nötigen Dokumente erstellte und insbesondere die massgebliche Vereinbarung vom 12. Juli 2006 redigierte. Nach seinem Verständnis waren nach dem Willen der Beteiligten mit der gewählten Formulierung Kündigungsgründe gemeint, welche einen *schwerwiegenden Verstoss gegen den Arbeitsvertrag* darstellen, so dass aufgrund dieses Verstosses gekündigt würde (vi. Prot. S. 19, 22). Die Zeugen F.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ von der Klägerin waren demgegenüber nicht direkt an der Formulierung der Vereinbarung beteiligt, auch wenn der Zeuge F.\_\_\_\_\_ diese namens der Klägerin unterzeichnet hat und sich damit vollumfänglich einverstanden erklärte. Spontan und ohne Vorhalt der konkreten Formulierung meinten beide Zeugen jeweils vorerst, es sei darum gegangen, bereits schon die alleinige Tatsache der Auflösung des Arbeitsvertrages mit einer Konventionalstrafe zu sanktionieren, um die von der Klägerin gewünschte Kontinuität und Einflussnahme in der Geschäftsleitung der C.\_\_\_\_\_/E.\_\_\_\_\_ für eine gewisse Zeit zu gewährleisten (vi. Prot. S. 28, 34f). Nach Vorhalt der konkreten Formulierung von Ziffer 1 der Vereinbarung erklärte dann allerdings der Zeuge F.\_\_\_\_\_, dass damit sicher ein *Verschulden* (sc. des Beklagten) *im Rahmen seiner Aufgaben* gemeint gewesen sei, *Vernachlässigung der beruflichen Pflichten* beispielsweise (vi. Prot. S. 28). Dieser Aussage des an den Verhandlungen mitbeteiligten Zeugen kommt grösseres Gewicht zu als dem Zeugen H.\_\_\_\_\_, welcher die Sache nur aus den Akten kannte.

Auf die konkrete Frage, ob mit den verschuldeten Verfehlungen gemäss Vereinbarung *auch berufliche Verfehlungen, in der Art der Ausübung der Tätigkeit ge-*

meint gewesen seien, antwortete der Zeuge H.\_\_\_\_\_ mit "natürlich" (vi. Prot. S. 35). Diese Antwort des Zeugen H.\_\_\_\_\_ ist vorab im Zusammenhang mit seiner Meinung zu sehen, wonach bereits der objektive Umstand der Arbeitsvertragsauflösung für eine Konventionalstrafe genügen sollte und davon folglich auch eine Kündigung wegen beruflicher Fehler erfasst war. Dieses Verständnis der umstrittenen Vertragsklausel widerspricht aber klar deren Wortlaut und wurde vor Vorinstanz selbst von den Parteien nie so geltend gemacht. Für die massgebliche Meinung der damaligen Vertragsparteien betreffend die Kündigungsgründe lässt sich daher aus der Zeugenaussage H.\_\_\_\_\_ nichts herleiten. Es lässt sich daraus umgekehrt aber auch nicht - positiv - ableiten, es sei ein schuldhaftes Verhalten ausserhalb der Verletzung beruflicher Pflichten gemeint gewesen.

Aufgrund der klaren Zeugenaussagen I.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ und der diesen nicht widersprechenden Aussage des Zeugen H.\_\_\_\_\_ muss als erwiesen gelten, dass mit den vom Beklagten zu vertretenden Gründen für eine Arbeitgeberkündigung *arbeitsvertragliche bzw. berufliche* Verfehlungen und Fehlleistungen gemeint waren. Das Beweisergebnis bedeutet umgekehrt aber gleichzeitig auch, dass eine Arbeitgeberkündigung ohne zugrunde liegende Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten des Beklagten keine Konventionalstrafe auslösen sollte. Die Feststellung der Vorinstanz, gemäss Zeugenaussagen seien schuldhafte Verfehlungen jeder Art als berechtigter Kündigungsanlass gemeint gewesen (Urk. 107 S. 26), ist nicht haltbar. Massgebliche berufliche Verfehlungen sind etwa eine mangelhafte Erfüllung der arbeitsvertraglichen Leistungspflicht, eine Sorgfalts- oder Treuepflichtverletzung des Arbeitnehmers. Wie weit diese dem Beklagten im Sinne eines persönlichen Verschuldens subjektiv vorwerfbar sein müssen, z.B. bei der Nichterreichung von Leistungszielen, kann vorliegend offen bleiben. Mit beruflichen Fehlleistungen nicht gemeint sein kann jedenfalls ein Verhalten des Beklagten ausserhalb der Erfüllung des Arbeitsvertrages.

Auch der weitere Kontext, in dem Ziffer 1.2 der Vereinbarung vom 12. Juli 2006 steht, befasst sich mit den Auflösungsgründen des *Arbeitsvertrages zwischen Beklagtem und C.\_\_\_\_\_/E.\_\_\_\_\_*. Die Bestimmung findet sich unter dem übergeordneten Titel "Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit der C.\_\_\_\_\_". In Ziffer 1.1 verpflichtete sich der Beklagte, das Arbeitsverhältnis nicht vor Ende 2009 zu kün-

digen, es sei denn, die Arbeitgeberin liefere dafür einen begründeten Anlass (Ziffer 1.3). Gemäss Ziffer 2.1 wird die Konventionalstrafe als verfallen vereinbart, falls das C.\_\_\_\_\_ Top Management seine Entlassung verschuldet. Auch mit diesen Bestimmungen ist klarerweise nur ein Verhalten von Arbeitnehmer und Arbeitgeberin angesprochen, welches eine Auflösung des Arbeitsvertrages durch die jeweils andere Arbeitsvertragspartei rechtfertigt. Ein anderes Verständnis der getroffenen Vereinbarung in dem Sinne, dass grundsätzlich jede Kündigung unabhängig von ihrem Grund und der Einflussmöglichkeit des Arbeitnehmers eine Konventionalstrafe von bis zu 3 Mio. Franken auslösen soll, widerspräche dem Sinn dieser Vertragsklauseln und würde auch den grundlegenden Prinzipien des Persönlichkeits- und Arbeitnehmerschutzes widersprechen. Dasselbe gilt für ein Verhalten einer Arbeitsvertragspartei ausserhalb des Arbeitsverhältnisses, das auf dieses keine Auswirkungen zeitigt.

### 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 Aussagewürdigung - 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

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

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.

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

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. 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 Vorinstanz 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 erfolgte Auflösung des CEO-Vertrages vor dem Vorliegen der Zustimmung als Bedingungseintritt logischerweise ausschliesst. Der CEO-Vertrag wurde bekanntlich - erst - am 27. Februar 2007 gekündigt.

Nach den Behauptungen des Beklagten im ersten bezirksgerichtlichen Verfahren

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 Funktionswechsel müsse schon früher zwischen dem Beklagten und G.\_\_\_\_\_ besprochen worden sein, was bei solchen Funktionswechseln notorisch sei, und diesen Umstand 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). Insofern rügt der Beklagte im Berufungsverfahren zu Unrecht eine falsche Sachverhaltsfeststellung 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 Ferien 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 Sachverhaltselement. 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

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.

2.3. Für die Frage eines allfälligen Verschuldens ausserhalb der eigentlichen 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

des Funktionswechsels konnte oder wollte G.\_\_\_\_\_ nicht mehr auf seinen Entschluss 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.\_\_\_\_\_.

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

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

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.

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 Einzeltatsachen 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

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 - vorbehältlich 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).

3.3. In ihrer Klagebegründung (Urk. 2) machte die Klägerin zum Kündigungverschulden 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-

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 strategischen 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 Bestreitung unzugänglich, ihr Sinn sei nicht ersichtlich und nicht nachvollziehbar (Rz

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 unsubstanziert, 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 unsubstanziert. 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 substanziierten Behauptungen sei prozessual unzulässig und beruhe allein auf der Hoffnung, so die unsubstanzierten 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 Nichterreichung 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

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 *passé ins Bild*, wiewohl 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 Substantiierung 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

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 Türoffner zu tun gehabt (Rz 95).

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

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 Aufgabenstellungen betraut. Spekulative und nicht zwingende Schlussfolgerungen aus allen diesen unmassgeblichen Umständen sind keine Tatsachenbehauptungen und vermögen konkrete berufliche Fehler nicht zu substantizieren.

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 Beweisantragungsschrift gar keine einschlägigen Beweismittel bezeichnen und sein rechtliches Gehör wäre im Falle der Durchführung eines Beweisverfahrens über unsubstanzierte Vorwürfe verletzt.

Wenn sich die Klägerin schliesslich auf Äusserungen G.\_\_\_\_\_s beruft, die Leistung des Beklagten habe in verschiedener Hinsicht die Erwartungen nicht erfüllt,

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 zulieszen.

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 Behauptungspflicht 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-

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 substantiiert 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 substantiiert, 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-

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).

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 Urteilmotive (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.

##### 5. Schlussfolgerungen

Zusammenfassend ergibt sich, dass es die Meinung der Vertragsparteien der Vereinbarung vom 12. Juli 2006 war, dass unter den vom Beklagten zu verantwortenden, berechtigten Gründen für eine Arbeitgeberkündigung berufliche Fehler bzw. ungenügende arbeitsvertragliche Leistungen zu verstehen sind. Dies bedeutet e contrario, dass andere Kündigungsgründe als berufliche Fehler oder ungenügende berufliche Leistungen nicht unter die Klausel fallen. Soweit die Vorinstanz das Verschulden des Beklagten im Einlassen auf Gespräche über einen Funktionswechsel sieht, so stellt sie dabei auf Umstände ab, die in keinem Zusammenhang mit der allein massgeblichen Verletzung beruflicher Pflichten gegenüber der Arbeitgeberin E. \_\_\_\_\_ stehen. Kommt dazu, dass sich die Vorinstanz zur Begründung dieses "Verschuldens" willkürlich auf nicht behauptete Sachverhaltselemente abstützt bzw. massgebliche Sachverhaltselemente ausser Acht lässt. Berufliches Ungenügen wurde im bisherigen Verfahren nicht ausreichend substanziiert, worauf der Beklagte mehrfach und rechtzeitig hingewiesen hat. Sind daher keine berechtigten Gründe für eine Arbeitgeberkündigung im Sin-

ne der Parteivereinbarung vom 12. Juli 2006 auszumachen, fehlt die Grundlage für die eingeforderte Konventionalstrafe und die Klage ist damit abzuweisen.

Nicht thematisiert wurde seitens der Klägerin die Frage einer allfälligen missbräuchlichen Umgehung der Vereinbarung vom 12. Juli 2006 durch ein einverständliches Vorgehen des Beklagten mit der E. \_\_\_\_\_ hinsichtlich eines Sikkündigung-llassens des Arbeitnehmers, um den Verfall der Konventionalstrafe im Falle einer freiwilligen Kündigung des Arbeitnehmers zu vermeiden (vgl. dazu Urk. 4/8). Erwägungen dazu erübrigen sich.

## D

### Kosten- und Entschädigungsfolgen

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Klägerin vollumfänglich kosten- und entschädigungspflichtig.

Sie hat zunächst die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens CG110004 von Fr. 70'000.- zu tragen, welche unangefochten geblieben sind. Weiter hat sie die Kosten des Berufungsverfahrens LB090013 von Fr. 20'000.-, bei dem sie ebenfalls unterlegen ist, sowie die Kosten des vorliegenden Berufungsverfahrens zu tragen. Die Gebühr für Letzteres ist dabei gemäss § 4 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 50'750.- festzusetzen. Die Gerichtskosten sind zunächst aus dem von der Klägerin vor Vorinstanz geleisteten Beweiskostenvorschuss (Fr. 1'000.-) sowie aus den Prozesskostenvorschüssen des Beklagten in den Berufungsverfahren LB090013 (Fr. 86'000.-) und LB130012 (Fr. 50'750.-) zu beziehen. Die Klägerin hat dem Beklagten diese Vorschüsse zu ersetzen. Die verbleibenden Mehrkosten sind der Klägerin von der Gerichtskasse direkt in Rechnung zu stellen.

Die Vorinstanz hat die Parteientschädigung für die erstinstanzlichen Verfahren sowie das erste Berufungsverfahren LB090013 auf insgesamt Fr. 70'000.-- beziffert. Die Höhe dieser Entschädigung wurde weder von der berechtigten noch von der verpflichteten Partei im vorliegenden Berufungsverfahren angefochten, weshalb sie für die nunmehr dem Beklagten geschuldete Prozessentschädigung zu übernehmen ist. Die Parteientschädigung für das vorliegende Berufungsverfahren ist gemäss § 4 Abs. 1 und § 13 Abs. 2 AnwGebV auf Fr. 19'440.- (Fr. 18'000.- zuzüglich 8% MWSt) festzusetzen. Damit ist der notwendige und angemessene

Aufwand im Berufungsverfahren ausreichend abgegolten. Der effektive Aufwand für die weitschweifige, zahlreiche Wiederholungen enthaltende Berufungsschrift ist nicht massgeblich. Für die aus erneuten Wiederholungen bestehende Eingabe des Klägers vom 8. Juli 2013 (Urk. 113) rechtfertigt sich ebenfalls kein Zuschlag.

**Es wird erkannt:**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für die erstinstanzlichen Verfahren wird auf Fr. 70'000.- festgesetzt.
3. Die Entscheidgebühr für das vorliegende Berufungsverfahren wird auf Fr. 50'750.- festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für die erstinstanzlichen Verfahren (Fr. 70'000.-) sowie für das Berufungsverfahren LB090013 (Fr. 20'000.-) und das vorliegende Berufungsverfahren (Fr. 50'750.-) werden der Klägerin auferlegt.  
Sie werden vorab aus dem von der Klägerin geleisteten Barvorschuss für das erstinstanzliche Beweisverfahren sowie aus den Kostenvorschüssen des Beklagten in den Berufungsverfahren LB090013 und LB130012 von Fr. 86'000.- und Fr. 50'750.- gedeckt.  
Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten die geleisteten Vorschüsse von insgesamt Fr. 136'750.- zu ersetzen.  
Im Mehrbetrag stellt die Obergerichtskasse der Klägerin Rechnung.
5. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten für die erstinstanzlichen Verfahren sowie das Berufungsverfahren LB090013 eine Prozessentschädigung von Fr. 70'000.- zu bezahlen.
6. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten für das vorliegende Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 19'440.- (8% MWSt inbegriffen) zu bezahlen.

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.

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