

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA220013-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. Chr. von Moos Würgler, Vorsitzende,
Oberrichter Dr. M. Kriech und Ersatzoberrichterin lic. iur. N. Jeker
Stieger sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Paszehr

Beschluss und Urteil vom 24. November 2023

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin, Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

B._____,

Beklagter, Berufungsbeklagter und Anschlussberufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 4. Abteilung, im
ordentlichen Verfahren vom 16. Februar 2022 (AG010023-L)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 1 S. 2 und Urk. 29 S. 30)

- 1.1 Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 125'826.35 zuzüglich 5 % Zins seit 12. Juni 2001 zu bezahlen.
- 1.2 Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin weiteren Schadenersatz in nach Durchführung des Beweisverfahrens zu beziffernder Höhe zuzüglich 5 % Zins seit 12. Juni 2001 resp. Eintritt des Schadens zu bezahlen;

eventualiter sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin weiteren Schadenersatz in vom Gericht festzusetzender Höhe zuzüglich 5 % Zins seit 12. Juni 2001 resp. Eintritt des Schadens zu bezahlen.
- 2.1 Der Beklagte sei zu verpflichten, bis zum 28. Februar 2003 jegliche konkurrenzierende Tätigkeit gegenüber der Klägerin zu unterlassen und insbesondere nicht für ein Konkurrenzunternehmen auf dem Gebiet des Geschäftsbereichs Management auf Zeit in der Schweiz und im Fürstentum Lichtenstein tätig zu werden oder sich an einem solchen zu beteiligen.
- 2.2 Es seien die beantragten Anordnungen für den Widerhandlungsfall mit der Androhung der Bestrafung des Beklagten nach Art. 292 StGB zu verbinden.

Unter ausdrücklichem Vorbehalt der Klageerhöhung und der Nachklage;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten.

Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 4. Abteilung, vom 16. Februar 2022:

(Urk. 276 S. 76 f.)

1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 25'000.– nebst Zins zu 5 % seit 12. Juni 2001 zu bezahlen.
2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen, soweit sie nicht gegenstandslos geworden ist.

3. Die Gerichtsgebühr (Pauschalgebühr) wird festgesetzt auf:
- | | | |
|-----|-----------------|---------------------------------|
| Fr. | 45'000.–; | die weiteren Auslagen betragen: |
| Fr. | 2'250.– | Zeugenentschädigungen |
| Fr. | <u>47'250.–</u> | Total |
4. Die Kosten werden der Klägerin zu 98 % und dem Beklagten zu 2 % auferlegt und mit den von ihnen geleisteten Kostenvorschüssen (Klägerin Fr. 8'000.– und Beklagter Fr. 3'750.–) verrechnet.
5. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 48'000.– zu bezahlen.

(6./7. Mitteilungen, Rechtsmittelbelehrung)

Berufungsanträge:

der Klägerin, Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagten:

Zur Berufung (Urk. 275 S. 2):

- "1. Die Ziffern 1. und 2. des Urteilsdispositivs des Arbeitsgerichts Zürich vom 16. Februar 2022 (Geschäfts-Nr.: AG010023-L/U) seien aufzuheben und der Beklagte / Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, der Klägerin / Berufungsklägerin eine Konventionalstrafe im Betrag von CHF 110'370.–, zuzüglich 5% Zins seit 12. Juni 2001, zu bezahlen;
2. Ebenso seien die Ziffern 4. und 5. des Urteilsdispositivs des Arbeitsgerichts Zürich vom 16. Februar 2022 (Geschäfts-Nr.: AG010023-L/U) aufzuheben und die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens seien der Klägerin / Berufungsklägerin zu 91% und dem Beklagten / Berufungsbeklagten zu 9% aufzuerlegen (Ziff. 4.). Die Klägerin / Berufungsklägerin sei zu verpflichten, dem Beklagten / Berufungsbeklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 44'500.– zu bezahlen (Ziff. 5.).
3. Eventualiter seien die Ziffern 1., 2., 3. und 4. des Urteilsdispositivs des Arbeitsgerichts Zürich vom 16. Februar 2022 (Geschäfts-Nr.: AG010023-L/U) aufzuheben und die Angelegenheit sei zur Beweisergänzung und Neubeurteilung im Sinne der Rechtsbegehren gemäss Ziff. 1. und 2. (vorstehend) an die Vorinstanz zurückzuweisen.

4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen für das Berufungsverfahren (zzgl. MwSt.) zulasten des Beklagten / Berufungsbeklagten."

Zur Anschlussberufung (Urk. 287 S. 2):

- "1. Es sei die Anschlussberufung vollumfänglich abzuweisen;
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen für das Berufungsverfahren / Anschlussberufungsverfahren (zzgl. MwSt.) zulasten des Berufungsbeklagten / Anschlussberufungsklägers."

des Beklagten, Berufungsbeklagten und Anschlussberufungsklägers (Urk. 283 S. 2):

- "1. Es sei die Berufung abzuweisen, unter K.u.E.f., zu Lasten der Berufungsklägerin.
2. Es wird **Anschlussberufung** mit folgendem Antrag erhoben:
 - a) Es sei das vorinstanzliche Urteil mit Ausnahme der Ziff. 2 des Dispositivs, die nicht angefochten wird, aufzuheben.
 - b) Es sei die Klage vollumfänglich abzuweisen.
 - c) Es seien der Berufungsklägerin die Kosten für beide Instanzen aufzuerlegen.
 - d) Es sei dem Berufungsbeklagten zulasten der Berufungsklägerin eine volle Prozessentschädigung für beide Instanzen zuzusprechen."

Erwägungen:

I.

Die Klägerin ist u.a. im "Management auf Zeit"-Geschäft (MAZ) tätig. Dabei werden Manager und Top-Fachspezialisten in einem sog. Pool zusammengeführt, aus dem Kunden, welche vorübergehend ausgewiesene Führungskräfte und Top-Fachspezialisten benötigen, den ihnen als geeignet erscheinenden Kandidaten unter verschiedenen von der Klägerin vorgeschlagenen Personen auswählen können. Die Parteien schlossen am 8. Januar 1996 einen Arbeitsvertrag ab. Am 23. Januar 1996 trat der Beklagte die Stelle als stellvertretender Poolmanager an. Am 15. Juni 1997 wurde ihm die Leitung des MAZ-Pools bei gleichzeitiger Ernen-

nung zum Vizedirektor übertragen. Zuletzt war er in leitender Stellung als Poolmanager tätig.

Im Arbeitsvertrag vom 8. Januar 1996 war folgende Konkurrenzklausel enthalten (Urk. 4/3 S. 5):

" Konkurrenzhaltungs-Vereinbarung

Der Mitarbeiter verpflichtet sich während seiner Anstellung bei der Firma bis zu zwei Jahren nach seinem Austritt auf keine Art und Weise die Firma auf deren definiertem Geschäftsgebiet Management auf Zeit zu konkurrenzieren.

Dieses Konkurrenzverbot erstreckt sich auf die ganze Schweiz und Deutschland.

Für den Fall der Verletzung dieser Konkurrenzabrede verpflichtet sich der Mitarbeiter, eine Konventionalstrafe in der Höhe des in den letzten sechs Monaten bezogenen Brutto-Einkommens zu bezahlen.

Eine eventuelle spätere eigenständige Betätigung als Manager auf Zeit ist von diesem Konkurrenzverbot jedoch ausgeschlossen.

Weiterer Schadenersatz bleibt vorbehalten.

Die Firma kann überdies die Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes verlangen."

Am 29. November 2000 kündigte der Beklagte sein Arbeitsverhältnis mit der Klägerin per Ende Februar 2001. Am 1. April 2001 trat er eine Stelle bei der "C._____ AG " (fortan: C._____ AG) an, welche ebenfalls auf dem Gebiet des Managements auf Zeit tätig ist.

Mit ihrer Klage machte die Klägerin die vertraglich vereinbarte Konventionalstrafe wegen Verletzung des Konkurrenzverbots sowie Schadenersatz geltend, da der Beklagte keinen begründeten Anlass zur Kündigung gehabt habe, ferner beantragte sie die Durchsetzung des Konkurrenzverbots.

Die Vorinstanz wies mit dem angefochtenen Urteil das Schadenersatzbegehren ab und reduzierte die Konventionalstrafe auf Fr. 25'000.-. Die Durchsetzung des Konkurrenzverbots ist infolge Zeitablaufs (Geltung zwei Jahre nach Austritt) gegenstandslos geworden. Die Berufung der Klägerin richtet sich gegen die Kürzung der Konventionalstrafe. Der Beklagte hält die vereinbarte Konventionalstrafe für nichtig, eventualiter aus andern Gründen für nicht geschuldet.

II.

Die Klage wurde am 12. Juni 2001 bei der Vorinstanz rechtshängig gemacht (Urk. 1). Der weitere Verfahrensverlauf vor Vorinstanz kann dem angefochtenen Entscheid entnommen werden (Urk. 276 S. 4 ff.). Gegen das Urteil vom 16. Februar 2022 hat die Klägerin mit Eingabe vom 24. März 2022 fristgerecht Berufung erhoben (Urk. 275). Die Berufungsantwort samt Anschlussberufung datiert vom 15. Mai 2022 (Urk. 283), die Anschlussberufungsantwort und freigestellte Replik vom 29. Juni 2022 (Urk. 287). Der Beklagte liess sich nochmals mit Eingabe vom 10. August 2022 vernehmen (Urk. 294); eine Kopie von dieser Eingabe wurde der Klägerin zugestellt (Urk. 295). Beide Parteien haben Kostenvorschüsse geleistet, die Klägerin Fr. 8'200.–, der Beklagte Fr. 3'600.– (Urk. 281 und 285). Das Verfahren ist spruchreif.

Anstelle des Präsidenten der I. Zivilkammer, Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, der erstinstanzlich im Verfahren zwischen der Klägerin und D. _____ als juristischer Gerichtssekretär involviert war (vgl. Urk. 151/12), wirkt am vorliegenden Entscheid Oberrichterin lic. iur. Chr. von Moos Würigler als Vorsitzende mit.

III.

1. Mit der Berufung kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der Berufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Zudem muss sie – im Gegensatz zur Klageschrift – nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten (ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 311 N 36). Der Berufungskläger hat mittels klarer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo er die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben hat. Die Parteien haben die von ihnen kritisierten Erwägungen des angefochtenen Entscheids wie auch die Aktenstücke, auf die sie ihre Kritik stützen, genau zu bezeichnen (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 4A_580/2015 vom 11. April 2016, E. 2.2 [nicht publiziert in BGE 142 III 271]). Was nicht in einer den gesetzlichen Begrün-

dungsanforderungen genügender Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden. Abgesehen von offensichtlichen Mängeln hat sich das Berufungsgericht grundsätzlich auf die Beurteilung der in der Berufung und Berufungsantwort gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen zu beschränken. Die Rügen der Parteien geben mithin das Prüfungsprogramm der Berufungsinstanz vor; der angefochtene Entscheid ist grundsätzlich nur auf die gerügten Punkte hin zu überprüfen. In rechtlicher Hinsicht ist das Berufungsgericht, in Anwendung des Grundsatzes *iura novit curia*, bei dieser Prüfung jedoch weder an die Erwägungen der ersten Instanz noch an die Argumente der Parteien gebunden. In tatsächlicher Hinsicht ist es nicht an die Feststellungen des erstinstanzlichen Gerichts gebunden, auch wenn mangels entsprechender Sachverhaltsrügen der Parteien im Berufungsverfahren der erstinstanzliche Entscheid nach dem Gesagten in der Regel als Grundlage des Rechtsmittelverfahrens dient (BGE 144 III 394 E. 4.1.4, m.w.H.).

Die Begründungsanforderungen gelten auch für die Berufungsantwort, wenn darin Erwägungen der Vorinstanz beanstandet werden, die sich für die im vorinstanzlichen Verfahren obsiegende Partei ungünstig auswirken können (BGer 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.2; BGer 4A_580/2015 vom 11. April 2016, E. 2.2; BGer 4A_496/2016 vom 8. Dezember 2016, E. 2.2.2; Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 312 N 11).

2. Auf den 1. Januar 2011 ist die neue Schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft getreten. Gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO gilt für Verfahren, die bei Inkrafttreten der Zivilprozessordnung rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Für die Rechtsmittel gilt das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Der vorinstanzliche Entscheid datiert vom 16. Februar 2022 und wurde den Parteien am 22. Februar 2022 schriftlich eröffnet (Urk. 274/1-2). Demnach ist vorliegend für das Berufungsverfahren die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) anwendbar. Demgegenüber hatte die Vorinstanz die bisherigen Bestimmungen der ZPO/ZH und des GVG/ZH anzuwenden. Soweit sich im Rahmen der Überprüfung des vorinstanzlichen Entscheides Fragen der Anwendung von Verfahrensregeln

stellen, wird zu prüfen sein, ob die Vorinstanz die im Zeitpunkt der Entscheidung geltenden Normen richtig angewendet hat; eine Rückwirkung des neuen Rechts findet nicht statt.

3. Neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) können im Berufungsverfahren nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO berücksichtigt werden, d.h. wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Diese Voraussetzungen gelten kumulativ. Handelt es sich um echte Noven, ist das Erfordernis der Neuheit ohne Weiteres erfüllt und einzig das des unverzüglichen Vorbringens ist zu prüfen. Was unechte Noven angeht, so ist es Sache der Partei, die sie vor der Berufungsinstanz geltend machen will, zu beweisen, dass sie die erforderliche Sorgfalt an den Tag gelegt hat, was namentlich bedingt, die Gründe darzutun, warum die Tatsachen und Beweismittel nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (BGE 144 III 349 E. 4.2.1; ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 34). Das Novenrecht gemäss der Schweizerischen Zivilprozessordnung gilt auch in übergangsrechtlichen Fällen (BGer 5A_330/2013 vom 24. September 2013, E. 2.2).

4. Die Einlegung der Berufung und der Anschlussberufung hemmt den Eintritt der Rechtskraft nur im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die nicht angefochtenen Teile des Urteils werden demnach von Bundesrechts wegen formell rechtskräftig und vollstreckbar. Nicht angefochten ist die Klageabweisung im Fr. 110'370.– (zuzüglich 5% Zins seit 12. Juni 2001) übersteigenden Betrag sowie die Abweisung des Antrags, der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin weiteren Schadenersatz zu bezahlen (Rechtsbegehren Ziff. 1.2). Vorliegend ist deshalb das Urteil der Vorinstanz vom 16. Februar 2022 in den nicht angefochtenen Teilen mit Ablauf der Frist zur Erstattung der Anschlussberufung am 3. Juni 2022 rechtskräftig geworden (vgl. zum Zeitpunkt Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 315 N 15; BK ZPO-Sterchi, Art. 315 N 5; Steininger, DIKE-Komm-ZPO, Art. 315 N 3). Dies ist vorzu-merken.

IV.

1. a) Der Beklagte macht in seinem Hauptstandpunkt geltend, die vorn unter E. I zitierte Konkurrenzklausele sei nichtig. Nach einem Blick auf das – vorliegend nicht relevante – angelsächsische Recht führt er zusammengefasst aus, das Konkurrenzverbot für Arbeitnehmer **nach** Beendigung des Arbeitsverhältnisses sei in der Schweiz singulär ausgestaltet. Einerseits könne es nach seinem Wortlaut und der älteren Gerichtspraxis sogar gegenüber Coiffeusen mit einem Lohn nahe dem Existenzminimum gültig vereinbart werden, andererseits bestehe – anders als in anderen Jurisdiktionen – keine Pflicht des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer in der Zeit, in der er wegen des Konkurrenzverbotes weniger oder gar nichts verdiene, wenigstens teilweise zu entschädigen. Dass eine solche Verpflichtung Art. 27 ZGB zumindest ritze, sei in der Literatur unbestritten. In Kombination mit einer Konventionalstrafe, die nach Ansicht der Klägerin grundsätzlich in beliebiger und damit auch in absurder Höhe festgesetzt werden könne, sei sie noch viel stossender. Solche Konventionalstrafklauseln hätten eine abschreckende Wirkung und damit auch nötigen Charakter. In BGE 144 III 327 sei nun das Bundesgericht der Meinung, dass sich Konventionalstrafen zur Erzwingung der Einhaltung der Vertragspflichten des Arbeitnehmers im Rahmen des – für den Arbeitgeber gemäss Art. 362 Abs. 1 OR relativ zwingenden – Art. 321e Abs. 1 OR bewegen müssten. Gemäss Bundesgericht dürfe eine Konventionalstrafe nur den mutmasslich entstandenen Schaden decken und nicht zu einer verschuldensunabhängigen Haftung, zu einer über den Schaden hinausgehenden Zahlung oder zu einer Beweiserschwerung für den Arbeitnehmer führen. Die vorliegend zur Diskussion stehende Vertragsklausele behalte wie die vom Bundesgericht beurteilte den "weiteren Schadenersatz" vor, dies ebenfalls unabhängig von einem Verschulden. Die Klägerin habe im Übrigen zusammen mit der Konventionalstrafe einen fast zehn Mal höheren Schadenersatz geltend gemacht. Die heute zu beurteilende Klausele sei also inhaltlich identisch mit der vom Bundesgericht beurteilten Klausele. Klar sei, dass die vorliegende Klausele eine zwar erst nach Beendigung des Dienstverhältnisses fällig werdende, aber nichtsdestotrotz arbeitsvertragliche Pflicht betreffe, die unter Art. 321e OR falle. Damit verstosse die Klausele gemäss dem zitierten

Bundesgerichtsentscheid gegen Art. 321e Abs. 1 OR und sei, weil es eben um Schadenersatz gehe, nichtig (Urk. 283 S. 6 ff.).

b) Die Klägerin ist der Ansicht, der vom Beklagten zitierte Bundesgerichtsentscheid sei auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar. BGE 144 III 327 beurteile die Vereinbarung einer Konventionalstrafe, welche vom Arbeitnehmer verschuldens- und schadensunabhängig zu bezahlen sei, wenn er *während* des Arbeitsverhältnisses eine Vertragsverletzung begehe. Dass eine solche Klausel – sofern sie keine Disziplinarstrafe darstelle – eine Haftungsverschärfung zur Folge habe, welche im Lichte von Art. 321e OR i.V.m. Art. 362 Abs. 1 OR unzulässig sei, habe das Bundesgericht bereits im Jahr 2012 entschieden. Es habe nämlich bereits in BGer 4A_595/2012 vom 21. Dezember 2012 entschieden, dass der Arbeitgeber sich nicht auf ein nachträgliches Konkurrenzverbot berufen könne, wenn der Arbeitnehmer aus begründetem Anlass nach Art. 340c Abs. 2 OR gekündigt habe. Der Arbeitnehmer sei aber während des Arbeitsverhältnisses an das Konkurrenzverbot – welches aus Art. 321a Abs. 3 OR fliesse – gebunden. Die Konkurrenzverbotsklausel, welche Vertragsverletzungen *während* des Arbeitsverhältnisses mit einer Konventionalstrafe belege, habe aufgrund ihres ebenfalls vorzufindenden Ersatzcharakters und im Sinne von Art. 321e OR keine Gültigkeit, weshalb die vereinbarte Konventionalstrafe herabzusetzen sei. Dieselbe Rechtsprechung, welche Haftungsverschärfungen zuungunsten des Arbeitnehmers *während* des Arbeitsverhältnisses betreffe, sei nun mit BGE 144 III 327 dahingehend verstärkt worden, als dass solche Klauseln nicht mehr zur Herabsetzung der vereinbarten Konventionalstrafe, sondern zu deren Nichtigkeit führten. Vorliegend sei die Verletzung des Konkurrenzverbots durch den Beklagten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses erfolgt. Während des Arbeitsverhältnisses habe er nur gewisse Vorbereitungshandlungen zur späteren Verletzung des Konkurrenzverbots getroffen. Es handle sich um ein klassisch ausgestaltetes Konkurrenzverbot im Sinne von Art. 340 OR. Es sei klar, dass mit dieser Klausel ein nachvertragliches Konkurrenzverbot etabliert werden sollte. Eine vertragliche Regelung des Konkurrenzverbots während der Dauer des Arbeitsverhältnisses sei obsolet, da es der Treuepflicht gemäss Art. 321a Abs. 3 OR entspringe. Das nacharbeitsver-

tragliche Konkurrenzverbot falle nicht unter Art. 321a Abs. 3 OR i.V.m. Art. 321e OR, sondern unter Art. 340 ff. OR (Urk. 287 S. 5 ff.).

c) aa) Das neue Vorbringen des Beklagten in der Berufungsantwort und Anschlussberufung, die strittige Konkurrenzklausel sei nichtig, ist im Berufungsverfahren als rechtliches Argument ohne weiteres zulässig und unterliegt nicht dem Novenverbot.

bb) Das Obligationenrecht regelt in den Art. 321-321e OR die "B. Pflichten des Arbeitnehmers". Neben der in Art. 321 OR statuierten persönlichen Leistungspflicht sind in den Art. 321a-d OR die weiteren Pflichten des Arbeitnehmers aufgeführt, nämlich die Sorgfalts- und Treuepflicht (Art. 321a OR), die Rechenschafts- und Herausgabepflicht (Art. 321b OR), die Überstundenarbeit (Art. 321c OR) und die Befolgung von Anordnungen und Weisungen (Art. 321d OR). Gemäss Art. 321e Abs. 1 OR ist der Arbeitnehmer für den Schaden verantwortlich, den er absichtlich oder fahrlässig dem Arbeitgeber zufügt. Vorausgesetzt zur Begründung eines Haftungsanspruchs des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer im Sinne von Art. 321e OR ist neben den übrigen Haftungsvoraussetzungen eine Vertragsverletzung. Das Bundesgericht und ein Teil der Lehre spricht auch von einer Verletzung gemäss den Art. 321-321d OR (BGE 144 III 327 E. 4.2.2). Das Konkurrenzverbot ist demgegenüber unter lit. "G. Beendigung des Arbeitsverhältnisses" in den Art. 340-340c OR geregelt. Der Schadenersatz nach Art. 340b Abs. 1 OR richtet sich nach dem allgemeinen Schadenersatzrecht, nicht nach Art. 321e OR (BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 340b N 1). Konventionalstrafen für nachvertragliche Konkurrenzverbote, die Ersatzcharakter haben, sind in Art. 340b OR ausdrücklich als mögliche Vereinbarungen vorgesehen und werden durch Art. 321e OR nicht eingeschränkt (Santoro, Die Konventionalstrafe im Arbeitsvertrag, Bern 2001, S. 55 f.). Daran hat auch BGE 144 III 327 nichts geändert (Carcagni Roesler, Haftung des Arbeitnehmers: Unzulässige Konventionalstrafe, ARV 2018 S. 129 m.w.H.; LawInside.ch, Schürch, L'admissibilité d'une peine conventionnelle pour violation des obligations de l'employé, 11.06.2018; DroitDuTravail.ch, Giorgis, Responsabilité du travailleur et clause pénale – Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_579/2017, Newsletter juillet 2018; Do-

nauer/Kalaitzidakis, Konventionalstrafen im arbeitsvertraglichen Kontext, EmploymentNews Nr. 36, August 2018, abrufbar unter https://www.walderwyss.com/user_assets/publications/2366.pdf). Die von den Parteien vereinbarte Konkurrenzklausele ist entgegen der Auffassung des Beklagten nicht richtig.

2.a) Im Eventualstandpunkt macht der Beklagte geltend, es stehe rechtskräftig fest, dass kein Schaden entstanden sei. Die Klägerin habe keine Schadenersatzansprüche und könne wegen des Zeitablaufs keine Realvollstreckung mehr verlangen. Die Höhe der Konventionalstrafe sei nach Massgabe von Art. 99 OR i.V.m. Art. 41 OR unter Berücksichtigung von Art. 321e Abs. 2 OR zu bemessen; die fünf Kriterien seien: Vertragsverletzung, Verschulden, natürlicher Kausalzusammenhang, Adäquanz und Schaden. Mangels Schaden könne aufgrund der zwingenden Bestimmung von Art. 321e OR keine Konventionalstrafe zugesprochen werden (Urk. 283 S. 14 f.).

b) Die Klägerin weist erneut darauf hin, dass Art. 321e OR auf das nacharbeitsvertragliche Konkurrenzverbot nicht anwendbar sei. Eine Konventionalstrafe sei eine verschuldens- und schadensunabhängige Kausalhaftung. Die Konventionalstrafe dispensiere gerade vom Nachweis eines Schadens (Urk. 287 S. 9).

c) Dass Art. 321e OR auf Konventionalstrafen für nachvertragliche Konkurrenzverbote nicht anwendbar ist, wurde bereits dargelegt. Die Ausfällung einer Konventionalstrafe setzt keinen Schadensnachweis voraus. Art. 161 Abs. 1 OR hält ausdrücklich fest, dass die Konventionalstrafe verfallen sei, auch wenn dem Gläubiger kein Schaden erwachsen sei (BGE 95 II 532 E. 5). Fehlender Schaden kann jedoch die Höhe der Konventionalstrafe beeinflussen und zu deren Herabsetzung führen (BGE 109 II 120 E. 2c).

3. a) Die Vorinstanz prüfte, ob der Beklagte bei der Klägerin Einblick in den Kundenkreis und/oder Geschäftsgeheimnisse hatte, und erwog dazu, bei der Klägerin beständen zwei Kundenkreise, da sie bei ihrem MAZ-Geschäft Manager an Drittunternehmen verleihe. Poolmitglieder seien diejenigen Personen, welche an die Kunden, d.h. die Einsatzfirmen vermittelt würden. Bei den Pooldaten und ins-

besondere der Pooldatenbank "E._____" handle es sich um ein Geschäftsgeheimnis. Die Datenbank habe eine gezielte Suche erlaubt, da die Poolmitglieder standardisiert erfasst gewesen seien. Dadurch hätten sie, wenn ein Kunde Bedarf nach einem Manager auf Zeit gehabt habe, miteinander verglichen werden können. Die Vorinstanz ging in der Folge auf einzelne Zeugenaussagen ein. Gemäss F._____- dem Verwaltungsratspräsidenten, Mehrheitsaktionär und Geschäftsführer der Klägerin (Urk. 276 S. 21) – hätten die elektronisch gespeicherten Daten (auch) die Ausbildung und die Funktion der Poolmitglieder betroffen. G._____- habe erklärt, er und der Beklagte hätten umfassenden Einblick in die Daten von Managern und Kunden gehabt. Er habe bestätigt, dass die Datenbank sensitive Daten und Persönlichkeitsprofile enthalten habe. Es habe sich dabei um die Personalien wie Geburtsdatum und dergleichen, die Kommunikationskanäle, den Lebenslauf der akkreditierten Manager, ergänzt mit Informationen aus den Interviews, die G._____- und der Beklagte geführt hätten, sowie mit eingeholten Referenzen gehandelt. H._____- habe bestätigt, dass es sich bei der Pooldatenbank um eine umfassende Datenbank der Klägerin mit teilweise sensitiven Daten gehandelt habe. Der Beklagte habe am Aufbau dieser Datenbank einen wesentlichen Anteil gehabt. Die Grundlage der Datenbank sei die Befragung der Leute durch die Poolmanager gewesen. Durch die Interviews habe man folglich die Poolmitglieder gekannt und deren Fähigkeiten realistisch beurteilen können. Beide Parteien hätten ausgeführt, dass die Auswahl des geeigneten Poolmitglieds im Moment, in dem ein Kunde an die Klägerin gelange, von grösster Wichtigkeit sei. Zwar erscheine es mit dem Beklagten naheliegend, dass die Auswahlarbeit von Managern nicht auf Vorrat gemacht werden könne, sondern die Passung von geeigneten Poolmitgliedern mit dem jeweiligen Kundenbedürfnis von zentraler Bedeutung sei. Dazu habe es des Rückgriffs auf die Pooldatenbank mit den selektierten bzw. akkreditierten Mitgliedern bedurft. Die Suche nach geeigneten Managern könne nicht erst im Zeitpunkt einer Kundenanfrage stattfinden. Die Liste fähiger Leiharbeitnehmer sei oft das grösste Kapital eines Personalverleihers (m.H. auf Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. A., Zürich et al. 2012, Art. 340 N 17). Wäre dem nicht so, hätte sich die C._____- AG in ihrem Communiqué zum Geschäftsbeginn nicht damit

rühmen müssen, bereits über das zweitgrösste Manager- und Partner-Netzwerk zu verfügen (Urk. 276 S. 24 ff.). Weiter kam die Vorinstanz gestützt auf ein Schreiben des Beklagten (Urk. 31/11) und Zeugenaussagen auch zum Schluss, dass der Beklagte zumindest teilweise Einblick in den Kundenkreis (i.e. Einsatzfirmen) der Klägerin gehabt habe (Urk. 276 S. 28 f.).

b) Der Beklagte führt in seiner Anschlussberufung aus, er sei nach wie vor nicht überzeugt, dass er rechtlich relevanten Einblick in den Kundenkreis der Klägerin gehabt habe. Er betrachte nur die Firmen, an welche Manager vermittelt worden seien, als Kunden (und Debitoren); die Poolmanager selbst, deren Daten er verwaltet habe, stünden seiner Ansicht nach eher in der Stellung von Lieferanten (und Kreditoren). Schaden aus ungerechtfertigter Konkurrenz könne nur in einem Umsatzverlust des Geschädigten bestehen. Umsatz bestehe aber definitionsgemäss nur aus Zahlungen von Debitoren. Kreditoren minderten definitionsgemäss den Gewinn, der sich aus einem bestimmten Umsatz ergebe. Die Kenntnisse des Beklagten über die Pool-Manager der Klägerin stellten also an sich keinen Schaden dar. Nur wenn der Beklagte diese Kenntnisse benutzt hätte, um der Klägerin Kunden abzujagen, hätte ein Schaden entstehen können. Dazu hätte die Klägerin aber nachweisen müssen, dass sie a) einen Umsatzverlust hatte und dass b) dieser darauf zurückzuführen war, dass Kunden zur C._____ AG wechselten, die das ohne das Verhalten des Beklagten nicht getan hätten. Die Klägerin habe überhaupt keinen Kunden- oder Umsatzverlust nachgewiesen und sei mit der entsprechenden Teilklage gescheitert. Diese Ausführungen zeigten aber, dass man im Sinne von Art. 340 ff. OR die Poolmanager, die eben keine zum Umsatz gehörigen Zahlungen an die Klägerin leisteten, nicht zum "Kundenkreis" zählen dürfe. Der Beklagte konzediert indessen, dass die Ausführungen der Vorinstanz darüber, dass die Kenntnisse über die ca. 1'400 Pool-Manager der Klägerin, die er am Arbeitsplatz habe erwerben können, Immaterialgüter seien, die Dritten nicht einfach offengelegen hätten, diskutabel seien. Er verzichte auf weitere Ausführungen zu dieser Frage und überlasse deren Beurteilung der Berufungsinstanz (Urk. 283 S. 17 f.).

c) Der Beklagte setzt sich nicht mit den Ausführungen der Vorinstanz auseinander, weshalb sie zum Schluss gelangte, die Pooldatenbank stelle ein Geschäftsgeheimnis dar, in das er Einblick gehabt habe. Damit genügt der Beklagte den Begründungsanforderungen an die Berufung nicht (vorn E. III/1). Er stellt auch nicht in Abrede, zumindest teilweise Einblick in den Kundenkreis der Klägerin gehabt zu haben. Es bleibt daher dabei, dass er Einblick in Geschäftsgeheimnisse der Klägerin hatte. Einen Kunden- oder Umsatzverlust musste die Klägerin nach dem zuvor Gesagten (E. IV/2c) nicht nachweisen. Die Vorinstanz hat aber zu Recht die Schädigungsmöglichkeit durch die Verwendung der Kenntnisse, die der Beklagte hatte, bejaht (Urk. 276 S. 30).

4. a) Die Klägerin reichte mit Eingabe vom 20. Februar 2004 vor Vorinstanz Dossiers zu sechs Pool-Mitgliedern, Ausdrucke aus der E. _____-Datenbank, einen Ordner "Pool-Management" mit den Prozessabläufen und weiteren Unterlagen inkl. ein Kandidatendossier sowie eine Statistik betreffend Kundenbindungen als Beweismittel zu den Beweissätzen 2.1 ("dass die Pool-Datenbank umfassende Persönlichkeitsprofile und sensitive Daten der Poolmitglieder enthält") bzw. 2.5 ("dass eine Vielzahl umsatzstärkerer Kunden die Dienstleistungen der Klägerin regelmässig in Anspruch genommen haben ...") ein. Zugleich beantragte sie, es seien die nach § 145 ZPO/ZH erforderlichen Massnahmen zu erlassen und insbesondere dem Beklagten und weiteren Personen wie auch deren Rechtsvertretern keine Einsicht zu gewähren (Urk. 65 S. 2, 6 ff. und 10 f.). Mit Beschluss vom 3. März 2004 gewährte die Vorinstanz dem Beklagten (vorläufig) keinen Einblick in die von der Klägerin eingereichten Unterlagen (Urk. 67/1-9; Prot. I S. 35).

b) Der Beklagte macht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend. Die Geheimhaltung dieser Dossiers möge in den ersten Jahren des Verfahrens allenfalls eine gewisse Berechtigung gehabt haben, wobei man sich aber auch damals hätte fragen müssen, in welcher Form das rechtliche Gehör dem Beklagten dennoch hätte gewährt werden können. Am Ende des Verfahrens, im Jahre 2021, sei die Geheimhaltung nur noch absurd gewesen, da 20-jährige Dossiers für die Klägerin keinen geschäftlichen Wert mehr hätten. Für den Beklagten, der Rentner sei, hätten sie ohnehin keinen Wert. Diese Dossiers könnten also, da sie dem Be-

klagten nicht bekannt seien, nicht berücksichtigt werden. Es werde beantragt, die Dossiers aus dem Recht zu weisen (Urk. 283 S. 18).

c) Die Klägerin stellt sich gegen diesen Antrag. Gemäss Art. 53 ZPO sei das Recht auf Akteneinsicht nicht absolut. Gestützt auf Geschäftsgeheimnisse könnten sehr wohl Einschränkungen erfolgen. Dass vorliegend solche Geschäftsgeheimnisse vorlägen, stehe ausser Frage, sei doch die Pooldatenbank "E._____", deren Bestandteil ebenfalls diverse Dossiers seien, durch die Vorinstanz als zentrales Geschäftsgeheimnis der Klägerin "erklärt" worden (Urk. 287 S. 11).

d) § 145 ZPO/ZH sah vor, dass das Gericht geeignete Schutzmassnahmen anordnete, wenn durch die Beweisabnahme schutzwürdige Interessen einer Partei oder Dritter gefährdet wurden. Diese Bestimmung erlaubte Massnahmen, welche das rechtliche Gehör der Parteien hinsichtlich Akteneinsicht und Teilnahme an der Beweisabnahme beschränkten, so dass das Gericht unter Wahrung des Geheimnisses die geheim zu haltende Tatsache zur Kenntnis nehmen und auch berücksichtigen durfte (Frank/Sträuli/Messmer, ZPO, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, § 145 N 1). Gestützt auf diese Bestimmung durfte daher die Vorinstanz dem Beklagten die Einsicht in die strittigen Dossiers verweigern, was dieser nicht grundsätzlich in Abrede stellt. Er behauptet nicht, vor Vorinstanz die von dieser getroffene Schutzmassnahme jemals in Frage gestellt oder eine Änderung bzw. Aufhebung derselben beantragt zu haben. Für die Vorinstanz bestand daher kein Anlass, diesbezüglich ihren Beschluss vom 3. März 2004 in Wiedererwägung zu ziehen. Wenn der Beklagte nun erstmals im Berufungsverfahren sinngemäss geltend macht, das Geheimhaltungsinteresse der Klägerin sei im Laufe der Zeit dahingefallen, weshalb ihm hätte Einsicht in die Urkunden gewährt werden müssen, so ist dieses Vorbringen verspätet und verstösst gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 50 Abs. 1 ZPO/ZH). Im Übrigen hätte ein Verstoss gegen das rechtliche Gehör nicht zur Folge, dass die betreffenden Akten aus dem Recht zu weisen wären; vielmehr wäre dem Beklagten Einsicht und Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Der Antrag des Beklagten ist abzuweisen.

Für den Fall, dass die Akten aus dem Recht gewiesen würden, zeigt der Beklagte nicht auf, inwiefern dies zu einem andern Sachentscheid führen müsste. Er genügt damit seiner Rügeobliegenheit nicht (E. III/1). Die Vorinstanz ging einzig im Zusammenhang mit der Frage, ob es sich bei der Pooldatenbank und dem Kundenkreis um Geschäftsgeheimnisse handle, auf die zur Einsicht gesperrten Akten ein: Daraus ergebe sich, dass neben den üblichen Bewerbungsdossiers mit Lebenslauf, Arbeitszeugnissen und Ausbildungsnachweisen auch Referenzschreiben, Notizen zur Person, Einsatzverträge etc. durch die Klägerin erfasst oder zumindest abgelegt und durch die elektronische Erfassung leichter auffind- und vergleichbar gemacht worden seien. Aufgrund der eingereichten Auszüge erscheine klar, dass es sich bei der Pooldatenbank um ein zentrales Geschäftsgeheimnis der Klägerin handle (Urk. 276 S. 25 f.). Bezüglich des Kundenkreises wies die Vorinstanz auf Urk. 67/9 hin, wo es u.a. heisse: "Die 20 wichtigsten Kunden nach Honorarumsatz" 1999 bis 2002 & "Laufzeit der Mandate und Anzahl Verlängerungen" (Urk. 276 S. 29). Wie bereits ausgeführt, ergab sich bereits aus den Zeugenaussagen und einem Schreiben des Beklagten, dass es sich bei der Pooldatenbank und dem Kundenkreis um Geschäftsgeheimnisse handelte, in die der Beklagte Einblick hatte, bezüglich des Kundenkreises zumindest teilweise (vorn E. IV/3). Würden die gesperrten Akten aus dem Recht gewiesen, würde dies demnach am Beweisergebnis nichts ändern.

5. a) Der Beklagte ist der Ansicht, dass er begründeten Anlass zur Kündigung im Sinne von Art. 340c OR gehabt habe (Urk. 283 S. 19).

Die Vorinstanz führte zu dieser Frage ein Beweisverfahren durch und gelangte zu folgender Einschätzung: Alles in allem scheine das Verhältnis zwischen dem Beklagten und F. _____ bereits seit längerem getrübt gewesen zu sein – was der frühere Vorwurf der "Arschkriecherei" belege. Was der Hintergrund dafür gewesen sei, sei unklar. Es sei insbesondere im Dunkeln geblieben, weshalb die Klägerin (wohl im Jahr 1999) G. _____ zum Chef des Beklagten gemacht habe. Zudem scheine das Arbeitsklima bei der Klägerin schon länger rau gewesen zu sein, wovon die anhaltende hohe [Personal-]Fluktuation zeuge. Diese Umstände könnten jedoch für eine begründete Kündigung des Beklagten nicht als kausal

gelten. Denn der Beklagte habe insbesondere geltend gemacht, die Fluktuation sei seit vielen Jahren hoch gewesen. Der patronale Führungsstil F. _____s und selbst der (einmalige) Vorwurf der "Arschkriecherei" hätten den Beklagten vor dem Jahr 2000 nicht zur Kündigung veranlasst. Die Kausalität erscheine auch bezüglich des vom Beklagten angeführten Intrigierens F. _____s gegen andere Mitarbeiter fraglich, da unklar sei, wann diese Vorfälle stattgefunden haben sollten. Der Vorfall betreffend den Brief von I. _____ sei jedenfalls im Jahr 1998 gewesen und könne damit nicht ursächlich für eine begründete Kündigung gewesen sein. Zurechtweisungen anlässlich einer Sitzung sowie der Umstand, dass F. _____ vom Vorwurf der Wahrnehmung von Partikulärinteressen keinen Abstand genommen habe (auch wenn er ihn nicht mehr in übergriffiger und beleidigender Weise formuliert habe), wiesen darauf hin, dass sich das Verhältnis zwischen dem Beklagten und F. _____ im Laufe der Reorganisation im Jahre 2000 verschlechtert habe. Umstritten seien jedoch die Gründe für diese beiden Vorfälle (die Klägerin spreche von gezielten Provokationen durch den Beklagten; gemäss diesem habe man ihn loswerden wollen). Das vom Beklagten geltend gemachte Mobbing, wonach er aus der Firma hätte geekelt werden sollen, lasse sich indes nicht erstellen. Die Klägerin habe dem Beklagten zwar die Kündigung angedroht, ihn damit jedoch zu loyalen Verhalten veranlassen wollen. Indes sei ein Mobbing für eine begründete Kündigung des Beklagten nicht nötig gewesen. Er berufe sich nämlich darauf, es sei die Gesamtzahl der Vorfälle gewesen, die ihn zur Kündigung veranlasst hätten. Darauf deute auch seine Kündigung hin, die der Beklagte wie folgt begründet habe: "Die Zumutbarkeit der weiteren Mitarbeit in der A. _____ AG ist für mich nicht mehr gegeben, unter anderem bedingt durch die persönliche, ehrverletzende und entwürdigende Behandlung durch den Geschäftsleitungsvorsitzenden. Die Details dazu sind dokumentiert und liegen dem Geschäftsleitungsvorsitzenden per Einschreiben vor. Ich verweise im weiteren auf die allgemeine Entwicklung des Betriebsklimas sowie auf die erhebliche Unsicherheit in Bezug auf meinen persönlichen Status in der Firma." Alles in allem bestünden aufgrund des früheren Vorwurfs der "Arschkriecherei", des Herabputzens an (mindestens) einem Meeting im Herbst 2000, des rauen Arbeitsklimas sowie der durch die Reorganisation verbundenen Unsicherheiten (insbesondere Kündigung von zwei

Leistungsträgern) mehrere Hinweise dafür, dass der Beklagte begründeten Anlass für seine Kündigung gehabt habe (Urk. 276 S. 52 f.).

Die Vorinstanz verwarf dagegen den Einwand der Klägerin, wonach der Beklagte bereits im Frühjahr 2000 die Gründung der C._____ AG vorbereitet habe. Als gescheitert betrachtete die Vorinstanz die Beweise zu den klägerischen Behauptungen, dass der Domain-Name C._____.ch im Auftrag des Beklagten registriert worden sei und die Gründungsmitglieder in dessen Auftrag gehandelt hätten. Unbestritten sei, dass das Aktienkapital u.a. vom Beklagten einbezahlt worden sei (Urk. 276 S. 53 f.). Ebenfalls gescheitert sei der Beweissatz, dass der Beklagte Daten über die Pool-Mitglieder und Kunden aus der E._____-Datenbank für sich kopiert und mitgenommen habe (Urk. 276 S. 54 f.).

Gescheitert sei auch der Gegenbeweis der Klägerin, wonach der Beklagte ab Spätsommer 2000 begonnen habe, die Neuorganisation offen zu kritisieren und andere Mitarbeiter dagegen zu mobilisieren (Urk. 276 S. 55 f.). Zur Behauptung der Klägerin, der Beklagte habe ab Sommer 2000 gezielt die Konfrontation mit ihr und namentlich F._____ gesucht, um die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die Klägerin zu provozieren, hielt die Vorinstanz einzig fest, einer von G._____ verfassten Aktennotiz über ein Gespräch vom 10. November 2000 könne entnommen werden, dass der Beklagte um Kündigung seines Arbeitsverhältnisses ersucht und dies mit der Besserstellung bei der Arbeitslosenversicherung begründet habe (Urk. 276 S. 56 f.). Aus derselben Aktennotiz und der Zeugenaussage G._____'s ergebe sich, dass der Beklagte die Reorganisation der Klägerin nicht mitgetragen habe. Auffallend sei, dass die von F._____ initiierte Reorganisation auch von J._____, einem einschlägig promovierten Ökonomen und ehemaligen Unternehmensberater, kritisch betrachtet worden sei. Damit seien nicht nur die Gründungsmitglieder der C._____ AG, welche durch die Reorganisation Lohneinbussen zu befürchten gehabt hätten, gegenüber der von F._____ initiierten Umstrukturierung kritisch eingestellt gewesen. Erstellte sei weiter, dass der Beklagte Mühe damit gehabt habe, G._____ als seinen Chef zu akzeptieren. Nicht erstellen lasse sich jedoch, dass der Beklagte bei anderen Mitarbeitern gezielt für

schlechte Stimmung gesorgt und diese zur Kündigung veranlasst habe (Urk. 276 S. 62 f.).

Geeignet, beim Gericht Zweifel an der Darstellung des Beklagten betreffend seine gerechtfertigte Kündigung zu wecken und den Hauptbeweis zu erschüttern, sei zudem die Kontovollmacht vom 19. Oktober 2000. Diese datiere vor der Kündigung des Beklagten vom 29. November 2000 und sei ein Indiz dafür, dass sich der Beklagte entgegen seinen Behauptungen bereits vor seiner Kündigung mit der Gründung eines Konkurrenzunternehmens beschäftigt habe. Die zukünftigen C._____ AG-Gründer hätten durch diese Vollmacht als "Geschäftspartner" (auch wenn er die handschriftlichen Einträge betr. "Geschäftspartner" nicht selber ausgefüllt habe) Zugriff auf ein Privatkonto des Beklagten bei der ZKB erhalten. Es wäre am Beklagten als Hauptbeweisbelastetem gewesen, einen plausiblen Grund für die Kontovollmacht zu nennen. Er habe dazu wenig überzeugend geltend gemacht, er könne sich daran nicht mehr erinnern, das sei immerhin 20 Jahre her. Eventuell habe es sich um Abklärungen gehandelt, das müsse nicht unbedingt eine Firmengründung gewesen sein (Urk. 276 S. 63 f.).

Die Vorinstanz gelangte insgesamt zum Schluss, dem Beklagten sei es nicht gelungen zu beweisen, dass der Kündigungsanlass überwiegend von der Klägerin als seine Arbeitgeberin gesetzt worden bzw. kausal für seine Kündigung gewesen sei. G._____ sei bereits früher – gemäss dessen Aussage wohl im Jahr 1999 – Vorgesetzter des Beklagten geworden. Dieser sei auch bei Vereinbarung des Konkurrenzverbotes lediglich stellvertretender Pool-Manager gewesen und erst später befördert worden. Frühere Vorfälle seien nicht kausal für eine berechtigte Kündigung. Die Reorganisation habe ihn gemäss eigenen Aussagen nicht betroffen. Damit bleibe das Konkurrenzverbot bestehen (Urk. 276 S. 64).

b) Der Beklagte ortet in den vorinstanzlichen Ausführungen zum wichtigen Grund für die Kündigung einen zentralen logischen Widerspruch, indem die Vorinstanz zwar sage, er möge Gründe für die Kündigung gehabt haben, aber kausal für die Kündigung seien sie nicht gewesen. Damit wende die Vorinstanz implizit die für die fristlose Kündigung durch den Arbeitgeber geltende Praxis an, nach welcher beim Vorliegen eines Grundes für eine fristlose Kündigung diese sofort

ausgesprochen werden müsse, ansonsten das Kündigungsrecht verwirkt werde. Die Vorinstanz behaupte nicht, dass sich das raue Arbeitsklima nach den Ereignissen, bei denen der Beklagte von F. _____ als "Arschkriecher" bezeichnet und vor anderen "herabgeputzt" worden sei, verbessert habe. Sie behaupte auch nicht, dass die von ihr festgestellte enorme Fluktuation von Arbeitnehmern im Betrieb der Klägerin aufgehört habe (sie habe auch nach dem Ausscheiden des Beklagten weiter angedauert, Urteil S. 40). Sie behaupte nicht, dass die Zurücksetzung des Beklagten (Degradierung vom selbständigen Pool-Manager zum Untergebenen von G. _____) rückgängig gemacht worden sei. Ein weiteres Indiz dafür, wie schlecht das Arbeitsklima gewesen sei, sei der Umstand, dass F. _____ eine komplizierte Matrixorganisation und die Zerstörung der MAZ-Abteilung geplant habe. Weiter habe die Vorinstanz die Behauptung des Beklagten, dass die Klägerin in seinen Verträgen mit Kunden und Poolmanagern das AVG (Arbeitsvermittlungsgesetz, SR 823.11) verletzt habe, im Urteil (S.10) zwar erwähnt, aber nicht genügend gewürdigt. Die Vorinstanz erwähne zwar den Konflikt zwischen dem Beklagten und F. _____ betreffend diese Verträge, verharmlose aber dessen Tragweite. Wer als Mitarbeiter verlange, dass Verträge gesetzeskonform ausgestellt werden, und dann als "spitzfindig" lächerlich gemacht werde, der werde sehr wohl "herabgeputzt". Ironischerweise sei es bei diesem Streit um die Vorschriften über die Abgeltung gegangen, die ein Kunde der Klägerin zu zahlen gehabt habe, wenn ein Poolmanager in ein direktes Arbeitsverhältnis mit diesem Kunden eingetreten sei, also ebenfalls um eine Art Konkurrenzverbot mit Konventionalstrafe. Die zwingenden Bestimmungen des AVG zu dieser Frage seien von der Klägerin in ihren Verträgen, die zu hohe Abfindungen vorgesehen hätten, verletzt worden. Dass der Beklagte in solche gesetzeswidrigen Handlungen einbezogen worden sei, sei ein weiteres Indiz dafür, dass er Grund gehabt habe, die Stelle bei der Klägerin zu verlassen. Die von der Vorinstanz aufgezählten Gründe, die nach ihrer Ansicht dem Beklagten begründeten Anlass zur Kündigung gegeben hätten, hätten im Zeitpunkt der Kündigung immer noch bestanden, sie seien aber nach Ansicht der Vorinstanz wegen des Zeitablaufs nicht mehr kausal für die Kündigung gewesen. Die Argumentation der Vorinstanz sei nicht haltbar, weil es weltfremd sei, dass ein Arbeitnehmer, der am Arbeitsplatz respektlos behandelt wer-

de, sofort kündige, um einer allfälligen Konventionalstrafe zu entgehen. Der Beklagte habe im Übrigen nicht beliebig lange mit der Kündigung zugewartet. Der Vorwurf der "Arschkriecherei" sei nach dem Zugeständnis von F._____ "anfangs 2000", die Kündigung bereits im November 2000 erfolgt. In der relativ kurzen Zeitspanne von zehn Monaten habe sich das Betriebsklima weiter verschlechtert, namentlich auch wegen des Wirbels um das K._____ -Projekt. Wie die bei den Akten liegenden Lohnblätter für 2000/2001 zeigten, habe der Beklagte eine Kinderzulage bezogen. Er sei zwar geschieden gewesen, habe aber zwei Söhne gehabt, für die er familienrechtliche Leistungen habe erbringen müssen. Dazu seien die übrigen (nicht geringen) Lebenshaltungskosten gekommen. Es sei deshalb verständlich, dass er sich eine Kündigung gut überlegt habe und trotz problematischer Verhältnisse zugewartet habe, bis er für seine berufliche Zukunft neue Chancen gesehen habe. Die Gegenpartei meine, dass er ja innerhalb der Branche "Personalwesen" in eine andere Teilbranche hätte wechseln können und dann vom Konkurrenzverbot nicht betroffen gewesen wäre. Im Alter von 50 Jahren erscheine es aber logisch, dass ein Arbeitnehmer versuchen müsse, seine Spezialkenntnisse (nicht die Kenntnisse angeblicher Geschäftsgeheimnisse) zu verwerten, um noch ein dem bisherigen Lebensstandard angemessenes Einkommen erzielen zu können. Hätten sich die Verhältnisse am Arbeitsplatz im Jahr 2000 zum Bessern gewendet, hätte man die Kausalität zwischen der Kündigung des Beklagten und dem desolaten Personalklima bei der Klägerin verneinen können; so aber sei es weltfremd, wegen des Zeitablaufs dem Beklagten die Berufung auf Art. 340c OR zu verweigern (Urk. 283 S. 19 ff.).

Der Beklagte führt weiter aus, entgegen den Behauptungen der Klägerin habe er im ungekündigten Arbeitsverhältnis keine illoyalen Akte gegen die Klägerin vorgenommen. Das einzige Beweisstück dafür sei eine Kontovollmacht vom Oktober 2000 für ein auf ihn lautendes ZKB-Konto, mit welcher Mitarbeiter der Klägerin, die später bei der C._____ AG mit dem Beklagten zusammengearbeitet hätten, bevollmächtigt worden seien. Der Beklagte habe in der Befragung vor Gericht geltend gemacht, dass er (nach 18 Jahren!) nicht mehr genau wisse, wozu dieses Konto errichtet worden sei, das im Übrigen bald wieder aufgelöst worden sei, ohne dass irgendwelche Transaktionen zu verzeichnen gewesen seien.

Wahrscheinlich habe man Abklärungen für die Zukunft treffen wollen. Alle übrigen dem Beklagten vorgeworfenen und nachgewiesenen Handlungen datierten nach seiner Kündigung. Richtig sei, dass er nach der Kündigung, aber vor dem Auslaufen des Arbeitsvertrages Aktien der C._____ AG gezeichnet habe. Damit habe er selbst aber die Klägerin nach dem Wortlaut der Konkurrenzklausel nicht konkurrenziert. Diese habe keinen Passus über Beteiligungen und schon gar nicht über Minderheitsbeteiligungen an Konkurrenzfirmen enthalten. Es sei unbestritten, dass der Beklagte Funktionen als Organ und Manager der C._____ AG erst einen Monat nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses angetreten habe. Mit aller Deutlichkeit sei festzuhalten, dass die Kontoeröffnung und Aktienzeichnung nicht rückwirkend die Berechtigung der Kündigung beeinflussen könnten (Urk. 283 S. 23 f.).

c) Die Klägerin hält daran fest, dass der Beklagte im vorinstanzlichen Verfahren keinen begründeten Anlass zur Kündigung habe nachweisen können. Es sei unbestritten, dass das Betriebsklima angespannt gewesen sei. Die Zeugen I._____, G._____ und H._____ hätten zwar das raue Arbeitsklima bestätigt, aber gleichzeitig eingeräumt, dass Meinungsverschiedenheiten zum Geschäft gehörten und sich diese immer auf professioneller Ebene bewegt hätten. Obwohl auch emotional diskutiert worden sei, habe man auch in der Freizeit Sachen zusammen unternommen. Die Zeugen (insb. G._____ und H._____) hätten glaubwürdig dargelegt, dass sie sich nicht an ein Schikanieren oder "Herunterputzen" durch F._____ erinnern könnten, auch nicht daran, dass dem Beklagten gegenüber mehrfach der Rauswurf angedroht worden sei. Von einem systematischen Mobbing zum Nachteil des Beklagten könne gestützt auf das Beweisergebnis tatsächlich nicht ausgegangen werden. Es handle sich auch nach 22 Jahren um eine reine Schutzbehauptung des Beklagten. Der Vorinstanz sei beizupflichten, dass es einem bereits seit längerem bestehenden rauem Arbeitsklima an der Kausalität für eine begründete Kündigung fehle; im Gegenteil, der Beklagte habe das angespannte Arbeitsklima ausgenutzt, um seine konkurrenzierende Arbeitstätigkeit bei der C._____ AG vorzubereiten – dies in der Hoffnung, gestützt auf die vorgebrachten bzw. vorgeschobenen Kündigungsgründe der Konventionalstrafe zu entgehen. Die Gründung der C._____ AG bzw. die Anstellung des Beklagten bei

der C._____ AG sei bereits von langer Hand geplant gewesen und habe im Zeitpunkt der Kündigung festgestanden. Dies beweise die Kontoeröffnung als auch die Einzahlung eines Teils des Aktienkapitals der C._____ AG durch den Beklagten. Es sei augenscheinlich, dass das Konto im Zusammenhang mit der C._____ AG gestanden habe. Es stelle sich die Frage; weshalb der Beklagte ansonsten wenige Wochen vor der Gründung der C._____ AG ein Konto eröffnen und die materiellen und damit effektiven Mitgründer der C._____ AG bevollmächtigen sollte. Die Zeichnung der Aktien der C._____ AG durch den Beklagten sei ein weiteres Indiz für dessen Vorbereitungshandlungen zur Gründung der bzw. zum Übertritt zur C._____ AG. Seinen Einbezug in angeblich gesetzeswidrige Verträge mit Kunden und Poolmitgliedern gebe der Beklagte lediglich pauschal wieder und vermöge dies nicht glaubwürdig zu belegen. Zusammenfassend hätten weder das raue Arbeitsklima, die nicht bewiesenen Mobbingvorwürfe, die Umstrukturierung des Betriebs der Klägerin noch die angeblich durch die Klägerin begangenen Gesetzeswidrigkeiten dazu geführt, dass der Beklagte die Kündigung am 29. November 2000 eingereicht habe. Dieser versuche, die von ihm geltend gemachten Gründe vorzuschieben, um seine eigentlichen von langer Hand geplanten Ziele zu verschleiern: die Gründung einer Unternehmung, welche in klarer Konkurrenz zu derjenigen der Klägerin stehe, sowie die Aufnahme einer nahtlosen Tätigkeit im Konkurrenzunternehmen nach freiwilliger Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin (Urk. 287 S. 11 ff.).

d) Ein gültig vereinbartes Konkurrenzverbot fällt dahin, wenn die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer kündigt, ohne dass dieser dazu einen begründeten Anlass gegeben hat oder wenn der Arbeitnehmer seinerseits aus einem begründeten, von der Arbeitgeberin zu verantwortenden Anlass das Arbeitsverhältnis auflöst (Art. 340c Abs. 2 OR). Als begründeter Anlass im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR fallen nur Gründe in Betracht, die jeweils von der Gegenpartei gesetzt bzw. zu verantworten sind. Als begründeter Anlass im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR ist jedes der anderen Partei zuzurechnende Ereignis anzusehen, das bei einer vernünftigen kaufmännischen Erwägung einen erheblichen Anlass zur Kündigung geben kann. Es ist nicht notwendig, dass es sich um eine eigentliche Vertragsverletzung handelt. Entsprechend fällt das Konkurrenzverbot bei einer Kündigung

durch den Arbeitnehmer beispielsweise dahin, wenn diese die Folge einer wesentlich unter dem Marktüblichen liegenden Entlohnung oder einer chronischen Arbeitsüberlastung trotz Abmahnung ist oder wegen steter Vorwürfe oder eines generell schlechten Betriebsklimas erfolgt (BGE 130 III 353 E. 2.2.1). Haben beide Seiten zur Kündigungsursache beigetragen, so ist auf das grössere Verschulden abzustellen. Liegt es auf Seiten des Arbeitnehmers, bleibt das Konkurrenzverbot bestehen (BGE 105 II 200 E. 6b; BGer 4A_199/2008 vom 2. Juli 2008, E. 3; BGer 4C.13/2007 vom 26. April 2007, E. 4.2). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts verwirkt ein Arbeitnehmer das Recht, sich auf einen Auflösungsgrund im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR zu berufen, in der Regel nicht dadurch, dass er nicht innerhalb einer kurz bemessenen Bedenkfrist die Kündigung erklärt. Daneben gibt es Fälle, in welchen aufgrund der konkreten Umstände nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen auf einen Verzicht oder eine Verwirkung der Einwendung aus Art. 340c Abs. 2 OR geschlossen werden muss. Das ist aber nicht leichthin anzunehmen (BGE 110 II 172 E. 2a m.w.H.). Der Kündigungsgrund darf jedoch nicht ein blosser Vorwand sein (BGer 4A_109/2021 vom 20. Juli 2021, E. 3.2-3.4; ZK OR-Staehelin, Art. 340c N 19).

Die Vorinstanz billigt dem Beklagten zu, dass er Kündigungsgründe gehabt hätte, sieht aber den Nachweis als nicht erbracht, dass diese den Anlass für die am 29. November 2000 vom Beklagten ausgesprochene Kündigung gewesen seien. Ein zentraler logischer Widerspruch ist in dieser Erwägung nicht ersichtlich. Ebenso wenig hat die Vorinstanz implizit die Frist für eine fristlose Kündigung angewandt; diese Frist beträgt nur wenige Tage seit Kenntnis des Kündigungsgrundes (BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 337 N 13). Vielmehr hat die Vorinstanz festgehalten, dass die vom Beklagten geltend gemachten Kündigungsgründe seit längerer Zeit vorhanden gewesen seien und daher nicht der Auslöser für die Kündigung gewesen sein könnten. Ersteres stellt der Beklagte nicht in Abrede. So bleibt es dabei, dass das Verhältnis zwischen ihm und F._____ seit längerem getrübt war, dass dieser ihm – zu ergänzen ist: anfangs 2000 – "Arschkriecherei" vorwarf und einen patronalen Führungsstil pflegte, dass der Beklagte vor dem Jahr 2000 in der Person von G._____ einen neuen Chef erhalten hatte, dass das Arbeitsklima bei der Klägerin rau und die Personalfuktuation hoch war. Die Vorin-

stanz geht zwar von einer (weiteren) Verschlechterung des Verhältnisses zwischen dem Beklagten und F. _____ im Verlauf des Jahres 2000 aus, konnte die Gründe dafür aber nicht einseitig einer Partei zuordnen. Auf der andern Seite war der Beklagte gemäss angefochtenem Urteil von der Reorganisation bei der Klägerin zwar nicht betroffen, trug sie aber nicht mit. Mühe hatte er, G. _____ als Chef zu akzeptieren, wobei er dies in seiner persönlichen Befragung stark relativierte (Urk. 256 S. 11: "Zu Beginn war es eine kleine narzisstische Kränkung. Aber eine unbedeutende, weil eine Vorgesetzten-Rolle beziehungsweise ein Vorgesetzter ja gewisse Verantwortungen haben müsste, um sich als solcher überhaupt etablieren zu können. Herr G. _____ war mir gegenüber korrekt, wir teilten das Geschäftsfeld auf."). Er stellt ist zudem, dass der Beklagte vor seiner Kündigung den Gründern der Konkurrenzfirma C. _____ AG ein Privatkonto bei der ZKB zur Verfügung stellte. Diese Erwägungen werden vom Beklagten nicht substantiiert in Frage gestellt. Bezüglich der angeblich AVG-widrigen Verträge hatte der Beklagte vor Vorinstanz geltend gemacht, die Klägerin habe das AVG verletzt, indem sie ohne entsprechende Bewilligung des SECO Mandate ins Ausland vermittelt und unzulässigerweise Bestimmungen in Verträgen den Kunden und Einsatzmitarbeitern zur Unterschrift vorgelegt habe, welche den Übertritt nach drei Monaten erschwert hätten. Entsprechende Einwendungen des Beklagten und anderer Mitarbeiter bei F. _____ seien vom Tisch gewischt worden (Urk. 19 S. 27). Im Protokoll des MAZ-Meetings vom 15. September 2000, auf das sich der Beklagte beruft (Urk. 283 S. 22), heisst es dazu, "B. _____" (wohl der Beklagte) präsentiere die Anträge der Vertragsänderungen; "F. _____" (wohl F. _____) interveniere mehrmals, betrachte die Änderungen als nicht notwendig oder spitzfindig; "B. _____" betone, dass die Notwendigkeit zur Anpassung aus aktuellen Mandatsverträgen entstände, und schliesse die knappe Präsentation ab, die vorgestellten Änderungen seien als Antrag an die GL zu verstehen; "F. _____" nehme die Anträge entgegen und lasse sie beim Anwalt juristisch prüfen, die Änderungen unterlägen auch einer GL-Entscheidung und müssten sorgfältig geprüft werden (Urk. 81/2). Daraus kann wohl der Schluss gezogen werden, dass der Beklagte und F. _____ sich bezüglich eines Änderungsbedarfs nicht einig waren. Nur weil F. _____ die Sache als "spitzfindig" bezeichnete, steht aber nicht fest, dass der Beklagte lä-

cherlich gemacht und "herabgeputzt" wurde. Die Ausführungen des Beklagten, weshalb er mit der Kündigung zugewartet habe, sind unzulässige neue Vorbringen, da er nicht aufzeigt, wo er sie bereits vor Vorinstanz gemacht hat. Unsubstantiiert und unbelegt bleibt die Behauptung des Beklagten, das Betriebsklima habe sich namentlich auch wegen des Wirbels um das K.____-Projekt verschlechtert; die Vorinstanz sprach nur von Unsicherheiten (Urk. 276 S. 53).

Zusammenfassend dringt der Beklagte mit seinen Rügen gegen das vorinstanzliche Fazit, wonach er nicht habe beweisen können, dass der Kündigungsanlass überwiegend von der Klägerin gesetzt worden sei (Urk. 276 S. 64), nicht durch. Das vertraglich vereinbarte Konkurrenzverbot ist somit nicht dahingefallen.

6. a) Die Vorinstanz ging davon aus, dass die volle Konventionalstrafe Fr. 110'370.– (sechs Brutto-Monatslöhne des Beklagten) betrage (Urk. 276 S. 67). Sie erwog zur Höhe der Konventionalstrafe, deren Herabsetzung sei aufgrund des Umstandes, dass im Arbeitsvertrag keine Gegenleistung vereinbart worden sei, entgegen dem Beklagten nicht angezeigt (Urk. 276 S. 64). Das Konkurrenzverbot habe lediglich den MAZ-Bereich betroffen, den der Beklagte erst durch die Anstellung bei der Klägerin kennengelernt habe. Der Beklagte habe zudem selber erklärt, er habe (auch bei der Klägerin) vorwiegend Personalselektion gemacht. Dies lege nahe, dass er, statt sich an der Gründung einer Konkurrenzfirma im MAZ-Bereich zu beteiligen, sich im Bereich der Personalselektion nach einer neuen Anstellung hätte umsehen können. Auch erscheine das Konkurrenzverbot nicht örtlich übermässig. Sei der Arbeitnehmer Geheimnisträger nicht nur hinsichtlich Kunden, sondern in Bezug auf andere Geschäftsgeheimnisse, spiele die örtliche Ausdehnung seiner bisherigen Tätigkeit keine Rolle. Damit könne der Umstand, dass der Beklagte als geschiedener Familienvater auf eine Tätigkeit in der Schweiz angewiesen gewesen sei, nicht berücksichtigt werden. Der Beklagte habe sich zudem unmittelbar mit der Beendigung der Arbeitstätigkeit an einer Konkurrenzfirma beteiligt, sodass die Dauer des Konkurrenzverbotes für die Beurteilung unerheblich sei. Auch treffe nicht zu, dass der Beklagte keine gewöhnlichen Teilzeitmandate mehr hätte vermitteln dürfen, da ausschliesslich der MAZ-Bereich vom Konkurrenzverbot betroffen gewesen sei und gewöhnliche Temporärbüros

nicht darunter fielen, selbst wenn sie gelegentlich eine höhere Kaderstelle vermitteln würden. Im Übrigen fehlten substantiierte Behauptungen des Beklagten zu den tatsächlichen Voraussetzungen einer Herabsetzung. Insbesondere trage der Beklagte bezüglich seiner wirtschaftlichen Lage unglaublich vor, sein Lohn betrage bei der C._____ AG nur noch ungefähr die Hälfte von demjenigen bei der Klägerin.

Da die Klägerin jedoch ihren Teil zum rauen Arbeitsklima und zu den durch die Reorganisation (die nicht nur von den in ihren Eigeninteressen betroffenen C._____ AG-Gründern kritisch beurteilt worden sei) ausgelösten Unsicherheiten beigetragen habe, sei die geteilte Verantwortlichkeit reduzierend bei der Konventionalstrafe zu berücksichtigen. Die Klägerin habe in der Klagebegründung geschrieben, für den MAZ-Vorgesetzten D._____ und seine Gefolgsleute L._____, den Beklagten, M._____ und N._____ habe die Realisierung des Projekts die Aufgabe des bislang von anderen Geschäftsbereichen unabhängigen Operierens bedeutet; vielmehr hätten sie ihre angestammten Tätigkeiten und Verantwortungsbereiche im Rahmen der neu zu schaffenden Profitcenters ausüben und damit vermehrt im Dienst des Gesamtunternehmens tätig werden sollen. Das Bundesgericht habe die Rückstufung eines Mitarbeiters als Reduktionsgrund gewertet. Es habe sich zudem nicht erstellen lassen, dass sich der Beklagte gegenüber F._____ oder Mitarbeitern inkorrekt verhalten oder die Pooldatenbank kopiert und mit sich genommen habe. Aufgrund des Mitverschuldens der Klägerin und der in den letzten Jahren durch sie mitverursachten Verzögerungen des Verfahrens (und deren Auswirkung auf die geschuldeten Verzugszinse) sei die Konventionalstrafe auf Fr. 25'000.– zuzüglich 5 % Zins seit 12. Juni 2001 zu reduzieren (Urk. 276 S. 65 ff.).

b) Die Klägerin bestreitet die Ausgangshöhe der Konventionalstrafe von Fr. 110'370.– nicht. Sie wirft der Vorinstanz jedoch vor, nicht geprüft zu haben, ob überhaupt eine übermässig hohe Konventionalstrafe vorliege, und direkt zu deren Herabsetzung geschritten zu sein. Dadurch habe die Vorinstanz Art. 163 Abs. 3 OR verletzt, welcher festhalte, dass einzig übermässig hohe Konventionalstrafen vom Richter herabgesetzt werden könnten. Vorliegend sei keine übermässig hohe

Konventionalstrafe zwischen den Parteien vereinbart worden. Das Konkurrenzverbot habe den MAZ-Bereich betroffen, in welchem die Klägerin vornehmlich tätig gewesen sei und in welchen der Beklagte von Anfang an von seinem Vorgänger eingeführt bzw. ihm sämtliches Knowhow weitergegeben worden sei. Diesen Bereich habe der Beklagte erst durch die Klägerin kennengelernt. Der Beklagte habe in eigenen Worten beschrieben, dass das Team der Klägerin auf dem vorerwähnten Gebiet in den ersten Jahren "eher noch eine kleine Kiste mit ca. fünf bis acht Leuten" gewesen sei; danach seien auch aufgrund des wirtschaftlichen Erfolgs bis zu 20 bis 30 Arbeitnehmer angestellt worden. Folglich sei es dem Beklagten bestens bekannt gewesen, dass das Konzept wirtschaftlich floriert habe. Auch sei es ihm bewusst gewesen, dass die verfolgte Strategie der Klägerin grosses Potential auf dem Markt gehabt habe. In seinen fünf Jahren als vorerst stellvertretender Pool-Manager und danach als Pool-Manager habe sich der Beklagte ein massives Wissen im Bereich des MAZ aneignen und dieses mit Praxiserfahrungen untermauern können. Auch habe er während seiner Anstellung Einsicht in und Zugriff auf Geschäftsgeheimnisse der Klägerin gehabt. So habe der Beklagte über einen umfassenden Einblick in die Daten von Managern und Kunden verfügt, wobei Letztere sensitive Daten und Persönlichkeitsprofile enthalten hätten (Urk. 275 S. 9 f.).

Das Verschulden des Arbeitnehmers sei in der Regel gross, wenn er zu einem direkten Hauptkonkurrenten übertrete. Der Beklagte sei nicht nur zu einem direkten Hauptkonkurrenten – der C._____ AG – übergetreten, vielmehr habe er noch während seiner Anstellung eine direkte Konkurrenzfirma gegründet, aufgebaut und sich dann nahtlos anstellen lassen. Ihm sei die Wichtigkeit, Einzigartigkeit und die sensitive Beschaffenheit der Pooldatenbank der Klägerin bekannt gewesen, zumal er auch selber eine zentrale Rolle bei ihrem Aufbau gespielt habe und ihm bewusst gewesen sei, wieviel wertvolle Arbeit dahintergesteckt habe. Sowohl das Verschulden des Beklagten als auch die Vertragsverletzung an sich wögen besonders schwer. Es sei nicht nur von einem erheblichen Schädigungspotential auszugehen, sondern auch von einer massiven Schädigung der Klägerin durch den Beklagten. Das Konkurrenzverbot sei sachlich, örtlich und zeitlich massiv verletzt worden. In Anbetracht dessen erschienen die vereinbarten sechs Brut-

to-Monatslöhne als Höhe für die Konventionalstrafe in keiner Weise als übermässig, rechtsmissbräuchlich, unverhältnismässig oder ungerechtfertigt. Es könne nicht annähernd ein krasses Missverhältnis i. S. v. Art. 163 Abs. 3 OR festgestellt werden; es seien keine Gründe ersichtlich, gestützt auf welche das vereinbarte Konkurrenzverbot durch den Beklagten hätte missachtet werden können bzw. dürfen. Ebenfalls könne er nicht als wirtschaftlich schwächere Partei betrachtet werden, welche trotz ihres Fehlverhaltens Schutz verdiene (Urk. 275 S. 11).

Weiter wirft die Klägerin der Vorinstanz vor, eine Herabsetzung der Konventionalstrafe vorgenommen zu haben, obwohl sie festgehalten habe, dass substantiierte Behauptungen des Beklagten zu den tatsächlichen Voraussetzungen einer Herabsetzung fehlten. Diese sei daher rechtswidrig (Urk. 275 S. 12 f.).

Zu den von der Vorinstanz ins Feld geführten Herabsetzungsgründen macht die Klägerin geltend, die Vorinstanz stütze sich bei der Annahme eines im Betrieb vorherrschenden rauen Arbeitsklimas lediglich auf die anhaltend hohe Fluktuation, welche aber auch laut Angaben des Beklagten seit vielen Jahren hoch gewesen sein soll. Inwiefern ein rauen Arbeitsklima gestützt auf hohe Fluktuationszahlen im Hinblick auf das Verhältnis zwischen den Parteien zu einer Herabsetzung der Konventionalstrafe berechtige, sei nicht erkennbar. Ebenfalls könne die Reorganisation beim Beklagten zu keinen Unsicherheiten geführt haben, da er gemäss eigenen Angaben davon gar nicht betroffen gewesen sei. Zuletzt sei das Arbeitsklima eine subjektive Wahrnehmung, welche von Arbeitnehmer zu Arbeitnehmer massiv variieren könne und von der Persönlichkeit des Arbeitnehmers abhängig sei. Die Vorinstanz verhalte sich qualifiziert widersprüchlich, wenn sie einerseits – zu Recht – davon ausgehe, die Klägerin habe dem Beklagten durch das Vorliegen eines "rauen Arbeitsklimas" keinen Grund für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses gegeben und entsprechend vom Bestehen der Konkurrenzklausele bzw. des Konkurrenzverbotes ausgehe, dann aber bei der Herabsetzung der Konventionalstrafe das "raue Arbeitsklima" als Grund heranziehe. Als weiteren Grund sehe die Vorinstanz die Rückstufung eines Mitarbeiters. Auf welche Weise eine solche Rückstufung beim Beklagten erfolgt sein soll, sei nicht ersichtlich und sei von diesem auch gar nicht im Hinblick auf eine Reduktion der Konventionalstrafe geltend

gemacht worden. Der von der Vorinstanz zitierte Bundesgerichtsentscheid (BGE 110 II 172) schildere eine Ausgangslage, welche mit der vorliegenden nicht verglichen werden könne. Der Beklagte sei am 15. Juni 1997 vom stellvertretenden Pool-Manager zum Leiter des MAZ-Pools befördert worden, wobei er gleichzeitig zum Vizedirektor ernannt worden sei. Nachdem ein den Geschäftsbereich übergreifender HR-Pool und eine HR-Datenbankorganisation geschaffen worden sei, habe der Beklagte als stellvertretender Dienstbereichsleiter die Verantwortung für die ganze Schweiz übernommen. Die im Frühjahr 2000 in Angriff genommene Reorganisation sollte eine organisatorische Neugestaltung schaffen, indem nach Branchen gegliederte Profitcenter den Schwerpunkt bilden sollten. Die MAZ-Marktleistung sollte dabei operativ in die branchenorientierten Profitcenter integriert und durch verschiedene Kompetenzcenter – auch durch den HR-Pool – unterstützt werden. Es sei vorgesehen gewesen, dass unter anderem der Beklagte zum Profitcenterleiter ernannt und seine bisherige Funktion behalten würde. Die Vorinstanz erwähne nebenbei, dass sich die angebliche Verzögerung durch die Klägerin ebenfalls als Reduktionsgrund rechtfertige. So solle die – weder vom Beklagten belegt noch von der Vorinstanz begründete – Verzögerung Auswirkungen auf den geschuldeten Verzugszins haben. Die Vorinstanz verweise dabei auf die Stellungnahme des Beklagten vom 29. November 2021, in welcher er behaupte, dass sich das Gericht gut überlegen müsse, ob es nach Art. 2 ZGB verantwortlich sei, dass die Klägerin bei Gutheissung der Klage Verzugszinse in gesetzlicher Höhe erhalte. Weshalb dieser Punkt von der Vorinstanz bei der Herabsetzung der Konventionalstrafe abgehandelt werde, sei nicht nachvollziehbar. Der Umfang des geschuldeten Verzugszinses sage offensichtlich nichts über die Verletzung eines Konkurrenzverbotes und über die angemessene Höhe einer Konventionalstrafe aus und könne auf keinen Fall als Reduktionsgrund berücksichtigt werden, sondern sei – wenn überhaupt – im Rahmen der Kosten- und Entschädigungsfolgen zu behandeln. Der guten Ordnung halber sei anzumerken, dass sich die Klägerin keiner absichtlichen und böswilligen Verzögerung bewusst sei. Sie habe lediglich wie auch der Beklagte von ihren Rechten, insbesondere vom Recht auf rechtliches Gehör, in den gesetzlichen Schranken Gebrauch gemacht (Urk. 275 S. 13 ff.).

c) Der Beklagte weist bei der vereinbarten Höhe und Dauer der Konventionalstrafe darauf hin, dass es für einen älteren Arbeitnehmer höchst einschneidend sei, wenn er in der ganzen Schweiz und sogar in Deutschland seine über mehrere Jahre erworbene berufliche Erfahrung auf einem Spezialgebiet nicht verwerten könne. Es helfe wenig, dass er allenfalls im Personalwesen in einer anderen Teilbranche hätte tätig werden können, da er dann keine Chance gehabt hätte, auch nur annähernd den bei der Klägerin erzielten Lohn zu verdienen. Dass eine derart einschneidende Konventionalstrafe ohne jede Stillhalteentschädigung vereinbart worden sei, obwohl bei einem Stellenwechsel eine massive Einkommenseinbusse gedroht habe, scheine auch nach den Kriterien der alten Rechtsprechung unangemessen zu sein. Schon aus diesem Grunde rechtfertige sich eine massive Herabsetzung der Konventionalstrafe. Die Einseitigkeit des Konkurrenzverbotes und die Tatsache, dass angesichts der materiellen Rechtskraft der Schadenersatzklage von einem Schaden von null Franken auszugehen sei, rechtfertige ein massives Eingreifen des Richters. Wenn man von einer Gültigkeit der Konkurrenzklausel ausgehe, dann müsste diese [recte wohl: die Konventionalstrafe] nach dem zwingenden Art. 321e OR und BGE 144 III 327 jedenfalls nach den in Art. 41 ff. OR aufgestellten Grundsätzen bemessen und ein Mitverschulden bzw. eine Mitverursachung der Kündigung durch die Klägerin berücksichtigt werden. Die Vorinstanz sei der Ansicht, das von der Klägerin und ihrem Inhaber F. _____ gezeigte Verhalten bilde an sich einen genügenden Kündigungsgrund, und der Beklagte habe gezeigt, dass sich dieses Verhalten bis zum November 2000 nicht verändert habe. Die Vorinstanz habe die patronalen Übergriffe von F. _____ jedoch etwas gar zu nachsichtig bewertet. Auch die Tatsache, dass dem Beklagten grundlos ein Vorgesetzter (in einer 2-Mann-Miniabteilung) vor die Nase gesetzt worden sei, was an und für sich schon ein genügender Grund zur Kündigung wäre, sei zu wenig berücksichtigt bzw. durch das bereits widerlegte Argument, dass die Kausalität wegen des Zeitablaufs weggefallen sei, teilweise zu Unrecht neutralisiert worden (Urk. 283 S. 26 f.).

Die Vorinstanz leite das raue Arbeitsklima nicht nur (aber immerhin auch) aus der hohen Fluktuationsrate im Personalbestand der Klägerin ab. Immerhin habe F. _____ den Beklagten "Arschkriecher" genannt und ihn vor andern herab-

geputzt. Dass er eine sehr schwere Hand mit dem Personal gehabt habe, sei offensichtlich und werde auch durch die anderen von der Vorinstanz gewürdigten Zeugenaussagen unterstrichen. Lehre und Rechtsprechung betrachteten eine Rückstufung eines Mitarbeiters als Kündigungsgrund im Sinne von Art. 340c OR. Der Beklagte sei zuerst allein Pool-Manager gewesen, dann zusammen mit G._____. Das habe gut funktioniert. Wieso bei einer Stabsstelle, die mit zwei Mitarbeitern besetzt sei, eine hierarchische Strukturierung eingeführt werde und wieso ausgerechnet derjenige Mitarbeiter, der mit der Abteilung, welcher die Stabsstelle zudiene, nicht auskomme, zum Leiter bestimmt werde, bleibe das Geheimnis der Klägerin. In jedem Falle sei die Eingliederung eines Mitarbeiters, der bisher keinen Linienvorgesetzten gehabt habe, in eine Struktur, in der er genau die gleiche Arbeit verrichte, aber einem Vorgesetzten unterstellt sei, eine Rückstufung und der Beklagte habe dies so empfinden müssen. Die unglaubliche Verzögerungstaktik des ersten vorinstanzlichen Referenten in Kollusion mit der Klägerin sei in jedem Falle schadenersatzmindernd und damit als Herabsetzungsgrund für die Konventionalstrafe zu berücksichtigen. Schon das Hauptverfahren sei von der Klägerin unglaublich schlampig und damit verzögert geführt worden. Sie habe einfach alle Rechtsschriften in parallelen Verfahren gegen andere Mitarbeiter der Klägerin zum integrierenden Bestandteil der Klage erklärt, ohne diese Rechtsschriften einzureichen. Als sie diese dann schliesslich eingereicht habe, weil der Beklagte protestiert habe, habe sich herausgestellt, dass diese Rechtsschriften nur aus Wiederholungen oder im Prozess des Beklagten sachfremden Einlassungen bestanden hätten. Dieses Vorgehen habe das Verfahren um viele Monate verzögert. Hernach sei um jeden Vorschlag des Richters, das Verfahren zu vereinfachen, ein Riesenbrimborium gemacht worden. Als der offensichtlich überforderte Ersatzrichter viele Jahre einfach nichts gemacht habe, habe dies die Klägerin geduldet, ohne je den Richter zur Fortsetzung des Verfahrens zu mahnen. Sie habe sich in einen merkwürdigen Streit und in ein Strafverfahren gegen D._____ verwickelt, über den sie das Gericht erst Jahre später informiert habe. Als der Richter eine Referentenaudienz habe durchführen wollen, sei diese immer wieder für Monate verschoben worden, weil der Gegenseite etwas dazwischengekommen sei. Es sei offensichtlich, dass die Gegenseite auf einen den Marktverhält-

nissen nicht mehr entsprechenden Verzugszins spekuliert und ihre Forderung wie eine gut verzinsliche Anlage betrachtet habe. Würde das Urteil der Vorinstanz bestätigt, so erhielte die Klägerin 50 % der eingeklagten Summe, wenn man die Zinsen berücksichtige. Mit der Schadenersatzklage zusammen hätte die Verzugszinsforderung einen 7-stelligen Betrag erreicht. Für den Kläger sei dieses Verfahren, namentlich da er im Verlaufe des Verfahrens schwer erkrankt sei, äusserst belastend gewesen. Aus psychologischen Gründen habe er keine Rechtsverzögerungsbeschwerde eingereicht (Rechtsverzögerungsbeschwerden der beklagten Seite würden nicht gerne gesehen und verstimmt den Richter.). Dass die Klägerin eine unbegründete Schadenersatzklage über einen 7-stelligen Betrag, der jedes Jahr um mehr als Fr. 50'000.– angewachsen sei, 20 Jahre einfach stehen gelassen habe, offenbar mit der Absicht, den Beklagten in seiner Existenz zu bedrohen und ihn so unter Druck zu setzen und sein Einlenken zu erzwingen, dürfe durchaus schadensmindernd berücksichtigt werden. Im Übrigen sei das Gericht durchaus in der Lage, das für einen 20-jährigen Prozess nicht sehr umfangreiche Dossier zu lesen und sich ein Bild über die klägerische Prozesstaktik zu machen (Urk. 283 S. 27 ff.).

d) aa) Gemäss Art. 163 Abs. 3 OR hat der Richter übermässig hohe Konventionalstrafen nach seinem Ermessen herabzusetzen. Das Ermessen des Gerichts ist – entgegen der klägerischen Ansicht – nur formal ein doppeltes: Es betrifft einmal die Frage, ob die vereinbarte Strafe übermässig hoch sei, zum andern beschlägt es den Umfang der Herabsetzung (Gauch/Schluep/Emmenegger, OR AT, Bd. II, 11. A., Zürich et al. 2020, Rz 3824). Für die Voraussetzungen einer Herabsetzung kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 276 S. 64 f.), die denn auch von der Klägerin nicht beanstandet werden (Urk. 275 S. 9 bei Fn 20). Hervorzuheben ist, dass eine Herabsetzung der Konventionalstrafe sich insbesondere rechtfertigt, wenn zwischen dem vereinbarten Betrag und dem im Zeitpunkt der Vertragsverletzung bestehenden Interesse des Ansprechers, daran im vollen Umfang festzuhalten, ein krasses Missverhältnis besteht. Ob diese Voraussetzung gegeben ist, entscheidet sich nicht allgemein, sondern hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Dazu gehören insbesondere die Art und Dauer des Vertrags, die Schwere des Verschuldens und

der Vertragsverletzung, das Interesse des Ansprechers an der Einhaltung des Verbots sowie die wirtschaftliche Lage der Beteiligten, namentlich des Verpflichteten (BGer 4A_174/2011 vom 17. Oktober 2011, E. 6.1 m.w.H.; BGE 133 III 201 E. 5.2). Grundsätzlich nicht zu berücksichtigen sind die Umstände, die zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses geführt haben, soweit sie keinen direkten Zusammenhang mit der nachträglich konkurrierenden Tätigkeit haben. Ausnahmsweise können diese Gründe aber dann eine Rolle spielen, wenn der Arbeitnehmer aufgrund seiner Einschätzung vom Wegfall des Verbots ausgehen durfte. Die Ungewissheit über Bestand oder Nichtbestand des Verbots ist bei entsprechenden Anhaltspunkten schuld mindernd zu berücksichtigen und die Sanktion entsprechend zu reduzieren (Neeracher, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Diss. Bern 2001, S. 113 m.w.H.). Tragen beide Parteien die gleiche Verantwortung für die Auflösung des Vertrages, bleibt das Konkurrenzverbot bestehen; das beidseitige Verschulden führt aber zu einer entsprechenden Reduktion der Konventionalstrafe (BGE 105 II 200; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 340c N 3 S. 1277 m.w.H.). Für eine Herabsetzung genügt es, wenn der Arbeitnehmer die Strafe grundsätzlich anfechtet und Tatsachen vorbringt, welche eine Herabsetzung rechtfertigen. Dabei ist nicht erforderlich, dass er einzelne Umstände als Herabsetzungsgründe bezeichnet. Es reicht aus, dass sich den Akten die entsprechenden Tatsachen entnehmen lassen (BGE 109 II 120 E. 2c).

bb) Vorliegend hat die Vorinstanz den Werdegang des Beklagten bei der Klägerin und die durch die konkurrierende Tätigkeit erfolgte Vertragsverletzung zutreffend dargestellt. Das Verschulden des Beklagten ist gross, da er sich unmittelbar nach Beendigung der Arbeitstätigkeit bei der Klägerin an einer Konkurrenzfirma beteiligt hat und sich wenige Monate später bei dieser anstellen liess (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 340b N 5 lit. d S. 1261). Entgegen der Behauptung der Klägerin steht aber nicht fest, dass sie durch die konkurrierende Tätigkeit massiv geschädigt wurde. Seine finanziellen Verhältnisse hat der Beklagte, soweit ersichtlich, zu keiner Zeit substantiiert dargelegt, weshalb sie ausser Betracht fallen. Mit der Vorinstanz rechtfertigt auch die fehlende Gegenleistung der Klägerin für das vereinbarte Konkurrenzverbot keine Herabsetzung der Konventionalstrafe. Insgesamt erscheint deren Höhe von sechs Bruttomonatslöh-

nen unter den angeführten Gesichtspunkten nicht unangemessen. Eine Konventionalstrafe von sechs Monatslöhnen ist eine übliche Sanktion für die Verletzung eines Konkurrenzverbots (Farner, Arbeitsrecht/Droit du Travail – Die Sicherung der Treuepflicht mit Konventionalstrafe, Anwaltsrevue 2013 S. 222; vgl. BK OR-Rehbinder/ Stöckli, Art. 340b N 8).

Dagegen rechtfertigt sich eine Herabsetzung, weil die Klägerin ein Mitverschulden an der Vertragsauflösung trifft. Dass das Arbeitsklima rau und die Personalfluktuationshoch war und sich das Einvernehmen zwischen dem Beklagten und F. _____ im Jahre 2000 weiter verschlechtert hatte, wurde bereits dargelegt (E. IV/5d). Hinzu kommt, dass dem Beklagten im November 2000 die Kündigung nahegelegt bzw. angedroht worden war (Urk. 276 S. 45). Daraus ist zu schliessen, dass auch die Klägerin davon ausging, es sei Zeit, das Arbeitsverhältnis aufzulösen. Nicht relevant bei der Bemessung der Konventionalstrafe ist die angebliche Rückstufung des Beklagten. Die Etablierung von G. _____ als Vorgesetzten des Beklagten lag im Kündigungszeitpunkt schon längere Zeit zurück und hallte gemäss dessen eigenen Aussagen nicht negativ nach. Die in Angriff genommene Neuorganisation hätte keine Rückstufung des Beklagten zur Folge gehabt, stiftete aber offensichtlich Unruhe unter den Mitarbeitern (E. IV/5a und d).

Wegen des Mitverschuldens der Klägerin an der Vertragsauflösung erscheint eine Reduktion der Konventionalstrafe um rund die Hälfte und damit auf Fr. 55'000.– als angemessen.

cc) Zu prüfen ist, ob eine weitere Herabsetzung zu erfolgen hat, weil die Klägerin angeblich vor Vorinstanz in den letzten Jahren – nach Darstellung des Beklagten auch schon früher – Verzögerungen des Verfahrens mitverursacht hat, was Auswirkungen auf die geschuldeten Verzugszinsen habe.

Gemäss Art. 104 Abs. 1 OR hat der Schuldner, der mit der Zahlung einer Geldschuld in Verzug ist, 5 % Verzugszinsen zu bezahlen. Dass sich die Höhe des Zinssatzes je nach Marktlage für den Gläubiger oder den Schuldner als mehr oder weniger vorteilhaft erweist, ist eine Folge der gesetzlichen Fixierung (BGE

138 III 746 E. 6.2). Im Umfang, in welchem die Konventionalstrafe Bestand hat, sind Verzugszinsen geschuldet.

Art. 29 Abs. 1 BV garantiert in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen unter anderem den Anspruch auf Beurteilung innert angemessener Frist. Dieses verfassungsrechtliche Beschleunigungsgebot und Rechtsverweigerungs- bzw. Rechtsverzögerungsverbot verletzt eine Behörde, wenn sie nicht innerhalb der gesetzlich vorgesehenen oder – wo eine gesetzliche Erledigungsfrist fehlt – innert angemessener Frist entscheidet. Die Angemessenheit einer Verfahrensdauer beurteilt sich nach der Art des Verfahrens und den konkreten Umständen einer Angelegenheit (wie Umfang und Komplexität der aufgeworfenen Sachverhalts- und Rechtsfragen, Bedeutung des Verfahrens für die Beteiligten etc.). Der Anspruch auf Beurteilung innert angemessener Frist bezieht sich ausgehend von den einzelnen Verfahrensabschnitten auf die gesamte Verfahrensdauer. Das Rechtsverzögerungsverbot ist verletzt, wenn die Behörden ohne ersichtlichen Grund und ohne ausgleichende Aktivität während längerer Perioden untätig geblieben sind (BGer 2C_852/2019 vom 20. November 2020, E. 5.2.1 m.w.H.). Die Prozessleitung obliegt dem Gericht. Es sorgt für eine beförderliche Prozesserrledigung bzw. hat dafür zu sorgen, dass das Verfahren zügig vorbereitet und durchgeführt wird (§ 53 Abs. 1 ZPO/ZH; Art. 124 Abs. 1 ZPO). Führt die Rechtsverzögerung zu einem Schaden, haftet unter Umständen das Gemeinwesen (vgl. BGE 107 Ib 155 E. 2; BGer 2C_852/2019 vom 20. November 2020, E. 5.2.2; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 50 N 11).

Die Verzögerung und Verschleppung des Verfahrens durch eine Prozesspartei bedeutete unter der zürcherischen Zivilprozessordnung einen Verstoss gegen das in § 50 Abs. 1 ZPO/ZH statuierte Gebot des Handelns nach Treu und Glauben (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 50 N 15b und § 53 N 4; vgl. nunmehr Art. 52 ZPO und dazu BK ZPO-Hurni, Art. 52 N 52; Göksu, DIKE-Komm-ZPO, Art. 52 N 28; ZK ZPO-Sutter-Somm/Chevalier, Art. 52 N 25). Die betreffende Partei kann gestützt auf Art. 41 OR gegenüber der andern Partei schadenersatzpflichtig werden (Guldener, Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 190; BK ZPO-Hurni, Art. 52 N 74; Lehmann, Missbrauch der aktienrechtlichen Anfechtungskla-

ge, Diss. Zürich 2000, N 858 ff.). Ferner konnte nach zürcherischer Rechtsprechung das Handeln gegen Treu und Glauben im Prozess bei der Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen berücksichtigt werden (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 64 N 33). Diese Möglichkeit besteht auch unter der Schweizerischen Zivilprozessordnung gestützt auf Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO (Göksu, DIKE-Komm-ZPO, Art. 52 N 37).

Die Vorinstanz spricht pauschal von durch die Klägerin in den letzten Jahren mitverursachten Verzögerungen des Verfahrens und verweist auf die Schlussstellungnahme des Beklagten vom 29. November 2021 (Urk. 276 S. 67; Urk. 267). Dort führte der Beklagte aus, wenn das Gericht die Klage gutheisse oder teilweise gutheisse, müsse es überlegen, ob es nach Art. 2 ZGB verantwortbar sei, der Klägerin, welche zusammen mit dem ersten Referenten des Gerichtes das Verfahren in skandalöser und trölerischer Weise verschleppt habe, Verzugszinsen in der gesetzlichen Höhe und eine volle Prozessentschädigung zuzusprechen, namentlich da die Marktzinsen während des grössten Teils der Prozessdauer weit unter dem gesetzlichen Zinssatz gelegen hätten (Urk. 267 S. 21). Daraus ergibt sich nicht, durch welches konkrete Verhalten die Klägerin den Verfahrensgang vor Vorinstanz wider Treu und Glauben gehindert hat. Die diesbezüglichen Vorbringen des Beklagten in der Berufungsantwortschrift (E. IV/6c) sind verspätet (vgl. E. III/3). Selbst wenn sie aber zu berücksichtigen wären, ergibt sich daraus nicht, in welchem zeitlichen Umfang die Klägerin – neben der Vorinstanz – die überlange Verfahrensdauer nach Auffassung des Beklagten zu verantworten hat. Zudem beziffert er keinen Schaden, den er aufgrund des treuwidrigen Verhaltens der Klägerin erlitten hätte. Dass der Schaden nicht im gesamten Verzugszins bestehen kann, ist offensichtlich. Eine (weitere) Herabsetzung der Konventionalstrafe wäre aber nur denkbar, wenn die wirtschaftliche Lage des Beklagten im Urteilszeitpunkt wegen der zusätzlich zu bezahlenden Verzugszinsen dies erheischen würde (wobei der massgebliche Zeitpunkt umstritten ist; vgl. Gauch/Schluemp/Emmenegger, a.a.O., Rz 3831 und Fn 74; ablehnend bei sehr langer Prozessdauer KG St. Gallen, Urteil der II. Zivilkammer vom 20. April 1983, in JAR 1984 S. 257). Dazu fehlen indessen Angaben zu den wirtschaftlichen Verhältnissen des Beklagten. Schadenersatz hat er nicht geltend gemacht.

Mangels substantiierter rechtzeitiger Behauptungen des Beklagten zum angeblich treuwidrigen Verhalten der Klägerin rechtfertigt es sich zudem nicht, die Kosten- und Entschädigungsfolgen abweichend vom Grundsatz nach Obsiegen und Unterliegen zu regeln (nachfolgend E. V).

Der Zinsenlauf ab 12. Juni 2001 (Datum der Klageeinleitung) ist unbestritten.

dd) Der Beklagte ist somit zu verpflichten, der Klägerin Fr. 55'000.– nebst 5 % Zins seit 12. Juni 2001 zu bezahlen. Im Übrigen ist die Klage abzuweisen, soweit sie nicht gegenstandslos geworden bzw. die Klageabweisung in Rechtskraft erwachsen ist.

V.

1. Die Vorinstanz bezifferte den Streitwert der Klage auf Fr. 1'209'088.80 (Urk. 276 S. 76), welcher Betrag im Berufungsverfahren unangefochten blieb. Die erstinstanzliche Kostenfestsetzung (Dispositiv-Ziffer 3) ist zu bestätigen. Die Klägerin obsiegt zu rund 5 % und hat demnach 95 % der erstinstanzlichen Gerichtskosten zu tragen und dem Beklagten eine um 10 % reduzierte Prozessentschädigung zu bezahlen (§ 64 Abs. 2 und § 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Die Vorinstanz ging von einer vollen Prozessentschädigung von Fr. 50'000.– aus (ohne Mehrwertsteuerzuschlag; Urk. 276 S. 76 f.). Die Klägerin schuldet daher dem Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 45'000.–.

2. Im Berufungsverfahren beträgt der Streitwert Fr. 110'370.–. Die Klägerin obsiegt zu rund 55 %. Entsprechend ist die zweitinstanzliche Entscheidgebühr zu 45 % der Klägerin und zu 55 % dem Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Dieser hat der Klägerin eine auf 10 % reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen. Die volle Parteientschädigung beträgt Fr. 7'000.– (inkl. 7,7 % MwSt.; § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Der Beklagte schuldet daher der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 700.–.

Es wird beschlossen:

1. Es wird davon Vormerk genommen, dass das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 4. Abteilung, vom 16. Februar 2022 bezüglich der Klageabweisung im Fr. 110'370.– (zuzüglich 5 % Zins seit 12. Juni 2001) übersteigenden Betrag sowie der Abweisung des Antrags, der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin weiteren Schadenersatz zu bezahlen (Rechtsbegehren Ziff. 1.2), am 3. Juni 2022 in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. In Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Arbeitsgerichts Zürich, 4. Abteilung, vom 16. Februar 2022 wird der Beklagte verpflichtet, der Klägerin Fr. 55'000.– nebst 5 % Zins seit 12. Juni 2001 zu bezahlen.
2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen, soweit sie nicht gegenstandslos geworden bzw. die Klageabweisung in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Die erstinstanzliche Kostenfestsetzung (Dispositiv-Ziffer 3) wird bestätigt.
4. Die Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens werden der Klägerin zu 9/10 und dem Beklagten zu 1/10 auferlegt und mit den von ihnen geleisteten Kostenvorschüssen (Klägerin Fr. 8'000.– und Beklagter Fr. 3'750.–) verrechnet.
5. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 45'000.– zu bezahlen.
6. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 10'000.– festgesetzt.
7. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden zu 45 % der Klägerin und zu 55 % dem Beklagten auferlegt und mit ihren Kostenvorschüssen (Klägerin: Fr. 8'200.– und Beklagter: Fr. 3'600.–) verrechnet. Der

Beklagte hat der Klägerin den geleisteten Vorschuss im Umfang von Fr. 1'900.– zu ersetzen

8. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 700.– zu bezahlen.
9. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

10. 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 arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 110'370.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 24. November 2023

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. Chr. von Moos Würigler
versandt am:
st

MLaw N. Paszehr