

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB160011-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-
Sørensen sowie Gerichtsschreiberin Dr. M. Isler.

Urteil vom 23. August 2016

in Sachen

A. _____ Luxembourg III S.à.r.l.

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil der 2. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom
11. Januar 2016; Proz. CG150070**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

"Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin Fr. 1'000'000.– zu bezahlen;
unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich (2. Abt.) vom 11. Januar 2016:

(act. 138 S. 28/29)

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:
Fr. 41'000.– die weiteren Kosten betragen:
Fr. 31'000.– Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren
Weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
3. Die Gerichtskosten werden der Klägerin auferlegt und mit den geleisteten Vorschüssen verrechnet. Der Fehlbetrag von Fr. 40'950.– wird von der Klägerin nachgefordert.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 43'960.– zuzüglich Fr. 3'516.80 (8% Mehrwertsteuer) sowie für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 31'500.– zuzüglich Fr. 2'520.– (8% Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
- 5.-6. Mitteilung / Rechtsmittel.

Berufungsanträge:

der Klägerin und Berufungsklägerin (act. 136 S. 2):

- "1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 11. Januar 2016 aufzuheben und die Klage vollumfänglich gutzuheissen;

eventuell,

für den Fall der Abweisung des Hauptantrages, Ziff. 1.;

2. Es sei das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 11. Januar 2016 zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten;"

Erwägungen:

I.

1. Die Klägerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Klägerin) ist die Muttergesellschaft der A.____-Gesellschaften, die ihren Betrieb in der Schweiz haben und von der Schweiz aus tätig sind. Der Beklagte und Berufungsbeklagte (nachfolgend Beklagter) gründete 1995 die C.____ AG (C.____) und übernahm damit einen Teil der höherklassigen Bordverpflegungssegmente der A.____. Nach der Gründung der C.____ hielten der Beklagte 70 und die Klägerin (damals unter der Firma A.____ Holding AG) 30 der insgesamt 100 Namenaktien der C.____. Im Aktionärbindungsvertrag vom 18. Mai 1995 wurde das Verhältnis der Parteien während dem gemeinsamen Aktionariat geregelt und u.a. ein Kaufs- und Vorkaufsrecht vereinbart (act. 4/7).

Ende 2002 brachte der Beklagte seine 70 C.____-Aktien als Sacheinlage in die von ihm zu 100% beherrschte D.____ Holding AG (D.____) ein. Am 22. November 2006 kündigte er in deren Namen den Aktionärbindungsvertrag mit der Begründung, dass im Jahre 2002 die gesamte A.____ Gruppe an die E.____ Group, USA, verkauft worden sei, und sich aufgrund des Aufkommens von Billig Airlines und einer Krise der Luftfahrt der internationale Wettbewerb im Airline Catering Geschäft in den letzten Jahren massiv verschärft habe (act. 4/9). In der Folge kam es zwischen den Parteien zu verschiedenen gerichtlichen Verfahren, am Handelsgericht des Kantons Zürich sowie am Bezirksgericht Bülach.

2. Am 30. Dezember 2010 unterzeichneten die Parteien sowie der Beklagte, auch für die D.____ Holding AG und die C.____ AG, einen Aktienkaufvertrag, in welchem die Klägerin dem Beklagten ihre 30 Namenaktien der C.____ zum Preis von CHF 120'000.-- je Aktie, d.h. insgesamt CHF 3'600'000.--, verkaufte (act. 4/2 Ziff. 1-3; für die D.____ Holding AG und die C.____ AG bezüglich Ziff. 8.2 und 8.4). Gleichzeitig vereinbarten sie die Beendigung der zwischen ihnen noch laufenden Gerichtsverfahren (Ziff. 8). Sodann hielten sie in der Vereinbarung unter Ziff. 7 Übertragungsbeschränkungen sowie eine Konventionalstrafe im Falle der Verletzung dieser Beschränkungen fest. Am 23. Februar 2011

erging die Medienmitteilung, dass die C._____ und die F._____ Chefs ihre Tätigkeiten in einem Joint Venture zusammen führen (act. 4/12). Die Klägerin sieht hierin eine Verletzung von Ziff. 7 der Vereinbarung vom 30. Dezember 2010, der Beklagte bestreitet dies. Ob eine Verletzung der Übertragungsbeschränkung durch den Beklagten vorliegt, ist Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

3. Am 19. September 2011 erhob die Klägerin gegen den Beklagten Klage auf Leistung der im Aktienkaufvertrag vom 30. Dezember 2010 vereinbarten Konventionalstrafe, welche das Bezirksgericht Zürich (6. Abt.) mit Urteil vom 14. Juli 2014 abwies. Auf Berufung der Klägerin hin hob die Kammer das Urteil mit Entscheid vom 26. Februar 2015 auf und wies die Sache zur Durchführung des Beweisverfahrens und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurück (act. 75). Nach Durchführung des Beweisverfahrens und Erstattung der schriftlichen Schlussvorträge wies die Vorinstanz die Klage mit Urteil vom 11. Januar 2016 ein zweites Mal ab (act. 138). Das Urteil ging den Parteien am 14. Januar 2016 zu (act. 126 und 127).

4. Am 15. Februar 2016 erhob die Klägerin erneut Berufung gegen die Klageabweisung. Sie beantragt Gutheissung der Klage, eventualiter die erneute Rückweisung der Sache zur Neuurteilung durch die Vorinstanz (act. 136). Der Prozesskostenvorschuss wurde rechtzeitig geleistet (act. 141) und die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Auf die Einholung einer Berufungsantwort kann im Sinne von Art. 312 Abs. 1 ZPO verzichtet werden.

II.

1. Nach Eingang der Berufung prüft die Rechtsmittelinstanz von Amtes wegen die Rechtsmittelvoraussetzungen. Die Berufung erging innert gesetzlicher Frist (act. 126 und 136) und liegt schriftlich, begründet und mit Anträgen versehen vor (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Dem Eintreten steht nichts entgegen.

2. Als Berufungsgrund kann die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In

der Berufung ist aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft erachtet wird. Die Begründung muss hinreichend genau und eindeutig sein, was voraussetzt, dass die Berufungsklägerin im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die sie anfecht, und die Aktenstücke nennt, auf denen ihre Kritik beruht. Sind diese Anforderungen erfüllt, überprüft die Berufungsinstanz den angefochtenen Entscheid sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht frei. Sie verfügt über volle Kognition (Art. 310 ZPO) und wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Dabei kann sich die Berufungsinstanz darauf beschränken, die Beanstandungen zu beurteilen, welche die Parteien in ihren schriftlichen Begründungen gegen das erstinstanzliche Urteil erheben (BGer 5A_635/2015, Urteil vom 21. Juni 2016 E. 5 unter Hinweis auf BGer 4A_619/2015 vom 25. Mai 2016 E. 2.2.4 mit weiteren Hinweisen; REETZ/THEILER, ZK ZPO, 3. Aufl., Art. 310 N 5 und 6).

3. Die Klägerin rügt im neuerlichen Berufungsverfahren einerseits die Beweiswürdigung (und in diesem Zusammenhang den Umstand, dass G._____ nicht als Zeuge, sondern als faktisches Organ befragt wurde) sowie die Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens, andererseits, dass die Vorinstanz die nach dem Beweisverfahren geltend gemachte Klageänderung im Zusammenhang mit dem Eventualantrag und die neu als Beweismittel angebotene E-Mail-Korrespondenz nicht zugelassen habe. Ebenso rügt sie, die Vorinstanz habe die obergerichtlichen Auflagen hinsichtlich der Editionsbegehren nicht erfüllt (act. 136 S. 6 ff.). Es ist nachstehend im Einzelnen darauf einzugehen, soweit dies für die Entscheidung erheblich ist.

4.1 Vorab rügt die Klägerin, die Vorinstanz habe zu Unrecht ihre im Rahmen der schriftlichen Schlussvorträge ergänzend geltend gemachten Begehren nicht zugelassen (act. 136 S. 7 - 9). Sie hatte in ihrer Eingabe vom 2. September 2015 als ergänzendes Eventualbegehren beantragt, es sei der Beklagte zur Rückgabe der 30 Aktien der C._____ AG Zug (C._____) und zur Bezahlung von Schadenersatz zu verpflichten (act. 102 S. 2). Die Zulässigkeit der Ergänzung begründete sie damit, dass sich durch die Partei- und Zeugenbefragung ergeben habe, dass sich die Parteien in Bezug auf einen wesentlichen Vertragsbestandteil nicht richtig ver-

standen hätten, mithin ein versteckter Dissens vorliege. In prozessualer Hinsicht beantragte sie sodann gleichzeitig, es sei die E-Mail-Korrespondenz zwischen G._____, H._____, I._____ und dem Beklagten als neues Beweismittel zuzulassen, von welcher die Klägerin anlässlich der Vernehmung von G._____ Kenntnis erhalten habe (act. 102 S. 2 und 6).

4.2 Die Vorinstanz erwog im angefochtenen Entscheid, dass die Aussage des Beklagten an der Parteibefragung vom 17. August 2015, es seien nur 30 % der Aktien von der Übertragungsbeschränkung erfasst worden, kein echtes Novum und nicht zuzulassen sei. Die unterschiedliche Auslegung von Ziff. 7 des Aktienkaufvertrages habe von Anfang an bestanden und sei der Kernpunkt der vorliegenden Klage (act. 138 S. 7 - 9). Die neue Beweisofferte liess die Vorinstanz ebenfalls nicht zu; dies mit der Begründung, dass sie mit der zumutbaren Sorgfalt anlässlich der Instruktionsverhandlung vom 9. Mai 2012 hätte vorgebracht werden können (act. 138 S. 7).

4.3 Was die Klägerin in der Berufungsbegründung dagegen vorbringt, vermag nicht zu überzeugen: Was der Beklagte im vorinstanzlichen Beweisverfahren in der persönlichen Befragung gemäss Darstellung der Klägerin vorbrachte, entsprach seinem Parteistandpunkt, den er bereits in der Klageantwort vom 5. Dezember 2011 hatte vorbringen lassen (act. 16 S. 5). Die Aussage von G._____ stützte demgegenüber die Auffassung der Klägerin, wie diese selbst im Schlussvortrag geltend machte (act. 102 S. 3). Einen neuen Lebenssachverhalt brachten die Aussagen daher entgegen der Auffassung der Klägerin (act. 102 S. 5 Rz 11) nicht hervor. Vielmehr schloss die Klägerin durch die allenfalls durch die Aussagen im Beweisverfahren noch verstärkter zu Tage getretene, aber bereits bestehende Divergenz in den Auffassungen der Parteien neu auf versteckten Dissens, an welchen sie dann ihr neu vorgebrachtes Eventualbegehren anknüpfte. Da die Divergenz der Parteiauffassungen hinsichtlich der Auslegung von Ziff. 7 des von den Parteien unterzeichneten Aktienkaufvertrages vom 30. Dezember 2010 von Anfang an bestand, ist nicht ersichtlich, weshalb sie diesen Schluss nicht früher hätte ziehen und das Eventualbegehren entsprechend einbringen können. Da die Klageänderung nicht auf neuen Tatsachen und Beweismitteln beruht, fehlt es je-

denfalls an der Voraussetzung gemäss Art. 230 Abs. 1 lit. b ZPO. Die Vorinstanz liess diese zu Recht nicht zu. Ergänzend sei darauf hinzuweisen, dass die Klägerin in der Berufung einen Eventualantrag auf Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Neuurteilung stellt (act. 136 S. 2). In der Begründung (act. 136 S. 24) lässt sie es bei einem Hinweis auf ihren Schlussvortrag mit dem dortigen ergänzenden Antrag bewenden, womit sie ihrer Begründungspflicht nicht genügt.

4.4 Ob die Vorinstanz die mit dem Schlussvortrag (act. 102) neu eingereichte E-Mail-Korrespondenz mit der Begründung nicht zulassen durfte, dass diese sich stets im Einflussbereich der Klägerin befunden hätten, weil es sich bei G._____ um ein faktisches Organ handelte und auch I._____ im relevanten Zeitraum für die Klägerin tätig gewesen sei (act. 138 S. 7), kann – wie nachstehend darzulegen ist – letztlich offen bleiben. Die Klägerin macht in der Berufung geltend, die vorinstanzliche Annahme sei ohne Verletzung des Willkürverbotes nicht möglich (act. 136 S. 8).

Von der E-Mail-Korrespondenz (act. 103/1-4) will die Klägerin aufgrund der Aussagen von G._____ anlässlich seiner Vernehmung vom 17. August 2015 Kenntnis erlangt haben (act. 102 S. 6). Sie schliesst aus dieser E-Mail-Korrespondenz, dass es zentrales Anliegen der Klägerin gewesen war, mit dem Abschluss des Vergleiches während einer beschränkten Zeit ein Zusammengehen des Beklagten mit Konkurrenten zu verhindern (act. 102 S. 5). Dies aber war nicht das, was es im Beweisverfahren zu beweisen galt. Gemäss Beschluss der Kammer vom 26. Februar 2015 hatte die Vorinstanz im Beweisverfahren zu klären, ob – wie die Klägerin behauptet hatte – der Beklagte zugestimmt habe, dass sämtliche Aktien für drei Jahre nicht übertragen werden durften (act. 75 S. 15). Entsprechend erging der Beweisbeschluss (act. 76). Zu dieser Frage vermochte die mit dem Schlussvortrag eingereichte E-Mail-Korrespondenz aber auch nach Darstellung der Klägerin nichts auszusagen, weshalb sich die Nichtzulassung der Beweismittel auch nicht auswirken konnte.

5.1 Im Rahmen ihrer Rüge gegenüber der vorinstanzlichen Beweiswürdigung wendet sich die Klägerin in der Berufung gegen das Vorgehen des vorinstanzlichen Referenten, der G._____ zunächst als Zeuge vorgeladen und dann – nach

dessen Ausführungen über seine faktische Einflussmöglichkeit auf die Klägerin – als faktisches Organ qualifizierte und in Anwendung von Art. 159 ZPO wie eine Partei behandelte. Mit diesem programmatisch empfundenen Richtungswechsel sei den Parteien der Eindruck vermittelt worden, G.____s Einvernahme werde mit einer negativen Bewertung bestraft (act. 136 S. 11/12).

5.2 In der vorliegend massgeblichen, seit 1. Januar 2011 in Kraft stehenden Zivilprozessordnung sind das Zeugnis und die Parteibefragung gleichwertige Beweismittel. Dies im Unterschied zur früheren kantonalen Prozessordnung, in welcher Aussagen in einer Parteibefragung, die zugunsten der befragten Partei lauteten, keinen Beweis bildeten (§ 149 Abs. 3 ZH ZPO). Eine Rangfolge über den Wert eines Beweismittels gibt es nach geltender ZPO nicht. Das Gericht entscheidet darüber vielmehr im konkreten Fall durch freie Beweiswürdigung gemäss Art. 157 ZPO (HEINRICH ANDREAS MÜLLER, DIKE-Komm ZPO, 2. Aufl., Art. 168 N 5). Inwiefern der Umstand, dass G.____ nicht als Zeuge, sondern als Partei befragt wurde, eine negative Bewertung darstellen soll, ist daher nicht ersichtlich. Die Klägerin selbst hatte die drei befragten Drittpersonen im erstinstanzlichen Verfahren als Zeugen bezeichnet (vgl. z.B. act. 4 S. 2) und im Verlaufe des weiteren Verfahrens – so insbesondere auch im Rückweisungsbeschluss der Kammer – waren sie weiterhin als Zeugen bezeichnet. Dass sie als Zeugen vorgeladen wurden, erscheint konsequent. Nicht zu beanstanden ist allerdings, dass zu Beginn der Zeugeneinvernahme die Stellung von G.____ im Verhältnis zu den Parteien, insbesondere zur Klägerin, im Einzelnen erfragt wurde, sieht dies Art. 172 ZPO doch ausdrücklich vor. Dass insoweit "sachfremde Fragen zur Person" erfolgten, wie die Klägerin behauptet (act. 136 S. 12), ist nicht ersichtlich. Schliesslich ist nicht zu beanstanden, wenn der vorinstanzliche Referent aufgrund der Stellung von G.____ zum Schluss kam, dieser sei in der Fortsetzung als Partei im Sinne von Art. 159 ZPO weiter zu befragen. Dass der Klägerin aus diesem Wechsel Nachteile entstanden sein könnten, macht sie denn auch nicht geltend.

6.1 Die Klägerin wirft dem vorinstanzlichen Referenten vor, er habe dem klägerischen Rechtsvertreter Zeugenbeeinflussung unterstellt ohne konkret aufzuzeigen, wo eine Beeinflussung stattgefunden haben solle (act. 136 S. 14/15). Unter

Hinweis auf vorbereitete Kontakte mit dem Rechtsvertreter der Klägerin komme das Gericht mechanisch zum Schluss, die als "Gedächtnisauffrischung" bezeichnete und als selbstverständlich unterstellte Beeinflussung der Zeugen trübe nicht nur deren Glaubwürdigkeit, sondern habe einen direkten Einfluss auf die Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen. Stossend sei bei dieser Argumentation, dass die Vorinstanz den Eindruck erwecke, die vorbereitenden Kontakte mit den Zeugen sei ihr nicht bekannt gewesen. Der Rechtsvertreter der Klägerin habe es mit Wissen des Gerichts übernommen, mit allen Beteiligten einen Termin auszuhandeln. Der Referent habe dem Rechtsvertreter nahe gelegt klarzustellen, dass sich die Kontakte auf organisatorische Parameter beschränken müssten, was er strikt eingehalten habe und dies auch den Parteien erklärt habe (vgl. act. 87). Es gehe nicht an, im Vorfeld die Hilfe und Unterstützung in der Organisation der Beweisaufnahme in Anspruch zu nehmen, dies in Kenntnis der Beschränkung der in Aussicht genommenen Kontakte, und im Anschluss daran zur Einsicht zu gelangen, damit falle der Beweiswert der Zeugeneinvernahmen dahin; der damit implizit oder explizit verbundene Vorwurf der Beeinflussung der Zeugen durch den Rechtsvertreter sei ein krasser Verstoss gegen das Rechtsmissbrauchsverbot (act. 136 S. 16 und 17).

6.2 Aus den vorinstanzlichen Akten ergibt sich, dass am 1. Juni 2015 die Beteiligten zunächst zur Beweisverhandlung auf den 8. Juli 2015 vorgeladen wurden (act. 80). Am 4. Juni 2015 erfolgte die Verschiebung auf den 14. Juli 2015 (act. 82 und 86), vom 5. Juni 2015 datiert dann ein Schreiben des Rechtsvertreters der Klägerin an die Beteiligten, worin der 14. und 17. August 2015 als mögliche Termine genannt werden (act. 87), worauf der Vertreter des Beklagten mitteilte, er sei am 14. August 2015 noch in den Ferien (act. 88). Schliesslich fand die Beweisverhandlung am 17. August 2015 statt (vgl. act. 89 ff. und 97 - 99). Es ergibt sich daraus, dass der klägerische Rechtsvertreter in die Organisation des Verhandlungstermins involviert gewesen zu sein scheint, was sich – soweit ist der Klägerin zuzustimmen – aus dem angefochtenen Entscheid nicht ergibt. Es trifft sodann zu, dass der klägerische Rechtsvertreter in seinem Schreiben vom 5. Juni 2015 (act. 87 S. 2) ausdrücklich darauf hinwies, dass sich sein Kontakt mit den Zeugen ausschliesslich auf die Findung eines allen Beteiligten passenden Termins be-

schränkt habe. Dass dem Rechtsvertreter eine Beeinflussung der im Beweisverfahren befragten Personen vorgeworfen würde, ergibt sich indes weder aus den Befragungsprotokollen noch aus dem angefochtenen Urteil. Im angefochtenen Entscheid wird sie indes auch nicht ausgeschlossen, was das Vorbringen des klägerischen Rechtsvertreters als nachvollziehbar erscheinen lässt. In der Sache ist es aber nicht zu beanstanden, dass die Würdigung der Aussagen aufgrund der Nähe der befragten Personen zur Klägerin sowie des inhaltlich nicht präzisierten Kontaktes zwischen den befragten Personen und dem Rechtsvertreter der Klägerin zurückhaltend erfolgte: G._____ bestätigte ausdrücklich, dass er faktisch bestimme, dass der Verwaltungsrat beschliessen soll, einen Vertrag mit einer bestimmten Kundin abzuschliessen (act. 97 S. 4). Er erklärte sodann, dass er auf seine Initiative verlangte, über den Stand der Dinge aufdatiert zu werden. Dabei habe es sich um Fragen "ablaufmässiger und terminlicher Natur" gehandelt. Er habe das Dossier erhalten; als er die Akten studiert habe, habe er die Informationen wieder gefunden (act. 97 S. 3). Der Zeuge J._____ erklärte, dass er sich mit dem Rechtsvertreter der Klägerin einmal getroffen habe; sie hätten das besprochen, was er noch wusste, einerseits zum Zeitpunkt, als er bei C._____ als Vertreter von A._____ im Verwaltungsrat gewesen sei und dann nachher, als sie die gerichtliche Auseinandersetzung gehabt hätten (act. 98 S. 2/3). Der Zeuge I._____ bejahte in der Befragung die Frage, dass er faktisch im Rahmen der A._____ Group für die Klägerin mitentschieden habe, verneinte aber Kontakte zum Rechtsvertreter der Klägerin im Vorfeld der Befragung (act 99 S. 3 und 4). Die Richtigkeit der Protokolle über die Befragung wurde im Berufungsverfahren nicht in Frage gestellt.

6.3 Die Klägerin hält im Berufungsverfahren Einschränkungen hinsichtlich der Glaubwürdigkeit der befragten Personen für unzulässig und kommt bei der materiellen Würdigung der Aussagen zum Schluss, dass die Zeugen den von der Klägerin im Prozess vertretenen Standpunkt stützten und es an einer übereinstimmenden Willenserklärung bzw. Willensbildung fehle (act. 136 S. 19). Bereits in ihrem Schlussvortrag vor Vorinstanz hielt sie fest, dass sich die Parteien erklärtermassen uneinig gewesen seien über den Inhalt von Ziff. 7 des Vergleichs (act. 112 S. 8). Im Ergebnis stimmt damit die Klägerin mit der Vorinstanz überein,

welche festhielt, dass insgesamt die Partei- und Zeugenaussagen nicht zur Sachverhaltserstellung betreffend eine übereinstimmende Willensbildung zwischen den Parteien beitragen (act. 138 S. 19). Zu Recht hielt die Vorinstanz fest, dass G._____ aussagte, er wisse nicht, ob der Beklagte zugestimmt habe, dass 100% der Aktien nicht übertragen werden dürfen (act. 38 S. 19 unter Hinweis auf act. 97 S. 10). Allein diese Frage war Gegenstand des Beweisverfahrens, und dieses ergab, dass mit den angerufenen Zeugen die Klägerin den ihr auferlegten Hauptbeweis dafür, dass der Beklagte zugestimmt habe, dass 100% der Aktien für drei Jahre nicht übertragen werden durften, nicht erbracht werden konnte; dies auch dann nicht, wenn man uneingeschränkt auf ihre Aussagen abstellt.

6.4 Im Zusammenhang mit der Prüfung, ob übereinstimmende Willensäusserungen der Parteien *tatsächlich* vorhanden waren, erwog die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid, die Klägerin mache als zu berücksichtigenden äusseren Umstand geltend, dass der Beklagte im Zeitpunkt der Aushandlung des Aktienkaufvertrages mit der Klägerin bereits in Verhandlungen mit der F._____ über das Joint Venture gestanden habe. Sie wertet dies wie auch das Motiv des Beklagten zum Kauf der klägerischen Aktien indes als Indiz dafür, dass sich der Beklagte nicht auf eine Veräusserungsbeschränkung bezüglich sämtlicher Aktien habe einlassen wollen (act. 138 S. 19). Die Klägerin hält den Umstand der parallel laufenden Joint Venture-Verhandlungen als wesentlichen äusseren Umstand, der zu berücksichtigen sei. Sie will diesen Umstand indes im Rahmen der Ermittlung des mutmasslichen Willens und des normativen Konsenses berücksichtigt haben (act. 136 S. 19 ff.), weshalb auch dort darauf einzugehen ist. Dass eine tatsächliche Übereinstimmung der Willenserklärung vorliege, nimmt die Klägerin wie gesehen selbst nicht an.

7.1 Ist eine übereinstimmende Willenserklärung nicht hinreichend nachgewiesen, sind die Parteierklärungen zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens im Zeitpunkt des Vertragsschlusses aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (BGE 132 III 24 E. 4). Die Vorinstanz hat die wesentlichen Kriterien gestützt auf die bundesgerichtliche Recht-

sprechung zutreffend dargelegt. Es kann darauf verwiesen werden (act. 138 S. 20).

7.2 Die Vorinstanz erwog, der in Ziff. 7 benutzte Begriff "die Aktien" werde in Ziff. 2 als die im Vertrag verkauften 30 Namenaktien der C._____ definiert. Dies wird von der Klägerin in der Berufung nicht in Frage gestellt. Ohne daraus konkret etwas abzuleiten, stört sie sich indes daran und hält es als eine aus der Luft gezauberte Exegese (act. 136 S. 21), wenn die Vorinstanz aus dem Umstand, dass unter Ziff. 3 der zuvor definierte Begriff nicht verwendet werde, davon ausgeht, dass man es explizit und eindeutig so festgehalten hätte, wenn dem Begriff "die Aktien" eine andere als die in Ziff. 2 festgelegte Bedeutung hätte zugemessen werden sollen (act. 138 S. 21). In der Berufungsbegründung räumt die Klägerin allerdings ein, dass sie gegen den Wortlaut gewisser Teile des Vergleichs argumentieren müsse: So spreche Ziff. 7 nicht von sämtlichen vom Beklagten wirtschaftlich gehaltenen bzw. kontrollierten Aktien und Ziff. 2 des Vergleichs definiere die Aktien als 30 % des Aktienkapitals von C._____ (act. 136 S. 20). Es liege ein Fall vor, in welchem nicht auf den auf den ersten Blick klar erscheinenden Wortlaut abgestellt werden dürfe, weil aus dem Zweck und den Umständen, unter denen er geschlossen wurde, der Sinn nicht exakt wiedergegeben werde (act. 136 S. 22). Es ergibt sich, dass auch die Klägerin aus dem Wortlaut der Vereinbarung nichts zu ihren Gunsten ableitet.

Hinzu kommt, dass sich die Klägerin mit den Erwägungen der Vorinstanz (act. 138 S. 22/23), welche die Involvierung der D._____ Holding AG in die Vereinbarung betreffen, nicht auseinandersetzt: Die Vorinstanz hielt fest, dass im Rahmen des handelsgerichtlichen Verfahrens der Beschluss vom 29. Mai 2007 unangefochten geblieben sei; damit habe festgestanden, dass der Beklagte seine Aktien der C._____ in die D._____ Holding AG eingebracht habe, unter Überbindung sämtlicher Rechte und Pflichten aus dem Aktionärbindungsvertrag. Damit sei davon auszugehen, dass beide Parteien bei den Verhandlungen über den Aktienkaufvertrag davon ausgegangen seien, dass der Beklagte nicht mehr an den Aktionärbindungsvertrag gebunden gewesen sei. In Ziff. 8.2 sei in Bezug auf die D._____ Holding AG ausdrücklich vereinbart worden, dass der Aktionärbindungs-

vertrag aufgelöst werde. Diese Umstände widersprüchen der klägerischen Behauptung, dass die mit dem Aktionärbindungsvertrag einhergehende Verhinderung eines Zusammenschlusses für die Dauer von drei Jahren faktisch hätte aufrecht erhalten werden sollen. Die Vorinstanz weist im Weiteren zu Recht darauf hin, dass die D._____ Holding AG nicht als Vertragspartei des Aktienkaufvertrages genannt, sondern erst in Ziff. 8 und ausschliesslich im Zusammenhang mit der Beendigung der hängigen Gerichtsverfahren in die Vereinbarung einbezogen worden war. Die Schlussfolgerung der Vorinstanz, wonach – gestützt auf den Wortlaut – Ziff. 7 der Vereinbarung sich einzig auf die 30 verkauften C._____ - Aktien bezieht, ist nicht zu beanstanden, sondern erweist sich als zutreffend. Die Klägerin hält dem denn auch nichts entgegen.

7.3 Dass trotzdem sämtliche vom Beklagten direkt oder indirekt beherrschten Aktien der C._____ gemeint gewesen seien, knüpft die Klägerin in der Berufung daran, dass die Parteien eine einvernehmliche Streiterledigung in einer Kontroverse über die strittige Auflösung eines Aktionärbindungsvertrages gewollt hätten. Sie hätten einen Kompromiss abschliessen wollen, der den vor Ausbruch des Streits bestehenden Zustand, nämlich Fernhalten von Konkurrenten der Klägerin während einer Karenzfrist von drei Jahren, aufrecht erhielt gegen Auskauf der Klägerin durch den Beklagten nach Abschluss dieser Periode. Es sei unhaltbar, bei der Abwägung der beiderseitigen Interessen und bei adäquater Berücksichtigung des Vertragszweckes der Klägerin zu unterstellen, sie sei bereit gewesen, einen absolut sinnlosen Vertrag einzugehen und gleichzeitig dem Beklagten zu erlauben, der F._____ den Markteintritt in der Schweiz auf dem Tablett zu präsentieren, während der Beklagte sich von der F._____ auskaufen liess (act. 136 S. 21/22).

Damit wiederholt die Klägerin den von ihr schon vor Vorinstanz vertretenen Standpunkt (act. 1 Rz 87 i.V.m. Rz 28, Rz 91, 94). Des weiteren macht sie unter Bezugnahme auf ihren Schlussvortrag vor Vorinstanz (act. 112) geltend, der Beklagte habe Treu und Glauben beim Vertragsschluss grob verletzt, indem er trotz Aufnahme eines Konkurrenzverbotes in den Vergleich seine Verhandlungen mit der F._____ verschwiegen habe. Sie geht davon aus, die Tatsache, dass der Be-

klagte im Geheimen Verhandlungen mit einer direkten Konkurrentin der Klägerin über eine Kooperation geführt habe, könne entgegen dem angefochtenen Urteil nicht als Indiz für einen normativen Konsens zugunsten des Beklagten gewertet werden. Das Gegenteil sei der Fall (act. 136 S. 22/23).

Der von der Klägerin behauptete Parteiwille ergibt sich wie dargetan nicht aus dem Wortlaut des Aktienkaufvertrages. Die Vorinstanz wies sodann zu Recht darauf hin, dass es dem Beklagten erklärermassen darum gegangen ist, mehr Handlungsfähigkeit zu gewinnen, was er gegenüber der Klägerin bereits in seinem Schreiben vom 7. September 2010 ausdrücklich erklärt hatte (act. 18/18). Dass aus dem Umstand, dass der Beklagte im Zeitpunkt der Aushandlung des Aktienkaufvertrages bereits in Verhandlungen mit der F. _____ über das Joint Venture gestanden haben soll, darauf geschlossen werden kann, dass er in guten Treuen den Aktienkaufvertrag nur im Sinne der Klägerin verstehen durfte und musste, kann nicht angenommen werden. Dieser äussere Umstand (der von der Klägerin mit der verlangten Edition der Joint Venture-Vertragsunterlagen nachgewiesen werden will,) vermag die von der Klägerin abweichende Interessenlage des Beklagten allenfalls noch verdeutlichen, hilft aber für die normative Auslegung des Vertrages im Sinne der Klägerin nicht. Auch wenn dem Beklagten bei der Aushandlung des Vertrages die Interessenlage der Klägerin bewusst und bekannt war, kann daraus nicht abgeleitet werden, dass die schliesslich ausgehandelte Vereinbarung gemäss act. 4/2 in ihrem Sinne auszulegen war, selbst wenn dies wie gesehen nicht dem Wortlaut der Vereinbarung entspricht.

7.4 Es ergibt sich, dass auch die normative Auslegung von Ziff. 7 der Vereinbarung des Aktienkaufvertrages vom 30. Dezember 2010 nicht dazu führt, dass sämtliche vom Beklagten direkt oder indirekt gehaltenen Aktien unter die Veräusserungsbeschränkung fielen. Was die Klägerin in der Berufung für die gegenteilige Auffassung vorbringt, vermag nicht zu überzeugen.

8. Bereits in der Klagebegründung vom 19. September 2011 (act. 1 Rz 40 und 41) hatte die Klägerin zum Nachweis der nach dem Joint Venture bestehenden Verhältnisse sowie zum Nachweis der Behauptung, dass angenommen werden müsse, der Beklagte habe bereits im Zeitpunkt der Verhandlungen um den Ver-

trag vom 30. Dezember 2010 ein Angebot der F._____ Chefs auf dem Tisch liegen gehabt (act. 1 Rz 51), die Edition des Joint Venture-Vertrages und der Entwürfe dazu beantragt. Im ersten erstinstanzlichen Entscheid hatte sich die Vorinstanz nicht dazu geäußert, weshalb es auch der Kammer verwehrt blieb, im Rückweisungsbeschluss vom 26. Februar 2015 dazu Stellung zu nehmen. Sie hielt fest, dass im Rahmen der Rückweisung die Vorinstanz entweder die Edition anzuordnen oder zu begründen habe, warum diese nicht erforderlich sei (act. 75 S. 16). Die Vorinstanz hielt im Beweisbeschluss vom 12. Mai 2015 eine Edition für nicht notwendig (act. 76 S. 2) und begründete dies im angefochtenen Entscheid (act. 138 S. 24), was die Klägerin in der Berufung als Verweigerung des rechtlichen Gehörs und ihres Rechts auf Beweis rügt (act. 136 S. 11 und S. 20).

Wird – wie die Vorinstanz dies im angefochtenen Entscheid annahm – die Richtigkeit der klägerischen Behauptung auch ohne die zum Nachweis eben dieser Behauptung angebotene Edition unterstellt, dann durfte die Vorinstanz auch von der Edition absehen. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, wie sie die Klägerin behauptet, ist nicht ersichtlich.

9.1 Der Beklagte verpflichtete sich in Ziff. 7 des Aktienkaufvertrages während drei Jahren nach dem Vollzug des Vertrages, die Aktien keinem Dritten entgeltlich oder unentgeltlich zu veräussern oder ihm sonstwie die direkte oder indirekte Kontrolle über die mit den Aktien verbundenen Rechte als Aktionär zu verschaffen (act. 4/2). Im angefochtenen Entscheid geht die Vorinstanz davon aus, von der Bestimmung erfasst seien die Mitwirkungs-, Informations-, Kontroll- und Klagerechte eines jeden Aktionärs. Betroffen seien die 30 von der Klägerin an den Beklagten verkauften C._____Aktien, welche nicht einmal die Sperrminorität von einem Drittel bezüglich wichtiger Beschlüsse im Sinne von Art. 704 Abs. 1 OR erreichten, weshalb der Beklagte keine Möglichkeit gehabt habe, das Geschäft der C._____ zu kontrollieren. Davon ausgehend, dass der Beklagte immer noch im Besitz der der Klägerin abgekauften 30 C._____Aktien sei, könnten die damit verbundenen Aktionärsrechte unverändert ausgeübt werden, weshalb der Tatbestand des Kontrollverlusts über die mit den Aktien verbundenen Rechte gemäss Ziff. 7 des Vertrages nicht erfüllt sei (act. 138 S. 25 - 27).

9.2 Die Klägerin rügt in der Berufung, die Vorinstanz stelle in ihren Erwägungen massgeblich und ohne Begründung auf die bestrittene Behauptung des Beklagten ab, er sei nach wie vor im Besitz der von der Klägerin abgekauften 30 C._____-Aktien und er könne die damit verbundenen Aktionärsrechte unverändert ausüben (act. 136 S. 23 Rz 87 und 88). Ihre offenbar gegenteilige Auffassung begründet sie in der Berufungsbegründung ihrerseits nicht.

Aus den vorinstanzlichen Aktien ergibt sich folgende Behauptungslage: Der Beklagte liess in der Klageantwort vom 5. Dezember 2011 ausführen, er sei unverändert im Besitz der 30 von der Klägerin erworbenen Namenaktien der C.____AG und er habe die alleinige Kontrolle über diese sowie über die mit diesen verbundenen Rechte als Aktionär. Als Beweismittel für diese Behauptung bot er seine persönliche Befragung an (act. 16 S. 21 Rz 15.1). Anlässlich der Instruktionsverhandlung vom 9. Mai 2012 wies der Vorsitzende die Parteien darauf hin, dass sie im Rahmen dieser Instruktionsverhandlung die Tatsachenbehauptungen und Beweismittel dazu abschliessend zu bezeichnen hätten, worauf beide Parteivertreter auf das Einbringen von Noven und auf weitere Beweismittelbezeichnung verzichteten (Prot. VI S. 6). Im Rahmen der Hauptverhandlung liess die Klägerin dann ausführen, der Beklagte halte die Aktien der C.____AG allenfalls noch treuhänderisch für die F.____oder eine andere Gesellschaft des K.____-Konzerns, aber nicht mehr als seine eigenen. Die mit den Aktien verbundenen Rechte als Aktionär seien durch das Einbringen in das Joint Venture auf eine direkte Konkurrentin übergegangen (act. 69 S. 7). Der Beklagte wiederum erachtete dieses Vorbringen als neu, unzulässig und bestritten (Prot. VI S. 24).

9.3 Wenn die Vorinstanz bei dieser Behauptungslage davon ausging, der Beklagte sei noch immer im Besitz der der Klägerin abgekauften 30 C.____-Aktien, ist das nicht zu beanstanden: Anlässlich der Instruktionsverhandlung hat sich die Klägerin nicht zur Frage geäussert, obwohl sie ausdrücklich darauf hingewiesen worden war, dass sie ihre Tatsachenvorbringen abschliessend vorzubringen habe. Mit neuen Tatsachenvorbringen, worunter auch die Bestreitung der von der Prozessgegenseite aufgestellten Behauptungen gehören, war sie ab diesem Zeitpunkt nur noch unter besonderen Voraussetzungen (welche vorliegend weder be-

hauptet noch ersichtlich sind) zugelassen. Ihr erst anlässlich der Hauptverhandlung erhobene Einwand war damit verspätet und die Vorinstanz durfte davon ausgehen, die Behauptung, dass der Beklagte noch im Besitze der 30 Aktien sei, sei unbestritten.

Selbst wenn die Bestreitung des Besitzes aber noch als rechtzeitig erfolgt betrachtet würde, so ergibt sich aus dem Gesagten, dass als einziges zur Frage angerufenes Beweismittel die Befragung des Beklagten zur Verfügung stand und dieser hat – entgegen der Darstellung der Klägerin (act. 136 S. 23) – klar verneint, dass er die Kontrolle über die C._____ oder die gesamte wirtschaftliche Kontrolle über die C._____ auf das Joint Venture übertragen habe (act. 96 S. 6/7). Gegenteiliges findet in den Akten keine Stütze. Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz davon ausgegangen ist, der Beklagte könne die mit den Aktien verbundenen Rechte unverändert ausüben.

9.4 Die Klägerin stellt schliesslich nicht in Frage, dass mit einem Aktienanteil von 30 % für wichtige Beschlüsse der Gesellschaft nicht einmal eine Sperrminorität erreicht wird und dass die Kontrolle des Geschäfts einer Aktiengesellschaft nicht ein mit den Aktien verbundenes Recht ist. Die mit den Aktien verbundenen Rechte ergeben sich aus der entsprechenden gesetzlichen Regelung im Aktienrecht (Art. 620 ff. OR) und bestehen – wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat – im Wesentlichen aus Informations- und Auskunftsrechten, Mitwirkungs-, Kontroll- und Klagerechten.

Wenn die Klägerin in der Berufung vorbringt, eine Gesellschaft dürfe von der Gewinnstrebigkeit nur abweichen, wenn sämtliche Aktionäre einverstanden seien, und dieses Recht auf Gewinnstrebigkeit sei mit der konkreten Ausgestaltung des Joint Ventures zwischen der C._____ AG und der F._____ (act. 4/13) verletzt worden, handelt es sich hierbei um eine neue Behauptung, für welche nicht dargetan ist, dass die Voraussetzung von Art. 317 ZPO gegeben sind, und die nicht mehr berücksichtigt werden kann. Die Behauptung betreffe sodann das Verhältnis des Aktionärs gegenüber der Gesellschaft C._____ AG, welches im vorliegenden Verfahren nicht zur Diskussion stehen kann. Was die Klägerin für sich daraus ableiten wollte, ist nicht ersichtlich.

10. Zusammenfassend erweist sich die Berufung als unbegründet. Sie ist abzuweisen und das Urteil des Bezirksgericht Zürich (2. Abt.) vom 11. Januar 2016 ist zu bestätigen.

III.

Ausgangsgemäss wird die Klägerin auch für das zweite Berufungsverfahren kostenpflichtig. Prozessentschädigungen sind keine auszurichten, der Klägerin nicht, weil sie unterliegt, dem Beklagten nicht, weil ihm durch das vorliegende Verfahren keine wesentlichen Umtriebe entstanden sind.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich (2. Abt.) vom 11. Januar 2016 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 20'000.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin und Berufungsklägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten und Berufungsbeklagten unter Beilage des Doppels von act. 136, sowie an das Bezirksgericht Zürich (2. Abt.) und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

6. 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. 1 Mio.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Diggelmann

Dr. M. Isler

versandt am: