

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PF160022-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Obergerichter lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiberin Dr. M. Isler

## Urteil vom 26. September 2016

in Sachen

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

Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

**Schweizerische Eidgenossenschaft,**

Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Staatssekretariat für Wirtschaft SECO,

betreffend **Vollstreckung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes summarisches Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur vom 3. Juni 2016 (EZ150016)

## Erwägungen:

### I.

1. Die Beschwerdeführerin ist eine GmbH, die unter anderem die Vermittlung von Produkten und Dienstleistungen im Telekommunikationsbereich bezweckt (act. 24/2 = act. 27). Am 28. April 2015 schloss sie mit der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Beschwerdegegnerin), vertreten durch das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, vor dem Handelsgericht des Kantons Zürich folgenden Vergleich (act. 2/1):

- "1. Die Beklagte verpflichtet sich, keine Werbeanrufe an Personen (mit Ausnahme von bestehenden Kunden) zu tätigen bzw. im Auftrag von ihr tätigen zu lassen, die ihr entweder mündlich oder schriftlich oder durch einen Vermerk im Telefonbuch bzw. im Telefonverzeichnis zum Ausdruck gebracht haben, dass sie keine Werbeanrufe erhalten möchten.
2. Die Beklagte verpflichtet sich, beim ersten Kontakt mit Kunden ihre Firma als "A.\_\_\_\_\_" vorzustellen und auch im weiteren Verlauf des Telefongespräches die Bezeichnung "A.\_\_\_\_\_" zu verwenden.
3. Die Beklagte verpflichtet sich, keine neuen Kunden zu akquirieren bzw. im Auftrag von ihr akquirieren zu lassen, ohne in den Werbeanrufen die angerufenen Personen darauf hinzuweisen, dass diese bei Annahme des Angebots den B.\_\_\_\_ [Schweizer Telekommunikationsunternehmen]-Anschluss bewahren und für die übrigen Dienste neu auf Rechnung der Beklagten mittels der Preselection-Methode telefonieren und ohne in den Werbeanrufen darauf hinzuweisen, dass die Beklagte unabhängig von der B.\_\_\_\_\_ handelt.  
[...]"

2. Die Beschwerdegegnerin stellte mit Eingabe vom 3. November 2015 beim Bezirksgericht Winterthur ein Vollstreckungsgesuch betreffend den Vergleich (act. 1). Das Rechtsbegehren wurde im Zuge der Replik vom 14. Januar 2016 folgendermassen angepasst (act. 11 S. 2):

- "1. Der Gesuchsgegnerin sei anzudrohen, bei Widerhandlung gegen die Verbote gemäss Ziffer 1 bis 3 des vor dem Handelsgericht des Kantons Zürich abgeschlossenen Vergleichs vom 28. April 2015 sei die Gesuchsgegnerin nach Art. 343 Abs. 1 lit. c ZPO mit einer Ordnungsbusse

von Fr. 1'000.– für jeden Tag der Nichterfüllung, mindestens aber mit einer Ordnungsbusse von Fr. 5'000.– gemäss Art. 343 Abs. 1 lit. b ZPO, und ihre Organe nach Art. 292 StGB (Busse bis Fr. 10'000.–) zu bestrafen

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen."

Mit Urteil vom 3. Juni 2016 vollstreckte das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Winterthur den von den Parteien vor dem Handelsgericht geschlossenen Vergleich und erwog, dass als Vollstreckungsmassnahme die Androhung der Bestrafung der Organe der Beschwerdeführerin wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinne von Art. 292 StGB als angemessen erscheine (act. 18 = act. 21 = act. 23 S. 11 und Dispositivziffer 1). Die Gerichtskosten von Fr. 3'850.– wurden der Beschwerdeführerin auferlegt und diese wurde verpflichtet, der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung von Fr. 4'800.– (zuzüglich 8 % MwSt.) zu bezahlen (act. 21 Dispositivziffer 2-4).

3. Gegen dieses Urteil richtet sich die von der Beschwerdeführerin rechtzeitig erhobene Beschwerde (act. 22, act. 19). Sie beantragt, das Urteil der Vorinstanz sei aufzuheben und auf das Vollstreckungsgesuch der Beschwerdegegnerin sei nicht einzutreten, eventualiter sei es abzuweisen. Ausserdem wendet sie sich gegen die vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsfestsetzung. In prozessualer Hinsicht stellte sie einen Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 22 S. 2). Mit Verfügung vom 21. Juni 2016 wurde das Gesuch um aufschiebende Wirkung abgewiesen und der Beschwerdeführerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Rechtsmittelverfahren angesetzt (act. 25). Nach dessen Eingang (act. 28) wurde der Beschwerdegegnerin mit Verfügung vom 14. Juli 2016 Frist zu Erstattung der Beschwerdeantwort angesetzt (act. 29). Diese ging am 25. Juli 2016 bei der Kammer ein (act. 32, act. 34/52-54). Die Beschwerdeantwort und die Beilagen wurden der Beschwerdeführerin zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 35). Am 2. August 2016 erging eine Stellungnahme der Beschwerdeführerin dazu (act. 36). Die Sache erweist sich nunmehr als spruchreif.

## II.

1.1 Die Beschwerdeführerin stellt sich vorab auf den Standpunkt, dass die Vorinstanz, indem sie auf das Vollstreckungsgesuch eingetreten sei, gegen Art. 130 und Art. 132 ZPO verstossen habe. Und zwar habe der Vertreter der Beschwerdegegnerin im Zeitpunkt, als er das Vollstreckungsgesuch bei der Vorinstanz eingereicht habe, weder eine gültige Vollmacht vorgelegt noch über eine solche verfügt. Vielmehr habe er eine offensichtlich falsche Vollmacht (lautend auf ein anderes Streitverfahren) beigebracht. Erst aufgrund einer Rüge ihrerseits (der Beschwerdeführerin) – und nicht nach einer Nachfristansetzung durch die Vorinstanz – sei seitens der Beschwerdegegnerin am 14. Januar 2016 eine Vollmacht, datierend vom 15. Dezember 2015, eingereicht worden. Das Vollstreckungsgesuch sei aber bereits am 3. November 2015 gestellt worden. Somit sei von einer fehlenden Vollmacht auszugehen und die Eingabe als nicht erfolgt zu betrachten.

Die Beschwerdeführerin beruft sich sodann auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach die Ansetzung einer Nachfrist voraussetzt, dass der Mangel verbesserlich ist, was nicht der Fall ist, wenn es sich um eine freiwillige – d.h. nicht versehentliche – Unterlassung handelt (vgl. BGer 5A\_461/2012 vom 1. Februar 2013 E. 4.1). Die Einreichung einer falschen Vollmacht durch einen rechtskundigen Vertreter stelle keine solche versehentliche, korrigierbare Unterlassung dar (act. 22 S. 3 f.).

1.2 Die Vorinstanz hielt fest, dass die mit dem Vollstreckungsgesuch eingereichte Vollmacht der Beschwerdegegnerin auf Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_ betreffend die Zivilsache C.\_\_\_\_\_ AG, und damit nicht das vorliegende Verfahren, lautete. Die nachgereichte Vollmacht mit Bezeichnung des korrekten Streitgegenstands datiere zwar erst vom 15. Dezember 2015, sei aber als nachträgliche Genehmigung früherer Handlungen des Rechtsvertreters in vorliegender Zivilsache aufzufassen (act. 21 S. 3 f.).

1.3.1 Nachdem der Vertreter der Beschwerdegegnerin mit Einreichung des Vollstreckungsgesuchs am 3. November 2015 eine auf eine andere Streitsache lautende Vollmacht eingereicht hatte (act. 2/3), setzte die Vorinstanz der Beschwer-

deführerin mit Verfügung vom 4. November 2015 Frist zur Stellungnahme zum Vollstreckungsgesuch (act. 3). Im Rahmen dieser Stellungnahme wies die Beschwerdeführerin darauf hin, dass die gegnerische Vollmacht unzureichend sei (act. 6 S. 2 f.). Die Stellungnahme wurde der Beschwerdegegnerin mit Verfügung vom 11. Dezember 2015 zur freigestellten Stellungnahme innert 10 Tagen zugestellt (act. 8). Daraufhin reichte die Beschwerdegegnerin im Rahmen der Replik vom 14. Januar 2016 eine auf die vorliegende Streitsache lautende Vollmacht, datierend vom 15. Dezember 2015, ein (act. 11 S. 2; act. 12/17).

1.3.2 Art. 132 Abs. 1 ZPO sieht vor, dass Mängel wie eine fehlende Vollmacht innert einer gerichtlichen Nachfrist zu beheben sind. Diese Vorschrift ist Ausprägung des Verbots des überspitzten Formalismus, womit verhindert werden soll, dass auf formell mangelbehaftete, jedoch korrigierbare Eingaben aus formellen Gründen nicht eingetreten wird (BSK ZPO-GSCHWEND/BORNATICO, 2. Aufl., Art. 132 N 1; BGE 120 V 413). Geschützt werden soll mit dieser Bestimmung der Rechtssuchende, dem bei der Einreichung seiner Eingabe ein verbesserungsfähiger Fehler unterlaufen ist. Indem die Vorinstanz der Beschwerdegegnerin mit Verfügung vom 11. Dezember 2015 Frist zur Stellungnahme ansetzte, wurde ihr Gelegenheit gegeben, den von der Beschwerdeführerin aufgezeigten Mangel zu verbessern. Dass in der Verfügung nicht explizit auf Art. 132 ZPO Bezug genommen bzw. die Frist nicht als "Nachfrist" bezeichnet wurde, ist irrelevant, solange der Beschwerdegegnerin daraus kein Nachteil erwuchs.

1.3.3 Ob der Beschwerdeführerin als Gegenpartei vorliegend überhaupt ein Rechtsschutzinteresse zukommt, eine Verletzung von Art. 132 ZPO zu rügen, muss nicht beantwortet werden. Die Behauptung erweist sich nämlich aus folgenden Gründen als unzutreffend: Zunächst liegen entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Unterlassung bzw. die auf einen falschen Streitgegenstand lautende Vollmachtserteilung absichtlich erfolgt wäre. Der Mangel war somit ohne weiteres verbesserlich. Sodann spielt es unter dem Gesichtspunkt von Art. 132 ZPO keine Rolle, ob der Vertreter der Beschwerdegegnerin im Zeitpunkt der Beschwerdeeinreichung bevollmächtigt war oder sein Handeln nachträglich von der Beschwerdegegnerin gestützt auf Art. 38

Abs. 1 OR genehmigt wurde. Auch im letzteren Fall bezieht sich die Genehmigung zurück auf den Zeitpunkt der zuvor ohne Vollmacht erfolgten Prozesshandlungen (BGer 5A\_822/2014 vom 4. Mai 2015 E. 2.3; BSK ZPO-GSCHWEND/BORNATICO, 2. Aufl., Art. 132 N 12). Schliesslich ergibt sich dies auch aus der nachgereichten Vollmacht vom 15. Dezember 2015 selbst: Darin wird ausdrücklich festgehalten, dass Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_ insbesondere bevollmächtigt werde, in der Zivilsache A.\_\_\_\_\_ GmbH "einen Prozess anzuheben, einen Vergleich abzuschliessen oder Rechtsmittel einzulegen sowie den gerichtlichen Vergleich vom 28.04.2015 (Geschäfts-Nr. HG140227-0) vor den zuständigen Gerichten zu vollstrecken" (act. 12/17). Die Vorinstanz durfte somit von einer rechtmässigen Vertretung der Beschwerdegegnerin ausgehen. Eine Verletzung von Art. 130 oder 132 ZPO ist sodann nicht auszumachen.

2.1.1 Die Vorinstanz erwog weiter, dass die Beschwerdegegnerin ein schützenswertes Interesse an der Vollstreckung habe, da die Beschwerdeführerin mindestens einmal gegen den zu vollstreckenden Entscheid verstossen habe (act. 21 S. 5).

2.1.2 Im Rahmen einer materiellen Prüfung des Vollstreckungsgesuchs ging die Vorinstanz in der Folge der Frage nach, ob die zwei von der Beschwerdeführerin eingestandenen Werbeanrufe an Personen, welche durch einen Vermerk im Telefonbuch bzw. Telefonverzeichnis zum Ausdruck gebracht hatten, dass sie keine Werbeanrufe erhalten möchten, einen solchen Verstoss gegen den zu vollstreckenden Entscheid darstelle (act. 21 S. 8). Ausgehend vom Wortlaut legte die Vorinstanz den von den Parteien vor dem Handelsgericht geschlossenen Vergleich aus. Sie erwog, die Parteien hätten vereinbart, dass die Beschwerdeführerin *keine* Werbeanrufe an Personen (mit Ausnahme von bestehenden Kunden) tätigen bzw. in ihrem Auftrag tätigen lassen dürfe, die entweder mündlich oder schriftlich oder durch einen Vermerk im Telefonbuch bzw. -verzeichnis zum Ausdruck gebracht hätten, dass sie keine Werbeanrufe erhalten möchten. Der Wortlaut der Vereinbarung sei klar, komme doch dem Wort "kein" die Bedeutung von "nicht [irgend]ein" zu. Damit führe die wortgetreue Auslegung zum Schluss, dass sich die Parteien dahingehend geeinigt hätten, bereits ein einziger Anruf der Beschwerde-

führerin an Personen mit Sterneintrag stellte eine Verletzung des Vergleichs dar. Unter Berücksichtigung der rechtsanwaltlichen Vertretung beider Parteien vor dem Handelsgericht müsse davon ausgegangen werden, dass das von den Parteien übereinstimmend wirklich Gewollte entsprechend dem klaren Wortlaut ein Verbot auch nur eines einzigen Anrufes an eine Person mit Sterneintrag gewesen sei (act. 21 S. 9). Die zwei von der Beschwerdeführerin eingestandenen Fälle stellten somit einen Verstoss gegen die Vereinbarung dar (act. 21 S. 10). Folglich sei die von den Parteien am 28. April 2015 vor dem Handelsgericht geschlossene Vereinbarung zu vollstrecken (act. 21 S. 11).

2.2. Die Beschwerdeführerin rügt eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz. Sie habe ausführlich dargelegt, dass in zwei Fällen Fehler vorgekommen seien, welche in der Zwischenzeit aber behoben worden seien, und dass es bei jährlich mehr als 100'000 Anrufen aus technischen Gründen zu einer geringen Zahl von unerwünschten Anrufen kommen könne. Zwei falsche Anrufe bei einer so grossen Zahl jährlicher Anrufe seien vernachlässigbar. Ausserdem setze ein Verstoss gegen eine Bestimmung immer voraus, dass der Verstossende überhaupt die Möglichkeit gehabt hätte, den Verstoss zu verhindern. Dies sei vorliegend nicht der Fall.

Indem die Vorinstanz offenbar von einer Kausalhaftung für den einzelnen Fall der Nichtbeachtung des Werbeverbots ausgehe, verstosse sie ausserdem gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Das Verhältnismässigkeitsprinzip müsse auch im Zusammenhang mit dem Terminus "keine Anrufe" beachtet werden. Bei Tausenden von Anrufen könne ein einzelner Ausreisser keine Verletzung des Vergleichs darstellen. Sie habe im vorinstanzlichen Verfahren ausreichende Beweise dafür angeboten, dass der vor dem Handelsgericht zustande gekommene Vergleich in Kenntnis der technischen Gegebenheiten mit einer gewissen Toleranz abgeschlossen worden sei. Auf diese Beweisofferten sei die Vorinstanz jedoch nicht eingegangen. Auch dadurch habe sie ihr rechtliches Gehör verletzt (act. 22 S. 8 f.).

2.3.1 Gerichtsentscheide, die nicht mit konkreten Vollstreckungsmassnahmen verbunden sind, können nicht direkt vollstreckt werden. Für sie ist vielmehr beim

Vollstreckungsgericht ein Vollstreckungsgesuch zu stellen (Art. 337 und Art. 338 ZPO).

Die Vorinstanz wies zu Recht darauf hin, dass unter dem Titel des notwendigen Rechtsschutzinteresses an einer Vollstreckung zu prüfen ist, ob der Gesuchsgegner überhaupt einmal gegen den zu vollstreckenden Entscheid verstossen hat (OGer ZH RV120007 vom 18. April 2013 E. 2.2). Die Frage des begangenen Verstosses ist mithin auf der Eintretensebene zu prüfen. Für die materielle Gutheissung des Vollstreckungsgesuchs muss demgegenüber vom Gesuchsteller lediglich die Vollstreckbarkeit des Titels nachgewiesen werden (BK ZPO II-KELLERHALS, 2. Aufl., Art. 338 N 9). Es handelt sich beim Vorbringen des fehlenden Verstosses gegen die Verpflichtung auch nicht um eine Einwendung im Sinne von Art. 341 Abs. 3 ZPO, die sich gegen die Durchführung der Vollstreckung richtet (vgl. BSK ZPO-DROESE, 2. Aufl., Art. 341 N 21 ff.). Ist die ins Recht gefasste Partei zu einem Unterlassen verpflichtet, bezweckt die anzuordnende Zwangsmassnahme, Wiederholungen, d.h. zukünftigen Verstössen, zuvorzukommen (BK ZPO II-KELLERHALS, 2. Aufl., Art. 343 N 15). Stellt die Zwangsmassnahme wie vorliegend die Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB dar, liegt es im Rahmen des Strafverfahrens sodann am angerufenen Strafrichter zu prüfen, ob der Verpflichtete die ihm im Entscheid auferlegte Unterlassung missachtet hat (BK ZPO II-KELLERHALS, 2. Aufl., Art. 343 N 26 f.).

Im Folgenden ist daher die Frage des Verstosses gegen den Vergleich unter dem Titel des Rechtsschutzinteresses der Beschwerdegegnerin an einer Vollstreckung zu prüfen.

2.3.2 Welches Verhalten der unterlegenen Partei einen Verstoss darstellt und damit eine Vollstreckungsmassnahme nach Art. 343 Abs. 1 ZPO nach sich ziehen kann, ergibt sich aus dem zu vollstreckenden Entscheid (BGer 4A\_406/2015 vom 11. Juli 2016 E. 5.2 [zur Publikation vorgesehen]). Zu Recht hat die Vorinstanz daher den von den Parteien vor dem Handelsgericht geschlossenen Vergleich auf seine Bedeutung, d.h. auf das von den Parteien übereinstimmend wirklich Gewollte, ausgelegt. Die Beschwerdeführerin verpflichtete sich darin, keine Werbeanrufe an Personen mit Sterneintrag zu tätigen bzw. tätigen zu lassen (Ziff. 1 des Ver-

gleichs). Wie die Vorinstanz korrekt festhielt, lässt dieser Wortlaut keinen Spielraum oder – mit den Worten der Beschwerdeführerin – keine Toleranzgrenze für einzelne Verstösse zu. Die Bedeutung des Wortes "kein" und die daraus resultierende Unterlassungspflicht der Beschwerdeführerin sind absolut. Wäre die übereinstimmende Meinung der Parteien gewesen, dass die Verpflichtung der Beschwerdeführerin nicht uneingeschränkt zu gelten habe, hätten sie eine Ausnahmeklausel in den Vertrag aufnehmen müssen. Dies muss auch einem Laien aus dem gewöhnlichen Sprachgebrauch klar werden und umso mehr gelten, wenn die Parteien juristisch vertreten sind, was sie im handelsgerichtlichen Verfahren waren (vgl. act. 2/2). Auch wenn die Beschwerdeführerin vielleicht anlässlich der Vergleichsverhandlung hatte beliebt machen wollen, eine gewisse Fehlerquote zuzulassen, fand dieses Anliegen offensichtlich keinen Eingang in den Vergleich. Der Wortlaut ist eindeutig. Damit musste die Vorinstanz auch nicht auf die von der Beschwerdeführerin für ihre Behauptung der Toleranzgrenze offerierten Zeugenbeweise und Parteibefragungen (vgl. act. 16 S. 8) eingehen. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs kann der Vorinstanz nicht zum Vorwurf gemacht werden. Ebenso wenig ist ein Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit auszumachen, weil wie erwähnt auch ein einziger Anruf an eine Person mit Sterneintrag einer Verletzung der Vereinbarung gleichkommt. Ob diese Verletzung von der Beschwerdeführerin gewollt war oder die Folge einer technischen Unzulänglichkeit ist, ist für die Eintretensfrage nicht relevant. Sie würde höchstens im Zusammenhang mit einem späteren Strafverfahren Bedeutung erlangen.

Die Vorinstanz ist damit zu Recht auf das Vollstreckungsgesuch eingetreten.

3.1 Die Vorinstanz bejahte weiter die Aktivlegitimation der Beschwerdegegnerin zur Stellung des Vollstreckungsgesuchs. Gemäss Art. 10 Abs. 3 UWG könne der Bund klagen, wenn er es zum Schutz des öffentlichen Interesses als nötig erachte, namentlich wenn das Ansehen der Schweiz im Ausland bedroht oder verletzt sei und die in ihren wirtschaftlichen Interessen betroffenen Personen im Ausland ansässig seien oder wenn die Interessen mehrerer Personen oder einer Gruppe von Angehörigen einer Branche oder andere Kollektivinteressen bedroht

oder verletzt seien. Bei der Beurteilung verfüge der Bund über einen grossen Ermessensspielraum, wobei keine zu hohen Anforderungen an das Bejahen der Aktivlegitimation zu stellen seien. Der zu vollstreckende Entscheid sei zumindest in zwei Fällen verletzt worden und der zahlreiche Eingang von Beschwerden betroffener Personen beim Bund könne als Indiz dafür dienen, dass weitere Verletzungen stattgefunden hätten. Somit seien die Interessen mehrerer Personen durch die Verletzung des Vergleichs zumindest bedroht worden. Die Aktivlegitimation sei folglich gegeben (act. 21 S. 10 f.).

3.2 Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die von der Vorinstanz aufgeworfenen zahlreichen Beschwerdeeingänge betroffener Personen beim Bund die Übernahme einer reiner Parteibehauptung darstelle (act. 22 S. 10).

3.3 Im vorliegenden Verfahren geht es um die Vollstreckung eines Vergleichs, bei dem die Schweizerische Eidgenossenschaft als Partei beteiligt war. Als solche stand ihr die Möglichkeit offen, unter den Voraussetzungen von Art. 335 ff. ZPO ein Vollstreckungsgesuch an das Vollstreckungsgericht zu richten. Die Frage der Aktivlegitimation bzw. der Klageberechtigung des Bundes im Allgemeinen muss daher in diesem Verfahrensstadium nicht mehr geprüft werden, sondern leitet sich qua Parteistellung direkt aus dem Vergleich ab (BK ZPO II-KELLERHALS, 2. Aufl., Art. 338 N 5). Es erübrigt sich daher, auf den Einwand der Beschwerdeführerin näher einzugehen. Die Aktivlegitimation der Beschwerdegegnerin zur Stellung eines Vollstreckungsgesuchs war und ist ohne weiteres gegeben.

4.1.1 Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin die Verteilung der Gerichtskosten und der Parteientschädigung im angefochtenen Entscheid.

Die Beschwerdegegnerin habe im vorinstanzlichen Verfahren beantragt, dass ihr (der Beschwerdeführerin) als Vollstreckungsmassnahme gemäss Art. 343 Abs. 1 ZPO eine Ordnungsbusse von Fr. 1'000.– für jeden Tag der Nichterfüllung, mindestens aber eine Ordnungsbusse von Fr. 5'000.– sowie eine Bestrafung der Organe nach Art. 292 StGB anzudrohen sei. Die Vorinstanz habe schliesslich lediglich auf eine Bestrafung der Organe nach Art. 292 StGB erkannt. Damit sei die Beschwerdegegnerin in wesentlichen Teilen ihrer Anträge unterle-

gen und sie selbst habe mit ihrem Antrag auf Abweisung des Gesuchs im gleichen Umfang obsiegt. Indem die Vorinstanz trotzdem ihr die ganzen Gerichtskosten und die ganze Parteientschädigung auferlegt habe, habe sie gegen Art. 106 ZPO verstossen (act. 22 S. 6).

4.1.2 Ausserdem habe die Vorinstanz die Parteientschädigung falsch bemessen. Sie sei offenbar davon ausgegangen, dass die Beschwerdegegnerin durch Rechtsanwalt X. \_\_\_\_\_ berufsmässig vertreten sei. Dieser sei jedoch wissenschaftlicher Mitarbeiter des SECO und führe höchstens Teilzeit eine eigene Anwaltskanzlei in D. \_\_\_\_\_. Das Vollstreckungsgesuch sei mit der Adresse des SECO und auf dem Briefpapier des Beschwerdegegnerin eingereicht wurden. Damit habe Rechtsanwalt X. \_\_\_\_\_ als von der Beschwerdegegnerin angestellter Anwalt gehandelt, weshalb es an der Voraussetzung für die Zusprechung einer Parteientschädigung mangle (act. 22 S. 6 f.).

4.2.1 Die Beschwerdegegnerin führt aus, sie habe im vorinstanzlichen Verfahren im wesentlichen Punkt obsiegt, weshalb die Verteilung der Gerichtskosten und der Parteientschädigung rechtmässig erfolgt sei. Im Übrigen hänge die Festlegung der Sanktion für die Nichtbeachtung des Vergleichs stark vom gerichtlichen Ermessen ab (act. 32 S. 4).

4.2.2 In Bezug auf die Ausrichtung der Parteientschädigung hält die Beschwerdegegnerin fest, dass auch einer juristischen Person, die sich durch einen angestellten Anwalt ihrer Rechtsabteilung vertreten lasse, eine Parteientschädigung zugesprochen werden könne. Insbesondere müsse dies gelten, wenn die Eidgenossenschaft von ihrem Klagerecht nach Art. 10 Abs. 3 UWG Gebrauch mache. Ansonsten würden die entsprechenden Kosten auf die Steuerzahler abgeschoben. Unter Berücksichtigung des hohen Streitwerts und der komplexen rechtlichen Fragen erscheine die von der Vorinstanz zugesprochene Parteientschädigung von Fr. 4'800.– sodann als angemessen (act. 32 S. 5).

4.3.1 Gemäss Art. 338 Abs. 1 ZPO genügt es, dass die obsiegende Partei beim Vollstreckungsgericht einen Antrag auf Vollstreckung stellt. Das Gericht kann von Amtes wegen entscheiden, welche Vollstreckungsmittel zur Anwendung gelan-

gen, ohne hierbei an den Antrag der obsiegenden Partei gebunden zu sein (ZK ZPO-STAEHELIN, 2. Aufl., Art. 338 N 7 mit zahlreichen Hinweisen). Der Vollstreckungsrichter ist mit anderen Worten frei zu entscheiden, von welchen der zur Verfügung stehenden Zwangsmittel er Gebrauch machen will (BK ZPO II-KELLERHALS, 2. Aufl., Art. 343 N 10). Insofern ist für die Frage des Obsiegens und Unterliegens nicht von Relevanz, dass die Beschwerdegegnerin in ihrem Rechtsbegehren alle drei möglichen direkten Zwangsmittel aufführte, die Vorinstanz letztlich aber nur auf die Strafdrohung von Art. 292 StGB erkannte. Wesentlich ist, dass die Beschwerdegegnerin mit ihrem Vollstreckungsbegehren durchgedrungen ist, weshalb sie im vorinstanzlichen Verfahren vollständig obsiegte. Die durch die Vorinstanz vorgenommene Verteilung der Gerichtskosten ist damit nicht zu beanstanden.

4.3.2 Der für die Beschwerdegegnerin prozessführende Rechtsanwalt X. \_\_\_\_\_ ist Angestellter des SECO, Ressort ... (act. 24/4), und daneben unbestrittenermassen Inhaber einer eigenen Anwaltskanzlei in D. \_\_\_\_\_, wo er in einem Teilzeitpensum als selbstständiger Rechtsanwalt tätig ist (act. 32 S. 5; act. 24/3). Im vorliegenden Verfahren trat er klarerweise in seiner Funktion als Angestellter der Beschwerdegegnerin auf, was sich – wie die Beschwerdeführerin zu Recht festhält – einerseits aus dem verwendeten Briefpapier der Rechtschriften und andererseits aus der Vollmacht ergibt (act. 12/17). Gegenteiliges wurde von der Beschwerdegegnerin auch nicht geltend gemacht. Die Frage stellt sich, ob vor diesem Hintergrund der im vorinstanzlichen Verfahren obsiegenden Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung (umfassend die Kosten der berufsmässigen Vertretung; vgl. Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO) zuzusprechen war.

Die Vertretung durch einen Angestellten des Rechtsdiensts stellt keine berufsmässige Vertretung gemäss Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO dar. Dies folgt aus dem Umstand, dass zur berufsmässigen Vertretung lediglich Anwältinnen und Anwälte befugt sind, die nach dem BGFA berechtigt sind, Parteien vor schweizerischen Gerichten zu vertreten (Art. 68 Abs. 2 lit. a ZPO). Das BGFA verlangt als Voraussetzung für einen Registereintrag die Unabhängigkeit eines Anwalts, die bei einem Anstellungsverhältnis grundsätzlich nicht gewahrt ist (vgl. Art. 8 Abs. 1 lit. d

BGFA). Damit trat Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_ vorliegend nicht als berufsmässiger Vertreter auf und es wäre der Beschwerdegegnerin demzufolge lediglich eine Umtriebsentschädigung auszurichten gewesen, da der Beizug eines Mitarbeiters des Rechtsdiensts einen begründeten Fall im Sinne von Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO darstellt (vgl. auch ZK ZPO-SUTER/VON HOLZEN, 2. Aufl., Art. 95 N 42; BSK ZPO-RÜEGG, 2. Aufl., Art. 95 N 22; BGer 1P.68/2007 vom 17. August 2007 [in BGE 133 II 321 nicht publizierte] E. 5 m.H. auf weitere Entscheide).

Wird die Zusprechung einer Umtriebsentschädigung bejaht, stellt sich die anschliessende Frage nach deren Bemessung. Die kantonale Anwaltsgebührenverordnung (AnwGebV) ist nicht anwendbar, da diese die von den Justizbehörden festzusetzenden Vergütungen für die Parteivertretung durch Anwältinnen und Anwälte vor den Schlichtungsbehörden, den Zivilgerichten und den Strafbehörden regelt (§ 1 AnwGebV), welche gemäss § 11 des Zürcher Anwaltsgesetzes den im kantonalen Anwaltsregister eingetragenen oder Freizügigkeit nach dem BGFA geniessenden Anwältinnen und Anwälten vorbehalten ist. Dies ist bei Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_ in seiner Funktion als Angestellter der Beschwerdegegnerin wie gesehen nicht der Fall. In der Praxis wird die AnwGebV jedoch hilfsweise zur Festlegung eines Ausgangsrahmens beigezogen. Grundsätzlich handelt es sich um eine Billigkeitsentscheidung (vgl. BK ZPO I-STERCHI, 2. Aufl., Art. 95 N 18; KUKO ZPO-SCHMID, 2. Aufl., Art. 95 N 34). Aufgrund des Anstellungsverhältnisses und der damit verbundenen "Ohnehin-Kosten", und da nur die Selbstkosten zu entschädigen sind, erscheint eine Reduktion des Ansatzes gemäss Anwaltstarif um 2/3 angemessen. Die von der Vorinstanz bemessene Parteientschädigung von Fr. 4'800.– ist damit entsprechend zu reduzieren und auf Fr. 1'600.– festzusetzen.

5.1 Die Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren bemessen sich nach dem Streitwert, dem Zeitaufwand des Gerichts sowie der Schwierigkeit des Falls (§ 12 Abs. 1 i.V.m. § 2 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts [GebV OG]). Auszugehen ist von einem Streitwert im Hauptpunkt von Fr. 100'000.– (vgl. act. 25 S. 4), gegen welchen keine der Parteien opponiert hat. In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 i.V.m. § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG sind die Gerichtskosten auf Fr. 2'600.– festzusetzen.

5.2 Vorliegend obsiegt die Beschwerdegegnerin im überwiegenden Umfang. Die zugunsten der Beschwerdeführerin um Fr. 3'200.– reduzierte Umtriebsentschädigung ist angesichts des Streitwertes von Fr. 100'000.– vernachlässigbar. Damit rechtfertigt es sich, die Gerichtskosten vollumfänglich der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 106 ZPO).

5.3 Ausserdem ist der Beschwerdegegnerin gestützt auf § 2 Abs. 1, § 4 Abs. 1 und 2, § 9 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV für das Beschwerdeverfahren eine Umtriebsentschädigung von Fr. 800.– zuzusprechen.

**Es wird erkannt:**

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird Dispositivziffer 4 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Winterthur vom 3. Juni 2016 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:  
  
"4. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine Umtriebsentschädigung von Fr. 1'600.– zu bezahlen."
2. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'600.– festgesetzt.
4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
5. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Beschwerdeverfahren eine Umtriebsentschädigung von Fr. 800.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage eines Doppels von act. 36, sowie an das Bezirksgericht Winterthur und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

7. 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. 100'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. M. Isler

versandt am: