

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RV200013-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichter
lic. iur. M. Spahn und Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos Würgler
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. M. Reuss Valentini

Urteil vom 12. November 2020

in Sachen

1. **A.**_____,

2. **B.**_____,

Gesuchsgegner und Beschwerdeführer

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

C._____,

Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend **Vollstreckung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 2. April 2020 (EZ190009-G)

Erwägungen:

1.1. Mit Urteil vom 2. April 2020 entschied die Vorinstanz über das von der Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gesuchstellerin) am 8. Oktober 2019 eingereichte Vollstreckungsbegehren wie folgt (Urk. 38 S. 13 f. = Urk. 35 S. 13 f.):

- "1. Die Gesuchsgegner 1 und 2 werden je unter Strafandrohung nach Art. 292 StGB (Busse bis zu CHF 10'000.-) verpflichtet, bei der Zuwahl von Herrn RA D._____, geb. tt. Februar 1959, in den Verwaltungsrat der E1._____ Holding AG in Liquidation, anlässlich der nächsten ordentlichen oder ausserordentlichen Generalversammlung ihre Zustimmung als Aktionäre der Gesellschaft zu erteilen.
2. Im über Dispositiv Ziffer 1 hinausgehenden Umfang wird das Vollstreckungsgesuch abgewiesen.
3. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf CHF 4'150.-.
4. Die Gerichtskosten werden zu 20% der Gesuchstellerin und zu 80% den Gesuchsgegnern (je unter solidarischer Haftung für den ganzen auf sie entfallenden Betrag) auferlegt.
5. Die Gerichtskosten werden aus dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss von CHF 4'150.- bezogen, sind dieser aber im Umfang von CHF 3'320.- von den Gesuchsgegnern (je unter solidarischer Haftung für den gesamten Betrag) zu ersetzen.
6. Die Gesuchsgegner werden - je unter solidarischer Haftung für den ganzen Betrag - verpflichtet, der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung von CHF 3'030.- (gesetzliche MWST darin enthalten) zu bezahlen.
7. (Schriftliche Mitteilung)
8. (Beschwerde)"

1.2. Dagegen erhoben die Gesuchsgegner und Beschwerdeführer (fortan Gesuchsgegner) mit Schreiben vom 17. April 2020 (gleichentags zur Post gegeben, eingegangen am 20. April 2020) innert Frist Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 37 S. 2):

- "1. Es seien Ziff. 1 sowie Ziff. 3 des Urteils des Bezirksgerichts Meilen vom 2. April 2020 aufzuheben und es sei das Vollstreckungsgesuch der Beschwerdegegnerin vollumfänglich abzuweisen.

2. Der Beschwerde sei, auch hinsichtlich der Kostenfolgen, aufschiebende Wirkung zu erteilen.
3. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens seien der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen und es sei die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, den Beschwerdeführern für das erstinstanzliche Verfahren eine angemessene Entschädigung zu bezahlen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin."

1.3. Mit Präsidialverfügung vom 22. April 2020 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung erteilt und der Gesuchstellerin Frist angesetzt, um zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung Stellung zu nehmen (Urk. 39 S. 2 f.). Gleichzeitig wurde den Gesuchsgegnern Frist angesetzt, um einen Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 4'150.– zu leisten (Urk. 39 S. 2). Dieser ging innert Frist ein (Urk. 40). Die Stellungnahme der Gesuchstellerin datiert vom 5. Mai 2020 (Urk. 41 S. 2). Mit Präsidialverfügung vom 12. Mai 2020 wurde das Gesuch der Gesuchsgegner um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen (Urk. 42). Die rechtzeitig erstattete Beschwerdeantwort datiert vom 25. Mai 2020. Darin schloss die Gesuchstellerin auf Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zulasten der Gesuchsgegner (Urk. 43 S. 2). Mit Präsidialverfügung vom 3. Juli 2020 wurde das Doppel der Beschwerdeantwortsschrift den Gesuchsgegnern zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 44). Mit Zuschrift vom 17. Juli 2020 machten die Gesuchsgegner rechtzeitig von ihrem Replikrecht Gebrauch (Urk. 45). Diese Eingabe wurde wiederum der Gesuchstellerin am 21. Juli 2020 zur Kenntnisnahme zugesandt (Urk. 45 S. 1; Prot. II S. 7). Das Verfahren ist spruchreif.

2.1. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Gemäss Art. 326 Abs. 1 ZPO sind neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen. Besondere Bestimmungen des Gesetzes bleiben vorbehalten (Art. 326 Abs.1 und 2 ZPO).

2.2. Die Parteien sind Geschwister und führten beim Bezirksgericht Meilen einen Zivilprozess betreffend Erbteilung des Nachlasses ihres am tt.mm 2003 verstorbenen Vaters, F._____, welcher durch Vergleich vom 19. Juni 2018 erledigt wur-

de (Urk. 1 S. 3 f.; Urk. 38 S. 4; Urk. 3/1). Der Vergleich enthält folgende Klausel (Urk. 3/1 S. 4 f.):

"8. Die Beklagte hat das Recht auf Zuwahl eines Mitgliedes in den Verwaltungsrat der E1._____ Holding AG samt deren Tochtergesellschaften, wobei es sich nicht um sie selbst oder ihren Ehemann G._____ handeln darf. Diese Zuwahl findet bis spätestens 31. Dezember 2018 statt."

Vorliegend geht es um die Vollstreckung der Zuwahl in den Verwaltungsrat.

2.3. Die E1._____ Holding AG befindet sich zwischenzeitlich in Liquidation (vgl. Beschluss anlässlich der ausserordentlichen Generalversammlung vom 29. März 2019 betr. Auflösung und Liquidation der Gesellschaft [Urk. 3/2; Urk. 23/2] sowie Online-Handelsregisterauszug des Kantons Zug). Nicht umstritten ist, dass die Gesuchstellerin anlässlich der ausserordentlichen Generalversammlung vom 29. März 2019 sowie anlässlich der ordentlichen Generalversammlung vom 4. September 2019 Rechtsanwalt D._____, geb. tt. Februar 1959, zur Wahl als Verwaltungsratsmitglied vorschlug. In beiden Fällen wurde der vorgeschlagene Kandidat nicht gewählt. Am 11. Dezember 2019 fand eine weitere Generalversammlung statt, anlässlich welcher die Liquidationsschlussdividende und deren Ausschüttung beschlossen wurden (Urk. 33/11). Der weitere Versuch der Gesuchstellerin, an der Generalversammlung vom 11. Dezember 2019 Rechtsanwalt D._____ wählen zu lassen, scheiterte (Urk. 38 S. 4 f.; Urk. 33/11). Die E1._____ Holding AG in Liquidation ist nach wie vor im Handelsregister des Kantons Zug eingetragen (vgl. Online-Handelsregisterauszug des Kantons Zug). Des Weiteren hatte die Gesuchstellerin diverse Auskunftsbegehren stellen lassen. Weil diesen gemäss ihrer Ansicht nicht hinreichend nachgekommen wurde, leitete sie am 4. Dezember 2019 beim Obergericht des Kantons Zug ein Gesuch um Sonderprüfung ein (Urk. 27 S. 4 ff.).

2.4. Die Vorinstanz erwog, die Gesuchstellerin beabsichtige, das ihr gemäss Vergleich vom 19. Juni 2018 zustehende Recht auf Zuwahl eines Mitglieds in den Verwaltungsrat der E1._____ Holding AG in Liquidation durchzusetzen. Die Gesuchsgegner würden das Rechtsschutzinteresse mit dem Hinweis bestreiten, dass die Liquidation der streitgegenständlichen Gesellschaft faktisch vollumfänglich abgeschlossen sei. Die Argumentation der Gesuchsgegner überzeuge nicht.

Inwiefern die durchgeführte Liquidation das Recht der Gesuchstellerin auf Zuwahl eines Verwaltungsrates tangiere, sei nicht ersichtlich. Solange die juristische Person weiterbestehe, stünden dem Verwaltungsrat gewisse Kompetenzen zu. Dies unabhängig davon, ob es noch einen zu kontrollierenden Geschäftsgang gebe. An der Ernennung eines (ihr genehmen) Verwaltungsrats könne die Gesuchstellerin demnach auch ein Interesse haben, wenn die Gesellschaft in Liquidation sei oder diese gar abgeschlossen worden sei. Das Rechtsschutzinteresse der Gesuchstellerin bestehe so lange, als dass die E1._____ Holding AG in Liquidation im Handelsregister noch nicht gelöscht worden sei. Dies sei von keiner Partei behauptet worden. Irrelevant sei ferner, dass sich der auf Vorschlag der Gesuchstellerin gewählte Verwaltungsrat bei der Beschlussfassung angeblich jeweils in der Minderheit befinden würde. Dieser Umstand sei dem zu vollstreckenden Entscheid immanent. Das Rechtsschutzinteresse der Gesuchstellerin bestehe völlig unabhängig davon, ob diese ein Auskunftsbegehren gestellt habe, wie dieses beantwortet und ob eine Sonderprüfung eingeleitet worden sei oder nicht. Der in diesem Zusammenhang von den Gesuchsgegnern erhobene Vorwurf, das Gesuch erweise sich gar als rechtsmissbräuchlich, zumal seitens der Gesellschaft sämtliche Vorkehren getroffen worden seien, um der Gesuchstellerin die Wahrnehmung umfassender Auskunfts- und Einsichtsrechte zu gewährleisten (Urk. 22 S. 6), entbehre damit der Grundlage. Die Gesuchstellerin verfüge demnach über ein schutzwürdiges Interesse, weshalb auf das Vollstreckungsgesuch einzutreten sei (Urk. 38 S. 9 f.).

Mit Vergleich vom 19. Juni 2018 hätten die Parteien vereinbart, dass der Gesuchstellerin das Recht zukommen solle, ein Mitglied in den Verwaltungsrat der E1._____ Holding AG hinzuwählen zu können, wobei es sich dabei weder um die Gesuchstellerin selbst noch deren Ehemann G._____ handeln dürfe. Die Zuwahl sollte bis spätestens 31. Dezember 2018 erfolgen. Dieser Vergleich beinhalte zugleich ein Recht und eine Pflicht. Die Gesuchstellerin habe das Recht auf Zuwahl eines Mitgliedes in den Verwaltungsrat. Im Gegenzug treffe die Gesuchsgegner die Pflicht, diese Zuwahl bis spätestens am 31. Dezember 2018 vorzunehmen. Der Vergleich sei damit hinreichend klar, was die von den Gesuchsgegnern vorzunehmende Handlung betreffe. Sie seien verpflichtet gewesen, bis spätestens

31. Dezember 2018 eine von der Gesuchstellerin bestimmte Person in den Verwaltungsrat der E1._____ Holding AG zu wählen, welche nicht die Gesuchstellerin oder deren Ehemann seien. Dass die Gesuchsgegner diese Verpflichtung erfüllt hätten, würden diese zu Recht nicht vorbringen. Damit befänden sie sich seit dem 1. Januar 2019 mit der Erfüllung ihrer Pflicht im Verzug. Dem Vollstreckungsgesuch könne demnach grundsätzlich Folge geleistet werden (Urk. 38 S. 11).

Gemäss Wortlaut des Vergleichs sei überdies klar, dass die Gesuchstellerin in der Benennung des Verwaltungsratsmitglieds frei sein solle, was auch sinnvoll sei, zumal mit der Klausel offensichtlich der Gesuchstellerin ermöglicht werden sollte, im Verwaltungsrat der E1._____ Holding AG (in Liquidation) eine ihr genehme Person zu platzieren. Dass es sich hierbei allenfalls um eine „Strohperson“ handeln würde, sei nicht nur voraussehbar, sondern geradezu gewollt. Von einer Verwirkung des Rechts der Gesuchstellerin auf Zuwahl könne keine Rede sein, weil sich aus dem Vergleich keine Handlungspflichten der Gesuchstellerin ergäben. Die Bestimmung der zu wählenden Person sei als der Gesuchstellerin obliegende Mitwirkungshandlung bei der Zuwahl zu qualifizieren. Dass die Gesuchstellerin ihre Mitwirkung verweigert habe, würden die Gesuchsgegner nicht geltend machen. Gemäss klarem Wortlaut des Vergleichs finde die Zuwahl bis am 31. Dezember 2018 statt. Die zeitliche Vorgabe beziehe sich mithin auf die Zuwahl an sich und damit auf die entsprechende Verpflichtung der Gesuchsgegner. Analog einer Zahlungspflicht entfalle diese Verpflichtung mit Eintritt des Verfalltages nicht, sondern der Schuldner gerate in Verzug. Einem Vollstreckungsgesuch vor dem 31. Dezember 2018 hätte jedenfalls entgegengehalten werden können, dass die Frist zur Erbringung der Handlung (Zuwahl einer Person in den Verwaltungsrat) noch nicht verstrichen sei. Die Gesuchstellerin habe schliesslich auf die Ausübung ihres Rechts auch in keiner Weise verzichtet. Folglich seien nach dem Vergleich vom 19. Juni 2018 keine Tatsachen eingetreten, welche den Wegfall der Handlungspflicht der Gesuchsgegner begründen würden. Entsprechend seien die Gesuchsgegner zu verpflichten, bei der Zuwahl von Rechtsanwalt D._____ in den Verwaltungsrat der E1._____ Holding AG in Liquidation anlässlich der nächs-

ten ordentlichen oder ausserordentlichen Generalversammlung ihre Zustimmung zu erteilen. Dies unter Strafandrohung nach Art. 292 StGB.

Was den Antrag der Gesuchstellerin betreffe, die Gesuchsgegner seien darüber hinaus zur Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung zu verpflichten, fehle es hierfür im Vergleich vom 19. Juni 2018 an einer entsprechenden Grundlage. Es sei denn auch gar nicht nötig gewesen, eine solche Pflicht festzuhalten, da die Gesuchstellerin als qualifizierte Minderheitsaktionärin gestützt auf Art. 699 Abs. 3 OR die Einberufung einer Generalversammlung verlangen könne. Der entsprechende Antrag (der hilfsweise geltend gemacht worden sei) sei entsprechend abzuweisen (Urk. 38 S. 11 ff.).

2.5.1. Die Gesuchsgegner halten im Wesentlichen daran fest, dass mit Blick auf die Liquidation der E1._____ Holding AG (Gültige Genehmigung der Liquidationsschlussbilanz und Verteilung des Liquidationsergebnisses anlässlich der Generalversammlung vom 11. Dezember 2019) kein Rechtsschutzinteresse an der Zuwahl eines neuen Verwaltungsrats gemäss der Vergleichsbestimmung aus dem Jahr 2018, als die E1._____ Holding AG noch aktiv gewesen sei, mehr bestehe. Der Verwaltungsrat habe keinerlei Kompetenzen mehr, was auch für ein neu zu wählendes Mitglied gelte. Dies sei der Vorinstanz bekannt gewesen. Anstatt aber die möglichen Kompetenzen des Verwaltungsrats anhand der konkreten, ihr bekannten Situation der E1._____ Holding AG zu beurteilen, habe sie sich ohne Würdigung der vorgebrachten tatsächlichen Umstände pauschal mit dem Formaljuristischen begnügt, dem Verwaltungsrat würden auch während der Liquidation noch gewisse Kompetenzen zukommen. Solches sei willkürlich und damit rechtswidrig.

Zudem habe die Vorinstanz die Gesuchsgegner zu Handlungen verpflichtet, die sich aus der Vergleichsbestimmung nicht ergeben würden, geschweige denn klar und unzweideutig. Solches sei eine im Vollstreckungsverfahren verpönte erhebliche Auslegungstätigkeit im Sinne von Art. 18 Abs. 1 OR. Bestehe aber keine Handlungspflicht bis 31. Dezember 2018, sei auch kein Verzug der Gesuchsgegner eingetreten. Zudem sei der angefochtene Entscheid widersprüchlich, wenn er einerseits von einer Pflicht der Gesuchsgegner ausgehe, eine Generalversamm-

lung einzuberufen und andererseits festhalte, es sei nicht nötig gewesen, eine solche Verpflichtung im Vergleich festzuhalten, weil die Gesuchstellerin als qualifizierte Minderheitsaktionärin gestützt auf Art. 699 Abs. 3 OR die Einberufung einer Generalversammlung hätte verlangen können. Die Gesuchsgegner hätten im Übrigen ohnehin keine Veranlassung gehabt, eine ausserordentliche Generalversammlung einzuberufen, weil die Gesuchstellerin im Jahr 2018 noch gar keine Person als ihre Vertretung im Verwaltungsrat der E1._____ Holding AG genannt habe. Damit sei die Vollstreckung der Vergleichsbestimmung unmöglich geworden. Weil der Vergleich keine Pflicht der Gesuchsgegner enthalte, sondern lediglich ein Recht der Gesuchstellerin, sei auch klar, dass dieses Recht bis spätestens am 31. Dezember 2018 hätte ausgeübt werden müssen. Aus dem versäumten Recht könne keine unterlassene Pflicht der Gesuchsgegner konstruiert werden, weshalb von einem Verzug der Gesuchsgegner seit dem 1. Januar 2019 nicht die Rede sein könne. Die Gesuchsgegner hätten somit zu Recht vorgetragen, dass der am 28. März 2019 erstmals gestellte Antrag der Gesuchstellerin verspätet vorgebracht worden sei, weil sie ihr Recht damals bereits durch Nichtstun verwirkt habe. Auf jeden Fall aber sei Ziffer 8 des Vergleichs vom 19. Juni 2018 diesbezüglich viel zu unklar formuliert, weshalb ohne erhebliche Auslegungstätigkeit im Sinne von Art. 18 Abs. 1 OR nicht auf einen Verzug der Gesuchsgegner mit der Zuwahl geschlossen werden könne. Und schliesslich enthalte der Vergleich schon gar nicht den Namen des gemäss Vorinstanz nun zwingend zu wählenden D._____ (Urk. 37 S. 2 ff.).

2.5.2. Die Gesuchstellerin hält entgegen, ihr Interesse an der Zuwahl eines von ihr bestimmten Verwaltungsrates ergebe sich bereits aus dem laufenden Verfahren um gerichtliche Anordnung einer Sonderprüfung bei der E1._____ Holding AG vor dem Obergericht des Kantons Zug. Die beantragte Sonderprüfung diene der Abklärung allfälliger Verantwortlichkeitsansprüche gegen die Gesuchsgegner, welche als Organ für die E1._____ Holding AG tätig seien. Zudem laufe eine Strafuntersuchung gegen die Gesuchsgegner und den von ihnen mandatierten Verwaltungsratspräsidenten Dr. H._____ wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung, Falschbeurkundung etc. Die E2._____ -Gesellschaften könnten in diesem Verfahren Rechte als geschädigte Person geltend machen und sich als Straf- und Zivil-

klägerin am Strafverfahren beteiligen. Dass sich die Gesellschaft bereits in Liquidation befinde und eine Schlussbilanz bereits genehmigt worden sei, ändere daran nichts. Solange die Gesellschaft existiere, könne sie weiter Forderungen geltend machen und Klagen erheben, um allfällige Ansprüche durchzusetzen und damit das Liquidationsergebnis zu verbessern. Die Vorinstanz sei damit zu Recht von einem schutzwürdigen Interessen an der Zuwahl eines Verwaltungsrates ihrer Wahl ausgegangen. Eine Verwirkungsfrist liege nicht vor. Vielmehr seien die verpflichteten Gesuchsgegner in Verzug geraten. Die Verpflichtung habe erst nach Ablauf der Frist zur Erfüllung erzwungen werden können. Damit habe sie erst im Jahr 2019 die Zuwahl eines Verwaltungsrates ihrer Wahl erzwingen können. Mit Blick auf die Dispositionsmaxime habe die Vorinstanz die Gesuchsgegner zu Recht zur Zuwahl von Rechtsanwalt D._____ verpflichtet und ihr damit das zugesprochen, was sie verlangt habe, und damit weniger als ihr durch den Vergleich zugestanden hätte (Urk. 43 S. 2 ff.).

2.6.1. Die gesuchstellende Person muss ein schutzwürdiges Interesse am eingeleiteten Verfahren haben (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO). Das angerufene Gericht hat unter dem Titel des Rechtsschutzinteresses keine Zweckmässigkeitsprüfung vorzunehmen (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 59 N 12). Die Gesuchstellerin wies vor Vorinstanz korrekt darauf hin, dass die Gesellschaft bei Eintritt in die Liquidation ihre juristische Persönlichkeit behält, bis die Auseinandersetzung auch mit den Aktionären durchgeführt ist (Art. 739 Abs. 1 OR). Sofern die Liquidation nicht durch die Statuten oder einen Beschluss der Generalversammlung an andere Personen übertragen wird, wird sie durch den Verwaltungsrat besorgt. Wo keine Personalunion eintritt, ist eine Kompetenzausscheidung notwendig. Der Verwaltungsrat wird beibehalten. Er verbleibt auch während der Phase der Liquidation ein zwingendes Organ und ist für die Aufgaben zuständig, die nicht zur Liquidation gehören. Insbesondere bleibt der Verwaltungsrat berechtigt, die Einhaltung von Gesetz, Statuten, Reglementen und Weisungen zu überwachen (Urk. 27 S. 6 mit Hinweis auf BSK OR II-Stäubli, Art. 739 N 7). Der Verwaltungsrat besteht also trotz Liquidationseintritt weiter, selbst wenn er nicht mit der Liquidation betraut ist. Seine Aufgaben sind aber stark eingeschränkt (OFK-Kuster, OR 739 N 5). Die Gesuchstellerin hat zwar gemäss Ver-

gleich kein Recht auf Zuwahl eines Liquidatoren, jedoch besteht nach wie vor ein Rechtsschutzinteresse auf Zuwahl eines Verwaltungsratsmitgliedes, solange die Gesellschaft nicht gelöscht ist. Dass anlässlich der Generalversammlung vom 11. Dezember 2019 die Liquidationsschlussbilanz genehmigt und über die Verteilung des Liquidationsergebnisses beschlossen wurde (Urk. 37 S. 4 Rz. 12; Urk. 33/11), ändert daran nichts. Zur Verneinung eines Rechtsschutzinteresses kann auch nicht führen, dass der Verwaltungsrat nur noch eine untergeordnete Funktion hat. Immerhin steht ihm noch die Oberleitung der Gesellschaft zu (OFK-Kuster, OR 739 N 5). Mit Blick auf das laufende Sonderprüfungsverfahren (Urk. 28/9; Urk. 33/12; Urk. 43 S. 2; Art. 697a ff.) besteht im Übrigen durchaus die Möglichkeit, dass es zu einer Korrektur des Liquidationsergebnisses kommt (vgl. auch Art. 678 OR [Rückerstattungsklage]). Die Vorinstanz trat somit zufolge Vorliegens eines (hinreichend) schutzwürdigen Interesses zu Recht auf das Vollstreckungsgesuch ein.

2.6.2. Im Bereich der Vollstreckung einer Entscheidung, bei der es nicht um die Zahlung einer Geldsumme oder die Leistung von Sicherheiten geht (Art. 335 ff. ZPO), hat das Bundesgericht entschieden, dass der gerichtliche Vergleich nur soweit vollstreckbar sei, als die betreffende Leistung in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht so klar bestimmt sei, dass das Vollstreckungsgericht diesbezüglich keine eigene Erkenntnistätigkeit entfalten müsse. Anders ausgedrückt könne der Vollstreckungsrichter in diesem Fall keine Auslegung des gerichtlichen Vergleichs nach Art. 18 Abs. 1 OR vornehmen (BGE 143 III 564 E. 4.4.2 = Pra 107 [2018] Nr. 132 E. 4.4.2). Was sich mithin nicht klar und unzweideutig aus dem Vergleich ergibt, kann nicht vollstreckt werden.

Gemäss Ziffer 8 des Vergleichs vom 19. Juni 2018 hat die Gesuchstellerin das Recht auf Zuwahl eines Mitgliedes in den Verwaltungsrat der E1._____ Holding AG. Diese Zuwahl findet bis spätestens am 31. Dezember 2018 statt. Die Modalitäten der Zuwahl sind im Vergleich nicht explizit geregelt. Jedoch ist aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen klar und denn auch unbestritten, dass die Zuwahl im Rahmen einer (ordentlichen oder ausserordentlichen) Generalversammlung zu erfolgen hat (vgl. Art. 698 Abs. 1 und Abs. 2 Ziff. 2 OR). Zudem können nur die Ge-

suchsgegner als Mehrheitsaktionäre die Zuwahl vornehmen (Urk. 3/6 S. 1; Art. 703 OR; absolutes Mehr der vertretenen Aktienstimmen; Urk. 23/1 S. 2; Urk. 33/11). Die Zuwahl sollte bis spätestens am 31. Dezember 2018 stattfinden. Die Vorinstanz ging daher zu Recht von einer entsprechenden impliziten Pflicht der Gesuchsgegner aus, die Zuwahl bis spätestens am 31. Dezember 2018 vorzunehmen (Urk. 38 S. 11). Von einer verpönten Erkenntnistätigkeit des vorinstanzlichen Vollstreckungsgerichts ist dabei nicht auszugehen. Unabdingbare Voraussetzung für die Zuwahl ist zwar, dass die Gesuchstellerin eine ihr genehme Person vorschlägt und damit kundtut, von ihrem Zuwahlrecht Gebrauch machen zu wollen. Die Zuwahl setzt mithin zunächst ein Aktivwerden der Gesuchstellerin voraus, ansonsten einfach nichts passiert. Die Gesuchstellerin schlug unbestrittenmassen erst mit Schreiben vom 28. März 2019 im Hinblick auf die ausserordentliche Generalversammlung vom 29. März 2019 Rechtsanwalt D._____ für die Zuwahl vor (Urk. 1 S. 4; Urk. 3/2 S. 1; Urk. 3/3 S. 2). Zuvor konnten die Gesuchsgegner demgemäss nicht in Verzug geraten, weil die aufschiebende Bedingung, dass die Gesuchstellerin überhaupt eine ihr genehme Person nennt, nicht eingetreten war. Die Frist bis spätestens 31. Dezember 2018 laut Vergleich kann dabei, entgegen der Auffassung der Gesuchsgegner (vgl. Urk. 22 S. 13 f. Rz. 54 und 59), jedoch nicht als Verwirkungsfrist zu Lasten der Gesuchstellerin angesehen werden, zumal die Pflicht, die Zuwahl vorzunehmen, die Gesuchsgegner traf, die Gesuchstellerin demgegenüber lediglich eine Mitwirkungshandlung. Es ist kein Grund ersichtlich und wurde auch nicht substantiiert, weshalb das Zuwahlrecht der Gesuchstellerin anlässlich der Vergleichsschliessung bis Ende Jahr 2018 hätte befristet werden sollen. Allerdings konnte sie vor Ablauf dieser Frist keine Erfüllung verlangen. Eine Verwirkungsfrist ist sodann nicht leichthin anzunehmen. Derartiges hätte im Vergleich anders formuliert werden müssen, etwa dahingehend, dass die Gesuchstellerin bis Ende 2018 rechtzeitig eine ihr genehme Person als Verwaltungsratsmitglied hätte vorschlagen müssen, ansonsten sie ihr Recht verwirkt hätte. Die E-Mail von Dr. H._____ (Verwaltungsratspräsident der E1._____ Holding AG und Vertreter der Aktienrechte der Gesuchsgegner anlässlich der ausserordentlichen Generalversammlung vom 29. März 2019) vom 28. März 2019, worin dieser festhielt, dass der gerichtlich festgehaltene grundsätzli-

che Anspruch der Gesuchstellerin auf Zuwahl eines Vertreters in keiner Weise in Abrede gestellt werde, nur müsse dessen Zuwahl aus den genannten formellen Gründen in einer späteren ausserordentlichen Generalversammlung erfolgen (Urk. 28/13), bildet denn auch ein gewichtiges Indiz dafür, dass selbst die Gesuchsgegner nicht von einer Verwirkungsfrist ausgingen. Rechtsanwalt D._____ wurde denn auch nicht zufolge einer angeblichen Verwirkung des Zuwahlrechts der Gesuchstellerin nicht gewählt, sondern weil die Zuwahl nicht rechtzeitig gehörig traktandiert worden war (vgl. Urk. 28/13). Dass Dr. H._____ nicht Partei des Vergleichs, geschweige denn Aktionär der E1._____ Holding AG ist (vgl. Urk. 32 S. 11 Rz. 36 ff.), ändert daran nichts. Zumindest vertrat er die Aktienstimmen der Gesuchsgegner anlässlich der ausserordentlichen Generalversammlung vom 29. März 2019 und ist Verwaltungsratspräsident der E1._____ Holding AG (Urk. 3/2). Es ist daher davon auszugehen, dass das, was er sagte, auch galt. Ansonsten zu erwarten gewesen wäre, dass die Gesuchsgegner zeitnah interveniert hätten.

Die Zuwahl setzt zwar zunächst ein Aktivwerden der Gesuchstellerin voraus, ansonsten sie gar nicht erfolgen kann. Jedoch ist aufgrund des Vergleichs nicht von einer Verwirkung des Zuwahlrechts per Ende Jahr 2018 auszugehen. Nachdem der von der Gesuchstellerin mehrmals vorgeschlagene Rechtsanwalt D._____ auch später (trotz gehöriger Traktandierung) nie in den Verwaltungsrat der E1._____ Holding AG gewählt wurde (Urk. 3/6 S. 4 f.; Urk. 3/11), hiess die Vorinstanz das Vollstreckungsbegehren der Gesuchstellerin somit richtigerweise gut und verpflichtete die Gesuchsgegner, bei der Zuwahl von Rechtsanwalt D._____ in den Verwaltungsrat der E1._____ Holding AG in Liquidation, anlässlich der nächsten ordentlichen oder ausserordentlichen Generalversammlung ihre Zustimmung als Aktionäre der Gesellschaft abzugeben (Urk. 38 S. 13, Dispositivziffer 1).

Lediglich am Rand ist zu bemerken, dass die Ablehnung des Antrages der Gesuchstellerin, die Gesuchsgegner zwecks Vollstreckung zur Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung zu verpflichten (Urk. 38 S. 12 f.), seitens der Gesuchstellerin zu Recht unangefochten blieb, nachdem es ihr als Minder-

heitsaktionärin frei steht, selbst eine solche ausserordentliche Generalversammlung einzuberufen (Art. 699 Abs. 3 OR).

Nicht zu beanstanden ist schliesslich, dass die Vorinstanz die Gesuchsgegner im Rahmen der Vollstreckung des Vergleichs konkret zur Zuwahl von Rechtsanwalt D._____ verpflichtete, nachdem aufgrund des Vergleichswortlauts klar von einem freien Zuwahlrecht der Gesuchstellerin (ausgenommen lediglich sie selbst und ihr Ehegatte G._____) auszugehen ist (vgl. dazu zutreffend: Urk. 38 S. 11 f.), die Gesuchstellerin ihre Wahl getroffen hat und ihr Vollstreckungsbegehren entsprechend formulierte (Urk. 1 S. 2). Im Übrigen stellen die Gesuchsgegner die grundsätzliche Eignung von Rechtsanwalt D._____ nicht in Abrede (Urk. 37 S. 9 Rz. 26).

2.7. Zwar wurde auch Dispositivziffer 3 des vorinstanzlichen Entscheides (Gerichtsgebühr) mitangefochten (vgl. Urk. 37 S. 2, Antrag 1), allerdings wurde solches mit keinem Wort näher begründet (vgl. Urk. 37; Urk. 45). Diesbezüglich ist auf die Beschwerde dementsprechend ohne weiteres nicht einzutreten.

2.8. Zusammengefasst ist die Beschwerde somit vollumfänglich abzuweisen.

3. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens den Gesuchsgegnern unter solidarischer Haftung und intern je zur Hälfte aufzuerlegen, und sie sind antragsgemäss (vgl. Urk. 43 S. 2) solidarisch zu verpflichten, der Gesuchstellerin eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 und Abs. 3 ZPO). Die Entscheidgebühr ist, basierend auf einem Streitwert von rund Fr. 50'000.– (vgl. Urk. 9 S. 2; Urk. 38 S. 13), in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 4'150.– festzusetzen und mit dem von den Gesuchsgegnern geleisteten Kostenvorschuss in dieser Höhe (vgl. Urk. 39 und Urk. 40) zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Die Parteientschädigung ist in Anwendung von § 13 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 und § 9 AnwGebV auf rund Fr. 3'000.– zuzüglich Fr. 231.– (7.7 % MwSt.) festzulegen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'150.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Gesuchsgegnern (unter solidarischer Haftung und intern je zur Hälfte) auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Die Gesuchsgegner werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, der Gesuchstellerin für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'231.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist 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 mehr als Fr. 30'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 12. November 2020

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. M. Reuss Valentini

versandt am:
lb