



Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Präsident, Oberrichterin Flurina Schorta, die Handelsrichter Alexander Pfeifer, Ivo Eltschinger und Kaspar Wälti sowie Gerichtsschreiber Dr. Giulio Donati

Urteil vom 1. September 2021

in Sachen

A. _____,

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Beklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1. _____,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y2. _____,

betreffend **Aktienrechtliche Verantwortlichkeit**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

"Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Pflegezentrum C. _____ AG folgende Beträge zu bezahlen:

- CHF 78'487.-- zuzüglich 5% Zins ab 30. Juni 2016;
- CHF 16'599.-- zuzüglich 5% ab 30. Juni 2016;
- CHF 88'572.-- zuzüglich 5% ab 30. Juni 2017;
- CHF 18'717.-- zuzüglich 5% ab 30. Juni 2017.

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (letztere zuzüglich 7,7% Mehrwertsteuer) zu Lasten des Beklagten und zu Gunsten der Klägerin."

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

A. _____ ist mit einem Anteil von 24.0% an der Pflegezentrum C. _____ AG (PZ C. _____ AG) beteiligt. Die restlichen Aktien der Gesellschaft werden von ihren Brüdern B. _____ (65,75%) und D. _____ (10,25%) gehalten. Der Verwaltungsrat der PZ C. _____ AG besteht aus B. _____ (Mitglied des Verwaltungsrats) und dessen Sohn E. _____ (Präsident des Verwaltungsrats; vgl. act. 3/2).

Mit der vorliegenden Klage fasst A. _____ (Klägerin) B. _____ (Beklagter) ins Recht, im Wesentlichen mit der Begründung, dieser habe private Ausgaben von der PZ C. _____ AG bezahlen lassen und sei deshalb aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit verpflichtet, der Gesellschaft die verdeckten Gewinnausschüttungen und den angefallenen zusätzlichen Gewinnsteueraufwand der Jahre 2016 und 2017 zurück zu bezahlen.

B. Prozessverlauf

Am 9. Oktober 2020 (überbracht) reichte die Klägerin die Klage über das eingangs wiedergegebene Rechtsbegehren beim Handelsgericht des Kantons Zürich ein (act. 1). Nach Eingang des von der Klägerin verlangten Kostenvorschusses von CHF 13'000.-- (act. 6) wurde dem Beklagten am 16.

Oktober 2020 Frist zur Klageantwort angesetzt (act. 7). Mit Eingabe vom 20. Oktober 2020 verkündete die Klägerin der PZ C. _____ AG den Streit (act. 9), wovon dem Beklagten und der Streitberufenen mit Verfügung vom 21. Oktober 2020 Kenntnis gegeben wurde (act. 10). Ein Prozesseintritt erfolgte nicht. Der Beklagte erstattete die Klageantwort innert der Nachfrist am 25. Januar 2020 (act. 14; act.16).

Nach Delegation des Verfahrens am 26. Januar 2021 wurde am 29. Januar 2021 ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet (act. 18; act. 20). Die Replik datiert vom 19. April 2021 (act. 22). Am 11. Mai 2021 reichte die Klägerin eine Noveneingabe ein (act. 26), die dem Beklagten zugestellt wurde (act. 28). Der Beklagte erstatteten die Duplik am 23. Juni 2021 (act. 30). Mit Eingabe vom 6. Juli 2021 nahm die Klägerin Stellung und brachte erneut Noven ein (act. 37). Hierzu liess sich der Beklagte mit Eingabe vom 19. Juli 2021 vernehmen (act. 40).

Mit Verfügung vom 10. August 2021 wurde den Parteien Frist angesetzt zur Erklärung, ob sie auf die Durchführung der mündlichen Hauptverhandlung – unter Vorbehalt der Durchführung eines Beweisverfahrens – verzichteten (act. 41). Keine der Parteien verlangte in der Folge die Durchführung einer Hauptverhandlung (vgl. act. 43).

Der Prozess erweist sich als spruchreif (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

Erwägungen

1. Formelles

1.1. Das Handelsgericht ist für Klagen aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit im Sinne von Art. 754 und 756 OR sowie für Rückerstattungsklagen im Sinne von Art. 678 OR gestützt auf Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO in Verbindung mit § 44 lit. b GOG bei der eingeklagten Forderungshöhe zuständig.

1.2. In der Klageantwort führte der Beklagte aus, er habe der Pflegezentrum C. _____ AG per Valuta 28. Oktober 2020 den Betrag von CHF 198'879.91 (bestehend aus CHF 78'487.– zuzüglich 5% Zins ab 30. Juni 2016 und CHF

88'572.– zuzüglich 5% Zins ab 30. Juni 2017) überweisen lassen (act. 16 S. 61). Die Klägerin liess mit der Replik beantragen, es sei die Klage im Umfang von Rechtsbegehren Punkt 1 und 3 infolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben (act. 22 S. 2).

Wird der eingeklagte Anspruch während des Verfahrens ganz oder teilweise erfüllt, so fällt insoweit das Rechtsschutzinteresse nachträglich dahin. Das vorliegende Verfahren ist entsprechend im Umfang von CHF 78'487.– zuzüglich 5% Zins ab 30. Juni 2016 und CHF 88'572.– zuzüglich 5% Zins ab 30. Juni 2017 zufolge Gegenstandslosigkeit als erledigt abzuschreiben. Auf die Regelung der diesbezüglichen Kosten- und Entschädigungsfolgen wird unter Ziff. 8 einzugehen sein.

Zu entscheiden bleibt über die restlichen Forderungen gemäss klägerischem Rechtsbegehren, nämlich CHF 16'599.– zuzüglich 5% Zins ab 30. Juni 2016 sowie CHF 18'717.– zuzüglich 5% Zins ab 30. Juni 2017.

1.3. Mit ihrer zweiten Rechtsschrift macht die Klägerin als Eventualstandpunkt geltend, dass der pflichtwidrige Eingriff des Beklagten in das Vermögen der PZ C._____ AG substanzielle Steuer- und Rechtsberatungskosten nach sich gezogen habe, welche die Beträge von CHF 16'599.– und CHF 18'717.– bei weitem überstiegen und der Gesellschaft zu ersetzen seien (act. 22 S. 28 ff.). Auf die Frage, ob es sich bei diesen Vorbringen um eine zulässige Klageänderung handelt, wird unter Ziff. 5.1.4 zurück zu kommen sein.

2. Parteistandpunkte

2.1. Die Klägerin wirft dem Beklagten zusammengefasst vor, dass bei der PZ C._____ AG aufgrund von verdeckten Gewinnausschüttungen zu seinen Gunsten für die Jahre 2016 und 2017 zusätzliche Gewinnsteuern im Umfang von CHF 16'599.– und CHF 18'717.– angefallen seien. Die Gesellschaft sei um diese Beträge geschädigt. Der Beklagte habe in Verletzung seiner aktienrechtlichen Treuepflicht und schuldhaft gehandelt; alternativ stütze sich die Klage auf den Rückerstattungsanspruch gemäss Art. 678 Abs. 1 und 2 OR.

2.2. Der Beklagte beantragt die Abweisung der Klage, soweit darauf einzutreten sei. Die Klage sei Teil eines breit angelegten Feldzugs gegen den Beklagten und seine Familienmitglieder, mit welchem die Klägerin Schädigungs- und Kommerzialisierungsinteressen verfolge; sie sei deshalb rechtsmissbräuchlich. Im Übrigen sei die Klage wegen Fehlens der Anspruchsvoraussetzungen und mangels eines Schadens abzuweisen.

2.3. Auf die Vorbringen der Parteien ist im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen näher einzugehen, soweit es für die Entscheidungsfindung erforderlich ist.

3. Rechtsmissbrauch

3.1. Der Beklagte beantragt, es sei auf die Klage zufolge Rechtsmissbrauchs nicht einzutreten (act. 16 S. 2, S. 63). Er argumentiert im Wesentlichen mit der "Kampagne", die die Klägerin führe, wobei es ihr nur darum gehe, einen überhöhten Kaufpreis für ihre Beteiligung (u.a.) an der PZ C. _____ AG zu erreichen bzw. ihrem Schädigungs- und Kommerzialisierungsinteresse, dem ein nur vorgeschobenes und völlig irrelevantes Interesse an der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage gegenüberstehe.

3.2. Gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB findet der offenbare Missbrauch eines Rechtes keinen Rechtsschutz. Das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben und das Verbot des Rechtsmissbrauchs gilt auch im Prozessrecht und ist in Art. 52 ZPO ausdrücklich normiert. Die Bestimmung bildet eine "Schranke aller Rechtsausübung" und bringt ein allgemeines Rechtsprinzip zum Ausdruck. Art. 2 Abs. 2 ZGB weist das Gericht an, besonderen Umständen des Einzelfalls Rechnung zu tragen. Die Norm dient als korrigierender "Notbehelf" für die Fälle, in denen formales Recht zu materiell krassem Unrecht führen würde. Die Partei, die der anderen Rechtsmissbrauch vorwirft, hat die besonderen Umstände nachzuweisen, auf Grund derer anzunehmen ist, dass Rechtsmissbrauch vorliegt. Stehen die tatsächlichen Voraussetzungen fest, hat jede Instanz Art. 2 Abs. 2 ZGB von Amtes wegen zu beachten (vgl. BGE 134 III 52 E. 2.1 mit Hinweisen;

vgl. auch HONSELL, in: Basler Kommentar ZGB, 6. Aufl. 2018, Art. 2 N 3 ff.; N 51, 54 ff.).

3.3. Die vorliegende Klage ist Teil einer Familienstreitigkeit, die nach dem Tod von F._____ und G._____, den Eltern der Klägerin, des Beklagten und von D._____, zwischen den Nachkommen entbrannt ist. Sie dreht sich im Wesentlichen um die Nachfolge in die Gesellschaften der schweizweit im Gesundheitswesen tätigen "H._____ Gruppe" und in die von dieser unabhängigen PZ C._____ AG bzw. um die diesbezügliche Auseinandersetzung. Die Parteien dokumentieren ausführlich die grosse Zahl der seit 2015 eingeleiteten Verfahren (act. 1 S. 4 ff.; act. 12 S. 12–56; act. 30 S. 9 ff.). Weder der ausserordentliche Umfang der bisher angestregten Verfahren noch der dabei betriebene Aufwand genügt jedoch zur Annahme, dass die vorliegende Klage rechtsmissbräuchlich eingeleitet wurde. Ziel der Klage ist es, der PZ C._____ AG die verdeckten Gewinnausschüttungen zugunsten des Beklagten und den angefallenen zusätzlichen Gewinnsteueraufwand der Jahre 2016 und 2017 zurück zu bezahlen, mithin deren Besserstellung. Selbst wenn es der Klägerin bei ihrer Klage auch darum gehen sollte, einen möglichst hohen Verkaufspreis für ihr Aktienpaket zu erreichen, so ist nicht ersichtlich, inwiefern ihr persönliches Interesse am Werterhalt der Gesellschaft zur Folge hätte, dass die vorliegende Klage rechtsmissbräuchlich ist. Auf die Klage ist einzutreten.

4. Rechtliches

4.1. Aktienrechtliche Verantwortlichkeit

Die Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen sind sowohl der Gesellschaft als den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen (Art. 754 Abs. 1 OR). Die Voraussetzungen einer Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit sind demnach das Vorliegen eines Schadens, einer Pflichtverletzung, des natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhangs zwischen Schaden und Pflichtverletzung sowie eines

Verschuldens (BGE 132 III 342 E. 4.1, 564 E. 4.2; BGer 4A_375/2012 vom 20. November 2012 E. 2.1). Die Behauptungs- und Beweislast liegt grundsätzlich bei der klagenden Partei.

4.2. Rückerstattung

Gemäss Art. 678 Abs. 1 OR sind Aktionäre und Mitglieder des Verwaltungsrates sowie diesen nahe stehende Personen, die ungerechtfertigt und in bösem Glauben Dividenden, Tantiemen, andere Gewinnanteile oder Bauzinse bezogen haben, zur Rückerstattung verpflichtet. Der Anspruch steht der Gesellschaft und dem Aktionär zu; dieser klagt auf Leistung an die Gesellschaft (Abs. 3). Gemäss BGE 140 III 533 E. 3 ist die Verantwortlichkeitsklage gegenüber der Rückerstattungsklage nicht subsidiär. Vorliegend rechtfertigt es sich, vorab die Voraussetzungen der Verantwortlichkeitsklage zu prüfen.

4.3. Aktiv-/Passivlegitimation

Die Klägerin ist Aktionärin der PZ C._____ AG und klagt gestützt auf Art. 756 resp. 678 OR. Der Beklagte als Verwaltungsrat und Aktionär unterliegt der Verantwortlichkeit nach Art. 754 OR wie auch der Rückerstattungspflicht gemäss Art. 678 OR.

5. Verantwortlichkeit

5.1. Schaden

5.1.1. Die Klägerin macht geltend, ohne den pflichtwidrigen Eingriff des Beklagten in das Vermögen der PZ C._____ AG wäre der zusätzliche Gewinsteuer Aufwand nicht angefallen. Eventuell sei zu berücksichtigen, dass der pflichtwidrige Eingriff des Beklagten in das Vermögen der PZ C._____ AG substanzielle Steuer- und Rechtsberatkungskosten nach sich gezogen habe. Diese Kosten, die die Beträge von CHF 16'599.– und CHF 18'717.– bei weitem überstiegen, habe der Beklagte der Gesellschaft zu ersetzen (act. 22 S. 25 ff.).

Der Beklagte bestreitet das Vorliegen eines Schadens, denn bei den nachträglich geschuldeten Gewinnsteuern handle es sich um Nachsteuern und nicht um

zusätzliche Gewinnsteuern. Der PZ C._____ AG sei durch die Nachbesteuerung von effektiv CHF 16'599.– für das Steuerjahr 2016 und von CHF 18'717.– für das Steuerjahr 2017 keine Verminderung der Aktiven entstanden (act. 12 S. 65 f.). Hinsichtlich ihres Eventualstandpunktes, soweit die Erweiterung der Klage überhaupt zulässig sei, sei die Klägerin ihrer Behauptungs- und Substantiierungslast nicht nachgekommen, weshalb auch ihre Editionsbegehren nicht zulässig seien (act. 30 S. 36 f.).

5.1.2. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts entspricht der Schaden im Recht über die Verantwortlichkeit der Gesellschaftsorgane, gleich wie im übrigen Haftpflichtrecht, der ungewollten Verminderung des Reinvermögens des Geschädigten, d.h. der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (Differenztheorie; BGE 142 III 23 E. 4.1 mit Hinweisen). Der Schaden kann in einer direkten Abnahme des Vermögens (Verminderung der Aktiven oder Vermehrung der Passiven) oder auch in entgangenem Gewinn bestehen.

5.1.3. Vorliegend ist unbestritten, dass im Rahmen einer bei der PZ C._____ AG durch das Kantonale Steueramt sowie die Eidgenössische Steuerverwaltung (ESTV) durchgeführten Steuerrevision dem Beklagten ausgerichtete geldwerte Leistungen von CHF 78'487.– im Geschäftsjahr 2016 und von CHF 88'572.– im Geschäftsjahr 2017 steuerlich aufgerechnet wurden. Die von der Eidgenössischen Steuerverwaltung der PZ C._____ AG in Rechnung gestellte Verrechnungssteuer von CHF 58'470.65 wurde am 13. Januar 2020 vom Beklagten beglichen. Nach Einleitung des vorliegenden Verfahrens bezahlte der Beklagte sodann die geldwerten Leistungen einschliesslich Zins an die PZ C._____ AG zurück (oben Ziff. 1.2).

Verdeckte Gewinnausschüttungen sind gemäss § 64 Ziff. 2 lit. e StG bzw. Art. 58 Abs. 1 lit. b DBG Teil des steuerbaren Reingewinns. Die Aufrechnung geldwerter Leistungen erhöht den Reingewinn und führt zu entsprechend höheren Gewinnsteuern. Indessen handelt es sich nicht um zusätzliche Gewinnsteuern, sondern um denselben Betrag, der ohne Ausrichtung der nachträglich

aufgerechneten verdeckten Gewinnausschüttungen zu bezahlen gewesen wäre. Daran ändert auch nichts, dass die Gewinnsteuer als Nachsteuer erhoben wurde. Gemäss § 160 Abs. 1 StG und Art. 151 Abs. 1 DBG wird die nicht erhobene Steuer samt Zins als Nachsteuer eingefordert. Die steuerpflichtige Person erleidet folglich – abgesehen davon, dass sie die verspätete Bezahlung mittels Zins zu entschädigen hat –

keinerlei Nachteile. Der Beklagte führt aus, die Beträge von CHF 16'599.– und CHF 18'717.– verstünden sich nach Steuern, d.h. die Abzugsfähigkeit der Gewinnsteuern sei berücksichtigt (act. 16 S. 57 unter Hinweis auf act. 3/10 Anhang S. 2 f. Ziff. 8). Dass dies nicht zutrifft, macht die Klägerin nicht geltend (act. 22 S. 25 f.). Soweit sie ausführt, erstrittene Schadenersatzleistungen seien stets steuerbarer Ertrag, was für die betreffende Periode den steuerbaren Reingewinn erhöhe (act. 22 S. 26), ist festzuhalten, dass die Steuerbehörden der PZ C._____ AG geltend gemachten Aufwand aufgerechnet haben. Besteuert wurden demnach nicht zusätzliche Erträge, korrigiert wurde geschäftsmässig nicht begründeter Aufwand. Inwiefern die nach Einleitung des vorliegenden Verfahrens vom Beklagten erstatteten Beträge ihrerseits steuerliche Folgen haben, was der Beklagte bestreitet (act. 30 S. 53), legt die Klägerin nicht näher dar; es dürfte denn auch von der konkreten Verbuchung dieser Vorgänge abhängen, ob der Mittelrückfluss erfolgswirksam ist oder nicht. Für die vorliegend geltend gemachten Nachsteuerbeträge von CHF 16'599.– für das Steuerjahr 2016 und CHF 18'717.– für das Steuerjahr 2017 sind sie jedenfalls ohne Relevanz. Entsprechend liegt diesbezüglich auch kein Schaden vor.

Die Klägerin macht in der Replik geltend, der Ausgleichszins gemäss § 160 Abs. 1 StG und Art. 151 Abs. 1 DBG sei für das Jahr 2016 mit CHF 2'000.– und für das Jahr 2017 mit CHF 3'000.– zu beziffern und der Gesellschaft auf jeden Fall zu ersetzen (act. 22 S. 27), was der Beklagte als unsubstantiiert und unbegründet bestreitet (act. 30 S. 54 f.). Tatsächlich substantiiert die Klägerin nicht, wie sie die unter dem Titel Zins geltend gemachten (runden) Summen berechnet. Die im Rahmen der Nachbesteuerung bestehende Zinspflicht kann denn auch nicht unbesehen mit einem Schaden gleichgesetzt werden. Vielmehr handelt es sich um die gemäss §§ 174 und 175 StG bzw. Art. 164 DBG jede

steuerpflichtige Person treffende Zinspflicht, wenn sie die Steuerbeträge nach Eintritt der Fälligkeit leistet. Ob und in welcher Höhe der PZ C. _____ AG ein Schaden dadurch entstanden wäre, dass sie Verzugszins zu bezahlen gehabt hätte, andererseits aber die erforderliche Liquidität erst im Zeitpunkt der nachträglichen Zahlung hätte bereitstellen müssen, legt die Klägerin weder generell noch konkret bezogen auf die Verhältnisse der PZ C. _____ AG dar. Ein Schaden ist auch insoweit nicht ersichtlich.

5.1.4. Im Eventualstandpunkt macht die Klägerin in der Replik neu geltend, die Buchprüfung durch die ESTV habe in den Jahren 2018, 2019 und 2020 zu Beratungskosten geführt, weil der Beklagte mit aller Vehemenz versucht habe, den Betrag der verdeckten Gewinnausschüttung zu reduzieren. Im Jahr 2018 seien Rechts- und Steuerberatungskosten in einer Gesamthöhe von CHF 271'788.35 (CHF 199'952.45 und CHF 71'835.90), im Jahr 2019 von CHF 300'127.99 (CHF 274'893.89 und CHF 25'234.10) und im Jahr 2020 von CHF 242'242.– angefallen. Diese Kosten seien ausschliesslich dem Versuch des Beklagten geschuldet, die von der ESTV geführte Buchprüfung zu seinen persönlichen Gunsten zu beeinflussen, und wären nicht angefallen, wenn der Beklagte nicht in das Vermögen der PZ C. _____ AG eingegriffen und versuchte hätte, die entsprechenden Aufrechnungen zu seinem persönlichen Vorteil zu vermeiden (act. 22 S. 28 ff.).

5.1.4.1. Der Beklagte stellt in Frage, dass es sich bei diesem Eventualstandpunkt um eine zulässige Klageänderung bzw. -erweiterung handle und stimmt ihr gegebenenfalls nicht zu (act. 30 S. 6, S. 36). Die Klägerin bestreitet eine Klageänderung, eventuell sei diese zulässig (act. 37 S. 11 f.).

5.1.4.2. Die Klägerin nahm mit der Replik keine Änderung des Rechtsbegehrens vor. Hingegen stellte sie im Sinne einer Eventualbegründung der geltend gemachten Forderung neue Tatsachenbehauptungen auf. Unabhängig davon, dass es sich nicht um ein Eventualbegehren, sondern lediglich um einen neu in den Prozess eingebrachten Eventualstandpunkt handelt, stellt sich die Frage, ob das erweiterte Klagefundament zu berücksichtigen ist.

Eine Klageänderung ist gemäss Art. 227 Abs. 1 ZPO zulässig, wenn der geänderte oder neue Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist und (a) mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang steht oder (b) die Gegenpartei zustimmt. Klageänderung bedeutet die Änderung des Streitgegenstandes. Sie kann bei nicht individualisierten Forderungen in der Änderung des Rechtsbegehrens und/oder des Klagefundamentes bestehen. Das Klagefundament wird durch den Lebensvorgang im Sinne des gesamten Komplexes von Tatsachen gebildet, aus welchem die Klage abgeleitet wird (LEUENBERGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Komm. ZPO, 3.A., Art. 227 N 1; WILLISEGGER, in: Basler Kommentar ZPO, 3.A. 2017, Art. 227 N 10). Der sachliche Zusammenhang ist nicht nur bei identischer Anspruchsgrundlage oder identischem Lebenssachverhalt gegeben (vgl. BGer 4A_255/2015 vom 1. Oktober 2015, Erw. 2.2). Vielmehr genügt es, wenn benachbarte Lebensvorgänge gegeben sind, die sich aber immerhin berühren und gleichartige oder ähnliche Tatbestände erzeugen können. Unzulässig ist hingegen die Einführung eines völlig neuen Tatbestandes, der einen eigenen Anspruch erzeugt (WILLISEGGER, a.a.O., Art. 227 N 34 ff.).

Vorliegend entstammen die von der Klägerin neu als Anspruchsgrundlage herangezogenen Vorgänge zwar im weiteren Sinne demselben Umfeld wie der Hauptstandpunkt, indem es sich wiederum um Aufwendungen der PZ C. _____ AG handelt, die gemäss Klägerin ausschliesslich im Interesse des Beklagten getätigt worden seien. Indessen geht es neu um Rechts- und Steuerberatungskosten der Jahre 2018–2020, während der mit der Klage rechtshängig gemachte Sachverhalt, soweit zwischenzeitlich nicht gegenstandslos geworden, Gewinnsteuern im Zusammenhang mit verdeckten Gewinnausschüttungen in den Jahren 2016 und 2017 betrifft. Selbst wenn die Klägerin geltend macht, dass die Rechts- und Steuerberatungskosten der Jahre 2018–2020 alle im Zusammenhang mit der Buchprüfung der ESTV im Zusammenhang mit den verdeckten Gewinnausschüttungen der Jahre 2016 und 2017 angefallen seien, handelt es sich, sollten ihre Behauptungen ganz oder teilweise zutreffen, um einen neuen Komplex von nicht geschäftsmässig begründeten, allein im Interesse des Beklagten getätigten und der PZ C. _____

AG belasteten Aufwendungen, die wiederum eine Aufrechnung durch die Steuerbehörden nach sich zögen. Die allfällig bestehenden Berührungspunkte mit dem Hauptstandpunkt wären marginal, ohne aber eine rasche, effiziente und gesamthafte Erledigung der Streitsache zu gewährleisten. Die Voraussetzungen der Klageänderung ohne Zustimmung der Gegenpartei liegen damit nicht vor.

5.1.4.3. Selbst wenn die Vorbringen jedoch zu prüfen wären, so begnügt sich die Klägerin mit der Behauptung, dass sämtliche von der PZ C. _____ AG in den Jahren 2018 bis 2020 ausgewiesenen Rechts- und Steuerberatungskosten in der Gesamthöhe von CHF 814'158.34 im Zusammenhang mit der Buchprüfung der ESTV angefallen seien, die zur Aufrechnung der mit der vorliegenden Klage geltend gemachten verdeckten Gewinnausschüttungen geführt haben. Dafür stützt sie sich einzig auf die Jahresabschlüsse der Geschäftsjahre 2018 und 2019 und beantragt im Übrigen die Edition diverser weiterer Unterlagen und die Befragung des Beklagten sowie zweier Zeugen (act. 22 S. 30 ff.). Zwar kann den unter act. 23/9 und 23/10 eingereichten Jahresabschlüssen bzw. den darin enthaltenen Erfolgsrechnungen entnommen werden, dass unter den Positionen "Treuhand-/Rechts-/Steuer-/EDV-Beratung, übrige" und "Treuhand-/Rechts-/Steuer-/EDV-Berat., Prüfgesell." die behaupteten Beträge von CHF 199'952.45 und CHF 71'835.90 resp. CHF 274'893.89 und CHF 25'234.10 ausgewiesen wurden. Die Klägerin führt indessen in keiner Weise näher oder gar substantiiert aus, inwiefern diese Aufwendungen – und weitere im Jahr 2020 – entstanden sind, weil der Beklagte versuchte, "die von der ESTV geführte Buchprüfung zu seinen Gunsten zu beeinflussen". Es fehlen jegliche Hinweise darauf, wer, wann, wie und mit welchem Aufwand konkret im Interesse des Beklagten tätig geworden sei und inwiefern dies zu Unrecht der PZ C. _____ AG belastet worden sei. Die Klägerin beruft sich zwar auf eine Edition der betreffenden Rechnungen inkl. Leistungsdetails sowie weitere Editionen und Befragungen. Eine zivilprozessuale Edition setzt aber gehörige Behauptungen darüber voraus, welche Tatsachen die zu edierenden Dokumente beweisen sollen (vgl. BGE 144 III 43 E. 4.1 m.w.H.). Die pauschalen, nicht näher differenzierten Behauptungen der Klägerin genügen diesen Anforderungen nicht. Die Vorbringen blieben deshalb unsubstantiiert und unbeachtlich, selbst wenn eine zulässige Klageänderung vorläge.

5.1.5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Klägerin keinen der PZ C. _____ AG entstandenen Schaden darzulegen vermag.

5.2. Weitere Voraussetzungen

Mangels Vorliegens eines Schadens braucht auf die übrigen Voraussetzungen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit – Pflichtverletzung, Kausalzusammenhang, Verschulden – nicht mehr eingegangen zu werden.

6. Rückerstattung

6.1. Die Rückerstattungsklage steht gemäss Art. 678 Abs. 1 OR zur Verfügung, wenn Aktionäre und Mitglieder des Verwaltungsrates sowie diesen nahe stehende Personen ungerechtfertigt und in bösem Glauben Dividenden, Tantiemen, andere Gewinnanteile oder Bauzins bezogen haben. Ferner steht sie offen hinsichtlich anderer Leistungen der Gesellschaft, die in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Gegenleistung und zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft stehen (Abs. 2). Dazu gehören namentlich auch sogenannte verdeckte Gewinnausschüttungen (VOGT, in: Basler Kommentar OR II, 5.A. 2016, Art. 678 N 12).

6.2. Die Klägerin legt nicht näher dar, inwiefern die vorliegend noch streitigen zusätzlichen Gewinnsteuern der PZ C._____ AG für die Jahre 2016 und 2017 im Betrag von CHF 16'599.– und CHF 18'717.– zuzüglich Zins im Sinne der genannten Bestimmungen rückerstattungspflichtig sind. Dies ist denn auch nicht ersichtlich, handelt es sich doch nach dem Gesagten um denselben Steuerbetrag, den die Gesellschaft ohne Ausrichtung der nachträglich aufgerechneten verdeckten Gewinnausschüttungen ohnehin zu bezahlen gehabt hätte (oben Ziff. 5.1.3). Der Beklagte hat die Gewinnsteuern weder als Dividende, Tantieme, anderen Gewinnanteil oder Bauzins noch als anderweitige Leistung bezogen. Hinsichtlich des Eventualstandpunktes kann auf Ziff. 5.1.4 verwiesen werden. Entsprechend erweist sich die Klage auch unter diesem Aspekt als unbegründet.

7. Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen

Abschliessend ist festzuhalten, dass die Klage im verbleibenden Umfang mangels Vorliegens eines Schadens und mangels Bezugs einer rückerstattungspflichtigen Leistung abzuweisen ist.

8. Kosten- und Entschädigungsfolgen

8.1. Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Der Streitwert beträgt insgesamt CHF 202'375.–. In Anwendung der §§ 4 Abs. 1 und 10 Abs. 1 GebV OG ist die zufolge teilweiser Gegenstandslosigkeit leicht reduzierte Gerichtsgebühr auf CHF 10'000.– festzusetzen.

8.2. Die Klage ist im Umfang von CHF 167'059.– zuzüglich Zins während des ersten Schriftenwechsels gegenstandslos geworden und im Umfang von CHF 35'316.– zuzüglich Zins abzuweisen. Die Kosten sind im Umfang des Unterliegens (rund 17.5%) ausgangsgemäss der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO kann das Gericht die Prozesskosten nach Ermessen verteilen, wenn das Verfahren als gegenstandslos abgeschrieben wird. Vorliegend hat der Beklagte die Forderung im Umfang von CHF 167'059.– zuzüglich Zins nach Klageeinleitung bezahlt und damit faktisch anerkannt. Dies rechtfertigt eine Kostenverlegung zu seinen Lasten, unabhängig davon, ob der Verwaltungsrat der PZ C. _____ AG der Klägerin vorprozessual sowohl Rückführungswille als auch -fähigkeit des Beklagten und eine Erledigung der Angelegenheit voraussichtlich bis Ende Oktober 2020 bestätigt hat (vgl. act. 30 S. 21 ff. und 38 f.). Solches kann der Klage des Aktionärs gestützt auf Art. 756 OR nicht entgegenstehen. Im Umfang von 82.5% sind die Kosten entsprechend dem Beklagten aufzuerlegen. Die Kosten sind aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss zu decken (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

8.3. Ausserdem hat der Beklagte der Klägerin eine auf 65% reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO), die nach der Anwaltsgebührenverordnung vom 8. September 2010 (AnwGebV) zu bemessen ist (Art. 105 Abs. 2 und Art. 96 ZPO). In Anwendung von §§ 2, 4 und 11 AnwGebV ist die Parteientschädigung auf CHF 10'400.– zuzüglich 7.7% Mehrwertsteuer festzusetzen.

Das Handelsgericht beschliesst:

1. Das Verfahren wird im Umfang von CHF 78'487.– zuzüglich 5% Zins ab 30. Juni 2016 und CHF 88'572.– zuzüglich 5% Zins ab 30. Juni 2017 zufolge Gegenstandslosigkeit als erledigt abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Klage wird im Umfang von CHF 16'599.– zuzüglich 5% Zins ab 30. Juni 2016 sowie CHF 18'717.– zuzüglich 5% Zins ab 30. Juni 2017 abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 10'000.–.
3. Die Kosten werden zu 17.5% der Klägerin und zu 82.5% dem Beklagten auferlegt und aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Der Klägerin wird für die dem Beklagten auferlegten Kosten das Rückgriffsrecht auf den Beklagten eingeräumt.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 11'200.80 (inkl. 7,7% Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Eine bundesrechtliche **Beschwerde** gegen diesen Entscheid ist innerhalb von **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 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 202'375.–.

Zürich, 1. September 2021

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Gerichtsschreiber:

Roland Schmid

Dr. Giulio Donati