

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB120095-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. B. Demuth

Beschluss und Urteil vom 22. Juli 2013

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____,

geboren tt. September 1955, von ..., ... und ..., Geschäftsleiterin, ...-Str.

... C._____, als gesetzliche Erbin des D._____, geboren tt. Mai 1930, gestorben

tt. Oktober 2011, zuletzt wohnhaft gewesen ...-Str., ... C._____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon vom 3. September 2012 (CG100051)

Rechtsbegehren:

- "1. Es sei der Beklagte [resp. neu die Beklagte] zu verpflichten, der Klägerin - unter dem Vorbehalt der Nachklage - für die im Jahr 2008 getätigten Bezüge den Betrag von Fr. 145'700 nebst 5 % Zins seit dem 1. Januar 2009 zurückzuerstatten.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten [resp. neu der Beklagten]."

(Urk. 37 S. 2)

Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon vom 3. September 2012:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 10'000.- (Pauschalgebühr) festgesetzt. Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.
3. Die Gerichtskosten werden der Klägerin auferlegt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 28'000.- zu entrichten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. [Rechtsmittelbelehrung]

(Urk. 37 S. 6 f.)

Berufungsanträge:

Der Klägerin und Berufungsklägerin (Urk. 36 S. 2):

- "1. In Gutheissung der Berufung sei Ziff. 1 des Urteils des Bezirksgerichtes Dietikon vom 3. September 2012 (Verfahren Nr. CG100051) aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen;
eventualiter sei die Klage gutzuheissen.

2. In Gutheissung der Berufung seien Ziff. 2 bis 4 des Urteils des Bezirksgerichts Dietikon vom 3. September 2012 (Verfahren Nr. CG100051) aufzuheben.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MwSt. zulasten der Beklagten."

Der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 42 S. 2):

"Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) zu Lasten der Klägerin und Berufungsklägerin."

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Die A. _____ AG (fortan Klägerin) wurde 1930 gegründet und bezweckt in erster Linie Handel, Beratung, Projektierung, Entwicklung und Fabrikation sowie Lizenzierung insbesondere auf dem Gebiet der Lager-, Förder-, Abfüll- und Verpackungs- sowie Handhabungstechnik (Urk. 4/3).

†D1. _____ (der ursprüngliche verstorbene Beklagte, fortan †D. _____) nahm am 1. März 1966 seine Tätigkeit bei der Klägerin auf. Am 24. Juli 1970 wurde er in den Verwaltungsrat gewählt und zum Direktor bestellt, nachdem er kurz zuvor 100 Namenaktien der Klägerin erworben hatte. Im Jahre 1987 erwarb der Inhaber der Firma E. _____ GmbH, F. _____, die restlichen 200 Namenaktien. Ab dem 21. August 1991 war †D. _____ als einzelzeichnungsberechtigter Delegierter des Verwaltungsrates im Handelsregister eingetragen. Am 5. September 1995 wurde zwischen der Klägerin und †D. _____ ein Arbeitsvertrag abgeschlossen, worin sich letzterer zur Übernahme der "Führung der Geschäfte" der Klägerin sowie zur Erfüllung seiner Aufgaben nach "pflichtgemäsem Ermessen und Arbeitsanfall" verpflichtete. Das Salär betrug brutto Fr. 13'000.-- pro Monat, zuzüglich allfällige Spesen gegen Abrechnung (Urk. 4/5). An der Generalversammlung vom 28. Juni 2007 beschloss die Klägerin gewissermassen die stille Liquidation der Gesellschaft (Urk. 4/4). Ab dem 29. Oktober 2007 war †D. _____ bis zur Löschung per

tt. November 2009 als einziger Verwaltungsrat mit Einzelunterschrift im Handelsregister eingetragen. Seither figuriert X. _____ (der Rechtsvertreter der Klägerin) als einziger Verwaltungsrat der Gesellschaft im Handelsregister (Urk. 2 S. 4 f.; Urk. 4/3).

Die Klägerin macht zusammengefasst geltend, †D. _____ habe sich in den Jahren 2007 und 2008 selber Vergütungen ausbezahlt, ohne dass er dafür noch eine Leistung erbracht hätte. Dies stelle eine verdeckte Gewinnausschüttung dar, welche in Anwendung von Art. 678 Abs. 2 OR zurückzuerstatten sei. Einstweilen klagt die Klägerin nur die Bezüge des Jahres 2008 ein (Urk. 2 S. 3).

1.2. Die Klägerin machte vorliegende Klage mit Einreichung von Weisung und Klageschrift am 18. Oktober 2010 bei der Vorinstanz anhängig (Urk. 1 und 2). Für das Verfahren vor Vorinstanz kann auf die Ausführungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 37 S. 2). Für den am 1. Oktober 2011 verstorbenen †D. _____ trat dessen Ehefrau als Alleinerbin in den Prozess ein und wurde neu als Beklagte ins Rubrum aufgenommen. Mit Urteil vom 3. September 2012 wies die Vorinstanz die Klage ab (Urk. 37 S. 6 f.).

1.3. Gegen das Urteil hat die Klägerin mit Eingabe vom 16. Oktober 2012 fristgemäss Berufung erhoben mit den eingangs genannten Anträgen (Urk. 36 i.V. mit Urk. 35/1). Den ihr auferlegten Kostenvorschuss leistete sie fristgemäss (Urk. 39 und 40). Die Klageantwort datiert vom 14. Dezember 2012 (Urk. 42) und wurde der Klägerin am 19. Dezember 2012 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 43). Die Klägerin nahm dazu mit Eingabe vom 5. Februar 2013 (unaufgefordert) Stellung (Urk. 44). Mit Eingabe vom 13. Februar 2013 liess die Beklagte in der Folge den Antrag stellen, die Vernehmlassung der Klägerin vom 5. Februar 2013 sei aus dem Recht zu weisen (Urk. 46). Ihre Eingabe wurde am 18. Februar 2013 der Klägerin zugestellt (act. 47), welche dazu unterm 26. Februar 2013 wiederum Stellung nahm (act. 48). Diese Stellungnahme wurde der Beklagten am 28. Februar 2013 zur Kenntnis gebracht (act. 49). Eine weitere Stellungnahme erfolgte nicht. Das Verfahren ist spruchreif.

1.4. Zufolge Pensionierung des bisherigen Referenten erfolgte per 1. Juli 2013 ein Referentenwechsel.

2. Prozessuales

2.1. Am 1. Januar 2011 ist die eidgenössische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Das bezirksgerichtliche Verfahren zwischen den Parteien war am 1. Januar 2011 bereits rechtshängig. Für dieses galt daher das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz (Art. 404 Abs. 1 ZPO), wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat (Urk. 37 S. 3). Dementsprechend ist im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens zu prüfen, ob die für das erstinstanzliche Verfahren geltenden Bestimmungen der zürcherischen Zivilprozessordnung vom 13. Juni 1976 (ZPO/ZH) etc. korrekt angewendet wurden.

Für das Rechtsmittelverfahren gilt hingegen das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Da das angefochtene Urteil vom 3. September 2012 nach dem 1. Januar 2011 eröffnet wurde, beurteilt sich die Zulässigkeit des Rechtsmittels nach der ZPO. Ebenso sind deren Bestimmungen für das Rechtsmittelverfahren vor Obergericht massgebend.

2.2. Mit Eingabe vom 13. Februar 2013 beantragt die Beklagte, es sei die Vernehmlassung der Klägerin vom 5. Februar 2013 aus dem Recht zu weisen (act. 46). Wolle eine Partei sich zur Eingabe der Gegenpartei unaufgefordert vernehmen lassen, habe sie ihre Rechtsschrift unverzüglich, d.h. binnen sieben bis zehn Tagen seit Zustellung einzureichen. Andernfalls habe sie ihr Recht auf Vernehmlassung verwirkt. Die Klageantwort sei der Klägerin am 20. Dezember 2012 zugestellt worden, weshalb ihre Stellungnahme vom 5. Februar 2013 offensichtlich verspätet erfolgt sei (Urk. 46 S. 1 f.). Die Klägerin hält dem entgegen, eine Verwirkung des Replikrechts könne nur dann zur Diskussion stehen, wenn die Berücksichtigung der Eingabe der einen Partei zu einer Verfahrensverzögerung führen würde, welche der anderen Partei zum Nachteil gereiche. Davon könne hier keine Rede sein. Abgesehen davon habe sich der klägerische Rechtsvertreter am 20. Dezember 2012 beim Obergericht nach den weiteren Verfahrensschritten erkundigt und - nachdem ihm die Behandlung des Geschäfts nicht vor Frühjahr

2013 in Aussicht gestellt worden sei - sich ausdrücklich eine Stellungnahme zur Duplik der Beklagten vorbehalten. Auch vor diesem Hintergrund könne das Replikrecht der Klägerin nicht als verwirkt qualifiziert werden.

Nach Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK haben die Parteien eines Gerichtsverfahrens Anspruch auf rechtliches Gehör. Diese Garantie umfasst auch das Recht, von den beim Gericht eingereichten Stellungnahmen Kenntnis zu erhalten und sich dazu äussern zu können. Das Bundesgericht hat wiederholt festgehalten, dass den Verfahrensbeteiligten ein Anspruch auf Zustellung von Vernehmlassungen zusteht, unabhängig davon, ob diese Eingaben neue und erhebliche Gesichtspunkte enthalten. Das Gericht muss vor Erlass seines Urteils eingegangene Vernehmlassungen den Beteiligten zustellen, damit diese sich darüber schlüssig werden können, ob sie sich dazu äussern wollen oder nicht (BGE 138 I 484 E. 2.1-2.4, 137 I 195 E. 2.3.1, 133 I 98 E. 4.3-4.6, je mit Hinweisen). Die Partei, die eine Stellungnahme zu einer ihr zur Kenntnisnahme zugestellten Vernehmlassung für erforderlich hält, muss diese grundsätzlich unverzüglich einreichen oder beantragen, ansonsten davon auszugehen ist, sie verzichte auf eine Stellungnahme (BGE 138 I 486 E. 2.2, 133 I 98 E. 4.8; 132 I 42 E. 3.3.3 und 3.3.4; Pra 2011 Nr. 92 E. 2.2.2). Stellt eine Partei unverzüglich nach Erhalt einer Eingabe ausdrücklich ein Gesuch um Ansetzung einer Frist zur Stellungnahme, so hat das Gericht über diesen Antrag vor dem Sachentscheid zu befinden, andernfalls das rechtliche Gehör der ersuchenden Partei verletzt wird (BGE 133 I 98 E. 4.7 und 4.8).

Nicht klar ist, ob eine Stellungnahme – sofern der gerichtliche Entscheid aus welchen Gründen auch immer noch nicht gefällt wurde – auch später noch entgegenzunehmen ist, auch wenn die angemessene Dauer des Abwartens inzwischen (längst) verstrichen ist. Dies ist vorläufig zu bejahen. Es kann dazu auf die Erwägungen in ZR 111/2012 Nr. 56 S. 167 f. verwiesen werden, denen beizupflichten ist. Die Frage, wie es sich mit der Entgegennahme nicht umgehend erstatteter Eingaben verhält, entscheidet sich letztlich daran, ob die kurze Dauer der Frist als Instrument der Verfahrensbeschleunigung gesehen wird, was – wenn noch nicht entschieden ist – eine spätere Beachtlichkeit verzögerter Stellungnahmen nicht

hindert. Wird hingegen eine Parallele zu den gesetzlichen (und üblichen richterlichen) Fristen gezogen, so ist es naheliegend, dass für das „letzte Wort“ nicht mehr Zeit zur Verfügung stehen kann als für eine „reguläre“ Äusserung. Bis zu einer abschliessenden Klärung der Frage ist davon auszugehen, dass auch eine später eingereichte Stellungnahme dann noch beachtlich bleibt, wenn der Entscheidung noch nicht gefällt ist.

Dementsprechend ist der Antrag der Beklagten, es sei die Vernehmlassung der Klägerin vom 5. Februar 2013 aus dem Recht zu weisen, abzuweisen. Offen bleiben kann damit, ob sich der klägerische Rechtsvertreter am 20. Dezember 2012 ausdrücklich eine Stellungnahme zur Duplik der Beklagten vorbehalten hat (was sich aus den Akten nicht ergibt) und das zur Wahrung der Rechte der Klägerin ausreichend gewesen wäre.

2.3. Im Berufungsverfahren sind neue Tatsachen und/oder Beweismittel nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO beachtlich, das heisst, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Neue rechtliche Ausführungen können dem Gericht demgegenüber auch im zweitinstanzlichen Verfahren erstmals unterbreitet werden, ohne dass Art. 317 Abs. 1 ZPO anwendbar ist (ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 33).

Soweit die Klägerin in ihrer Stellungnahme vom 5. Februar 2013 rechtliche Ausführungen zur Subsumtion des (unveränderten) Sachverhalts macht (Urk. 44 S. 2 f.), sind diese zulässig. Die Klägerin geht in ihrer Stellungnahme ferner auf einige in der Berufungsantwort vorgebrachte Behauptungen ein, welche zum Teil als Noven zu qualifizieren und daher nicht mehr beachtlich seien (Urk. 44 S. 2 und 3 f.). Darauf wird nachfolgend zurückzukommen sein (vgl. Ziff. 3.3.).

3. Materielles

3.1. Die Vorinstanz hat erwogen (Urk. 37 S. 4 f.), es könne vorliegend offen bleiben, ob die streitgegenständlichen Bezüge von †D._____ einen Anwendungsfall von Art. 678 Abs. 2 OR darstellten bzw. ob darin eine verdeckte Gewinnaus-

schüttung zu sehen sei. Offen bleiben könne auch, ob †D._____ bei der Klägerin im Sinne des Arbeitsrechts angestellt gewesen sei oder sein Amt in einem Auftragsverhältnis versehen habe (was zwischen den Parteien sehr umstritten sei und einen Grossteil der Rechtsschriften betreffe). Relevant sei vorliegend nur, dass die Generalversammlung die Rechnung 2008 mit den darin ausgewiesenen Geldentnahmen von †D._____ genehmigt habe, sie zu dieser Genehmigung befugt gewesen (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR) und dieser Beschluss nicht angefochten worden sei, weshalb er Bestand habe. Das führe zur Abweisung der Klage. Im Übrigen verhalte sich die Klägerin widersprüchlich und damit rechtsmissbräuchlich, wenn sie zuerst die streitgegenständlichen Bezüge von †D._____ in Kenntnis aller relevanten Fakten genehmige und sie hernach wieder zurückverlange. Auch unter diesem Aspekt sei die Klage abzuweisen. Dem könne auch nicht entgegengehalten werden, die Klägerin und ihre Aktionäre seien auseinanderzuhalten. Insbesondere sei die Hauptaktionärin trotz ihrer faktisch beherrschenden Stellung nicht mit der Klägerin identisch, weshalb ihre Zustimmung zur Jahresrechnung 2008 nicht der Klägerin zuzurechnen sei. Die Aktionäre handelten in der Generalversammlung indes für die Gesellschaft. Ihre Beschlüsse seien somit der Gesellschaft - vorliegend der Klägerin - anzurechnen.

3.2. Die Parteien bringen im Berufungsverfahren dazu Folgendes vor:

3.2.1. Die *Klägerin* wendet ein (Urk. 36 S. 4 ff.), weil die zu beurteilenden Vermögensübertragungen nicht nur gegen die formellen, sondern auch gegen die zwingenden materiellen Entnahmesperren verstieszen, stehe fest, dass eine nachträgliche Korrektur des Mangels nicht möglich sei bzw. keine heilende Wirkung zu entfalten vermöge. Wenn die Vorinstanz festhalte, dass eine nachträgliche Genehmigung solcher Leistungen durch die Generalversammlung nicht ausgeschlossen sei, so sei dies in dieser Absolutheit falsch und vorliegend nicht einschlägig. Eine Heilung von ungerechtfertigten Entnahmen durch einen nachträglichen GV-Beschluss falle höchstens dann in Betracht, wenn diese ausschliesslich formelle Ausschüttungssperren verletzen. Da im vorliegenden Fall nicht nur formelle, sondern auch materielle Ausschüttungssperren verletzt worden seien, könne sich die Frage nach der nachträglichen Genehmigung der Bezüge gar nicht

stellen. Damit könne aber auch offen bleiben, ob im Beschluss der Generalversammlung betreffend Genehmigung der Jahresrechnung 2008 tatsächlich eine Genehmigung der streitgegenständlichen Bezüge erblickt werden könne. Selbst wenn dem so wäre, würde dies nichts daran ändern, dass die Leistungen an die Gesellschaft zurückzuerstatten seien. Eine Heilung setze voraus, dass der nachträgliche GV-Beschluss den Kapitalschutzbestimmungen genüge; daran scheitere vorliegend eine Heilung. Namentlich wäre (nebst Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben betreffend Traktandierung einer Gewinnausschüttung, dem erforderlichen Prüfungsurteil der Revisionsstelle, einem ausschüttungsfähigen Gewinn und einem Ausschüttungsbeschluss) vorausgesetzt gewesen, dass die Jahresrechnung 2008 mit einem um den ungerechtfertigten Betrag gekürzten Gehalt zugunsten von †D._____ sowie mit einem verfügbaren Bilanzgewinn genehmigt und gestützt darauf die (bereits erfolgte) Ausschüttung im Sinne einer Gewinnverwendung beschlossen worden wäre. Solches habe selbst die Gegenpartei nie behauptet. Die Klägerin bestreitet überdies ein widersprüchliches und damit rechtsmissbräuchliches Verhalten (Urk. 36 S. 6 ff). Die Vorinstanz setze zu Unrecht Mehrheitsaktionariat und Gesellschaft gleich. Die Unterstellung der Vorinstanz, wonach eine Genehmigung durch die Mehrheitsaktionärin "in Kenntnis aller relevanten Fakten" erfolgt sei, basiere auf einer unrichtigen Feststellung des Sachverhalts. Abgesehen davon sei es im vorliegenden Fall nicht zulässig, vom Prinzip der Unterscheidung zwischen juristischer Person und Aktionariat abzuweichen und dessen (vermeintliches) Wissen der Klägerin zuzurechnen. Dies gelte vorliegend umso mehr, als nicht das (Mehrheits-)Aktionariat auf Rückerstattung geklagt habe, sondern die Gesellschaft selbst. Ein widersprüchliches Verhalten sei schliesslich nur dann rechtsmissbräuchlich, wenn das frühere Verhalten ein schutzwürdiges Vertrauen begründet habe, welches durch die neue Handlung enttäuscht worden sei. Selbst wenn diese Voraussetzung an sich gegeben wäre, verneine das Bundesgericht die Rechtsmissbräuchlichkeit einer Klage, wenn diese die Durchsetzung zwingenden Rechts bezwecke. Da sich †D._____ die streitgegenständlichen Bezüge bösgläubig ausbezahlt habe, verdiene sein allenfalls aus dem Verhalten der Klägerin geschöpftes Vertrauen keinen Schutz. Zudem verstiesse die streitgegenständlichen Bezüge gegen eine ganze Reihe gesetzli-

cher Ausschüttungssperren zwingender Natur. Indem die vorliegende Klage Vermögensverschiebungen rückgängig machen solle, die gegen zwingendes Recht verstießen, könne ihr auch der Einwand der Rechtsmissbräuchlichkeit nicht entgegengehalten werden.

3.2.2. Die *Beklagte* hält zur Hauptsache dafür (Urk. 42 S. 9 ff.), es liege keine Verletzung der materiellen Ausschüttungsbeschränkungen vor. Die Anwendung des angerufenen Art. 678 Abs. 2 OR setze voraus, dass die "Ausschüttung" ungerichtlich sei. Dies sei vorliegend zu verneinen. Dass †D._____ auch im Jahre 2008 eine entsprechende Gegenleistung erbracht habe, sei offenkundig. Diese sei auch für angemessen erachtet worden, habe doch F._____ †D._____ die Lohnzahlung bis zum Abschluss der stillen Liquidation zugesichert und habe die Revisionsstelle keinerlei Einschränkungen "der negativen, unbestrittenermassen Zusicherung" im Revisionsbericht angebracht. Die Klägerin habe eine eingeschränkte Revision durchgeführt. Der Prüfungsstandard für die eingeschränkte Revision enthalte gebräuchliche Prüfungshandlungen für eine Reihe von Positionen der Jahresrechnung. Der Personalaufwand sei eine dieser Positionen. Vorliegend sei †D._____ neben den beiden auf Stundenbasis beschäftigten Mitarbeitern G._____ und H._____ der einzige Mitarbeiter der Klägerin gewesen. Es sei offenkundig, dass die Revisionsstelle die Entschädigungen an †D._____ habe prüfen müssen, zumal ihr der ausgewiesene Bilanzverlust bekannt gewesen sei. Wenn die Revisionsstelle keine Einschränkungen zur negativen Zusicherung im Revisionsbericht gemacht habe, könne dies nur heissen, dass die Revisionsstelle die entsprechende Entschädigung jedenfalls für nicht unangemessen erachtet habe. Auch das Verbot der Einlagenrückgewähr nach Art. 680 Abs. 2 OR sei nicht verletzt. Ferner lege die Klägerin auch keinerlei Verletzungen von (fundamentalen) formellen Ausschüttungsbeschränkungen dar. Kapitalschutzbestimmungen seien nicht verletzt worden und verdeckte Gewinnausschüttungen würden per definitionem nicht traktandiert. Wenn die streitgegenständlichen Geldbezüge unangemessen gewesen wären, hätte der neue Verwaltungsrat der Klägerin und/oder die Mehrheitsaktionärin eine entsprechende Korrektur in der Jahresrechnung 2008 verlangen und die berichtigte Jahresrechnung dann genehmigen müssen.

Der Genehmigung der Jahresrechnung komme ohne weiteres heilende Wirkung zu. Schliesslich habe die Vorinstanz der Klägerin zutreffend ein widersprüchliches und rechtsmissbräuchliches Verhalten vorgeworfen. Die Klägerin habe †D._____ schon in den Massnahmeverfahren im Sommer 2009 wissen lassen, es bestehe angeblich kein Arbeitsvertrag und sie schulde ihm nichts mehr. Zutreffend habe die Vorinstanz daher ausgeführt, die Klägerin habe in Kenntnis aller relevanten Fakten die streitgegenständlichen Bezüge genehmigt. Zu ergänzen sei, dass entgegen den Ausführungen der Klägerin nicht bei jeder Verletzung zwingenden Rechts die Berufung auf das Rechtsmissbrauchsverbot nicht mehr zulässig sei.

3.2.3. In ihrer Stellungnahme vom 5. Februar 2013 wendet die *Klägerin* weiter ein (Urk. 44 S. 2 f.), die Vorinstanz verkenne, dass Gegenstand der vorliegenden Klage nicht "formal als Gewinnentnahmen abgewickelte Ausschüttungen" im Sinne von Art. 678 Abs. 1 OR bildeten, sondern "Gewinnentnahmen in anderem Gewande" oder eben verdeckte Gewinnausschüttungen i.S. v. Abs. 2 der Bestimmung. Dies ergebe sich daraus, dass †D._____ die streitgegenständlichen Bezüge als Lohn kaschiert und vorgegeben habe, weiterhin Arbeitsleistungen für die Klägerin zu erbringen, was zumindest für das Jahr 2008 nicht mehr zugetroffen habe. Die Lohnzahlungen seien in der Folge formell korrekt als solche abgerechnet, buchhalterisch verbucht und letztlich als Aufwandposition in die Jahresrechnung 2008 aufgenommen worden. Selbst wenn die Klägerin umfassende Kenntnis vom Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung gehabt hätte, wäre sie nicht umhin gekommen, die effektiv erfolgten Abflüsse in der Erfolgsrechnung als Aufwand zu berücksichtigen. Die vorinstanzlichen Erwägungen wären, wenn überhaupt, dann höchstens in jenem Fall einschlägig gewesen, wenn die Generalversammlung die streitgegenständlichen Bezüge formal im Sinne von Gewinnentnahmen genehmigt hätte, mithin der Tatbestand von Art. 678 Abs. 1 OR erfüllt wäre, was nicht der Fall sei. Wenn nun aber erwiesen sei, dass die streitgegenständlichen Bezüge im Einklang mit den Rechnungslegungsvorschriften in der Jahresrechnung 2008 berücksichtigt worden seien, dann ändere deren Genehmigung bzw. die fehlende Anfechtung nichts am Rückerstattungsanspruch der Klägerin. Und schliesslich sei deren Klage auch nicht Ausdruck widersprüchlichen

Handelns, da sie gar keine andere Wahl gehabt habe, als die effektiv erfolgten Abflüsse in der Erfolgsrechnung 2008 als Aufwand auszuweisen.

3.3. Festzuhalten ist vorab, dass die Beklagte, wie die Klägerin vorbringt (Urk. 44 S. 4), erstmals im Berufungsverfahren geltend macht, die Revisionsstelle der Klägerin habe in ihrem Revisionsbericht keinerlei Einschränkungen zur negativen Zusicherung gemacht (Urk. 42 S. 9 f.), bzw. erstmals darauf hingewiesen, dass die Klägerin †D._____ "schon in den Massnahmeverfahren im Sommer 2009 (habe) wissen lassen, es bestehe angeblich kein Arbeitsvertrag und sie schulde ihm nichts mehr" (Urk. 42 S. 13). Ferner behauptet sie erstmals, dass die Jahresrechnung in Kenntnis sämtlicher relevanter Fakten bzw. Akten genehmigt worden sei (Urk. 42 S. 13 f.). Die Beklagte begründet mit keinem Wort, inwiefern die neu eingebrachten Noven zulässig sein sollen, insbesondere inwiefern sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz hätten vorgebracht werden können. Bei den Akten finden sich im übrigen weder die Jahresrechnung 2008 noch ein Revisionsbericht oder Unterlagen zu einem Massnahmeverfahren. Die neuen Vorbringen erfolgen verspätet und sind daher unbeachtlich.

3.4. Der Auffassung der Vorinstanz, wonach die blosser Genehmigung der Jahresrechnung 2008 mit den darin enthaltenen Lohnbezügen von †D._____ durch die Generalversammlung am 14. April 2010 (Urk. 12/48) zur Abweisung der Klage führt, kann nicht gefolgt werden, auch wenn der Genehmigungsbeschluss unanbefochten geblieben ist. Solches könnte höchstens dann in Betracht gezogen werden, wenn es sich bei diesem Genehmigungsbeschluss um einen Leistungsbeschluss handeln würde, dessen allfällige Mängel nach Ablauf der Anfechtungsfrist gemäss Art. 706a Abs. 1 OR geheilt würden und der damit definitiv gültig wäre. Alsdann wären auch gestützt auf einen solchen Beschluss erfolgte Leistungen der Gesellschaft als gültig und nicht (mehr) als ungerechtfertigt im Sinne von Art. 678 OR zu qualifizieren (BSK OR II-Kurer/Kurer, Art. 678 N 34 m.w.H.; Beat Spörri, Die aktienrechtliche Rückerstattungspflicht, Diss. Zürich 1996, S. 280 ff., insb. S. 282 N 12; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 12 N 548). Vorliegend wurden indessen Leistungen an †D._____ nicht gestützt auf den Beschluss der Generalversammlung vom 14. April 2010 betreffend Genehmi-

gung der Jahresrechnung 2008 ausgerichtet. Vielmehr waren die streitgegenständlichen Geldbezüge (Lohnbezüge) von †D. _____ bereits im Jahre 2008 getätigt worden. Entrichtet die Gesellschaft zu hohe Entschädigungen für eine Arbeitsleistung, kann eine verdeckte Gewinnausschüttung vorliegen (BSK OR II-Kurer/Kurer, Art. 678 N 15). Ungerechtfertigt ist die Ausschüttung, wenn der Gewinn in Verletzung von Gesetz oder Statuten ausgerichtet wurde, d.h. ein Verstoss gegen die materiellen Ausschüttungsbeschränkungen von Art. 675 ff. OR oder gegen die formellen Voraussetzungen für einen gültigen Ausschüttungsbeschluss (z.B. Gewinnentnahme nicht durch die zwingend zuständige GV oder ohne Vorliegen eines Revisionsberichts) vorliegt (BSK OR II-Kurer/Kurer, Art. 678 N 19). Eine Korrektur durch einen *nachträglichen* GV-Beschluss könnte nur im formellen Bereich, etwa wenn es an einem formellen Ausschüttungsbeschluss mangelt, nicht aber bei einer Verletzung der materiellen Ausschüttungssperren bewirkt werden (BSK OR II-Kurer/Kurer, Art. 678 N 26 m.w.H.; CHK-Ch.Schmid, OR 678 N 6 a.E.). Dass und inwiefern vorliegend durch die behauptete verdeckte Gewinnausschüttung in Form von Lohnzahlungen einzig formelle Voraussetzungen verletzt worden sein sollen, die einer Korrektur durch einen nachträglichen GV-Beschluss überhaupt zugänglich wären, hat die Vorinstanz weder geprüft noch dargetan und ist auch nicht ersichtlich. Entgegen ihrer Meinung kann gerade nicht offen bleiben, ob die streitgegenständlichen Bezüge einen Anwendungsfall von Art. 678 Abs. 2 OR darstellen bzw. ob darin eine verdeckte Gewinnausschüttung zu sehen ist. Eine ungerechtfertigte Gewinnentnahme verstiesse auch gegen die Normen des Eigenkapitalschutzes, die auch durch Zustimmung sämtlicher Beteiligten nicht geheilt werden könnte.

Die blosser Genehmigung der Jahresrechnung stellt aber ohnehin keine rechtfertigende Genehmigung der streitgegenständlichen Geldbezüge dar. Gemäss Art. 662 OR hat der Verwaltungsrat für jedes Geschäftsjahr u.a. eine Jahresrechnung, bestehend aus der Erfolgsrechnung, der Bilanz und dem Anhang zu erstellen. Die Jahresrechnung ist ein Informationsinstrument; sie soll eine möglichst zuverlässige Beurteilung der Vermögens- und Ertragslage der Gesellschaft vermitteln (Art. 662a Abs. 1 OR). Gesetzlicher Adressat ist in erster Linie die General-

versammlung, welcher auch die Befugnis zukommt, die Jahresrechnung zu genehmigen (BSK OR II-Neuhaus/Blättler, Art. 662 N 17 i.V. mit N 3; Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR). Die Erfolgsrechnung hat dabei u.a. betriebliche Aufwände auszuweisen, worunter auch der Personalaufwand fällt (Art. 663 Abs. 1 und 3 OR). Die Generalversammlung hat (auf Empfehlung der Revisionsstelle, vgl. Art. 728 b OR) über die Genehmigung der Jahresrechnung Beschluss zu fassen (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR). Erweist sich die Jahresrechnung in allen Punkten als gesetzes- und statutenkonform, empfiehlt die Revisionsstelle eine Genehmigung ohne Einschränkung (BSK OR II-Watter/Pfiffner, Art. 728 b N 38). Die Genehmigung der Jahresrechnung durch die Generalversammlung stellt daher - entgegen der Auffassung der Vorinstanz (Urk. 37 S. 3) - keine nachträgliche Genehmigung einer (allenfalls ungerechtfertigten) Geldentnahme dar. Für die Genehmigung zu prüfen ist, ob die Jahresrechnung nach Form und Inhalt gemäss den gesetzlichen, statutarischen und reglementarischen Vorschriften aufgestellt ist. Da eine Jahresrechnung vergangenheitsorientiert ist, haben die Aktionäre nur wenig Spielraum. Sie könnten höchstens in Bezug auf den nächsten Abschluss Vorgaben punkto Entschädigung anbringen. Dass mit der Genehmigung der Jahresrechnung 2008 nicht die streitgegenständlichen Geldbezüge nachträglich genehmigt werden sollten, zeigt sich vorliegend aber gerade auch darin, dass dem Verwaltungsrat (†D._____) für das Geschäftsjahr 2008 die Entlastung durch dieselbe Generalversammlung versagt wurde, mit der ausdrücklichen Begründung, diesen eventuell auf Rückerstattung zu viel bezogener Entschädigungen belangen zu wollen (Urk. 12/48 S. 4). Ihren Informationszweck hat die Jahresrechnung damit offenbar erfüllt.

Auf die weitergehenden Einwendungen der Klägerin braucht unter diesen Umständen nicht weiter eingegangen zu werden.

3.5. Nach dem Gesagten kann zudem auch nicht von einem widersprüchlichen und damit rechtsmissbräuchlichen Verhalten der Klägerin ausgegangen werden, das eine Klageabweisung rechtfertigte. Zwar ist der Vorinstanz in ihrer Argumentation beizupflichten, dass die Beschlüsse der Generalversammlung als Organ der Klägerin dieser anzurechnen sind (Urk. 37 S. 5). Mit der Genehmigung der

Jahresrechnung 2008 anlässlich der Generalversammlung vom 14. April 2010 (Urk. 12/48 S. 4) wurden indes nicht die streitgegenständlichen Bezüge von †D._____ nachträglich genehmigt. Auch wenn die Lohnbezüge von †D._____ im Jahre 2008 als Aufwandposition in der Jahresrechnung 2008 enthalten waren, wurde - wie vorstehend erwogen - nicht über deren Gerechtfertigkeit, sondern über eine gesetzes- und statutengemässe Rechnungslegung Beschluss gefasst. Dass mit der Jahresrechnung 2008 nicht die streitgegenständlichen Bezüge nachträglich genehmigt werden sollten, zeigt sich - wie ebenfalls bereits ausgeführt - auch darin, dass dem Verwaltungsrat für das Geschäftsjahr 2008, †D._____, die Entlastung versagt wurde mit der Begründung, diesen auf Rückerstattung zu viel bezogener Entschädigungen belangen zu wollen (Urk. 12/48 S. 4). Mit der Klageeinleitung auf Rückerstattung von Leistungen gemäss Art. 678 Abs. 2 OR hat sich die Klägerin daher weder widersprüchlich noch rechtsmissbräuchlich verhalten. Ob die Klage die Durchsetzung zwingenden Rechts bezweckt, weshalb ihr der Einwand der Rechtsmissbräuchlichkeit ohnehin nicht entgegengehalten werden könne, kann damit vorliegend ebenso offenbleiben wie die Frage, ob †D._____ bei der Lohnauszahlung für das Jahr 2008 bösgläubig gehandelt hat, was bestritten ist.

3.6. Damit ist die Berufung gutzuheissen und das angefochtene Urteil aufzuheben. Da ein wesentlicher Teil der Klage durch die Vorinstanz nicht beurteilt wurde bzw. diese Aspekte des Sachverhalts, die von den Parteien behauptet und zum Beweis offeriert wurden, bei der Urteilsfindung nicht berücksichtigt hat, ist das Verfahren zur Fortsetzung des Verfahrens und zu neuem Entscheid an diese zurückzuweisen (Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO). Insbesondere wird die Vorinstanz zu prüfen haben, ob die streitgegenständlichen Bezüge von †D._____ einen Anwendungsfall von Art. 678 Abs. 2 OR darstellen bzw. ob darin eine verdeckte Gewinnausschüttung zu sehen ist, und sie wird die dafür gegebenenfalls erforderlichen Beweise abzunehmen haben.

Das vorinstanzliche Verfahren wurde vor dem Inkrafttreten der schweizerischen Zivilprozessordnung am 1. Januar 2011 anhängig gemacht. Nach Art. 404 Abs. 1 ZPO untersteht daher auch das weitere Verfahren vor dem Bezirksgericht Diet-

ikon der bisherigen zürcherischen Zivilprozessordnung ZPO/ZH (vgl. OGer ZH LB120082 vom 8. März 2013, E. I./3.; BGer 4A_471/2011 vom 17. Januar 2012, E. 3.3).

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Ist der Prozess zur Fortsetzung des Verfahrens und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen, so ist das angefochtene Urteil auch hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsfolgen (Dispositiv-Ziff. 2-4) aufzuheben und wird die Vorinstanz in ihrem neuen Entscheid auch darüber erneut zu befinden haben.

4.2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist nach Massgabe des Streitwerts von Fr. 145'700.-- auf Fr. 10'580.-- festzusetzen (§§ 4 Abs. 1 und 12 Abs. 1 GebV OG). Die Gerichtskosten sind mit dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Der Entscheid über die Verteilung der Gerichtskosten und damit über eine allfällige Ersatzpflicht nach Art. 111 Abs. 2 ZPO wird der Vorinstanz überlassen (Art. 104 Abs. 4 ZPO).

4.3. Bei der Festsetzung der Prozessentschädigung ist zu differenzieren. Da der Vertreter der Klägerin gleichzeitig deren einziger Verwaltungsrat ist, stünde ihm gegebenenfalls nur eine um einen Drittel reduzierte Entschädigung zu (KUKO ZPO-Schmid, Art. 95 N 33 mit Hinweisen). Die volle Prozessentschädigung ist in Anwendung der §§ 4 Abs. 1, 11 Abs. 1 und 2 und 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf Fr. 9'000.-- (einschliesslich MwSt.) festzusetzen, die um einen Drittel reduzierte Entschädigung auf Fr. 6'000.--. Auch der Entscheid über die Verteilung der Parteientschädigung für das zweitinstanzliche Verfahren wird der Vorinstanz überlassen (Art. 104 Abs. 4 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Der Antrag der Beklagten, es sei die Vernehmlassung der Klägerin vom 5. Februar 2013 aus dem Recht zu weisen, wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil des Bezirksgerichts Dietikon vom 3. September 2012 wird aufgehoben und der Prozess zur Fortsetzung des Verfahrens und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 10'580.-- festgesetzt und mit dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Die Prozessentschädigung für das zweitinstanzliche Verfahren wird auf Fr. 9'000.-- (für den beklagtischen Rechtsvertreter) bzw. Fr. 6'000.-- (für den klägerischen Rechtsvertreter) festgesetzt.
4. Der Entscheid über die Verteilung der Prozesskosten des vorliegenden Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid des Bezirksgerichts vorbehalten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie - unter Rücksendung sämtlicher Akten - an das Bezirksgericht Dietikon, je gegen Empfangsschein.
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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 145'700.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 22. Juli 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. B. Demuth

versandt am:
mc