



Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Vizepräsident, und Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, die Handelsrichter Attila Mathé, Dr. Samuel Germet und Kaspar Wälti sowie der Gerichtsschreiber Dr. Moritz Vischer

**Urteil vom 25. Oktober 2016**

in Sachen

**A. \_\_\_\_\_ AG,**

Klägerin in Nachlassstundung

Sachwalter: Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B. \_\_\_\_\_ S.A.,**

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Aberkennung**

### **Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

"Es sei festzustellen, dass die in Betreuung gesetzte Forderung in der Höhe von CHF 349'184 nebst Zins zu 5% seit dem 1. März 2014, Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamts Zürich 3 (Zahlungsbefehl vom 17. Oktober 2014) nicht besteht.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen – auch im Blick auf die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Rechtsöffnungsverfahrens vor dem Obergericht –, zuzüglich Mehrwertsteuer, zu Lasten der Beklagten."

### **Sachverhalt und Verfahren**

#### A. Sachverhaltsübersicht

##### a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist ein schweizerisches Telekomunternehmen mit Sitz in C.\_\_\_\_\_ (act. 2/1).

Bei der Beklagten handelt es sich um ein Unternehmen aus Ecuador, das als Subunternehmerin der Klägerin technische Installationen auf ecuadorianischen Flughäfen ausführte (act. 23 Rz. 7).

##### b. Prozessgegenstand

Gegenstand des Prozesses bilden die zugunsten der Beklagten ausstehende dritte und vierte Teilzahlung (zuzüglich einer Zusatzzahlung) gemäss dem zwischen den Parteien am 18. Mai 2012 abgeschlossenen Subunternehmervertrag.

#### B. Prozessverlauf

Mit Eingabe vom 1. Mai 2015 (Datum Poststempel: 2. Mai 2015) reichte die Klägerin die Klage samt Beilagen beim hiesigen Handelsgericht ein (act. 1; act. 2/1-15). Nach Nachfristansetzung leistete sie den ihr mit Verfügung vom 5. Mai 2015 (act. 3) auferlegten Kostenvorschuss von CHF 18'000.–. Noch innert der mit Verfügung vom 30. Juni 2015 angesetzten Frist für die Klageantwort (act. 9) bean-

tragte die Beklagte mit Eingabe vom 1. Juli 2015 die Sicherstellung ihrer Parteientschädigung (act. 11; act. 12/1-6). Nachdem sich die Klägerin hierzu nicht vernehmen liess, wurde sie mit Verfügung vom 7. September 2015 verpflichtet, eine Sicherheit für die Parteientschädigung der Beklagten in der Höhe von CHF 22'500.– zu leisten (act. 15). Nach deren – wiederum innert Nachfrist – erfolgtem Eingang wurde mit Verfügung vom 30. Oktober 2015 Frist für die Einreichung der Klageantwort angesetzt (act. 21). Diese ging samt Beilagen fristgerecht hierorts ein (act. 23; act. 24; act. 25/2-13). Mit Verfügung vom 14. Dezember 2015 wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet und der Klägerin Frist bis 3. März 2016 angesetzt für die Erstattung der Replik (act. 28). Die Klägerin reichte innert Frist keine Replik ein, weshalb androhungsgemäss Verzicht auf Replik anzunehmen ist. Am 11. März 2016 gewährte das Bezirksgericht Zürich der Klägerin eine definitive Nachlassstundung bis 12. September 2016. Am 30. Juni 2016 wurden die Parteien zur Hauptverhandlung auf den 25. Oktober 2016 vorgeladen (act. 35). Mit Urteil vom 27. September 2016 widerrief das Nachlassgericht am Bezirksgericht Zürich die bewilligte definitive Stundung und verfügte die Konkursöffnung mit Eintritt der Vollstreckbarkeit des Entscheides (act. 41). An der heutigen Hauptverhandlung erschien seitens der Klägerin lediglich der Sachwalter und der Rechtsvertreter der Beklagten (Prot. S. 18). Nach durchgeführter Hauptverhandlung erweist sich das vorliegende Verfahren als spruchreif; weitergehende Beweiserhebungen, wie von der Klägerin beantragt, drängen sich – wie zu zeigen sein wird – nicht auf. Gemäss heutigem Auszug aus dem Schweizerischen Handelsregister wurde der Konkurs über die Klägerin noch nicht eröffnet (act. 44).

### Erwägungen

#### 1. Formelles

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts blieben vorliegend zu Recht unbestritten. Die Beklagte hat sich im Übrigen ausdrücklich auf das Verfahren eingelassen (act. 23 Rz. 2).

## 2. Unbestrittener Sachverhalt

Gemäss den übereinstimmenden Parteivorbringen erhielt die Klägerin im Jahr 2011 den Zuschlag für die Auslieferung, Installation und Inbetriebnahme von Kommunikations- und Wettersystemen für die Flugsicherung von der Republik Ecuador, handelnd durch das Ministerio de Transporte y de Obras Publicas (MTOP). Zwecks Ausführung dieses Auftrags schloss die Klägerin mit der Beklagten am 18. Mai 2012 einen Subunternehmervertrag. Die Beklagte zeigte sich für die Montage der durch die Klägerin gelieferten Systemkomponenten an 13 verschiedenen Örtlichkeiten verantwortlich. Die Ausführung der Arbeiten verzögerte sich und konnte erst im März 2014 vollständig abgeschlossen werden. Zur zügigen Vollendung der letzten Phase des Projekts wurde seitens der Klägerin eine Bankgarantie ausgestellt, welche die Beklagte aber nicht hatte abrufen können. Nachdem die Beklagte ihre Leistungen erbracht hatte, wurde die Klägerin als Generalunternehmerin durch das MTOP schliesslich entschädigt.

## 3. Parteivorbringen zu den Streitpunkten

### 3.1. Vorbemerkung

Unabhängig der Parteirollenverteilung im Aberkennungsprozess hat die beklagte Gläubigerin den Bestand, den Umfang, die Fälligkeit und die Betreibbarkeit ihrer Forderung zu beweisen (BGE 131 III 268 E. 3.1; KUKO SchKG-Vock, Art. 83 SchKG Rz. 12e).

### 3.2. Mangelhafte Erfüllung des Subunternehmervertrags durch die Beklagte

Die Klägerin macht geltend, die Beklagte habe die ihr vereinbarungsgemäss übertragenen Aufgaben nur "schleppend und lückenhaft" umgesetzt (act. 1 Rz. 9). Die durch die Beklagte verursachten Verzögerungen hätten zu einem grossen Schaden der Klägerin in der Höhe von insgesamt CHF 1'668'000.– geführt (act. 1 Rz. 15), welchen sie verrechnungsweise geltend mache (act. 1 Rz. 11). Trotz Mahnungen und Mängelrügen habe sich die Beklagte uneinsichtig gezeigt (act. 1 Rz. 16). Die Klägerin habe daraufhin für die Fertigstellung der Arbeiten eigenes Personal aufbieten müssen.

Die Beklagte führt aus, die Verzögerungen seien auf die mangelnde Zahlungsmoral der Klägerin zurückzuführen (act. 23 S. 9). Sie sei berechtigt gewesen, ihrerseits ihre Leistungen zu verweigern (act. 23 S. 10). Jedenfalls habe es keine massiven Vertragsverletzungen seitens der Beklagten gegeben. Die einzelnen Schadenspositionen bestünden demnach lediglich aus "Fantasiezahlen" und seien aufgebauscht (act. 23 S. 9 f.).

### 3.3. Vereinbarung über die Zahlungsmodalität vom 11. November 2013

Die Klägerin weist die genannte Vereinbarung als Fälschung zurück (act. 1 Rz. 20). Auch die Unterschrift der Beklagten entspreche ihrer elektronischen Vorlage, was für eine "Fabrizierung" des gesamten Dokuments spreche (act. 1 Rz. 37). Es könne aber auch sein, dass der seitens der Klägerin unterzeichnende D.\_\_\_\_\_ dieses Dokument ohne Genehmigung der klägerischen Organe nachträglich visiert habe (act. 1 Rz. 20).

Die Beklagte entgegnet, selbst wenn die Relevanz der Vereinbarung ohnehin nicht zentral sei, würden die Ausführungen der Klägerin bestritten (act. 23 S. 10). Denn das nachträgliche E-Mail der Beklagten vom November 2013 enthalte die gleichen Absprachen, welche auch von der Klägerin durch Errichtung einer Bankgarantie umgesetzt worden seien (a.a.O.). Ohnehin seien die Ausstände von E.\_\_\_\_\_, Leiter Projektmanagement der Klägerin, mit E-Mail vom 25. Oktober 2013 bestätigt worden (act. 23 Rz. 13; act. 25/6.2).

### 3.4. Vorgänge rund um die Ausstellung der Bankgarantie

Die Klägerin führt aus, die Beklagte sei trotz Ausstellung einer Bankgarantie ihren Verpflichtungen nicht nachgekommen (act. 1 Rz. 26). Sie habe vielmehr am 3. März 2013 (recte: 2014) diese Bankgarantie unrechtmässig zu beanspruchen versucht. Es sei der Klägerin ein weiterer Schaden entstanden (act. 1 Rz. 27 f.).

Die Beklagte bringt vor, dass die Klägerin auf die Mitwirkung der Beklagten angewiesen gewesen sei (act. 23 S. 11). Dies ergebe sich aus einer weiteren E-Mail von E.\_\_\_\_\_ (a.a.O.; act. 25/8.2). Die Beanspruchung der Bankgarantie sei nicht unrechtmässig erfolgt. Es handle sich bei den Ausführungen der Klägerin erneut

um haltlose Schutzbehauptungen (act. 23 S. 11). Der Klägerin sei entsprechend kein Schaden entstanden (a.a.O.).

#### 4. Würdigung der Parteivorbringen und rechtliche Grundlagen

##### 4.1. Anwendbares Recht

Die Parteien haben in Art. 23.1 des Subunternehmervertrags vom 18. Mai 2012 eine rechtsgültige Rechtswahl zugunsten des schweizerischen Rechts – unter Ausschluss des Wiener Kaufrechts – getroffen (act. 25/2.2 S. 12). Daher ist Schweizer Recht anwendbar, was unbestritten ist.

##### 4.2. Forderung von CHF 349'184.– entsprechend USD 369'680.–

Die Klägerin bestreitet nie explizit, dass die dritte und vierte Teilzahlung zuzüglich einer Zusatzzahlung fällig und damit geschuldet sind. Sie macht insbesondere nicht geltend, dass die Beklagte die vertraglich geschuldeten Leistungen überhaupt nicht erbracht hätte. Eine Bezahlung der Klägerin durch das MTOP wäre gemäss unbestrittenem Sachverhalt nicht erfolgt, hätte die Beklagte nicht gehörig erfüllt. Die Forderung der Beklagten gegenüber der Klägerin im Umfang von CHF 349'184.–, entsprechend USD 369'680.–, ist im Übrigen auch durch den im Recht liegenden Subunternehmervertrag vom 18. Mai 2012 (act. 25/2.2) und dem diesen Betrag anerkennenden E-Mail des klägerischen E. \_\_\_\_\_ vom 25. Oktober 2013 (act. 25/6.2) ausgewiesen. Die Klägerin macht zwar geltend, die Beklagte sei ihren Verpflichtungen nicht nachgekommen. Sie wirft der Beklagten namentlich schleppende und lückenhafte Vertragserfüllung vor. Ihre diesbezüglichen Behauptungen bleiben jedoch pauschal und unsubstantiiert, weshalb sie unbeachtlich sind. Die Einrede der mangelhaften Erfüllung vermag dem Anspruch der Beklagten auf die dritte und vierte Teilzahlung (zuzüglich einer Zusatzzahlung) nicht entgegen zu stehen.

Auch wenn die nachträglichen Erfüllungshandlungen der Klägerin, wie die Ausstellung der Bankgarantie, für die Gültigkeit der Vereinbarung über die Zahlungsmodalität vom 11. November 2013 (act. 1/9) sprechen, kann diese Frage – wie die Beklagte zutreffend ausführte (act. 31 S. 10) – letztlich offen bleiben. Denn die

Beklagte vermag, wie gezeigt, den Beweis für Bestand und Höhe ihrer Forderung auf anderem Weg zu erbringen. Damit erübrigen sich auch die durch die Klägerin zum Entstehungsprozess der genannten Zahlungsmodalitätsvereinbarung offerierten Zeugeneinvernahmen.

#### 4.3. Gegenforderung der Klägerin

Auch die zur Verrechnung gebrachte Schadenersatzforderung bleibt diffus und unsubstantiiert. Die Klägerin fasst ihre Schadenspositionen in der Klageschrift vom 1. Mai 2015 in zwei farbigen Tabellen zusammen (act. 1 Rz. 15; act. 1 Rz. 28) und verweist auf ein Schreiben vom 9. Juli 2013 (act. 2/7). Die Schadenersatzforderung der Klägerin ist weder hinreichend substantiiert noch belegt. Ausserdem ist das Quantitativ unklar und nicht nachvollziehbar, zumal sich die Positionen und Beträge in der Klageschrift nicht mit denjenigen der Beilage decken. Demnach vermag die Klägerin mit ihren Verrechnungsforderungen nicht durchzudringen.

#### 4.4. Zinsen

Die eingeforderten Verzugszinsen von 5 Prozent seit 1. März 2014 blieben unbestritten. Gemäss Subunternehmervertrag vom 18. Mai 2012 wurde für die vorgeannten Teilzahlungen ein bestimmter Verfalltag im Sinne von Art. 102 Abs. 2 OR verabredet (act. 25/2.2: Art. 12.2 S. 8). Am 1. März 2014 war die Klägerin somit ohne Weiteres in Verzug, weshalb seit diesem Datum Verzugszins in der Höhe von 5 Prozent durch sie geschuldet wird.

#### 5. Fazit

Die Forderung der Beklagten ist ausgewiesen und fällig, während die Verrechnungsforderung der Klägerin nicht dargetan ist. Daher ist die Aberkennungsklage nach dem Ausgeführten vollumfänglich abzuweisen. Demzufolge wird die provisorische Rechtsöffnung vom 27. März 2015 definitiv (Geschäfts-Nr. RT150019-O).

Der Vollständigkeit halber ist anzumerken, dass der offensichtliche Verschrieb der Beklagten in ihrer Klageantwort vom 24. November 2015 (CHF 349'148.– anstatt:

CHF 349'184; act. 23) ihr nicht zum Nachteil gereicht. Zum einen ist dieses Versehen von Amtes wegen richtig zu stellen und zum anderen geht aus dem Antrag der Beklagten klar hervor, dass sie vollumfängliche Klageabweisung beantragt.

#### 6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Klägerin unterliegt vollumfänglich, weshalb sie kostenpflichtig wird (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Entsprechend den klägerischen Rechtsbegehren ist von einem Streitwert von CHF 349'184.– auszugehen. Daraus resultiert eine ordentliche Gerichtsgebühr von CHF 18'000.–. Sie ist aus dem klägerischen Vorschuss zu beziehen. Angesichts der Verantwortung, des Zeitaufwands, der Schwierigkeit des Falls und der Notwendigkeit der Einreichung von deutschen Übersetzungen rechtfertigt es sich, die Parteientschädigung gegenüber der Grundgebühr leicht auf CHF 22'500.– zu erhöhen (vgl. act. 45, Honorarnote). Die Parteientschädigung ist der Beklagten aus der durch die Klägerin geleisteten Sicherstellung auszurichten. Es wurde ausdrücklich keine Mehrwertsteuer verlangt (act. 45).

#### **Das Handelsgericht erkennt:**

1. Die Klage wird abgewiesen.  
Die mit Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 27. März 2015 in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Zürich 3 (Zahlungsbefehl vom 17. Oktober 2014) erteilte provisorische Rechtsöffnung für CHF 349'184.– nebst Zins zu 5 % seit 1. März 2014 ist damit definitiv.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 18'000.–.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 22'500.– zu bezahlen. Diese Entschädigung wird der Beklagten – nach Rechtskraft dieses Urteils – von der Obergerichtskasse aus der von der Klägerin geleisteten Sicherheit ausbezahlt.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die Obergerichtskasse.
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 349'184.–.

Zürich, 25. Oktober 2016

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vizepräsident:

Gerichtsschreiber:

Roland Schmid

Dr. Moritz Vischer