



Mitwirkend: der Obergerichter Peter Helm, Präsident, die Ersatzoberrichterin Flurina Schorta, die Handelsrichter Ivo Eltschinger, Paul Geisser und Dr. Arnold Huber sowie die Gerichtsschreiberin Claudia Marti

Beschluss und Urteil vom 18. Januar 2013

in Sachen

A. _____ AG,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____ Anlagestiftung,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei die Beklagte zur Bezahlung von mindestens CHF 163'508.45 zuzüglich Zins zu 5% seit 17. Januar 2011 an die Klägerin zu verurteilen.
2. Mehrforderungen bleiben ausdrücklich vorbehalten.
3. Unter o/e-Kostenfolge zu Lasten der Beklagten."

Abgeändertes Rechtsbegehren:

(act. 16 S. 2)

- "1. Es sei die Beklagte zur Bezahlung von mindestens CHF 132'876.57 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 17. Januar 2011 an die Klägerin zu verurteilen.
2. Mehrforderungen bleiben ausdrücklich vorbehalten.
3. Unter o/e-Kostenfolge zu Lasten der Beklagten."

Das Gericht zieht in Erwägung:

1. Parteien; Prozessverlauf

1.1. Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in C.____; ihr Zweck ist der Betrieb öffentlicher Bade- und Thermalanlagen (act. 2/3). Die Beklagte ist eine schweizerische Stiftung mit Sitz in C.____, die die gemeinsame Anlage und Verwaltung der von den Mitstiftern und Anlegern anvertrauten Vorsorgegelder bezweckt (act. 2/2). Die Beklagte realisierte als Investorin das Bauprojekt D.____ in E.____. Die Klägerin mietete in der Folge die Räumlichkeiten von der Beklagten, um darin die "D.____" zu betreiben. Der Prozess steht im Zusammenhang mit der Auflösung dieser Vertragsbeziehung.

1.2. Am 31. März 2011 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin die vorliegende Klage ein (act. 1). Den ihr mit Verfügung vom 1. April 2011 auferlegten Kostenvorschuss leistete sie fristgerecht (Prot. S. 2; act. 5). Die Klageantwortschrift datiert vom 1. September 2011 (act. 8). Anlässlich der am 10. Januar 2012 durchgeführten Vergleichsverhandlung schlossen die Parteien einen Vergleich mit

Widerrufsvorbehalt (Prot. S. 8 f.), den die Klägerin mit Eingabe vom 17. Januar 2012 fristgerecht widerrief (act. 13; Prot. S. 11). In der Folge wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet. Die Replik, mit welcher die Klägerin ihre Klage reduzierte, datiert vom 26. März 2012 (act. 16), die Duplik vom 14. Juni 2012 (act. 20; vgl. Prot. S. 11 f.); letztere wurde der Klägerin mit Verfügung vom 15. Juni 2012 einschliesslich Beilagen zugestellt (Prot. S. 13). Mit Verfügung vom 15. Oktober 2012 wurde den Parteien Frist angesetzt um zu erklären, ob sie auf die Durchführung der mündlichen Hauptverhandlung verzichten, wobei bei Stillschweigen Verzicht angenommen würde (act. 24). Mit Eingabe vom 19. Oktober 2012 verzichtete die Beklagte auf Durchführung einer Hauptverhandlung (act. 26). Die Klägerin liess sich innert Frist nicht vernehmen, weshalb Verzicht anzunehmen ist.

2. Prozessuales

2.1. Das Handelsgericht des Kantons Zürich ist sowohl örtlich als auch sachlich zuständig (Art. 31 ZPO; Art. 6 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG).

2.2. Gemäss Ziff. 2 ihrer Rechtsbegehren behält sich die Klägerin Mehrforderungen ausdrücklich vor (vgl. oben S. 2). Nach der Dispositionsmaxime steht es den Parteien frei, lediglich einen Teilbetrag einer grösseren Gesamtforderung geltend zu machen (vgl. auch Art. 86 ZPO). Dem Urteil über die Teilklage kommt indessen grundsätzlich nur materielle Rechtskraft mit Bezug auf den eingeklagten Teilanspruch zu (vgl. BOPP/BESSENICH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., N 10 zu Art. 86 ZPO); eines Nachklagevorbehaltes bedarf es nicht. Auf Ziff. 2 des Rechtsbegehrens ist somit nicht näher einzugehen.

2.3. Die Klägerin hat ihr Rechtsbegehren Ziff. 1 mit der zweiten Rechtsschrift von CHF 163'508.45 zuzüglich Zins auf CHF 132'876.57 zuzüglich Zins reduziert und die Klage damit im Umfang von CHF 30'631.88 zurückgezogen. Das ist vorzumerken und die Klage in diesem Umfang abzuschreiben (Art. 241 Abs. 3 ZPO).

3. Sachverhalt und Gegenstand des Verfahrens

3.1. Die Parteien haben am 5. Mai 2010 nachfolgende Vereinbarung (act. 2/1) geschlossen, deren Wirksamkeit sie grundsätzlich nicht in Zweifel ziehen; die Klägerin wird darin als "A._____ AG" und die Beklagte als "B._____ Anlagestiftung" bezeichnet:

- "1. Die A._____ AG bestätigt, dass sämtliche Verträge mit der F._____ aufgehoben sind resp. keinerlei Forderungen der F._____ gegenüber der A._____ AG mehr bestehen.
2. Die Angelegenheit mit G._____ (Darlehensvertrag) ist aus dieser Vereinbarung ausgeschlossen resp. verbleibt bei der A._____ AG.
3. Die bis heute vorhandene Liquidität wird dafür verwendet, alle Drittgläubiger (mit Ausnahme G._____ und F._____ und mit ihr verwandter Parteien) zu befriedigen. Die B._____ Anlagestiftung verpflichtet sich hierzu den Betrag von maximal CHF 220'000.00 in gegenseitiger Absprache zur Deckung der Verbindlichkeiten bis zum 30. April 2010 gegenüber Drittgläubiger zu bezahlen.
4. Die B._____ Anlagestiftung ist bereit, auf die bisher angelaufenen Mietzinse und Mietnebenkosten gegenüber A._____ AG zu verzichten, solange die A._____ AG keine Insolvenzerklärung abgibt.
5. Weiter sichert die B._____ Anlagestiftung zu, dass sie für die Bezahlung der Löhne, Lohnnebenkosten und Energiekosten aufkommt. Die A._____ AG sichert zu, dass der ordentliche Aprillohn bezahlt ist.
6. Für die Bezahlung der Lieferantenrechnungen kommt die B._____ Anlagestiftung ab dem 1. Mai 2010 auf.
7. Die A._____ AG gibt hiermit die Zustimmung zur entschädigungslosen Übertragung aller betrieblichen Verträge (mit Ausnahme F._____ und G._____) an eine noch durch B._____ Anlagestiftung zu benennende Gesellschaft. Die Verträge sind im Detail noch zu spezifizieren. Die Übertragung erfolgt so schnell wie möglich.
8. Zudem werden ebenfalls die bestehenden Arbeitsverträge hiermit sofort auf eine noch durch die B._____ Anlagestiftung zu benennende Gesellschaft übertragen, insofern die Arbeitnehmer zustimmen. Der Mietvertrag wird hiermit rückwirkend per 1. Mai 2010 aufgelöst.
9. Mit der Unterschrift dieses Vertrages hat die B._____ Anlagestiftung das Recht, ab sofort den Betrieb zusammen mit H._____ zu überprüfen.
10. Diese Vereinbarung erfolgt mit Ausnahme der Ziffern 7, 8 und 9 unter der Bedingung, dass nach Vollzug der obigen Bestimmungen die A._____ AG nicht überschuldet ist, wovon der Verwaltungsrat der A._____ AG mit Unterzeichnung dieser Vereinbarung ausgeht."

3.2. Die Klägerin macht im Wesentlichen geltend, die Beklagte habe sich verpflichtet, die Klägerin mit maximal CHF 220'000.– zu unterstützen. Die Angele-

genheit G._____ sei gemäss Ziff. 2 der Vereinbarung von der gesamten Vereinbarung ausgeschlossen worden, auch in Bezug auf die Frage der Überschuldung der Klägerin gemäss Ziff. 10 der Vereinbarung. Daher sei die Angelegenheit G._____ in der Bilanz nicht zu berücksichtigen und die Klägerin sei nach Vollzug der Vereinbarung nicht überschuldet (act. 1 Rz 12 f.). Die Klägerin macht weiter geltend, ihre Liquidität per 5. Mai 2010 habe gemäss Ziff. 3 der Vereinbarung für sämtliche bis 30. April 2010 angefallenen und noch anfallenden Kosten verwendet werden dürfen (act. 16 Rz 30). Es bestünden Kreditoren im Umfang von CHF 132'876.57 per 30. April 2010, welche die Beklagte im Ergebnis zu übernehmen habe (act. 16 Rz 29).

Die Beklagte stellt sich demgegenüber zusammenfassend auf den Standpunkt, der Vorbehalt der Überschuldung der Klägerin beziehe sich auf sämtliche Verbindlichkeiten der Klägerin, einschliesslich G._____. Das Darlehen der G._____ sei zu bilanzieren. Die Klägerin sei nach Vollzug der Vereinbarung i.S.v. Ziff. 10 der Vereinbarung überschuldet. Damit sei die fragliche Verpflichtung zur Deckungszahlung nicht in Kraft getreten. Auch habe sich die Beklagte nur zur Deckung der Forderungen von Drittgläubigern (Lieferanten) per 30. April 2010 verpflichtet, nicht zur Ausgleichung einer bilanzmässigen Überschuldung. Die Klägerin habe Verbindlichkeiten nicht substantiiert dargelegt. Schliesslich habe die Klägerin die Liquidität per 5. Mai 2010 nur für Forderungen per 30. April 2010 verwenden dürfen (act. 20 Rz 9-11).

3.3. Streit besteht folglich zunächst über die Bedeutung der Ziff. 3 und 10 der Vereinbarung (Auslegungstreit).

3.3.1. Der Inhalt eines Vertrags bestimmt sich in erster Linie nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen (*subjektive Auslegung*; Art. 18 Abs. 1 OR). Nur wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (*normative Auslegung*; Urteil des Bundesgerichts 4C.107/2004 vom 15. Juni 2004 E. 2; BGE 129 III 118 E. 2.5; 127 III 444 E. 1b). Dabei hat der klare

Wortlaut Vorrang vor weiteren Auslegungsmitteln, es sei denn, er erweise sich auf Grund anderer Vertragsbedingungen, dem von den Parteien verfolgten *Zweck* oder *weiteren Umständen* als nur scheinbar klar. Den wahren Sinn einer Vertragsklausel erschliesst zudem erst der *Gesamtzusammenhang*, in dem sie steht. Soweit sie für Dritte erkennbar sind, dürfen die Begleitumstände des Vertragsabschlusses oder die Interessenlage der Parteien in jenem Zeitpunkt ergänzend berücksichtigt werden (BGE 128 III 265 E. 3a). Massgeblich für die Bedeutung eines Wortes ist weniger dessen unmittelbarer Wortsinn als seine Stellung im Kontext und wiederum dessen Stellung im Gesamtkontext des Vertrages. Man spricht in diesem Zusammenhang auch vom systematischen Element der Auslegung (WIEGAND, in: Basler Kommentar Obligationenrecht I, 5. Aufl. 2011, N 24 zu Art. 18 OR). Das Gericht hat zu berücksichtigen, was sachgerecht ist, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben (Urteil des Bundesgerichts 4C.107/2004 vom 15. Juni 2004 E. 2).

3.3.2. Die Behauptungs- und Beweislast für Bestand und Inhalt eines vom normativen Auslegungsergebnis abweichenden subjektiven Vertragswillens trägt jene Partei, welche aus diesem Willen zu ihren Gunsten eine Rechtsfolge ableitet (BGE 121 III 118 E. 4.b.aa mit weiteren Hinweisen). Da sich die Behauptungs- und Beweislast danach richtet, ob vom normativen Verständnis abgewichen wird, ist dieses in der Regel vorab zu prüfen.

4. Bedingungseintritt

4.1. Die Parteien sind sich einig, dass Ziff. 10 der Vereinbarung eine auflösende Bedingung i.S.v. Art. 154 OR enthält. So wird die Wirksamkeit der Ziffern 1-6 davon abhängig gemacht, dass die Klägerin nach Vollzug aller Bestimmungen der Vereinbarung nicht überschuldet ist. Tritt die Bedingung der Überschuldung ein, so sind die Ziff. 1-6 unwirksam. Die Ziff. 7-9 der Vereinbarung sollten dagegen von einem allfälligen Bedingungseintritt unberührt bleiben. Strittig und zu prüfen ist daher einzig, *ob die Zahlen der Angelegenheit G._____* (in der Folge: Zahlen G._____), d.h. ein Darlehen über CHF 1'300'670.– (Passiven) und eine Gegenforderung von CHF 501'900.– (Aktiven), *zu bilanzieren sind*. Bei Berücksichtigung dieser Zahlen wäre die Klägerin - auch nach einer Deckung von Verbindlichkeiten

seitens der Beklagten gemäss Ziff. 3 - unbestrittenermassen überschuldet gewesen. Damit fiele der Anspruch der Klägerin gegenüber der Beklagten dahin, der sich auf Ziff. 3 abstützt. Die Klage wäre demzufolge abzuweisen.

4.2. Ziff. 10 der Vereinbarung formuliert die Bedingung, dass "nach Vollzug der obigen Bestimmungen die A. _____ AG nicht überschuldet ist". Dem Wortlaut nach bezieht sie sich somit auf die Klägerin (A. _____ AG) an sich und nicht auf die Klägerin unter Ausklammerung bestimmter Forderungen bzw. Verbindlichkeiten.

Verwendet wird der Terminus "Überschuldung". Dieser juristische Fachausdruck findet sich in Art. 725 OR. Eine Überschuldung liegt demnach vor, falls sich aus der Zwischenbilanz ergibt, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger durch die Aktiven weder zu Fortführungswerten noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind (WÜSTINER, in: Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Aufl. 2012, N 29 zu Art. 725). Die Zwischenbilanz ist auf der Grundlage der letzten Jahresbilanz unter Berücksichtigung aller Geschäftsvorfälle bis zum Stichtag, einschliesslich derjenigen, welche Besorgnis zu einer begründeten Überschuldung gegeben haben, zu erstellen. Die Zwischenbilanz unterliegt den Grundsätzen der ordnungsmässigen Rechnungslegung und hat vollständig zu erfolgen (Art. 662a OR; Wüstiner, a.a.O., N 36 f. zu Art. 725). Überschuldung im technischen Sinn kann folglich nur die umfassende Berücksichtigung sämtlicher Aktiven und Passiven bedeuten, mithin unter Einschluss der Zahlen G. _____.

Dies schliesst allerdings nicht aus, dass sich nach dem Zusammenhang und den gesamten Umständen ein untechnisches Verständnis der gewählten Formulierung aufdrängt. Zu prüfen ist insbesondere der Zusammenhang mit Ziff. 2 der Vereinbarung. Dort hielten die Parteien fest, dass die Angelegenheit mit G. _____ (Darlehensvertrag) aus der Vereinbarung ausgeschlossen sei bzw. bei der A. _____ AG verbleibe (Ziff. 2). Die Bestimmung ist jedoch im Gesamtzusammenhang der Vereinbarung zu betrachten. So ging es im Wesentlichen um Zusicherungen in Bezug auf bezahlte Schulden (Ziff. 1 und 5), die Übernahme von Verbindlichkeiten (Ziff. 3, 5 und 6), den Erlass von Schulden (Ziff. 4) sowie um die Übertragung aller betrieblichen Verträge (Ziff. 7 und 8). In diesem Zusammenhang ist auch

Ziff. 2 zu verstehen. So sollte die Angelegenheit mit G._____ bei der A._____ AG verbleiben. Ein klarer Ausschluss der Zahlen G._____ aus der Bilanz im Rahmen der Prüfung der Überschuldung kann aus dieser Bestimmung nicht abgeleitet werden.

Wortlaut und Zusammenhang von Ziff. 10 der Vereinbarung weisen somit darauf hin, dass die Zahlen G._____ im Rahmen der Prüfung der Überschuldung der Klägerin einzubeziehen waren. Die Behauptungs- und Beweislast für Bestand und Inhalt des von diesem normativen Auslegungsergebnis abweichenden subjektiven Vertragswillens hätte daher grundsätzlich die Klägerin zu tragen.

4.3. Parteibehauptungen

4.3.1. Die Klägerin macht geltend, Ziff. 10 sei auf ausdrücklichen Wunsch der Beklagten zustande gekommen. Es sei ihr ein grosses Anliegen gewesen, dass sie ihre finanzielle Unterstützung nur leisten müsse, wenn die Klägerin zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht überschuldet sei, dies aber unter Ausschluss der Angelegenheit G._____. Beide Parteien hätten gewusst, dass ein Einbezug der Angelegenheit G._____ resp. des Darlehens bedeutet hätte, dass die Klägerin zu diesem Zeitpunkt überschuldet gewesen wäre (act. 1 S. 7).

4.3.2. Die Beklagte führt aus, der klägerische Vertreter sei gemäss der von ihm selber in die Vereinbarung aufgenommenen Festhaltung ausdrücklich davon ausgegangen, dass eine Überschuldung nach Vollzug der Vereinbarung nicht vorliege, d.h. insbesondere, dass die A._____ AG die gemäss Ziffer 2 der Vereinbarung bei ihr verbleibende Angelegenheit mit G._____ lösen könne. Immerhin habe die Klägerin ja gegenüber G._____ mit Schreiben vom 25. März 2010 erhebliche Forderungen mit einem Betrag von CHF 1'475'692.97 und EUR 270'916.80 geltend gemacht und die Klägerin habe eine solche Gegenforderung im Betrag von CHF 501'900 per 30. April 2010 auch bilanziert. Es sei der Beklagten daher durchaus einleuchtend erschienen, dass die Klägerin in Bezug auf das zudem mit einem Rangrücktritt belastete Darlehen von G._____ mit dieser die von der Klägerin angestrebte einvernehmliche Lösung finden würde (act. 8 S. 7).

4.3.3. Damit stellt die Beklagte allerdings selbst nicht in Abrede, dass die Angelegenheit G._____ separat zu beurteilen war. Wenn sie ausführt, es sei ihr einleuchtend erschienen, dass die Klägerin in dieser Angelegenheit eine einvernehmliche Lösung finden werde, gesteht sie gleichzeitig zu, dass bei Abschluss der Vereinbarung auch ihrer Einschätzung nach die Werthaltigkeit der Forderungen und Gegenforderungen in der Angelegenheit G._____ fraglich waren, insofern mit einer gütlichen Einigung gerechnet wurde und gerade nicht die bilanzierten Zahlen massgeblich waren. Sie bestreitet auch nicht, dass die Klägerin bei vollständigem Einbezug der Angelegenheit G._____ selbst nach Vollzug der Vereinbarung überschuldet gewesen wäre (act. 8 S. 8).

4.3.4. Die Beklagte macht allerdings geltend, die Parteien seien anlässlich der Unterzeichnung der Vereinbarung eben gerade davon ausgegangen, dass eine Überschuldung nach Vollzug der Vereinbarung (und nicht bei Unterzeichnung der Vereinbarung) nicht vorliege, d.h. insbesondere, dass die Klägerin die Angelegenheit mit G._____ lösen könne (act. 8 S. 13). Soweit sie damit geltend machen will, die Klägerin erweise sich *nachträglich* als überschuldet, nachdem sich die Hoffnung auf eine gütliche Einigung in der Sache G._____ zerschlagen habe, so kann ihr nicht gefolgt werden - wären die Forderungen bzw. Verbindlichkeiten G._____ bei der Beurteilung der Überschuldung einzubeziehen gewesen, so hätten sie selbstverständlich jederzeit entsprechend den massgeblichen Buchführungs- und Rechnungslegungsvorschriften erfasst werden müssen; die Tatsache, dass es sich um bestrittene bzw. ungewisse Forderungen und Verbindlichkeiten handelte, wäre sowohl im Zeitpunkt des Vertragsschlusses als auch in einem späteren Zeitpunkt gleichermassen zu berücksichtigen gewesen. Die Beklagte weist selbst darauf hin, dass die Klägerin ihre Bilanzen nicht beliebig korrigieren dürfe (act. 8 S. 10), was indessen nach dem von ihr vorgetragenen Verständnis ebenso geschehen wäre.

Bei korrekter Verbuchung wäre die Vereinbarung der Parteien aber bei diesem Verständnis unsinnig gewesen, wären doch dann die Ziffern 1-6 zufolge Eintritts der Bedingung gemäss Ziff. 10 von vornherein nie zum Tragen gekommen.

4.3.5. Daran ändert nichts, dass die Beklagte vorbringt, die Parteien hätten mit der Vereinbarung die Problematik einer Gläubigerbevorzugung vermeiden wollen (act. 8 S. 7; 20 S. 10). Das Darlehen von G._____ über CHF 1'300'670.– ist nach übereinstimmenden Parteiangaben mit einem Rangrücktritt belastet. Diesbezüglich hätte sich demnach die Thematik der Gläubigerbevorzugung ohnehin nicht aktualisiert. Da der Rangrücktritt hingegen eine Überschuldung nicht zu beseitigen vermag (Wüstiner, a.a.O., N 47 zu Art. 725 OR), kann hieraus nichts für den Standpunkt einer Partei abgeleitet werden kann.

4.4. Damit ergibt sich, dass die Parteien im Ergebnis übereinstimmend davon ausgingen, die Angelegenheit G._____ von ihrer Vereinbarung auszuschliessen. Festzuhalten ist daher, dass die auflösende Bedingung im Sinne von Ziff. 10 der Vereinbarung nach ihrem Verständnis nicht eingetreten ist.

5. Verbindlichkeiten

5.1. Ist davon auszugehen, dass die Vereinbarung wirksam bleibt, ist zu prüfen, welche Verbindlichkeiten der Beklagten gestützt auf Ziff. 3 der Vereinbarung bestehen.

5.2. Parteibehauptungen

5.2.1. Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, ihre Verpflichtung umfasse nur Verbindlichkeiten der Klägerin gegenüber Lieferanten per 30. April 2010, und solche ausserdem nur dann, wenn die Liquidität der Klägerin per 5. Mai 2010 nicht ausreiche, um diese Rechnungen zu bezahlen (act. 8 S. 10 f.).

5.2.2. Die Klägerin ist demgegenüber der Meinung, die Bestimmung umfasse nicht nur Lieferantenrechnungen, sondern sämtliche Verpflichtungen resp. Kosten bis zum 30. April 2010. Mit der vorhandenen Liquidität hätten sodann sämtliche Verbindlichkeiten - sowohl bis 30. April als auch nach 30. April 2010 - bezahlt werden müssen. Insbesondere habe die Klägerin den bei ihr verbliebenen Betrieb fortführen bzw. liquidieren müssen (act. 16 S. 34, 41).

5.3. Auch Ziff. 3 der Vereinbarung ist daher zunächst auszulegen.

5.3.1. Ihrem Wortlaut ist zunächst zu entnehmen, dass die Zahlungspflicht von CHF 220'000.– ein Maximum darstellt, die Höhe des effektiv zu bezahlenden Betrags somit von zusätzlichen Elementen abhängt. Sodann ist die Verpflichtung zweckgebunden. Sie bezieht sich nur auf Verbindlichkeiten, die per 30. April 2010 bestanden bzw. den Zeitraum bis 30. April 2010 betrafen, nicht aber auf nach diesem Datum neu entstandene Forderungen. Mit Ausnahme von G._____ und F._____ und mit ihr verwandter Parteien umfasst sie aber irgendwelche Drittgläubiger; eine Beschränkung auf Lieferantenrechnungen kann dem Wortlaut nicht entnommen werden. Schliesslich sollte die Zahlungsverpflichtung dazu ("hierzu") dienen, zusammen mit der heute vorhandenen Liquidität alle Drittgläubiger (mit Ausnahme G._____ und F._____ und mit ihr verwandter Parteien) zu befriedigen. Wie genau die "heute vorhandene Liquidität" einbezogen werden sollte, ist nach dem Wortlaut nicht klar; aus dem Zusammenhang, namentlich daraus, dass der Betrag nicht bzw. nur maximal bestimmt ist, lässt sich aber entnehmen, dass einerseits der Gesamtbetrag der Verbindlichkeiten, andererseits die vorhandene Liquidität den Bedarf an zusätzlichen Mitteln definieren. Anders liesse sich die Verbindung des ersten Satzes ("Die bis heute vorhandene Liquidität wird dafür verwendet, alle Drittgläubiger (mit Ausnahme G._____ und F._____ und mit ihr verwandter Parteien) zu befriedigen.") mit dem zweiten ("Die B._____ Anlagestiftung verpflichtet sich *hierzu* den Betrag von maximal CHF 220'000.00 in gegenseitiger Absprache zur Deckung der Verbindlichkeiten bis zum 30. April 2010 gegenüber Drittgläubiger zu bezahlen.") nicht sinnvoll erklären, zumal die zu bezahlende Summe andernfalls nicht bestimmbar wäre. Hätten mit der vorhandenen Liquidität zudem die (weiter-)laufenden Kosten und neue Verpflichtungen gedeckt werden sollen, würde dies auch dem Wortlaut selbst widersprechen, der die *bis heute* vorhandene Liquidität der Befriedigung aller Drittgläubiger vorbehält; damit wird gleichzeitig gesagt, dass die künftige Liquidität - also zusätzliche, beispielsweise aus der Liquidierung allfälliger Aktiven freierwerdende Mittel - davon nicht erfasst wird.

5.3.2. Wenn die Klägerin geltend macht, der Umfang der Zahlungsverpflichtung ergebe sich bei korrekter Auslegung der Vereinbarung ganz klar; eine Zahlungsverpflichtung der Beklagten entstehe nämlich "dann, als die Liquidität für Verbindlichkeiten ab 1. Mai 2010 aufgebraucht war und zwar für noch nicht bezahlte Ver-

bindlichkeiten per 30. April 2010" (act. 16 S. 54), so muss dies präzisiert werden: Künftige Verbindlichkeiten, also ab 1. Mai 2010 entstehende Verpflichtungen, waren im Zeitpunkt des Vertragsschlusses weder umfang- noch betragsmässig absehbar und hätten sich zudem stetig verändert. Die Höhe der von der Beklagten zu bezahlenden Verbindlichkeiten hätte somit vom Zeitpunkt ihrer Berechnung abgehungen. Das kann nicht Sinn der Vereinbarung gewesen sein, deren Hintergrund nach den klägerischen Angaben war, dass sie zu diesem Zeitpunkt nicht genau habe ersehen können, mit welchen Forderungen und in welcher Höhe sie sich noch auseinandersetzen hatte (act. 1 S. 4), und die in erster Linie die Aufrechterhaltung und Übernahme des Betriebs der ... bezweckte. Inhalt sowie Sinn und Zweck der Vereinbarung legen nahe, dass die Bereinigung der Situation der Klägerin per 30. April 2010 im Vordergrund stand und nicht die anschliessende Abwicklung der bei der Klägerin verbleibenden Geschäfte.

5.3.3. Wortlaut und Zusammenhang der Bestimmung weisen folglich darauf hin, dass die Zahlungsverpflichtung der Beklagten in dem Umfang vereinbart war, als Verbindlichkeiten der Klägerin per 30. April 2010 bestanden und diese betragsmässig die per 5. Mai 2010 vorhandene Liquidität überstiegen.

5.4. Die Klägerin legt ausführlich dar, dass nach Abschluss der Vereinbarung vom 5. Mai 2010 zahlreiche Problemfelder bei ihr verblieben seien, welche sie habe bearbeiten müssen; dadurch - und namentlich auch aus der Auseinandersetzung mit der Beklagten - sei ihr ein riesiger Aufwand entstanden (act. 16 S. 16 ff.). Mit der Liquidität per 5. Mai 2010 habe sie nicht nur Verbindlichkeiten per 30. April 2010 bezahlt, sondern die ganzen Kosten betreffend die Vertragsverhandlungen mit der Beklagten und auch diverse andere Verbindlichkeiten, welche sich erst nach dem 30. April 2010 ergeben hätten (act. 16 S. 27 ff.). Bei Auslegung nach Sinn und Zweck der Vereinbarung sei zu berücksichtigen, dass beiden Parteien bewusst gewesen sei, dass der Betrieb der Klägerin nach dem 5. Mai 2010 weitergehen müsse; die Liquidität per 5. Mai 2010 sei nach klarer Meinung zur Befriedigung sämtlicher Drittgläubiger bestimmt gewesen (act. 16 S. 34).

5.4.1. Soweit die Klägerin mit diesen Vorbringen geltend machen will, bereits die normative Auslegung der Vereinbarung müsse zu diesem Ergebnis führen, kann

ihr nach den obigen Ausführungen nicht gefolgt werden. Wohl mag es zutreffen, dass die Klägerin nach Vollzug der Vereinbarung vom 5. Mai 2010 nicht vollständig inaktiv war; bereits aus Ziffer 7 der Vereinbarung ergibt sich, dass die Übertragung der betrieblichen Verträge noch zu spezifizieren war, und nach ausdrücklicher Vereinbarung verblieb auch die Angelegenheit mit G. _____ bei der Klägerin. Dass die Vereinbarung mit der Beklagten abzuwickeln war, versteht sich sodann von selbst. Die Klägerin als Aktiengesellschaft blieb allerdings von dieser Vereinbarung unberührt bestehen, ebenso wie auch ihre Organe. Von einer Handlungsunfähigkeit zufolge Übergangs sämtlicher Arbeitsverträge, sollte die Klägerin dies geltend machen wollen (vgl. act. 16 S. 27, 33), kann daher keine Rede sein. Wie bereits dargelegt bezieht sich Ziffer 3 der Vereinbarung sodann auf die "bis heute vorhandene" Liquidität und impliziert damit gleichzeitig eine *nach* diesem Datum geschaffene Liquidität, die von der Vereinbarung mit der Beklagten unangetastet blieb. Ziffer 3 der Vereinbarung bezieht sich zudem ausschliesslich auf die Liquidität der Klägerin. Unter liquiden Mitteln oder flüssigen Mitteln werden im allgemeinen die Zahlungsmittel der Unternehmung, also der Barbestand und die Bankguthaben, verstanden (vgl. NEUHAUS/BLÄTTLER, in Basler Kommentar OR II, N 16 zu Art. 663a OR); ebenfalls von der Vereinbarung unberührt blieben somit die übrigen Aktiven der Gesellschaft. Dass die Vereinbarung die Klägerin gänzlich mittellos zurückgelassen hätte, wenn mit der Liquidität per 5. Mai 2010 die Verbindlichkeiten per 30. April 2010 zu decken waren, kann deshalb nicht gesagt werden.

Bereits ausgeführt wurde auch, dass Inhalt sowie Sinn und Zweck der Vereinbarung nahelegen, dass mit der Übertragung des ...-Betriebs auf eine neue Gesellschaft eine Bereinigung der Situation der Klägerin per 30. April 2010 im Vordergrund stand und nicht deren künftige ordnungsgemässe Abwicklung.

5.4.2. Dass es bei Abschluss der Vereinbarung vom 5. Mai 2010 dem von beiden Parteien Gewollten entsprochen habe, dass die Liquidität der Klägerin sämtlichen, auch künftigen, Drittgläubigern zugute kommen sollte, leitet die Klägerin einzig aus dem gemeinsamen Wissen der Parteien ab, dass die Klägerin auch nach Übertragung des ...-Betriebs fortzuführen war (act. 16 S. 34). Eine ausdrückliche

Thematisierung dieses gemeinsamen Verständnisses bzw. anderweitige Hinweise oder Indizien für ihren Standpunkt behauptet die Klägerin nicht, so dass diesbezüglich keine Beweiserhebungen erfolgen können. Die blosser Kenntnis aber, dass die Klägerin mit Abschluss der Vereinbarung vom 5. Mai 2010 zumindest zwecks Abwicklung und Vollzug des Betriebsübergangs weiterzuführen war, genügt nach dem Gesagten nicht, um Ziffer 3 der Vereinbarung im von der Klägerin behaupteten Sinn verstehen zu müssen.

5.5. Es bleibt folglich dabei, dass die Höhe der maximalen klägerischen Forderung einerseits definiert wird durch die per 30. April 2010 bestehenden Verbindlichkeiten gegenüber Drittgläubigern und andererseits durch die per 5. Mai 2010 bestehende Liquidität; beides hat die Klägerin zu substantiieren und zu beweisen.

5.5.1. Gemäss Art. 221 Abs. 1 lit. d ZPO sind in die Klage die Tatsachenbehauptungen aufzunehmen. Die klagende Partei trifft nicht nur die Behauptungs-, sondern auch die Substantiierungslast. Die Tatsachen können daher nicht nur in ihren Grundzügen dargelegt werden, sondern müssen substantiiert (in Einzeltatsachen gegliedert) werden; sie sind so umfassend, detailliert und klar darzulegen, dass die Gegenpartei dazu Stellung nehmen und darüber Beweis abgenommen werden kann (FREI/WILLISEGGER, in Basler Kommentar ZPO, Art. 221 N 15; LEUENBERGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 221 N 43). Die Tatsachen müssen in der Rechtsschrift selbst dargelegt resp. behauptet werden. Tatsachen, die sich lediglich aus einer Beilage zu einer Rechtsschrift ergeben, sind vom Richter - soweit die Verhandlungsmaxime das Verfahren beherrscht - nicht zu beachten. Selbst mit einem allgemeinen Verweis in der Rechtsschrift auf eine Beilage oder mit der allgemeinen Erklärung, dass eingereichte Akten als integrierender Bestandteil der Rechtsschrift gelten, wird der Behauptungslast nicht genügend nachgekommen (FREI/WILLISEGGER, a.a.O., N 16).

5.5.2. Die Beklagte wies in der Klageantwort darauf hin, dass die Klägerin darzulegen habe, dass sie die vorhandene Liquidität zur Bezahlung von Rechnungen per 30. April 2010 verwendet habe und dass sie zur Bezahlung von offenen Rechnungen per 30. April 2010 auf den eingeklagten Betrag angewiesen sei; sie bemängelte die ungenügende Substantiierung der Klage, indem sich die Klägerin

für beides nicht einmal die Mühe gemacht habe, eine entsprechende Auflistung einzureichen (act. 8 S. 11).

5.5.3. In ihrer zweiten Rechtsschrift machte die Klägerin geltend, sämtliche Zahlen könnten dem Bericht der I. _____ AG vom 15. März 2012 (act. 17/48) entnommen werden (act. 16 Rz 28). Per 10. Januar 2012 habe die I. _____ AG einen Liquiditätsstatus (act. 17/47) erstellt. Demnach beliefen sich die offenen Kreditoren per 10. Januar 2012 auf CHF 84'058.44, CHF 44'969.28 und CHF 3'848.85, total also CHF 132'876.57. Bei diesen Kreditoren handle es sich um Verbindlichkeiten gegenüber Drittgläubigern per 30. April 2010. Dies gehe im Bericht der I. _____ AG vom 15. März 2012 aus der jeweiligen Auflistung zum entsprechenden Betrag inkl. der dazu gehörenden Rechnungen eindeutig hervor (act. 17/48 sowie Beilagen dazu). Die Kreditoren entsprächen den Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen gemäss dem Bericht des Wirtschaftsprüfers zur Review zum Vermögensstatus per 31. Oktober 2010 der Klägerin, welchen die J. _____ AG verfasst habe (act. 2/25). Die Differenz der Gesamtbeträge sei auf Zahlungen durch die Klägerin zurückzuführen. Sämtliche Details ergäben sich aus dem Bericht der I. _____ AG vom 15. März 2012 und den Beilagen dazu (act. 16 Rz 29).

5.5.4. Damit ist zunächst festzuhalten, dass es die Klägerin unterlässt, die per 30. April 2010 bestehenden Verbindlichkeiten und die per 5. Mai 2010 bestehende Liquidität in ihrer Rechtsschrift selbst im Einzelnen darzulegen. Sie begnügt sich vielmehr mit der Angabe von Teilsummen, für deren Zusammensetzung sie auf Beilagen verweist, welche wiederum auf Beilagen verweisen. Das ist grundsätzlich ungenügend; zu berücksichtigen wären nach dem Gesagten nur die in die klägerischen Rechtsschriften formgerecht aufgenommenen Tatsachenbehauptungen. Damit würde es sich erübrigen, auf die klägerischen Vorbringen näher einzugehen.

5.6. Selbst wenn die Ausführungen der Klägerin einer näheren Prüfung unterzogen werden, erweisen sich die Behauptungen allerdings als unbehelflich.

5.6.1. Der Liquiditätsstatus per 10. Januar 2012 (act. 17/47) weist folgende - von der Klägerin genannte - Kreditoren aus:

"(...)

Verbindlichkeiten

2000 Kreditoren	OP Liste Kreditoren Beilage 6	84'058.44
2010 Kreditoren	OP Liste Kreditoren Beilage 10	44'969.28
2011 Kreditoren	Nachfolgegesellschaft A. _____ Beilage 11	3'848.85

(...)"

5.6.2. Der Bericht der I. _____ AG vom 15. März 2012 (act. 17/48) geht von einem Gesamtbetrag an Verbindlichkeiten per 30. April 2010 von CHF 872'155.20 aus. Dessen Beilage 1 (act. 18/1) enthält eine Zusammenstellung der Verbindlichkeiten per 30. April 2010 mit dem Saldo CHF 872'155.20. Die oben erwähnten Zahlen (CHF 84'058.44, CHF 44'969.28 und CHF 3'848.85) finden sich darin nicht; das Konto "2000 Kreditoren" weist vielmehr einen Bestand von CHF 332'777.20 und dasjenige "2010 Kreditoren manuell" von CHF 0.30 auf; ein Konto "2011 Kreditoren" wird nicht aufgeführt.

Der Gesamtbetrag der Verbindlichkeiten per 30. April 2010 von CHF 872'155.20 umfasst indessen unter dem Konto "2051 Abgrenzungen für Geschäftsauflösung" CHF 90'000.–, unter dem Konto "2600 Diverse Rückstellungen" CHF 112'000.–, unter dem Konto "2620 Diverse Rückstellungen" CHF 100'000.– sowie unter dem Konto "2300 Passive Abgrenzungen" CHF 140'000.–, insgesamt also Positionen im Gesamtbetrag von CHF 442'000.–, welche als Rechnungsabgrenzungsposten und Rückstellungen (vgl. NEUHAUS/BLÄTTLER, in Basler Kommentar OR II, N 58 und 55 ff. zu Art. 663a OR), nicht jedoch als Drittgläubiger bezeichnet werden können. Als Forderungen von Drittgläubigern können hingegen die übrigen Positionen im Gesamtbetrag von CHF 430'155.20 gelten.

5.6.3. An flüssigen Mitteln bestanden laut Bericht der I. _____ AG am 30. April 2010 CHF 579'000.–, welche durch Zahlungseingänge aus Umsatz 1.-5. Mai 2010 um CHF 251'700.– vermehrt worden seien; hinzu komme ein Zahlungseingang aus Verkauf Wareninventar (CHF 120'000.–; act. 17/48 S. 5; act. 18/13-15). Danach ergibt sich per 5. Mai 2010 ein Bestand an flüssigen Mitteln von CHF 830'700.–. Der Mittelzufluss aus dem Verkauf des Warenlagers erfolgte erst

am 26. Juli 2010 und kann damit nicht der "bis heute" vorhandenen Liquidität gemäss Vereinbarung vom 5. Mai 2010 zugerechnet werden; soweit die Parteien diesen Betrag mit Vereinbarung vom 5. Juli 2010 zweckgebunden haben (vgl. dazu act. 16 S. 21, 50), handelt es sich um eine separate, im Rahmen einer Auseinandersetzung über Inventar, Warenlager und Barschaft getroffene Vereinbarung, die hier nicht Gegenstand ist (vgl. act. 2/17).

5.6.4. Der Bericht der I. _____ AG gelangt zur Schlussfolgerung, es seien von den flüssigen Mitteln für Verbindlichkeiten und Leistungen bis 30. April 2010 insgesamt CHF 616'900.– verwendet worden (act. 17/48 S. 5). Dabei ist nicht vollends nachvollziehbar, wie diese Zahl mit der Aufstellung der Verbindlichkeiten per 30. April 2010 gemäss act. 18/1 in Übereinstimmung zu bringen ist; ersichtlich ist immerhin, dass die Zahlungen mehrheitlich - und in grösseren Beträgen - die dort aufgeführten Konti betreffen (vgl. act. 17/48 S. 5).

5.6.5. Damit ergibt sich jedoch ohne weiteres, dass sowohl die nach der klägerischen Aufstellung act. 18/1 per 30. April 2010 bestehenden Forderungen von Drittgläubigern wie auch die nach dem Bericht der I. _____ AG für solche Forderungen verwendeten Mittel vollends aus den per 5. Mai 2010 bestehenden flüssigen Mitteln gedeckt werden konnten. Eine von der Beklagten zu übernehmende Differenz - zumal in der von der Klägerin behaupteten Höhe von CHF 132'876.57 ist nicht ersichtlich.

5.6.6. Soweit die Klägerin diesen Betrag herleitet aus Forderungen von Drittgläubigern per 30. April 2010, welche unbezahlt gebliebenen sind, weil die Klägerin flüssige Mittel zur Begleichung der laufenden Kosten aufgewendet hat (vgl. act. 16 S. 25 ff., 37), würden die Ausführungen und Aufstellungen indessen ohnehin am vorliegend relevanten Sachverhalt vorbeigehen (oben Ziff. 5.5), so dass hierauf nicht näher eingegangen werden muss. Festzuhalten ist immerhin, dass gemäss dem Bericht der I. _____ AG vom 15. März 2012 insgesamt CHF 298'600 für laufende Leistungen und Liquidation der Gesellschaft (ab 30. April 2010) verwendet und die liquiden Mittel entsprechend reduziert wurden (vgl. act. 17/48 S. 5 f.). Sollten nach wie vor Verbindlichkeiten der Klägerin gegenüber Drittgläubigern per 30. April 2010 im behaupteten Betrag von CHF 132'876.57 unbezahlt sein, so

wird auch aus diesen Zahlen offensichtlich, dass die Liquidität der Klägerin zu ihrer Bezahlung ohne weiteres ausgereicht hätte.

5.7. Damit ergibt sich, dass die Klägerin selbst bei Berücksichtigung ihrer in den Beilagen zur zweiten Rechtsschrift enthaltenen Berichte und Aufstellungen nicht darzulegen vermag, dass sie per 30. April 2010 Verbindlichkeiten gegenüber Drittgläubigern hatte, welche nicht durch die per 5. Mai 2010 vorhandene Liquidität gedeckt waren.

6. Ergebnis

Die vorstehenden Erwägungen führen zur Abweisung der Klage im verbleibenden Umfang.

7. Prozesskosten

7.1. Die Klägerin unterliegt sowohl im Umfang des Klagerückzuges als auch im Umfang der verbleibenden Forderung gemäss Rechtsbegehren Ziff. 1. Ausgangsgemäss sind ihr die Gerichtskosten vollumfänglich aufzuerlegen; ferner ist sie zur Bezahlung einer Parteientschädigung an die Beklagte zu verpflichten (Art. 106 Abs. 1 und Art. 95 ZPO).

7.2. Bei Bemessung von Gerichtsgebühr und Parteientschädigung ist von einem Streitwert von CHF 163'508.45 auszugehen; massgeblich sind im Übrigen die Verordnungen über die Gerichts- resp. die Anwaltsgebühren des Obergerichts (GebV OG resp. AnwGebV).

Das Gericht beschliesst:

1. Vom Rückzug der Klage im Umfang von CHF 30'631.88 wird Vormerk genommen und das Verfahren insoweit abgeschlossen.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Das Gericht erkennt:

1. Die Klage wird im Übrigen abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 15'000.–
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt und aus der von ihr geleisteten Kautions bezogen.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 20'000.– 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 163'508.45.

Zürich, 18. Januar 2013

Handelsgericht des Kantons Zürich

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. P. Helm

lic. iur. Claudia Marti