



Mitwirkend: Oberrichter Peter Helm, Präsident, und Oberrichterin Dr. Franziska Grob, die Handelsrichter Franz Ramser, Robert Schaub und Paul Flückiger sowie die Gerichtsschreiberin Mirjam Mürger

Urteil vom 25. März 2013

in Sachen

A. _____ SA,
Klägerin

vertreten durch lic. iur. X. _____

gegen

B. _____ (Schweiz) AG,
Beklagte

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 38'415.60 zuzüglich Verzugszins von 5% seit dem 20.01.2012 zuzüglich Betreuungskosten von CHF 103.00 zuzüglich Kosten des Schlichtungsverfahrens von CHF 480.00 zu bezahlen.
- 2 Es sei der Klägerin in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes C._____ vom 06.06.2012 gegen die Beklagte in der Höhe von CHF 38'415.60 nebst Zins zu 3% seit dem 20.01.2012 definitive Rechtsöffnung zu erteilen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

Das Gericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

1.1. Am 4. Oktober 2012 (Datum Poststempel) machte die Klägerin vorliegende Klage anhängig (act. 1). Mit Verfügung vom 8. Oktober 2012 wurde ihr unter Hinweis auf Art. 98 ZPO Frist angesetzt, um einen Vorschuss für die Gerichtskosten zu leisten; zudem wurde die Zustellung der Klage samt Beilagen an die Beklagte angeordnet (Prot. S. 2 f.). Diese Verfügung wurde beiden Parteien zugestellt (act. 5/1+2). Der Vorschuss wurde von der Klägerin rechtzeitig geleistet (act. 6), weshalb der Beklagten mit Verfügung vom 2. November 2012 Frist zur Erstattung der Klageantwort angesetzt wurde, mit der Androhung, dass im Falle der Säumnis eine kurze Nachfrist im Sinne von Art. 223 Abs. 1 ZPO angesetzt werde (Prot. S. 4). Auch diese Verfügung konnte der Beklagten zugestellt werden (act. 8/2). Nachdem sich die Beklagte indes innert Frist nicht vernehmen liess, wurde ihr mit Verfügung vom 28. Januar 2013 in Anwendung von Art. 223 Abs. 1 ZPO eine einmalige, kurze Nachfrist angesetzt. Diese Nachfristansetzung wurde mit der Androhung verbunden, bei Säumnis werde das Gericht entweder einen Endentscheid treffen, sofern die Angelegenheit spruchreif

sei, oder zur Hauptverhandlung vorladen (Prot. S. 6). Diese Verfügung konnte der Beklagten ebenfalls zugestellt werden (act. 12/2).

1.2. Nachdem die Beklagte auch innert der kurzen Nachfrist weder die Klageantwortschrift eingereicht noch rechtzeitig um Fristerstreckung nachgesucht hat, ist – da sich die Angelegenheit als spruchreif erweist – androhungsgemäss darüber zu entscheiden (Art. 223 Abs. 2 ZPO).

2. Prozessvoraussetzungen

2.1. Das Gericht prüft die Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen und tritt nur auf eine Klage ein, wenn jene allesamt erfüllt sind (Art. 59 und 60 ZPO). Zu den Prozessvoraussetzungen sind insbesondere die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Gerichts zu zählen (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO). Ausserdem ist Prozessvoraussetzung, dass die Klage nicht anderweitig rechtshängig ist (Art. 59 Abs. 2 lit. d ZPO). Es genügt, wenn die Prozessvoraussetzungen im Zeitpunkt des Sachentscheides vorliegen bzw. beim Eintretensentscheid nach Kenntnis des möglichen Fehlens einer Prozessvoraussetzung (ZR 111 [2012] Nr. 75 S. 216 ff.).

2.2. Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 10 Abs. 1 lit. a und Art. 31 ZPO; die sachliche aus Art. 6 Abs. 1 und 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG.

2.3. Dem Entscheidverfahren geht in der Regel ein Schlichtungsversuch einer Schlichtungsbehörde voraus (Art. 197 ZPO). Das Schlichtungsverfahren entfällt indes bei Streitigkeiten, für die nach den Art. 5 und 6 ZPO eine einzige kantonale Instanz zuständig ist (Art. 198 lit. f ZPO). In diesen Ausnahmefällen ist auch die freiwillige Durchführung eines förmlichen Schlichtungsverfahrens unzulässig (INFANGER, in: SPÜHLER / TENCHIO / INFANGER, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, N 12 zu Art. 198 ZPO). Reicht ein Kläger nach Anrufung der Schlichtungsbehörde die Klage beim Handelsgericht ein, ohne dabei zu erklären, die Klage gestützt auf die erwirkte Klagebewilligung *nicht* bei Bezirksgericht einreichen zu wollen, so könnte die Einreichung des Schlichtungsgesuchs in Bezug auf das spätere handelsgerichtliche Verfahren als anderweitige

Rechtshängigkeit im Sinne von Art. 59 Abs. 2 lit. d ZPO angesehen werden und dem Eintreten auf die vorliegende Klage entgegenstehen.

Die Klägerin hat ihre Klage am 4. Oktober 2012 beim Handelsgericht des Kantons Zürich eingereicht (act. 1). Dadurch wurde deren Rechtshängigkeit begründet (Art. 62 Abs. 1 ZPO). Zuvor hatte die Klägerin aber bereits am 25. Juni 2012 beim Friedensrichteramt der Stadt D._____ ein Schlichtungsgesuch gestellt, mit dem Begehren, die Beklagte zur Bezahlung von CHF 38'415.60 zuzüglich 3% Verzugszins seit dem 20. Januar 2012 sowie von Betreibungskosten von CHF 103.– zu verpflichten und den Rechtsvorschlag aufzuheben (act. 3/5) und dadurch die Rechtshängigkeit des identischen Streitgegenstandes zwischen denselben Parteien begründet (Art. 62 Abs. 1 ZPO). Da an der Schlichtungsverhandlung vom 5. Juli 2012 keine Einigung erzielt werden konnte, wurde der Klägerin die Klagebewilligung ausgestellt (act. 3/5), welche sie während dreier Monate zur Einreichung der Klage beim (ordentlichen) Gericht berechtigte (Art. 209 Abs. 3 ZPO). Wegen der durch das Schlichtungsgesuch begründeten Rechtshängigkeit und da die vorliegende Klage während der Gültigkeitsfrist der Klagebewilligung eingereicht wurde, bestand im Zeitpunkt der Klageeinreichung beim Handelsgericht bereits eine anderweitige Rechtshängigkeit im Sinne von Art. 59 Abs. 2 lit. d ZPO. Grundsätzlich steht eine solche Rechtshängigkeit dem Eintreten entgegen.

Die Rechtshängigkeit bewirkt nach Art. 64 Abs. 1 lit. a ZPO, dass der Streitgegenstand zwischen den gleichen Parteien nicht anderweitig rechtshängig gemacht werden kann. Wird aber die Klagebewilligung nicht innert ihrer Gültigkeitsfrist bei Gericht eingereicht, fällt die Rechtshängigkeit dahin und damit auch die Sperrwirkung gegenüber späteren, identischen Klagen. Wie erwähnt, könnte die Klägerin aber auch bei der späteren Einreichung einer identischen Klage beim Handelsgericht erklären, dass sie auf eine mit dem Schlichtungsgesuch vorbereitete Klage vor dem ordentlichen Gericht verzichte; dies wäre bezogen auf das Verfahren vor dem ordentlichen Gericht als Klagerückzug ohne materielle Rechtskraftwirkung im Sinne von Art. 65 ZPO zu verstehen. Ohne solche Erklärung hätte aber das später angerufene

Handelsgericht zuzuwarten, bis feststeht, ob die Klagebewilligung tatsächlich beim Bezirksgericht eingereicht wird oder nicht. Zu diesem Zweck wäre das handelsgerichtliche Verfahren gegebenenfalls gestützt auf Art. 126 ZPO zu sistieren. Ist aber im Zeitpunkt des Eintretensentscheides die Gültigkeit der Klagebewilligung bereits abgelaufen und steht fest, dass der entsprechende Prozess nicht fortgesetzt wurde, ist die Rechtshängigkeit jenes Verfahrens bereits dahingefallen und steht dem Eintreten auf die spätere Klage gestützt auf Art. 59 Abs. 2 lit. d ZPO nichts mehr entgegen (vgl. ZR 111 [2012] Nr. 75 S. 216 ff.).

Vorliegend ist die dreimonatige Gültigkeitsfrist der Klagebewilligung vom 5. Juli 2012 am 7. November 2012 abgelaufen (Art. 209 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 142 und Art. 145 Abs. 1 bis 3 ZPO). Die Klagebewilligung wurde unstrittig nicht eingereicht und damit der Prozess nicht fortgesetzt. Entsprechend steht die Rechtshängigkeit jenes Verfahrens dem Eintreten auf die vorliegende Klage nicht mehr entgegen.

2.4. Nach dem Gesagten ist auf die Klage einzutreten.

3. Parteien und Sachverhalt

3.1. Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in E._____, deren Gesellschaftszweck lautet: "*But: l'achat, la vente, la distribution, la représentation et le montage de cloisons amovibles ... et ..., plafonds, habillages, structures intérieures du bâtiment, locaux en atmosphère contrôlée et divers produits destinés au bâtiment, l'assistance technique et commerciale, l'exploitation de tous brevets, licences, marques de fabrique, dessins ou modèles et procédés de fabrication; la société peut aussi entreprendre la fabrication des produits susmentionnés (pour but complet cf. statuts).*" (act. 1 S. 4; act. 3/4).

3.2. Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in D._____, welche unter anderem den Kauf und Verkauf von Beteiligungen von Unternehmen, insbesondere von Schweizer Unternehmen, sowie die Erstellung von Finanzanalysen, allgemeine Finanzberatung und das Erbringen weiterer Finanzdienstleistungen bezweckt (act. 3/2).

3.3. Die Klägerin fordert von der Beklagten den Werkpreis für die Herstellung, Lieferung und Montage von Elementwänden in den Büroräumlichkeiten der Beklagten (act. 1 S. 2).

4. Materielles

4.1. Die Darstellung der Klägerin (act. 1) stimmt mit den von ihr eingereichten Urkunden (act. 3/2-16) überein. Weil sich die Beklagte zu den Vorbringen der Klägerin nicht geäußert hat, gelten deren Tatsachenbehauptungen als unbestritten. Da an der unbestritten gebliebenen Sachdarstellung der Klägerin weiter keine Zweifel bestehen, kann sie dem Entscheid zugrunde gelegt werden (LEUENBERGER, in: SUTTER-SOMM / HASENBÖHLER / LEUENBERGER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2010, N 5 zu Art. 223 ZPO; vgl. auch Art. 150 Abs. 1 und Art. 153 Abs. 2 ZPO).

1.1.1. Die Klägerin offerierte der Beklagten im Zusammenhang mit der Gestaltung von Büroräumlichkeiten der Beklagten an der ...strasse ... in D. _____ die Fabrikation, Lieferung und Installation von versetzbaren Elementwänden aus Leichtmetall samt entsprechenden An- und Abschlussarbeiten. F. _____ von der Klägerin erarbeitete nach Rücksprache mit G. _____ von der Beklagten die Auftragsbestätigung Nr. 142.85.44788.00 vom 21. September 2011 mit sämtlichen Detailangaben (act. 1 S. 5; act. 3/3). Der Werkpreis für die gesamten Dienstleistungen der Klägerin (Fabrikation, Lieferung und Montage von Bürotrennwänden mit An- und Abschlussarbeiten) belief sich auf pauschal CHF 35'000.– nach Abzug eines Rabatts von 7%, exklusiv Mehrwertsteuer (act. 1 S. 5; act. 3/3 S. 11). Der Versand dieser Auftragsbestätigung der Klägerin an die Beklagte erfolgte mit Schreiben vom 21. September 2011. Darin nahm die Klägerin Bezug auf die Auftragserteilung per E-Mail vom 20. September 2011. Weiter wurde die Beklagte gebeten, die Rechnungsadresse anzugeben. G. _____ von der Beklagten füllte die entsprechenden leeren Felder aus und versah die Auftragsbestätigung mit dem Datum vom 26. September 2011, der Ortsangabe (D. _____) und seiner Unterschrift. Mit E-Mail vom 26. September 2011 retournierte G. _____ der Klägerin die von ihm unterzeichnete Auftragsbestätigung (act. 1 S. 5; act. 3/3 S. 1 f.; act. 3/6).

Gestützt auf die Auftragsbestätigung begann die Klägerin umgehend, die notwendigen Arbeiten voran zu treiben, damit die versetzbaren Elementwände aus Leichtmetall innert Frist hergestellt, transportiert und in den Räumlichkeiten der Beklagten montiert werden konnten. Gemäss Auftragsbestätigung Nr. ... vom 21. September 2011 war eine Lieferfrist von sieben Wochen ab Bestellungseingang vereinbart worden (act. 1 S. 6; act. 3/3 S. 5). Mit E-Mail des technischen Bearbeiters der Klägerin, H._____, an G._____ vom 3. Oktober 2011 bat jener diesen, das "Gut zur Ausführung" zu erteilen, indem die von der Klägerin gezeichneten Pläne durch die Beklagte kontrolliert und (sofern akzeptiert) gegengezeichnet werden mussten. Die Kontrolle und Gegenzeichnung dieser Pläne erfolgte umgehend, nämlich am 4. Oktober 2011, abermals durch G._____ von der Beklagten. Alsdann wurden die seitens der Beklagten bestellten Elementtrennwände aus Leichtmetall im Werk der Muttergesellschaft der Klägerin (A._____ SA .../...) in .../... fabriziert (act. 1 S. 4 und S. 6; act. 3/7; act. 3/8).

Gestützt auf die durch die Beklagte gegengezeichnete Auftragsbestätigung Nr. ... vom 21. September 2011 (Zahlungsbedingungen: Sofern nicht anderes vereinbart ist, gelten folgende Zahlungsbedingungen: 30% bei Bestellung, 60% während der Montage, 10% bei der Bauabnahme), stellte die Klägerin mit Datum vom 19. Oktober 2011 eine Akonto-Rechnung im Umfang von 30%, somit in der Höhe von CHF 11'340.–, zahlbar innert 30 Tagen rein netto. Diese Akonto-Rechnung wurde von der Beklagten nie bezahlt (act. 1 S. 7; act. 3/3 S. 5; act. 3/9).

Zusätzlich zum bereits erteilten Auftrag erteilte I._____ für die Beklagte der Klägerin mit E-Mail vom 11. November 2011 den Auftrag, eine bestehende Wand gemäss Vorgaben im Plan für den bauseitigen Einbau eines Türelements zu öffnen (act. 1 S. 7; act. 3/10; act. 3/11).

Im November 2011 lieferte und montierte die Klägerin die von der Beklagten bestellten Metalltrennwände in den Büroräumlichkeiten der Beklagten an der ...strasse ... in ... D._____. Mit Datum vom 12. November 2011 wurde durch die Klägerin die zusätzliche Öffnung vor Ort vorgenommen. Dabei wurde gemäss den Vereinbarungen der Parteien die eine Gipswand aufgeschnitten und für eine Türe

geöffnet. Der Zeitaufwand der beiden Mitarbeiter der Klägerin belief sich auf zweimal drei Stunden, somit total auf sechs Stunden. Die Fertigstellung mit sämtlichen Arbeiten erfolgte am 28. November 2011 (act. 1 S. 7 f.; act. 3/12).

Mit Datum vom 21. Dezember 2011 stellte die Klägerin der Beklagten Rechnung an die seitens der Beklagten angegebene Rechnungsadresse an der ...strasse ... in D._____. Diese Rechnung wurde von der Beklagten nicht bezahlt. Aufgrund der telefonischen Anfrage von F._____ von der Klägerin wegen der nicht beglichenen Schlussrechnung teilte I._____ von der Beklagten am 16. Februar 2012 F._____ telefonisch mit, dass ein Fassadenanschluss nicht montiert worden sei. Dieser wurde seitens der Klägerin umgehend bestellt und am 4. April 2012 montiert (act. 1 S. 8; act. 3/13; act. 3/14).

Die von der Klägerin erbrachte Leistung wurde durch die Beklagte mit Ausnahme des oben erwähnten Fassadenanschlusses weder mündlich noch schriftlich kritisiert. Erstmals im Rahmen der Schlichtungsverhandlung vom 5. Juli 2012 behauptete G._____ von der Beklagten, die Klägerin habe schlechte Arbeit abgeliefert, ohne dies näher zu begründen (act. 1 S. 8 f.).

Aufgrund der ausgebliebenen Zahlung betrieb die Klägerin die Beklagte. Gegen den Zahlungsbefehl des Betreibungsamtes D._____ vom 6. Juni 2012 hat die Beklagte ohne Begründung Rechtsvorschlag erhoben (act. 1 S. 9; act. 3/15).

1.1.2. Durch den Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung eines Werkes und der Besteller zur Leistung einer Vergütung (Art. 363 OR). Zu den Essentialia des Werkvertrages gehört die Herstellung des Werkes, des Arbeitserfolges, durch den Unternehmer sowie die Leistung einer Vergütung durch den Besteller. Der Werklieferungsvertrag, bei welchem den Unternehmer zusätzlich eine Stofflieferungspflicht trifft, untersteht dem Werkvertragsrecht (LEHMANN, in: HEINRICH HONSELL (Hrsg.), Kurzkommentar Obligationenrecht Art. 1 - 529, 2008, N 1 und N 5 zu Art. 363 OR; ZINDEL / PULVER, in: HONSELL / VOGT / WIEGAND (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. Aufl. 2011, N 2, N 4 und N 21 zu Art. 363 OR; BGE 117 II 274, E.3.a, S. 274).

Gemäss Art. 367 Abs. 1 OR hat der Besteller nach der Ablieferung des Werkes, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist, dessen Beschaffenheit zu prüfen und den Unternehmer von allfälligen Mängeln in Kenntnis zu setzen. Wird das abgelieferte Werk vom Besteller ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt, so ist der Unternehmer von seiner Haftpflicht befreit, soweit es sich nicht um Mängel handelt, die bei der Abnahme und ordnungsmässigen Prüfung nicht erkennbar waren oder vom Unternehmer absichtlich verschwiegen wurden (Art. 370 Abs. 1 OR). Eine stillschweigende Genehmigung kann namentlich vorliegen, wenn der Besteller nur gewisse Mängel geltend macht. Auf Seiten des Bestellers führt die Genehmigung zu einer Verwirkung der Mängelrechte (ZINDEL / PULVER, in: HONSELL / VOGT / WIEGAND (Hrsg.), a.a.O., N 11 und N 21 zu Art. 370 OR).

1.1.3. Mit der Auftragsbestätigung Nr. ... vom 21. September 2011 der Klägerin und deren Unterzeichnung durch die Beklagte am 26. September 2011 schlossen die Parteien einen Werklieferungsvertrag, wonach die Klägerin sich zur Fabrikation, Lieferung und Installation von versetzbaren Elementwänden aus Leichtmetall samt entsprechenden An- und Abschlussarbeiten verpflichtete, während die Beklagte eine Vergütung von pauschal CHF 35'000.–, exkl. MwSt., zu leisten hatte (act. 3/3). Nach den unbestritten gebliebenen Ausführungen der Klägerin erteilte die Beklagte der Klägerin zusätzlich den Auftrag, eine bestehende Wand gemäss Vorgaben im Plan für den bauseitigen Einbau eines Türelements zu öffnen (act. 1 S. 7; act. 3/10; act. 3/11). Dieser zusätzliche Auftrag mit den damit zusammenhängenden Kosten ist nach den weiteren unbestritten gebliebenen Ausführungen der Klägerin im Grundauftrag zum Betrag von pauschal CHF 35'000.– exkl. Mehrwertsteuer nicht enthalten (act. 1 S. 7; act. 3/10; act. 3/11). Für diese Arbeit wurden sechs Arbeitsstunden aufgewendet (act. 3/12). Gemäss der Auftragsbestätigung Nr. ... vom 21. September 2011 werden Arbeiten, die nicht offeriert sind, in Regie ausgeführt, wobei der Regieansatz CHF 95.– pro Stunde beträgt (act. 3/3 S. 1). Die Fertigstellung sämtlicher Arbeiten erfolgte nach den unbestritten gebliebenen Ausführungen der Klägerin am 28. November 2011.

Die Klägerin stellte der Beklagten mit Datum vom 19. Oktober 2011 eine Akonto-Rechnung über CHF 11'340.– (30% des Pauschalpreises zuzüglich Mehrwertsteuer von 8%; act. 3/9), und mit Datum vom 21. Dezember 2011 die Schlussrechnung über CHF 27'075.60 (act. 3/14), beinhaltend den Pauschalbetrag gemäss Auftragsbestätigung von CHF 35'000.– sowie die Mehrkosten für die Öffnung in der Korridorwand von CHF 570.– (6 Std. à CHF 95.–), zuzüglich Mehrwertsteuer von 8% (CHF 2'845.60), abzüglich der (ausstehenden) Akonto-Rechnung von CHF 11'340.–. Die Beklagte blieb die geforderten Beträge nach den unbestritten gebliebenen Ausführungen der Klägerin schuldig.

Nach den weiteren unbestritten gebliebenen Ausführungen der Klägerin teilte die Beklagte auf telefonische Anfrage der Klägerin wegen der nicht beglichenen Schlussrechnung vom 16. Februar 2012 mit, es sei ein Fassadenanschluss nicht montiert worden. Dieser wurde seitens der Klägerin umgehend bestellt und am 4. April 2012 montiert. Im Weiteren wurde die von der Klägerin erbrachte Leistung weder mündlich noch schriftlich von der Beklagten kritisiert. Erst im Rahmen der Schlichtungsverhandlung vom 5. Juli 2012 behauptete die Beklagte, die Klägerin habe schlechte Arbeit abgeliefert, ohne dies näher zu begründen (act. 1 S. 8 f.). Wie lange vorliegend die angemessene Prüfungsfrist bezüglich Mängel dauerte, kann offen gelassen werden. Auf jeden Fall wäre eine Frist von über sieben Monaten von der Fertigstellung am 28. November 2011 bis zur Schlichtungsverhandlung vom 5. Juli 2012 mehr als ausreichend. In dieser Zeit machte die Beklagte einzig einen nicht montierten Fassadenanschluss geltend, der von der Klägerin umgehend bestellt und am 4. April 2012 montiert wurde. Weitere, gar substantiiert vorgebrachte Mängel wurden von der Beklagten nicht geltend gemacht. Nachdem die Beklagte nur diesen einen Mangel geltend gemacht hat, ist von einer stillschweigenden Genehmigung des Werkes der Klägerin durch die Beklagte auszugehen. Die beklagten Mängelrechte sind somit verwirkt. Andere Einwände gegen die klägerische Forderung wurden nach den unbestritten gebliebenen Ausführungen der Klägerin nicht vorgebracht.

Infolgedessen ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin die ausstehenden Beträge von CHF 11'340.– und CHF 27'075.60, mithin insgesamt CHF 38'415.60, zu bezahlen.

4.2. Die Klägerin verlangt weiter Verzugszins von 5% seit dem 20. Januar 2012 (act. 1 S. 2). Die Höhe des verlangten Verzugszinses entspricht dem gesetzlich vorgeschriebenen Zins (Art. 104 Abs. 1 OR) und ist unbestritten geblieben. Gemäss Art. 75 OR kann die Erfüllung sogleich geleistet und gefordert werden, wenn die Zeit der Erfüllung weder durch Vertrag noch durch die Natur des Rechtsverhältnisses bestimmt ist. Die Klägerin gewährt in den Rechnungen vom 19. Oktober 2011 und vom 21. Dezember 2011 eine Zahlungsfrist von 30 Tagen netto (act. 3/9; act. 3/14). Die erste Rechnung ist somit seit dem 18. November 2011, die zweite seit dem 20. Januar 2012 fällig. Doch erst mit der Mahnung des Gläubigers wird der Schuldner in Verzug gesetzt (Art. 102 Abs. 1 OR). Als Mahnung gilt auch die Zustellung eines Zahlungsbefehls (WIEGAND, in: HONSELL / VOGT / WIEGAND (Hrsg.), a.a.O., N 9 zu Art. 102 OR). Der Zahlungsbefehl des Betreibungsamtes D. _____ vom 31. Mai 2012 wurde der Beklagten am 6. Juni 2012 zugestellt (act. 3/15). Damit wurde die Beklagte in Verzug gesetzt. Demzufolge ist der von der Klägerin geforderte Verzugszins von 5% ab dem 6. Juni 2012 ausgewiesen und zuzusprechen.

4.3. Die Klägerin verlangt weiter die Aufhebung des Rechtsvorschlags der Beklagten in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes D. _____ (Zahlungsbefehl vom 31. Mai 2012) sowie Ersatz der Betreuungskosten im Betrage von CHF 103.– (act. 1 S. 2 und S. 9). Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die Klage der Klägerin im Umfang von CHF 38'415.60 zuzüglich Verzugszins von 5% ab dem 6. Juni 2012 gutzuheissen ist. Die Betreuung der Beklagten über CHF 38'415.60 erfolgte daher zu Recht, weshalb der Rechtsvorschlag antragsgemäss aufzuheben und der Klägerin die ausgewiesenen Betreuungskosten in der Höhe von CHF 103.– (vgl. act. 3/15) zuzusprechen sind.

4.4. Im Ergebnis ist die Beklagte demnach zu verpflichten, der Klägerin CHF 38'415.60 zuzüglich Verzugszins von 5% ab dem 6. Juni 2012 sowie Betreuungskosten von CHF 103.– zu bezahlen.

Entsprechend ist der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes D. _____ (Zahlungsbefehl vom 31. Mai 2012) in diesem Umfang aufzuheben.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Der Streitwert wird nach Art. 91 Abs. 1 ZPO durch das Rechtsbegehren bestimmt. Er beträgt vorliegend CHF 38'415.60 (act. 1 S. 2).

5.2. Die Prozesskosten, welche die Gerichtskosten und die Parteientschädigung umfassen (Art. 95 Abs. 1 ZPO), werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Ausgangsgemäss wird die Beklagte kosten- und entschädigungspflichtig. Die Klägerin leistete in Anwendung von Art. 98 ZPO einen Vorschuss für die Gerichtskosten (act. 6; Prot. S. 2 f.). Die der Beklagten auferlegten Kosten sind aus diesem Vorschuss zu beziehen, wobei der Klägerin in diesem Umfang ein Rückgriffsrecht einzuräumen ist.

5.3. Unter Berücksichtigung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 10 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) vom 8. September 2010 ist die Gerichtsgebühr auf drei Viertel der Grundgebühr festzusetzen.

5.4. Die Parteientschädigung wird nach Ermessen festgesetzt (SUTTER / VON HOLZEN, in: SUTTER-SOMM / HASENBÖHLER / LEUENBERGER, a.a.O., N 30 zu Art. 95 ZPO).

Die Klägerin verlangt von der Beklagten die Bezahlung der Kosten des Schlichtungsverfahrens von CHF 480.– (act. 1 S. 2). Wird die Klagebewilligung erteilt und reicht der Gesuchsteller die Klage ein, hat er zwar für die Kosten des Schlichtungsverfahrens aufzukommen (Art. 207 Abs. 1 lit. c ZPO), jedoch werden im nachfolgenden Prozess die Kosten zur Hauptsache geschlagen (Art. 207 Abs. 2 ZPO) und zusammen mit den Prozesskosten verteilt (HONEGGER, in: SUTTER-

SOMM / HASENBÖHLER / LEUENBERGER, a.a.O., N 5 zu Art. 207 ZPO). Unnötige Prozesskosten hat zu bezahlen, wer sie verursacht hat (Art. 108 ZPO). Wie bereits erwähnt, entfällt für die vorliegende Klage das Schlichtungsverfahren und ist auch dessen freiwillige Durchführung unzulässig (vgl. Erw. 2.3). Das von der Klägerin veranlasste Schlichtungsverfahren war somit unnötig, weshalb die Beklagte für die dadurch entstandenen Kosten nicht aufzukommen hat.

In Anwendung von § 4 Abs. 1 und § 11 Abs. 1 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV) ist der Klägerin eine volle Grundgebühr als Parteientschädigung zuzusprechen.

Das Gericht erkennt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 38'415.60 zuzüglich Verzugszins von 5% ab dem 6. Juni 2012 sowie Betreuungskosten von CHF 103.– zu bezahlen.

Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes D._____ (Zahlungsbefehl vom 31. Mai 2012) wird in diesem Umfang aufgehoben.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 3'500.–.
3. Die Kosten werden der Beklagten auferlegt und aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Für die der Beklagten auferlegten Kosten wird der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Prozessentschädigung von CHF 6'000.– 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 38'415.60.

Zürich, 25. März 2013

Handelsgericht des Kantons Zürich

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Peter Helm

lic. iur. Mirjam Mürger