



Mitwirkend: die Oberrichter Dr. Heinrich Andreas Müller, Vizepräsident, und Roland Schmid, die Handelsrichter Dr. h.c. Stephan Weber, Dr. Samuel Gernet und Daniel Marinello sowie der Gerichtsschreiber David Egger

**Urteil vom 20. November 2013**

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,  
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwältin X.\_\_\_\_\_

gegen

**B.**\_\_\_\_\_,  
Beklagte

betreffend **Forderung**

### **Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

- " 1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin Fr. 132'219.– nebst Zins zu 5% seit 19. Oktober 2012 zu bezahlen.
2. Es sei der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ..., Betreibungsamt Zürich 4, Zahlungsbefehl vom 10. Dezember 2012, zu beseitigen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zulasten der Beklagten."

### **Sachverhalt und Verfahren**

#### A. Sachverhaltsübersicht

##### a. Parteien und ihre Stellung

Bei der Klägerin handelt es sich um eine Aktiengesellschaft, welche eine Vielzahl von Dienstleistungen erbringt, unter anderem die Vermietung und den Vertrieb von Festhallen, Tribünen, Bestuhlungen und Membranzelten (act. 3/2). Die Beklagte ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), die insbesondere die Organisation des ... [Haupttätigkeit] bezweckt (act. 3/3).

##### b. Prozessgegenstand

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet eine offene Forderung der Klägerin aus einem Mietvertrag mit der Beklagten bezüglich der Vermietung von Festzelten im Rahmen der Veranstaltung des ... im Jahre 2012 (act. 1 S. 2 ff.).

#### B. Prozessverlauf

a. Mit Zahlungsbefehl des Betreibungsamtes Zürich 4 vom 10. Dezember 2012 leitete die Klägerin Betreuung über CHF 132'219.– nebst Zins zu 5% seit dem 18. Oktober 2012 gegen die Beklagte ein, worauf die Beklagte Rechtsvorschlag erhob (act. 1 S. 13; act. 3/21). Mit Schreiben vom 28. Mai 2013 gelangte die Rechtsvertreterin der Klägerin an die Beklagte und setzte ihr zur Begleichung der in Betreuung gesetzten Forderung eine letzte Zahlungsfrist bis zum 3. Juni 2013.

Sie wies die Beklagte in diesem Schreiben ausdrücklich darauf hin, dass sie, sollte die Zahlung des offenen Forderungsbetrages nicht innert Frist bei der Klägerin eingehen, von der Klägerin beauftragt sei, ohne weitere Verzögerung die vorbereitete Klage anhängig zu machen (act. 1 S. 13; act. 3/22). Nachdem die Beklagte diese letzte Zahlungsfrist hatte verstreichen lassen, machte die Klägerin am 11. Juni 2013 (Datum Poststempel) die vorliegende Klage beim Handelsgericht des Kantons Zürich anhängig (act. 1). Mit Verfügung vom 12. Juni 2013 wurde ihr unter Hinweis auf Art. 98 ZPO Frist angesetzt, um einen Vorschuss für die Gerichtskosten zu leisten (Prot. S. 2 f.). Diese Verfügung sowie ein Doppel der Klageschrift und der Beilagen konnte der Beklagten nicht zugestellt werden und wurde mit dem Vermerk "nicht abgeholt" von der Post retourniert (act. 5/2). Nachdem die Klägerin den Gerichtskostenvorschuss rechtzeitig geleistet hatte (act. 6), wurde der Beklagten mit Verfügung vom 20. Juni 2013 Frist zur Erstattung der Klageantwort angesetzt (Prot. S. 4; act. 7). Auch diese Verfügung konnte der Beklagten nicht zugestellt werden und wurde mit dem Vermerk "nicht abgeholt" von der Post zurückgesendet (act. 8/2). Obwohl der Beklagten die Verfügung vom 20. Juni 2013 nicht zugestellt werden können, reichte sie am 9. September 2013 ein Gesuch um Fristerstreckung zur Einreichung der Klageantwort ein (act. 9), welches mit Verfügung vom 11. September 2013 abgewiesen wurde (Prot. S. 5; act. 10). Diese Verfügung wurde der Beklagten am 19. September 2013 zugestellt (act. 11/2). Da die Beklagte die Klageantwort nicht innert Frist einreichte, wurde ihr mit Verfügung vom 1. Oktober 2013 in Anwendung von Art. 223 Abs. 1 ZPO eine einmalige, kurze Nachfrist angesetzt. Diese Nachfrist 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; act. 12). Auch diese Verfügung konnte der Beklagten nicht zugestellt werden und wurde mit dem Vermerk "nicht abgeholt" von der Post zurückgeschickt (act. 13/2).

b. Die Zustellung von Vorladungen, Verfügungen und Entscheiden erfolgt durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (Art. 138 Abs. 1 ZPO). Sie gilt bei einer eingeschriebenen Postsendung, die nicht abgeholt worden ist, als am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellver-

such erfolgt, sofern die Person mit einer Zustellung rechnen musste (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO).

Der Beklagten war bekannt, dass das vorliegende Gerichtsverfahren gegen sie im Gange war und sie eine Klageantwort hätte einreichen sollen, denn sie ersuchte am 9. September 2013 in der vorliegenden Angelegenheit am hiesigen Handelsgericht um Erstreckung der Frist zur Einreichung der Klageantwort (act. 9). Nach dem Ausgeführten musste die Beklagte in der Folge mit Zustellungen in der vorliegenden Angelegenheit rechnen. Die Verfügung vom 1. Oktober 2013, welche der Beklagten nicht zugestellt werden konnte, gilt daher als erfolgt. Mit dieser Verfügung wurde der Beklagten, da sie die Klageantwort nicht innert Frist einreichte, in Anwendung von Art. 223 Abs. 1 ZPO eine einmalige, kurze Nachfrist angesetzt. Diese Nachfrist 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; act. 12).

c. Nachdem die Beklagte auch innert der kurzen Nachfrist keine Klageantwort eingereicht hat und sich die Angelegenheit als spruchreif erweist, ist androhungsgemäss darüber zu entscheiden (Art. 223 Abs. 2 ZPO).

### **Erwägungen**

#### 1. Formelles

##### 1.1. Versäumte Klageantwort

Gemäss Art. 223 Abs. 2 ZPO trifft das Gericht bei definitiv versäumter Klageantwort einen Endentscheid, sofern die Angelegenheit spruchreif ist. Hierzu muss die Klage soweit geklärt sein, dass darauf entweder mangels Prozessvoraussetzungen nicht eingetreten oder sie durch Sachurteil erledigt werden kann. Steht dem Eintreten auf die Klage nichts entgegen, bedeutet Spruchreife, dass der Klagegrund im Hinblick auf die anwendbaren Rechtsnormen hinreichend substantiiert ist und – darüber hinaus – dass das Gericht an der Richtigkeit der klägerischen Tatsachenbehauptungen keine erheblichen Zweifel hat (Art. 153 Abs. 2

ZPO). Unter den gegebenen Umständen ist, wenn es die klägerische Sachdarstellung erlaubt, nach dem Klagebegehren zu erkennen, andernfalls ist die Klage abzuweisen. Dabei hat das Gericht auch rechtshemmende, rechtshindernde und rechtsaufhebende Tatsachen zu berücksichtigen, soweit sie in der Klage selbst angeführt sind. Andere Tatsachen, die aus den Akten ersichtlich sind, dürfen nur insoweit berücksichtigt werden, als es für das Vorhandensein der von Amtes wegen zu prüfenden Prozessvoraussetzungen von Bedeutung ist (Art. 60 ZPO). An der erforderlichen Spruchreife fehlt es – zur Hauptsache –, wenn das Klagebegehren oder die Begründung der Klage (noch) unklar, unbestimmt oder offensichtlich unvollständig ist (Art. 56 ZPO) oder dem Gericht die Klagebegründung in erheblichem Mass als unglaubhaft erscheint und es darüber Beweis erheben will (Art. 153 Abs. 2 ZPO; BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, 2. Aufl., Art. 223 N 21 ff., mit Hinweisen).

## 1.2. Zuständigkeit

Das Gericht prüft von Amtes wegen, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 60 ZPO). Prozessvoraussetzungen sind insbesondere die sachliche und örtliche Zuständigkeit (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO).

Sowohl die Klägerin als auch die Beklagte haben ihren Sitz im Kanton Zürich (act. 3/2 und act. 3/3), weshalb sich die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ohne weiteres ergibt (Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO). Die sachliche Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG. Das Handelsgericht des Kantons Zürich ist somit für diese Klage örtlich und sachlich zuständig.

Da dem Eintreten auf die Klage nichts entgegen steht, ist sie im Folgenden materiell zu beurteilen.

## 2. Klägerische Sachverhaltsdarstellung

Gemäss der unbestritten gebliebenen Darstellung der Klägerin, an deren Richtigkeit zu zweifeln kein Anlass besteht (Art. 153 Abs. 2 ZPO), und in Übereinstim-

mung mit den von ihr eingereichten Urkunden (act. 3/1-22) ist von folgendem Sachverhalt auszugehen:

## 2.1. Mietvertrag zwischen den Parteien

Im Zusammenhang mit der Organisation des ... 2012 trat die Beklagte anfangs Juli 2012 mit der Klägerin in Kontakt, um sich über diverse Zelte samt Ausstattung für das bevorstehende ... (tt. bis tt. August 2012) zu informieren (act. 1 S. 3 f.; act. 3/4 und 3/5). Nachdem die Beklagte der Klägerin am 16. Juli 2012 eine Liste mit den benötigten Zelten und zusätzlichen Ausstattungen übermittelt hatte, offerierte die Klägerin der Beklagten am 18. Juli 2012 für die beantragten Zelte und Ausstattungen einen Gesamtpreis von CHF 287'755.– (exkl. MwSt.; inkl. Transport, Montage und Demontage durch die Klägerin). In der Offerte wurde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Klägerin auf einer Vorauszahlung von CHF 250'000.– besteht (act. 1 S. 4; act. 3/6 und 3/7). Am 23. Juli 2012 akzeptierte die Beklagte die Offerte der Klägerin vom 18. Juli 2012. Die Parteien einigten sich darauf, dass die Montage und Demontage durch die Klägerin vom tt. bis tt. August 2012 bzw. vom tt. August bis tt. September 2012 erfolgen soll (act. 1 S. 4 f.; act. 3/8). Der schriftliche Mietvertrag wurde der Beklagten mit E-Mail vom 30. Juli 2012 übermittelt. Er wurde ihr gleichentags auch per Post zugestellt (act. 1 S. 4 f.; act. 3/10 und 3/1).

Der schriftliche Mietvertrag vom 30. Juli 2012 basiert auf der von der Beklagten aufgegebenen Bestellung der Mietgegenstände und den von der Klägerin offerierten und von der Beklagten akzeptierten Preiskonditionen. Der im Unterschied zur Offerte vom 18. Juli 2012 um CHF 12'800.– höhere Gesamtpreis von CHF 300'555.– (exkl. MwSt.) rührt daher, dass von der Beklagten nachträglich zusätzlich 800 m<sup>2</sup> Bodenfläche angefordert wurde. Im Einzelnen hatte der Vertrag die folgenden Positionen zum Gegenstand (act. 1 S. 5 ff.; act. 3/1):

### **Backstagebereich**

|   |                |
|---|----------------|
| 1 Partyzelt Alu-Konstruktion 12 m breit, 20 m lang, inkl. 4 Halogenscheinwerfer | zu CHF 4'320.– |
| 1 Partyzelt Alu-Konstruktion 10 m breit, 15 m lang, inkl. 3 Halogenscheinwerfer | zu CHF 2'700.– |

|   |                |
|---|----------------|
| 1 Partyzelt Alu-Konstruktion 12 m breit, 15 m lang, inkl. 3 Halogenscheinwerfer | zu CHF 2'700.– |
| 1 Partyzelt Alu-Konstruktion 6 m breit, 10 m lang, inkl. 2 Halogenscheinwerfer  | zu CHF 1'080.– |
| 1 Partyzelt Alu-Konstruktion 10 m breit, 25 m lang, inkl. 5 Halogenscheinwerfer | zu CHF 4'500.– |
| 1 Partyzelt Alu-Konstruktion 6 m breit, 10 m lang, inkl. 2 Halogenscheinwerfer  | zu CHF 1'080.– |
| 1 Partyzelt Alu-Konstruktion 5 m breit, 10 m lang, inkl. 2 Halogenscheinwerfer  | zu CHF 900.–   |
| 8 Sprossentüre 2-flügelig weiss, abschliessbar 2 x 2 m, inkl. 8 Notleuchten     | zu CHF 4'400.– |
| 1 Arkade (Walk-Way) 2.40 m breit, 21.00 m lang                                  | zu CHF 2'850.– |
| 1 Arkade (Walk-Way) 2.40 m breit, 17.50 m lang                                  | zu CHF 1'220.– |
| 1 Pagodenzelt weiss 5 x 5 m   | zu CHF 675.–   |
| 1 Pagodenzelt 4 x 4 m   | zu CHF 450.–   |
| 9 Pagodenzelte 3 x 3 m  | zu CHF 3'600.– |
| 880 m <sup>2</sup> Teppich Farbe anthrazit mit Schutzfolie                      | zu CHF 8'800.– |

### **Münzenstand**

|   |                |
|---|----------------|
| 2 Partyzelte Alu-Konstruktion 6 m breit, 12.5 m lang, inkl. 6 Halogenscheinwerfer | zu CHF 2'700.– |
|---|----------------|

### **F&B**

|   |                 |
|---|-----------------|
| 39 Pagodenzelte 6 x 6 m, inkl. Beleuchtung          | zu CHF 37'900.– |
| 4 Pagodenzelte 5 x 5 m, inkl. 4 Halogenscheinwerfer | zu CHF 2'700.–  |

### **Zeltplatzeingang**

|   |                |
|---|----------------|
| 4 Pagodenzelte 4 x 4 m, inkl. Beleuchtung | zu CHF 1'800.– |
|---|----------------|

### **VIP-Zelt**

|  |                |
|--|----------------|
| 1 Festhalle Alu-Konstruktion 16 m breit, 30 m lang, inkl. 8 Spannwände und 6 Halogenscheinwerfer | zu CHF 8'640.– |
| 480 m <sup>2</sup> Teppich   | zu CHF 4'800.– |
| 3 Pagodenzelte weiss 5 x 5 m, inkl. 3 Halogenscheinwerfer  | zu CHF 1'350.– |
| 2 Pagodenzelte weiss 3 x 3 m, inkl. 2 Halogenscheinwerfer  | zu CHF 800.–   |

### **Infostand**

|   |                |
|---|----------------|
| 2 Pagodenzelte weiss 4 x 4 m, inkl. 2 Halogenscheinwerfer                 | zu CHF 900.–   |
| 1 Giebelzelt Alu-Konstruktion 6 x 10 m                                    | zu CHF 1'080.– |
| 1 Sprossentüre 2-flügelig weiss, abschliessbar 2 x 2 m inkl. 1 Notleuchte | zu CHF 550.–   |

### **Zeltplatz**

|  |                |
|--|----------------|
| 1 Partyzelt Alu-Konstruktion 10 m breit, 15 m lang inkl. 3 Halogenscheinwerfer | zu CHF 2'700.– |
| 1 Pagodenzelt weiss 4 x 4, inkl. 1 Halogenscheinwerfer                         | zu CHF 450.–   |

### **Market**

|   |                |
|---|----------------|
| 14 Pagodenzelte 4 x 4 m, inkl. Beleuchtung          | zu CHF 6'300.– |
| 6 Pagodenzelte 3 x 3 m, inkl. 6 Halogenscheinwerfer | zu CHF 1'800.– |

### **Logistik & Staff Catering**

|   |                |
|---|----------------|
| 1 Partyzelt Alu-Konstruktion 8 m breit, 12.5 m lang, inkl. 3 Halogenscheinwerfer                              | zu CHF 1'350.– |
| 1 Festhalle Alu-Konstruktion 12 m breit, 35 m lang, inkl. Sichtschutzwand (Bauwand) und 7 Halogenscheinwerfer | zu CHF 7'850.– |

1 Partyzelt Alu-Konstruktion 10 m breit, 10 m lang, inkl. 2 Halogenscheinwerfer zu CHF 1'800.–

4 Pagodenzelte 3 x 3 m zu CHF 1'200.–

5 Sprossentüren 2-flügelig weiss, abschliessbar 2 x 2 m, inkl. 5 Notleuchten zu CHF 2'750.–

#### **Office**

1 Festhalle Alu-Konstruktion 12 m breit, 22.50 m lang, inkl. 5 Halogenscheinwerfer zu CHF 4'860.–

2 Sprossentüre 2-flügelig weiss, abschliessbar 2 x 2 m, inkl. 2 Notleuchten zu CHF 1'100.–

#### **Holzböden**

10'400 m<sup>2</sup> Boden zu CHF 161'400.–

#### **Sonstiges**

15 Sonnenschirme hellbeige und schwarz Durchmesser 3 m zu CHF 750.–

80 Böcklibestuhlung 5.00 m à 16 bis 20 Plätze zu CHF 3'750.–

10 Böcklibestuhlung 2.50 m à 8 bis 10 Plätze

**Total** CHF 300'555.–

Nach der Planungsphase begann die Klägerin wie vereinbart am tt. August 2012 mit den Aufbauarbeiten der Mietgegenstände, wobei es aufgrund der mangelhaften Organisation der Beklagten zu Verzögerungen und kurzfristigen Änderungen kam. Am tt. August 2012 forderte die Beklagte vor Ort zusätzlich die folgenden Mietgegenstände an (act. 1 S. 8 f.; act. 3/12):

### **Bestuhlung VIP**

|                      |                |
|----------------------|----------------|
| 60 Holzklappstühle   | zu CHF 2'250.- |
| 30 Bistrotische holz |                |
| 20 Alustehtische     |                |

### **Bestuhlung Schützenhaus**

|   |                |
|---|----------------|
| 20 Klapptische  | zu CHF 820.-   |
| 58 Schalenstühle  |                |
| 1 Rolle Teppich 2 x 30 m  | zu CHF 450.-   |
| 1 zusätzliches Zelt 6 x 10 m mit Boden (Office)   | zu CHF 1'980.- |
| 40 Stück Festischgarnitur 250 cm lang, 60 cm breit, inkl. 2 Bankblätter 250 cm lang und 27 cm breit | zu CHF 800.-   |

Am tt. August 2012 forderte die Beklagte bei der Klägerin weitere Mietgegenstände an (act. 1 S. 10; act. 3/13):

|   |                |
|---|----------------|
| 1 Zelt 4 x 7.50 m inkl. Boden und 2 Türen | zu CHF 2'000.- |
| 1 Zelt 5 x 10 m mit Boden                 | zu CHF 1'650.- |
| 1 Zelt F&B 6 x 12.5 mit Boden             | zu CHF 2'475.- |
| 1 Zelt Market 6 x 12.5 mit Boden          | zu CHF 2'475.- |

Schliesslich forderte die Beklagte zwischen dem tt. und tt. August 2012 vor Ort die folgenden zusätzlichen Mietgegenstände an (act. 1 S. 10):

### **Bestuhlung Backstage**

80 Schalenstühle zu CHF 800.–  
20 Saaltische  
2 Paravent

### **Bestuhlung Garderobe**

20 Saaltische zu CHF 1'900.–  
10 Garderobenständer fahrbar  
14 Klappische  
120 Schalenstühle

### **Bestuhlung Artist Bar Outdoor**

10 Bistrotische zu CHF 730.–  
40 Bistrostühle

### **Bestuhlung VIP**

20 Bistrotische zu CHF 1'800.–  
80 Bistrostühle  
10 Stehtische

## **2.2. Mängel an den Mietsachen**

Nach der Durchführung des ... demonstrierte die Klägerin vom tt. August 2012 bis am tt. September 2012 die Mietsachen (act. 1 S. 11). Bei der Kontrolle der Mietsachen stellte sie fest, dass bei einem Zelt (Pagode, 6 x 6 m), welches die Klägerin von der C.\_\_\_\_\_-AG dazu gemietet hatte, zwei der Dachblenden derart mit Schnitten beschädigt waren, dass diese ersetzt werden mussten. Der Klägerin wurden von der C.\_\_\_\_\_-AG dafür CHF 3'360.– in Rechnung gestellt (act. 1 S. 11; act. 3/14). Im Weiteren stellte sich heraus, dass acht Seitenvorhänge von

Zelten, welche die Klägerin von der Firma D.\_\_\_\_\_ AG dazu gemietet hatte (Pagodenzelte 3 x 3 m, 4 x 4 m und 6 x 6 m), zerlöchert und fleckig zurückgegeben worden waren. Die Klägerin erhielt dafür von der D.\_\_\_\_\_ AG eine Rechnung über CHF 1'800.– (act. 1 S. 11; act. 3/15). Schliesslich gab die Beklagte zwei Alu-Stehtische beschädigt zurück (act. 1 S. 11), für welche der Klägerin ein Schaden von CHF 320.– entstanden ist (act. 1 S. 12). Die Klägerin zeigte der Beklagten sämtliche Mängel in der Schlussrechnung vom 18. September 2012 an (act. 1 S. 11; act. 3/16).

### 2.3. Inkasso

Die erste und zweite Vorauszahlung über je CHF 100'000.– (exkl. MwSt.) leistete die Beklagte vereinbarungsgemäss am 30. Juli 2012 und am 7. August 2012 (act. 1 S. 4 f.; act. 3/8, 3/9 und 3/11).

Am 18. September 2012 stellte die Klägerin der Beklagten die Schlussrechnung zu. Der Rechnungsbetrag über CHF 322'425.– (exkl. MwSt.; bzw. CHF 348'219.– inkl. MwSt.) setzte sich aus dem ursprünglich offerierten Betrag von CHF 287'755.–, dem Betrag von CHF 20'130.– für diverse nachträglich angeforderte Mietsachen, den zusätzlichen Kosten über CHF 9'600.– für die grössere Bodenfläche (wobei die Klägerin anstatt der im Mietvertrag ausgewiesenen CHF 12'800.– der Beklagten nur CHF 9'600.– in Rechnung stellte) sowie den an die Beklagte weiter verrechneten Schäden über insgesamt CHF 4'940.– (die Klägerin verrechnete der Beklagten CHF 2'280.– für die beschädigten Dachblachen, CHF 1'800.– für die beschädigten Seitenvorhänge und CHF 320.– für die beiden beschädigten Alu-Stehtische weiter) zusammen. Davon brachte die Klägerin die beiden Akontozahlungen der Beklagten von insgesamt CHF 200'000.– (exkl. MwSt.; bzw. CHF 216'000.– inkl. MwSt.) in Abzug (act. 1 S. 11 f.; act. 3/16).

Nach unbenutztem Ablauf der 30-tägigen Zahlungsfrist mahnte die Klägerin die Beklagte am 19. Oktober 2012 erstmals für den Ausstand von CHF 132'219.– (inkl. MwSt.). Per E-Mail vom 8. November 2012 stellte sich die Beklagte in der Folge erstmals auf den Standpunkt, dass sie mit der Ausführung der Zeltbauten "nicht wirklich zufrieden" gewesen sei (act. 1 S. 12; act. 3/17, 3/18). Dies, obwohl

die Beklagte bis anhin an den Mietgegenständen und der Arbeit der Klägerin nicht das Geringste auszusetzen gehabt hatte (act. 1 S. 12; act. 3/17, 3/18). Am 9. November 2012 stellte die Klägerin der Beklagten eine zweite Mahnung zu (act. 1 S. 13; act. 3/19). Die Bemühungen der Klägerin zur Besprechung der Schlussrechnung mit der Beklagten blieben auch in der Folge weiter erfolglos, da E.\_\_\_\_\_ von der Beklagten nicht erreichbar war (act. 1 S. 13; act. 3/20).

Mit Zahlungsbefehl vom 10. Dezember 2012 setzte die Klägerin den Ausstand von CHF 132'219.– nebst Zins zu 5% seit 18. Oktober 2012 gegen die Beklagte in Betreuung, wogegen die Beklagte Rechtsvorschlag erhob (act. 1 S. 13; act. 3/21). Mit Schreiben vom 28. Mai 2013 gelangte die Klägerin an die Beklagte und setzte ihr eine letzte Zahlungsfrist bis zum 3. Juni 2013, welche die Beklagte unbenutzt verstreichen liess (act. 1 S. 13; act. 3/22).

## 2.4. Rechtliches und Subsumtion

### 2.4.1. Vertrag zwischen den Parteien und Erfüllungsanspruch

Der von der Klägerin geltend gemachte Erfüllungsanspruch setzt zunächst voraus, dass zwischen den Parteien ein Vertrag bezüglich der "Zeltvermietung" zustande gekommen ist.

Gemäss Art. 1 Abs. 1 OR ist zum Abschluss eines Vertrags die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich. Indem die Beklagte am 23. Juli 2012 die Offerte der Klägerin vom 18. Juli 2012 akzeptierte, kam zwischen den Parteien ein Vertrag zustande (act. 1 S. 4; act. 3/6, 3/7 und 3/8). Der schriftliche Mietvertrag vom 30. Juli 2012 diente der Bestätigung des zuvor Vereinbarten (act. 1 S. 4 ff.; act. 3/10 und 3/1). In der Folge wurde der Vertrag durch diverse von der Beklagten nachträglich angeforderte Mietsachen ergänzt (act. 1 S. 9 ff.; act. 3/12 und 3/13). Der zwischen den Parteien zustande gekommene Vertrag ist dabei als gemischter Vertrag zu qualifizieren, denn neben der Vermietung diverser Sachen verpflichtete sich die Klägerin vorliegend auch zu werkvertrags- und auftragsrechtlichen Dienstleistungen (Hin- und Rücktransport sowie

Montage und Demontage der Mietsachen). Die Beklagte verpflichtete sich zur Leistung eines Entgelts (act. 3/1).

Somit gilt das Vorliegen des geltend gemachten Mietvertrages zwischen den Parteien androhungsgemäss als unbestritten. Das Gericht hat diesbezüglich auch keinen Anlass zu zweifeln, denn die Beklagte hat in ihrer Korrespondenz nie das Bestehen des Mietvertrages beanstandet, sondern lediglich ein Mal nach der Stellung der Schlussrechnung erklärt, sie sei mit der Ausführung der Zeltbauten "nicht wirklich zufrieden" gewesen (act. 1 S. 11 f.; act. 3/16, 3/17 und 3/18).

Nachdem vorliegend unbestritten blieb, dass die Klägerin den streitgegenständlichen Mietvertrag korrekt erfüllt hat, hat sie Anspruch auf den zwischen den Parteien vereinbarten Mietzins. Dieser Mietzins ist in der unbestritten gebliebenen bereinigten Schlussrechnung der Klägerin aufgeführt (act. 1 S. 12). Er setzt sich aus dem ursprünglich offerierten Betrag von CHF 287'755.–, aus dem Betrag von CHF 20'130.– für diverse nachträglich angeforderte Mietsachen sowie den zusätzlichen Kosten über CHF 9'600.– für die grössere Bodenfläche zusammen. Der fällige Mietzins gilt somit als ausgewiesen und ist der Klägerin – unter Berücksichtigung der bereits geleisteten Akontozahlungen von je CHF 100'000.– (exkl. MwSt.) – zuzusprechen.

#### 2.4.2. Schadenersatz

Gemäss Art. 267 Abs. 1 OR muss der Mieter die Sache in dem Zustand zurückgeben, der sich aus dem vertragsgemässen Gebrauch ergibt. Er haftet dem Vermieter für die Abweichungen des Zustands der Mietsache vom normgemässen Zustand des Art. 267 Abs. 1 OR, soweit diese Folge eines ihm anrechenbaren vertragswidrigen oder pflichtwidrigen Verhaltens sind (ZK OR-H1G1, N 93 zu Art. 267 OR).

Die bei der Kontrolle der Mietsachen festgestellten Mängel (Beschädigung zweier Dachblachen eines Pagodenzelts 6 x 6 m; Beschädigung und Verunreinigung von acht Seitenvorhängen der Pagodenzelte 3 x 3 m, 4 x 4 m und 6 x 6 m; Beschädigung von zwei Alu-Stehtischen) gelten androhungsgemäss als unbestritten. Die

Mängel wurden der Beklagten mit der Schlussrechnung angezeigt (act. 3/16). Der unbestritten gebliebene Schaden, welcher der Klägerin durch die Mängel an den Mietsachen entstanden ist, beläuft sich auf CHF 320.– bezüglich der Alu-Stehtische, CHF 1'800.– bezüglich der beschädigten Seitenvorhänge und CHF 2'820.– bezüglich der beschädigten Dachblachen. Er ist für die beschädigten Dachblachen und Seitenvorhänge auch durch Rechnungen von Dritten belegt (act. 3/14 und 3/15). Der Klägerin ist somit Schadenersatz in der Höhe von CHF 4'940.– (exkl. MwSt.) zuzusprechen.

#### 2.4.3. Zusammenfassung

Die Klägerin hat Anspruch auf den von ihr geforderten Rechnungsbetrag über CHF 322'425.– (exkl. MwSt.; bzw. CHF 348'219.– inkl. MwSt.). Dieser setzt sich aus den ursprünglich offerierten CHF 287'755.–, den CHF 20'130.– für diverse nachträglich angeforderte Mietsachen, den zusätzlichen Kosten über CHF 9'600.– für die grössere Bodenfläche sowie den an die Beklagte weiter verrechneten Schäden über insgesamt CHF 4'940.– zusammen. Von diesem Rechnungsbetrag über CHF 322'425.– (exkl. MwSt.; bzw. CHF 348'219.– inkl. MwSt.) sind die beiden Akontozahlungen der Beklagten von insgesamt CHF 200'000.– (exkl. MwSt.; bzw. CHF 216'000.– inkl. MwSt.) in Abzug zu bringen. Der Klägerin ist daher der von ihr beantragte Betrag von CHF 132'219.– zuzusprechen.

#### 2.4.4. Verzugszinspflicht

Die Klägerin verlangt weiter Verzugszins zu 5% seit 19. Oktober 2012 (act. 1 S. 15). Gemeinhin wird ein Schuldner einer fälligen Verbindlichkeit durch Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt (Art. 102 Abs. 1 OR). Wurde für die Erfüllung ein bestimmter Verfalltag verabredet, oder ergibt sich ein solcher infolge einer vorbehaltenen und gehörig vorgenommenen Kündigung, so kommt der Schuldner jedoch schon mit Ablauf dieses Tages in Verzug (Art. 102 Abs. 2 OR).

Die Parteien haben in ihrem Mietvertrag vereinbart, der noch offene Mietzins sei "30 Tage rein netto nach Demontage" zu bezahlen (act. 3/1). Mit dieser Abrede haben die Parteien einen Verfalltag vereinbart. Mit Schreiben der Klägerin vom

18. September 2012 an die Beklagte forderte sie, der Rechnungsbetrag von CHF 348'219.– (inkl. MwSt.) sei, abzüglich der beiden Akontozahlungen in der Höhe von CHF 216'000.– (inkl. MwSt.), innert "30 Tagen netto" zu bezahlen (act. 3/16). Der von der Klägerin geforderte Verzugszins von 5% ist demzufolge ab dem 19. Oktober 2012 ausgewiesen und ihr zuzusprechen.

## 2.5. Fazit und Aufhebung des Rechtsvorschlags

Zusammengefasst ist die Beklagte daher zu verpflichten, der Klägerin CHF 132'219.– zuzüglich Zins zu 5% seit 19. Oktober 2012 zu bezahlen. In diesem Umfang ist der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ..., Betreibungsamt Zürich 4, Zahlungsbefehl vom 10. Dezember 2012, zu beseitigen (Art. 79 SchKG).

## 3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

3.1. Der Streitwert richtet sich nach dem Rechtsbegehren zum Zeitpunkt der Klageeinreichung beim Gericht (BSK ZPO-RÜEGG, 2. Aufl., Art. 91 N 3 ff.). Er beträgt CHF 132'219.–.

3.2. Ausgangsgemäss wird die Beklagte kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Unter Berücksichtigung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 10 Abs. 1 der Gerichtsgebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) vom 8. September 2010 ist die Gerichtsgebühr auf drei Viertel der Grundgebühr festzusetzen. Die Parteientschädigung wird nach Ermessen festgesetzt (SUTER/VON HOLZEN, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., N 30 zu Art. 95). In Anwendung von § 4 Abs. 2 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (Anw-GebV) ist die schon mit Einreichung der Klageschrift verdiente Grundgebühr (§ 4 Abs.1 und § 11 Abs. 1 AnwGebV) der Klägerin zuzusprechen.

3.3. Ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei eine Prozessentschädigung zuzusprechen, hat dies zufolge Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu erfolgen. Ist die anspruchsberechtigte Partei nicht im vollen Umfang zum Abzug der Vorsteuer berechtigt, ist die Prozessentschädigung um den entsprechenden Faktor anteilmässig anzupassen. Solche aus-

sergewöhnlichen Umstände hat eine Partei zu behaupten und zu belegen (Praxisänderung des Kassationsgerichts des Kantons Zürich, Entscheid vom 19. Juli 2005; ZR 104 [2005] Nr. 76, SJZ 101 [2005] 531 ff.). Die Klägerin beantragt, die Beklagte zur Zahlung einer Entschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer zu verpflichten (act. 1 S. 2). Das Vorliegen der für die Zusprechung der Mehrwertsteuer erforderlichen aussergewöhnlichen Umstände behauptet sie jedoch nicht, weshalb ihr die Prozessentschädigung ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen ist.

### **Das Handelsgericht erkennt:**

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 132'219.– zuzüglich Zins zu 5% seit 19. Oktober 2012 zu bezahlen.
2. In diesem Umfang wird der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ..., Betreibungsamt Zürich 4, Zahlungsbefehl vom 10. Dezember 2012, aufgehoben.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 7'600.–.
4. Die Kosten werden der Beklagten auferlegt, jedoch aus dem von der Klägerin geleisteten Gerichtskostenvorschuss bezogen, und es wird der Klägerin dafür der Rückgriff auf die Beklagte eingeräumt.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 12'800.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie im Dispositivauszug an das Betreibungsamt Zürich 4, Hohlstrasse 35 / Kollerhof, 8026 Zürich.
7. 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 132'219.-.

Zürich, 20. November 2013

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Gerichtsschreiber:

Oberrichter Dr. Heinrich Andreas Müller

MLaw David Egger