



Mitwirkend: Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, Vizepräsidentin, und Oberrichter Dr. Stephan Mazan, die Handelsrichter Dr. Stefan Gerster, Jakob Haag und Bernhard Lauper sowie die Gerichtsschreiberin Nadja Kiener

Urteil vom 2. Juni 2020

in Sachen

A._____,
Kläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____ AG,
Beklagte

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger CHF 44'507.65 nebst Zins zu 5% seit 04. Juli 2019 zuzüglich Mahngebühren von CHF 20.00 und eine Umtriebsentschädigung von CHF 100 (beides gestützt auf die ABG) sowie Betriebskosten von CHF 103'30 (recte: 103.30) zu bezahlen.
2. Es sei der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Zürich ... aufzuheben.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten zuzüglich Kosten des Vermittlerverfahrens von CHF 540.00."

Erwägungen:

1. Prozessverlauf

Der Kläger reichte die Klage samt Beilagen am 20. Februar 2020 (Datum Poststempel) hierorts ein (act. 1 und act. 3/2-13). Den ihm mit Verfügung vom 24. Februar 2020 auferlegten Gerichtskostenvorschuss leistete er fristgerecht und reichte auch die geforderte aktuelle Vollmacht innert Frist ein (act. 4 und act. 6-8). Mit nämlicher Verfügung wurde der Beklagten Frist zur Erstattung der Klageantwort angesetzt. Die Verfügung ging der Beklagten am 27. Februar 2020 zu (act. 5/2). Nachdem sich die Beklagte innert Frist nicht vernehmen liess, wurde ihr mit Verfügung vom 24. April 2020 Nachfrist bis zum 18. Mai 2020 zur Erstattung der Klageantwort angesetzt (act. 9). Die Beklagte wurde darauf hingewiesen, dass das hiesige Gericht bei erneuter Säumnis entweder einen Endentscheid treffen werde, sofern die Angelegenheit spruchreif sei, oder zur Hauptverhandlung vorgeladen werde. Auch diese Verfügung konnte der Beklagten zugestellt werden (act. 10/2). Sie blieb auch innert Nachfrist säumig.

Das Verfahren erweist sich als spruchreif, weshalb ein Urteil zu ergehen hat (Art. 223 Abs. 2 i.V.m. Art. 236 Abs. 1 ZPO). Dabei ist androhungsgemäss allein gestützt auf die klägerischen Vorbringen zu entscheiden (Art. 147 ZPO; act. 9).

2. Prozessvoraussetzungen

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist gegeben (Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG). Auch die übrigen Prozessvoraussetzungen nach Art. 59 Abs. 2 ZPO sind unbestrittenermassen erfüllt. Auf die Klage ist einzutreten.

3. Unbestrittener Sachverhalt

Nach unbestritten gebliebenem Sachverhalt, hat sich die Beklagte beim Kläger am 23. Juni 2019 nach einer Klimaanlage erkundigt, woraufhin der Kläger der Beklagten eine Offerte für zwei Gerätetypen übermittelte. Anschliessend hat die Beklagte die Bestellung von 100 Stück Fresco 20 mündlich auf 160 Stück (zehn Paletten à 16 Geräten) Fresco 70 erhöht. Diese Erhöhung haben die Parteien sodann per Whatsapp festgehalten (act. 1 S. 2 f. Rz. 1 und act. 3/3-5). Bereits am 25. Juni 2019 wurden die Klimageräte durch die Spedition C._____ Transport AG (Chauffeur D._____) an die von der Beklagten gewünschte Lieferadresse E._____ Transport AG in F._____ geliefert, und deren Empfang ist namens der Beklagten bestätigt (act. 1 S. 2 Rz. 2 und act. 3/6). Mit Einschreiben vom 16. August 2019 hat der Kläger die Beklagte gemahnt und sie aufgefordert, die Zahlung in WIR innerhalb von sieben Tagen (vorliegend bis zum 29. August 2019) zu bezahlen, ansonsten der gesamte Betrag in Schweizer Franken (bar) fällig werde (act. 1 S. 3 f. Rz. 3 und act. 3/7).

Nach diversen Vertröstungen und Hinhalten durch die Beklagte stellte der Kläger schliesslich ein Betreibungsbegehren beim Betreibungsamt Zürich ..., worauf die Beklagte am 16. Oktober 2019 Rechtsvorschlag erhob (act. 1 S. 3 f. Rz. 3 und act. 3/10-11). Am 22. Oktober 2019 stellte der Kläger sodann ein Schlichtungsgesuch beim Friedensrichteramt Kreis ... der Stadt Zürich. Nachdem die Beklagte nicht zur Schlichtungsverhandlung vom 25. November 2019 erschienen ist, wurde dem Kläger am 26. November 2019 die Klagebewilligung erteilt (act. 1 S. 4 Rz. 4 und act. 3/2).

Der Kläger fordert von der Beklagten nun den Betrag von CHF 44'507.65 (für die 160 gelieferten Klimageräte), CHF 20.– Mahngebühr und CHF 100.– Umtriebs-

entschädigung (beides gestützt auf die AGB) sowie CHF 103.30 Betriebskosten. Die Beklagte hat diese Forderungen des Klägers bis heute nicht beglichen.

4. Würdigung

4.1. *Kaufpreis*

Zunächst fordert der Kläger von der Beklagten den Kaufpreis von CHF 44'507.65 für die 160 gelieferten Klimageräte (act. 1 Rechtsbegehren 1).

Durch den (Fahrris-)Kaufvertrag verpflichtet sich der Verkäufer, dem Käufer den Kaufgegenstand zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen, und der Käufer, dem Verkäufer den Kaufpreis zu bezahlen. Sofern nicht Vereinbarung oder Übung entgegenstehen, sind Verkäufer und Käufer verpflichtet, ihre Leistungen gleichzeitig – Zug um Zug – zu erfüllen (Art. 184 Abs. 1 und 2 OR, Art. 82 OR, Art. 187 Abs. 1 OR).

Gemäss unbestritten gebliebener Darstellung des Klägers haben die Parteien einen Kaufvertrag über 160 Klimageräte (Typ Fusco 70) geschlossen und hierfür einen Kaufpreis von CHF 44'507.65 vereinbart. Dies ergibt sich denn auch aus den von ihm eingereichten Urkunden (act. 3/3-5). Nachdem der Kläger – gemäss seinem unbestrittenen Vorbringen – den Kaufgegenstand geliefert hat und der Empfang desselben namens der Beklagten bestätigt wurde (act. 3/6), wäre die Beklagte als Käuferin Zug um Zug zur Zahlung des Kaufpreises (CHF 44'507.65) verpflichtet gewesen. Dieser Pflicht ist sie bis heute nicht nachgekommen (act. 3/8-9). Die Kaufpreisforderung in der Höhe von CHF 44'507.65 ist ausgewiesen und dieser Betrag dem Kläger entsprechend zuzusprechen.

4.2. *Verzugszins*

Der Kläger fordert auf diesem Betrag sodann einen Verzugszins zu 5 % seit dem 4. Juli 2019 (act. 1 Rechtsbegehren 1). Diesbezüglich gilt was folgt:

Ein Verzugszins kann gefordert werden, wenn der Schuldner mit der Zahlung einer fälligen Geldleistung in Verzug ist, wobei ein Zins von 5 % für das Jahr zu bezahlen ist (Art. 104 Abs. 1 OR). Ist eine Verbindlichkeit fällig, so wird der Schuld-

ner durch Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt (Art. 102 Abs. 1 OR). Bei einer Mahnung handelt es sich um eine unmissverständliche, an den Schuldner gerichtete Erklärung des Gläubigers, mit der die unverzügliche Erfüllung verlangt wird (KUKO OR-THIER, Art. 102 N 4). Nicht als Mahnung gilt dagegen die blosser Rechnungsstellung. Wurde für die Erfüllung ein bestimmter Verfalltag verabredet, kommt der Schuldner schon mit Ablauf dieses Tages in Verzug (Art. 102 Abs. 2 OR). Ein Verfalltag wird verabredet, indem genau festgelegt wird, an oder bis zu welchem Tag die geschuldete Leistung zu erbringen ist (BSK OR I-LÜCHINGER/WIEGAND, Art. 102 N 9a f.).

Der Kläger begründet den Verzugszins in seiner Klageschrift nicht explizit. Er beruft sich lediglich indirekt einerseits auf eine Rechnung vom 24. Juni 2019, die ein Zahlungsziel (10 Tagen netto) nenne (act. 3/4), und andererseits auf ein Mahnschreiben vom 16. August 2019, welches die Beklagte am 22. August 2020 (recte: 2020) entgegengenommen habe (act. 3/7). Mit der Rechnung vom 24. Juni 2019 hat der Kläger die Beklagte nicht in Verzug gesetzt, weil eine blosser Rechnungsstellung wie erwähnt grundsätzlich keine Mahnung und die Nennung eines Zahlungsziels kein Verfalltag darstellt, dies umso mehr, als die vorliegende Rechnung von einem Datum vor der Übergabe des Kaufgegenstandes datiert und der Beginn des zehntätigen Zahlungsziels somit undefiniert ist. Im angeblichen Mahnschreiben vom 22. August 2020 weist der Kläger die Beklagte darauf hin, dass die Buchhaltung festgestellt habe, dass der Betrag von Fr. 44'507.65 auf ihrem Konto verfallen und sofort zur Zahlung *fällig* sei. Zudem findet sich auf dem Schreiben folgende Bemerkung: "WIR zahlbar innert 7 Tagen, danach in Bar fällig!". Damit ist im besagten Schreiben lediglich von der Fälligkeit des Kaufpreises die Rede, eine unmissverständliche Inverzugsetzung, die eine Verzugszinspflicht auslöste, fehlt hingegen.

Als Mahnung i.S.v. Art. 102 OR gilt jedoch die Zustellung eines Zahlungsbefehls (BSK OR I-LÜCHINGER/WIEGAND, Art. 102 N 9). Der Zahlungsbefehl des Betreibungsamtes Zürich ... vom 7. Oktober 2019 wurde der Beklagten am 9. Oktober 2019 zugestellt (act. 3/11). Per diesem Datum wurde die Beklagte in Verzug gesetzt. Demzufolge ist der vom Kläger geforderte Verzugszins zu 5 % auf dem Be-

trag von CHF 44'507.65 ab dem 9. Oktober 2019 ausgewiesen. Im Mehrumfang ist das Begehren abzuweisen.

4.3. *Mahngebühr und Umtriebsentschädigung*

Der Kläger fordert weiter eine Mahngebühr von CHF 20.– sowie eine Umtriebsentschädigung von CHF 100.– (act. 1 Rechtsbegehren 1). Die beiden Forderungen stützen sich angeblich auf die AGB des Klägers (act. 1 Rechtsbegehren 1 und S. 5 Rz. 5).

Auch wenn die Vorbringen des Klägers vorliegend grundsätzlich als unbestritten gelten, hat er auch im Anwendungsbereich von Art. 223 Abs. 2 ZPO die erforderlichen Tatsachenbehauptungen aufzustellen und den Klagegrund substantiiert vorzutragen, denn nur in diesem Fall ist zugunsten des Klägers nach dem Klagebegehren zu erkennen. Ist die Klage demgegenüber nicht schlüssig, also bereits nach den Vorbringen des Klägers nicht begründet, ist die Klage trotz Säumnis der Beklagten abzuweisen. Der klagenden Partei ist es damit bei Ausbleiben der Klageantwort grundsätzlich versagt, in einer zweiten Rechtsschrift bzw. an einer Instruktions- oder Hauptverhandlung neue Tatsachen und Beweismittel vorzutragen (DIKE-Komm. ZPO-PAHUD, Art. 223 N 3, ZK ZPO-LEUENBERGER, Art. 223 N 6).

Der Kläger unterlässt es, auszuführen, ob und wie die AGB von der Beklagten rechtsgültig übernommen wurden. Weiter gibt der Kläger vorliegend weder den Wortlaut der angerufenen Klausel(n) in den angeblich vereinbarten AGB wieder, noch begründet er anderweitig, weshalb die Mahngebühren und die Umtriebsentschädigung geschuldet sein sollen und wie sich deren jeweilige Höhe zusammensetzt. Auch offeriert er hierzu keine Beweise und reicht insbesondere die betreffenden AGB nicht ins Recht. Nach dem Gesagten ermöglicht es die zwar unbestritten gebliebene Sachdarstellung des Klägers nicht, daraus einen schlüssigen Tatsachenvortrag abzuleiten, welcher die Mahngebühr und die Umtriebsentschädigung rechtfertigen würde. Entsprechend ist die Klage hinsichtlich dieser beider Positionen abzuweisen.

4.4. *Kosten des Zahlungsbefehls*

Der Kläger verlangt schliesslich, die Beklagte habe ihn für die Kosten des Zahlungsbefehls, mithin Betreuungskosten, in der Höhe von CHF 103.30 schadlos zu halten (act. 1 Rechtsbegehren 1 und S. 5 Rz. 5).

Der Kläger als Gläubiger hat bei (mindestens teilweise) erfolgreicher Betreuung – wie vorliegend – von Gesetzes wegen einen Anspruch auf Ersatz der Betreuungskosten. Sie ist deshalb berechtigt, von den Zahlungen der Beklagten als Schuldnerin in der Zwangsvollstreckung die Betreuungskosten vorab zu erheben (Art. 68 Abs. 2 SchKG). Die Betreuungskosten werden im Ergebnis zur Schuld geschlagen und sind von der Schuldnerin zusätzlich zum Betrag, welcher der Gläubigerin zugesprochen worden ist, zu bezahlen (BGer, Urteil 5A_455/2012 vom 5. Dezember 2012, E. 3.). Zur Durchsetzung der Kostenersatzpflicht erweist sich die Beseitigung des Rechtsvorschlages als überflüssig (BGE 144 III 360 E. 3.6.2 S. 367 m.H.; s. schon BGer, K 144/03, Urteil vom 18. Juni 2004, E. 4.1; OGer ZH, Urteil RT160007-O vom 16. März 2016, E. 5.c/bb; BSK SchKG I-Emmel, 2. Aufl., Basel 2010, Art. 68 N 16 m.H.). Erst recht bedarf es für den Ersatz der Betreuungskosten keiner Verpflichtung der Beklagten im vorliegenden Urteil, weshalb es dem Kläger diesbezüglich bereits an einem Rechtsschutzinteresse fehlt. Auf die Klage ist insoweit nicht einzutreten.

4.5. *Zwischenfazit*

Zusammengefasst ist die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger CHF 44'507.65 nebst Zins zu 5 % seit 9. Oktober 2019 zu bezahlen. Bezüglich des beantragten Ersatzes der Betreuungskosten von CHF 103.30 ist auf die Klage nicht einzutreten. Im Mehrbetrag (Zinsbetreffnis vor dem 9. Oktober 2019 auf dem Betrag von CHF 44'507.65, CHF 20.– Mahngebühr und CHF 100.– Umtriebsentschädigung) ist Klagebegehren Ziffer 1 abzuweisen.

4.6. *Beseitigung des Rechtsvorschlages*

Wird die in Betreuung gesetzte Forderung ganz oder teilweise zugesprochen, erfolgt die Beseitigung des Rechtsvorschlages in diesem Umfang. Die Forderung

muss als notwendige Voraussetzung identisch sein mit derjenigen, die in Betreuung gesetzt wurde (BSK SchKG I-STAEHELIN, Art. 79 N 10a und N 35). Aus den unbestrittenen Vorbringen des Klägers, den eingereichten Unterlagen (act. 3/2-13) sowie dem Rechtsbegehren ergibt sich ohne Weiteres, dass die eingeklagten Forderungen mit den in Betreuung gesetzten Forderungen gemäss Zahlungsbefehl vom 7. Oktober 2019 übereinstimmen. Im Weiteren sind auch Gläubiger und Schuldnerin mit den Parteien im vorliegenden Verfahren identisch. Demzufolge ist der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Zürich ... (Zahlungsbefehl vom 7. Oktober 2019) im Umfang der Klageguttheissung, entsprechend CHF 44'507.65 nebst Zins zu 5 % seit 9. Oktober 2019, zu beseitigen.

Im Mehrumfang (Zinsbetreffnis vor dem 9. Oktober 2019 auf dem Betrag von CHF 44'507.65, CHF 20.– Mahngebühr und CHF 100.– Umtriebsentschädigung), ist das Begehren um Beseitigung des Rechtsvorschlags abzuweisen. Wie erwähnt kann für die Betreuungskosten aufgrund von Art. 68 Abs. 2 SchKG keine Rechtsöffnung erteilt werden (Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG160250-O vom 19. Dezember 2016 E. 4).

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Da der Kläger nur in unwesentlichem Umfang unterliegt, wird die Beklagte vollumfänglich kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Streitwert beträgt CHF 44'627.65, woraus eine ordentliche Gerichtsgebühr von CHF 5'100.– resultiert (§ 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 8 Abs. 1 GebV OG). Aufgrund der vorliegenden Verfahrenserledigung ist sie auf CHF 3'800.– zu reduzieren (§ 10 Abs. 1 GebV OG). Die Gerichtsgebühr ist vorab aus dem klägerischen Vorschuss zu beziehen. Für die der Beklagten auferlegte Gerichtsgebühr ist dem Kläger das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen (Art. 111 Abs. 1 und 2 ZPO).

Der Kläger verlangt von der Beklagten weiter die Bezahlung der Kosten des Schlichtungsverfahrens von CHF 540.– (act. 1 Rechtsbegehren 3). Wird die Klagebewilligung erteilt und reicht der Kläger 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 grundsätzlich zur Hauptsache ge-

schlagen (Art. 207 Abs. 2 ZPO) und zusammen mit den Prozesskosten verteilt (ZK ZPO-HONEGGER, Art. 207 N 5). Unnötige Prozesskosten hat aber zu bezahlen, wer sie verursacht hat (Art. 108 ZPO). Da für die vorliegende Klage das Schlichtungsverfahren nicht notwendig (vgl. Art. 198 lit. f ZPO) und damit unnötig war, sind die dadurch entstandenen Kosten in der Höhe von CHF 540.– nicht zur Hauptsache zu schlagen, sondern definitiv vom Kläger zu bezahlen.

In Anwendung von § 4 Abs. 1 und § 11 Abs. 1 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV) ist die Beklagte schliesslich zu verpflichten, dem Kläger eine Parteientschädigung von CHF 4'800.– zu bezahlen. Mangels Antrags ist keine Mehrwertsteuer geschuldet.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger CHF 44'507.65 nebst Zins zu 5 % seit 9. Oktober 2019 zu bezahlen.

Im Mehrbetrag wird das Begehren abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.

2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Zürich ... (Zahlungsbefehl vom 7. Oktober 2019) wird im Umfang von CHF 44'507.65 nebst Zins zu 5 % seit 9. Oktober 2019 beseitigt.

Im Mehrbetrag wird Begehren abgewiesen.

3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 3'800.–.
4. Die Kosten gemäss Dispositiv-Ziffer 3 werden der Beklagten auferlegt und vorab aus dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Für die der Beklagten auferlegten Kosten wird dem Kläger das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Parteientschädigung von CHF 4'800.– zu bezahlen.

6. Die Kosten des Schlichtungsverfahrens beim Friedensrichteramt Kreis ... der Stadt Zürich (Verfahren GV.2019.00522; Klagebewilligung vom 26. November 2019) in der Höhe von CHF 540.– werden nicht zur Hauptsache geschlagen, sondern sind definitiv vom Kläger zu tragen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger im Doppel für sich und zuhanden des Betreibungsamt Zürich
8. 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 44'627.65.

Zürich, 2. Juni 2020

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vizepräsidentin:

Gerichtsschreiberin:

Dr. Claudia Bühler

Nadja Kiener