



Mitwirkend: Obergerichter Roland Schmid, Vizepräsident, und Ersatzoberrichter Benedikt Hoffmann, die Handelsrichterinnen Dr. Petra Ginter, die Handelsrichter Dr. Andreas Muheim und Bruno Rüegg sowie die Gerichtsschreiberin Dr. Melanie Gottini

**Urteil vom 12. April 2023**

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG,**  
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt PD Dr. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

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

betreffend **Forderung**

### **Rechtsbegehren:**

(act. 1)

- " 1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 73'059.80 zzgl. 5 % Zins seit 28. November 2020 zu bezahlen;  
eventuell sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHW 67'100.00 (WIR) zzgl. 5 % Zins seit 28. November 2020 und CHF 5'959.80 zzgl. 5 % Zins seit 28. November 2020 zu bezahlen;
2. der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes E.\_\_\_\_\_, Zahlungsbefehl vom 30. Oktober 2019, sei aufzuheben;  
eventuell sei der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes E.\_\_\_\_\_, Zahlungsbefehl vom 30. Oktober 2019, im Umfang von CHF 5'959.80 zzgl. 5 % Zins seit 28. November 2020 und CHF 103.30 (Betreibungskosten) aufzuheben;  
unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

### **Sachverhalt und Verfahren**

#### A. Sachverhaltsübersicht

##### a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in C.\_\_\_\_\_. Sie bezweckt unter anderem den Handel mit Baustoffen und Baumaterialien. Ihr Verwaltungsratspräsident ist D.\_\_\_\_\_ (act. 1 Rz. 2 und 5.2, act. 3/1). Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in E.\_\_\_\_\_ und bezweckt (unter anderem) den Handel mit Waren aller Art. Ihr Verwaltungsratspräsident ist F.\_\_\_\_\_ (act. 1 Rz. 3, act. 3/2).

##### b. Prozessgegenstand

Die Klägerin behauptet, mit der Beklagten einen Kaufvertrag betreffend Abdeckvlies im Wert von CHF 52'272.– und Wein im Wert von CHF 25'128.– (je zuzüglich Mehrwertsteuer) geschlossen zu haben, wobei die Bezahlung des Warenwerts in WIR-Geld und Bezahlung der Mehrwertsteuer in Schweizer Franken vorgesehen gewesen sei. Trotz Bezahlung der entsprechenden Rechnungen habe die Beklagte die Waren nicht geliefert, weshalb die Klägerin vom Vertrag zurückgetreten sei. Mit der vorliegenden Klage verlangt sie die Rückerstattung des

Kaufpreises (act. 1 S. 2). Die Beklagte bestreitet ein Vertragsverhältnis. Die Klägerin habe weder Abdeckvlies noch Wein bei ihr bestellt (act. 25 S. 8 f.). Vertragspartnerin der Klägerin sei vielmehr die G.\_\_\_\_\_ AG (act. 25 S. 8). Überdies seien die Waren grösstenteils geliefert worden (act. 25 S. 9 ff.).

#### B. Prozessverlauf

Am 4. März 2021 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin die Klage mit vorstehendem Rechtsbegehren ein (act. 1). Mit Verfügung vom 5. März 2021 wurde die Klage der Beklagten zugestellt und der Klägerin wurde Frist zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses angesetzt (act. 5). Mit Eingabe vom 15. März 2021 wies die Beklagte darauf hin, dass sie nicht anwaltlich vertreten sei bzw. entsprechende Vollmachten widerrufen habe (act. 7). Nachdem die Klägerin den Gerichtskostenvorschuss rechtzeitig geleistet hatte, wurde der Beklagten Frist zur Beantwortung der Klage angesetzt (act. 13). Mit Eingabe vom 16. April 2021 (Datum Poststempel) stellte die Beklagte einen Antrag auf Sicherstellung der Parteientschädigung (act. 15). Mit Verfügung vom 19. April 2021 wurde der Klägerin Frist zur Stellungnahme zu diesem Antrag angesetzt (act. 17). Die entsprechende Stellungnahme datiert vom 28. April 2021. Die Klägerin bestritt das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Sicherstellung, leistete die beantragte Sicherheit jedoch freiwillig (act. 19). Mit Verfügung vom 30. April 2021 wurde die Sicherstellung vorgemerkt und der Antrag der Beklagten wurde als gegenstandslos geworden abgeschrieben (act. 22). Mit Eingabe vom 10. Juni 2021 beantwortete die Beklagte die Klage (act. 25). Am 17. August 2021 reichte sie weitere Beweismittel ein (act. 30). Am 27. Oktober 2021 fand eine Vergleichsverhandlung statt, welche zu keiner Einigung führte (Prot. S. 11 f.). Es wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet (act. 33). Die Replik datiert vom 18. Januar 2022 (act. 35); die Duplik vom 23. März 2022 (act. 39). Die Duplik veranlasste die Klägerin zu einer Noveneingabe mit Datum vom 8. April 2022 (act. 43). Am 17. August 2021 reichte die Beklagte weitere Beweismittel ein (act. 45). Die Klägerin äusserte sich mit Eingabe vom 13. September 2022 kurz zu diesen Beweismitteln (act. 48). Mit Verfügung vom 6. März 2023 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zu erklären, ob auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichtet werde (act. 51). Beide Parteien

haben auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichtet (act. 53 f.). Der Prozess ist spruchreif (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

## **Erwägungen**

### 1. Formelles

#### 1.1. Zuständigkeit

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts wird nicht bestritten und ist gegeben (act. 1 Rz. 4 ff.; Art. 17 ZPO; Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG). Die übrigen Prozessvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt, weshalb auf die Klage einzutreten ist (Art. 59 Abs. 1 und 2 ZPO).

#### 1.2. Noven

Beide Parteien haben nach Abschluss des Schriftenwechsels neue Eingaben eingereicht (act. 43, 45 und 48). Im Rahmen des von Bundesgericht und Handelsgericht in ständiger Rechtsprechung anerkannten Replikrechts sind solche Eingaben zulässig (BGE 138 I 484 E. 2.1). Nach dem zweiten Schriftenwechsel bestehen jedoch Novenrechtsschranken. Neue Tatsachen und Beweismittel können danach nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO in den Prozess eingebracht werden. Die Zulässigkeit allfälliger neuer Vorbringen wird an gegebener Stelle näher erörtert, sofern die entsprechenden Äusserungen für das vorliegende Verfahren von Relevanz sind.

#### 1.3. Parteifähigkeit

1.3.1. Die Beklagte macht geltend, bei der Klägerin handle es sich um eine leere Mantelgesellschaft und damit eine Gesellschaft, welche bereits tatsächlich aufgelöst, vollständig liquidiert und von den Beteiligten aufgegeben worden sei. Eine solche Gesellschaft müsse auch im Handelsregister gelöscht werden. Die Unterlassung der Löschung stelle einen Rechtsmissbrauch dar (act. 25 S. 2 ff.). Die Beklagte konkretisiert nicht, was sie aus diesen Behauptungen für das vorliegen-

de Verfahren ableitet. Es ist davon auszugehen, dass sie damit der Klägerin die Parteifähigkeit absprechen möchte.

1.3.2. Die Klägerin erachtet die Ausführungen der Beklagten als irrelevant und bestreitet, dass sie eine zahlungsunfähige, überschuldete und leere Mantelgesellschaft sei (act. 35 Rz. 35).

1.3.3. Eine Mantelgesellschaft bzw. ein Aktienmantel liegt vor, wenn die Geschäftstätigkeit der Mantelgesellschaft dauerhaft eingestellt wurde; eine vorübergehende Untätigkeit der Gesellschaft genügt nicht (MÜLLER/MALIK/ODERMATT, Mantelhandel aus zivil-, straf- und beurkundungsrechtlicher Perspektive, REPRAX 3/2021, S. 208). Der Handel mit Mantelgesellschaften wird sowohl in der herrschenden Lehre als auch in der Rechtsprechung als nichtiges Rechtsgeschäft betrachtet. Die Betrachtung des Mantelhandels als nichtiges Rechtsgeschäft bedeutet jedoch nicht, dass eine Mantelgesellschaft als juristische Person nichtig ist (MÜLLER/MALIK/ODERMATT, a.a.O., S. 210).

1.3.4. Um einen Mantelhandel geht es beim vorliegenden Sachverhalt offenkundig nicht. Selbst wenn es sich bei der Klägerin um einen Mantelgesellschaft handeln würde, würde dies nach dem Gesagten nicht zur Nichtigkeit der Klägerin als juristische Person führen. Überdies beruft sich die Beklagte zum Nachweis ihrer Behauptungen lediglich auf den Handelsregisterauszug der Klägerin (act. 26/4) und einen Auszug aus dem Betreibungsregister vom 15. März 2021 (act. 26/5). Diese Beweismittel genügen nicht, um nachzuweisen, dass die Klägerin ihre Geschäftstätigkeit dauerhaft eingestellt hat. Es sind somit keine Umstände ersichtlich, welche gegen die Parteifähigkeit der Klägerin sprechen würden.

## 2. Vertraglicher Rückerstattungsanspruch

### 2.1. Zustandekommen, Inhalt und Qualifikation des Vertrags

#### 2.1.1. Unbestrittener Sachverhalt

Es ist unbestritten, dass die Beklagte der Klägerin mit Datum vom 26. Juli 2019 zwei Rechnungen stellte (act. 3/4 und 3/5). Mit Rechnung Nr. 1 wurden CHF 52'272.– zzgl. Mehrwertsteuer für 1584 Rollen Abdeckvlies und mit Rechnung Nr. 2 wurden CHF 25'128.– zzgl. Mehrwertsteuer für 186 Flaschen Wein in Rechnung gestellt. Beide Rechnungen enthalten den Vermerk, dass der Warenwert zu 100 % in WIR (nachfolgend CHW) und die Mehrwertsteuer in Schweizer Franken (nachfolgend CHF) zu leisten ist (act. 1 Rz 6 ff., act. 25 S. 9). Die Rechnungen wurden bezahlt (act. 1 Rz. 7, act. 25 S. 9).

### 2.1.2. Standpunkte

2.1.2.1. Die Klägerin behauptet, sie habe im Juli 2019 bei der Beklagten 1584 Rollen Abdeckvlies und 186 Flaschen Wein für CHF 52'272.– bzw. CHF 25'128.– zuzüglich Mehrwertsteuer bestellt, zahlbar in WIR-Geld (act. 1 Rz. 6 ff.). In der Replik konkretisiert sie, dass sie Abdeckvlies mit folgenden Eigenschaften bestellt habe: Weiss BASIC, 100 cm breit und 50 m lang; Gewicht: 180g/m<sup>2</sup> (act. 35 Rz. 8.1). Die Weinbestellung habe folgende Positionen umfasst:

- 24 Flaschen Masseto, Jahrgang 2013
- 18 Flaschen Vega Sicilia Valbuena 5, Jahrgang 2014
- 18 Flaschen Alto PS, Jahrgang 2015
- 18 Flaschen Flor de Pingus, Jahrgang 2015
- 18 Flaschen Biserno, Jahrgang 2014
- 18 Flaschen Monteverro IGT, Jahrgang 2014
- 18 Flaschen Le Serre Nuove, Jahrgang 2015
- 18 Flaschen Ornellaia, Jahrgang 2015
- 18 Flaschen Regina Vides, Jahrgang 2016
- 18 Flaschen Tiganello, Jahrgang 2014

Nach Eingang der Bestellung habe die Beklagte die zwei vom 26. Juli 2019 datierenden Rechnungen gestellt (act. 35 Rz. 7). Indem die Beklagte diese Rechnungen gestellt habe, habe sie nach Treu und Glauben bekundet, einen Vertrag mit der Klägerin schliessen und die Waren liefern zu wollen (act. 35 Rz. 11, act. 2/4 und 2/5). Das Stellen der Rechnungen stelle die Annahme der Bestellung, eventualiter das Angebot dar. Ginge man von Letzterem aus, würde die Bezahlung

durch die Klägerin die Annahme bedeuten (act. 35 Rz. 10). Der Kaufvertrag zwischen den Parteien sei von H.\_\_\_\_\_ von der G.\_\_\_\_\_ AG, welchen die Klägerin aus früheren Geschäften gekannt habe, vermittelt worden (act. 35 Rz. 17). Zudem habe die G.\_\_\_\_\_ AG als Spediteurin der Lieferung fungiert (act. 35 Rz. 19).

2.1.2.2. Die Beklagte bestreitet, dass die Klägerin Abdeckvlies und Wein bei ihr bestellt habe (act. 25 S. 8). Die auf den Rechnungen aufgeführten Bestellungen seien vielmehr direkt bei der G.\_\_\_\_\_ AG bzw. H.\_\_\_\_\_ gemacht worden (act. 39 S. 4). Dass trotzdem die Beklagte die vertraglichen Leistungen in Rechnung stellte, erklärt sie damit, dass sie von der G.\_\_\_\_\_ AG mit dem WIR/CHF-Wechsel beauftragt worden sei: Sie habe die beiden Rechnungen im Auftrag von H.\_\_\_\_\_ erstellt, wobei Artikel, Menge, Text, Spezifikationen, Konditionen und Artikelpreise von Letzterem vorgegeben worden seien (act. 25 S. 8 f., 31 S. 3). Die Zahlungen in Schweizerfranken an die G.\_\_\_\_\_ AG seien vertragsgemäss ausgeführt worden (act. 25 S. 9).

### 2.1.3. Rechtliche Grundlagen

Durch den Kaufvertrag verpflichten 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 (Art. 184 Abs. 1 OR).

Zum Abschluss eines Vertrages ist die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich. Sie kann ausdrücklich oder stillschweigend sein (Art. 1 OR). Grundsätzlich gilt ein Vertrag als geschlossen, wenn sich die Parteien über die objektiv wesentlichen Elemente des Geschäfts geeinigt haben. Art. 1 Abs. 2 OR präzisiert, dass die Willensäusserung auch eine stillschweigende sein kann: Einer expliziten Willensäusserung gleichgestellt sind die von einer Person zu vertretenden äusseren Umstände, die es erlauben, in guten Treuen auf deren Willen zu schliessen (ZELLWEGER-GUTKNECHT, BSK OR I, 7. Aufl., N17 zu Art. 1). Gemäss Art. 8 ZGB ist das Vorliegen eines Vertrages von derjenigen Person zu beweisen, die daraus Rechte ableitet.

Bei der Beurteilung eines Vertrages sowohl nach Form als nach Inhalt ist der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten, die von den Parteien aus Irrtum oder in der Absicht gebraucht wird, die wahre Beschaffenheit des Vertrages zu verbergen (Art. 18 Abs. 1 OR).

Ein simuliertes Geschäft liegt vor, wenn beide Parteien darüber einig sind, dass die gegenseitigen Erklärungen nicht ihrem Willen entsprechende Rechtswirkungen haben sollen, weil sie entweder ein Vertragsverhältnis vortäuschen oder mit dem Scheingeschäft einen wirklich beabsichtigten Vertrag verdecken wollen (WIEGAND, BSK OR I, 7. Aufl., N 50 zu Art. 18). Die Parteien müssen sich einig sein, dass die tatsächlich abgegebenen rechtsgeschäftlichen Erklärungen nur zum Schein abgegeben werden. Das ausdrückliche oder stillschweigende Einverständnis über den Scheincharakter der abgegebenen Erklärung nennt man Simulationsabrede (WIEGAND, BSK OR I, a.a.O., N 51 zu Art. 18). Bei der sog. Parteisimulation wird das Geschäft zum Schein mit einer in Wahrheit nicht gewollten Partei abgeschlossen. Liegen bei der verdeckten Partei die sonstigen Vertragsvoraussetzungen vor, so ist das dissimulierte Geschäft mit dieser Partei wirksam (WIEGAND, BSK OR I, a.a.O., N 52 zu Art. 18). Die Beweislast für die Simulationsabrede trägt derjenige, der sich auf die Simulation (und damit den wirklichen Willen der Parteien) beruft. Mit diesem Beweis ist es streng zu nehmen (JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK OR, 4. Aufl., N 151 zu Art. 18; BGE 112 II 337 E. 4a).

#### 2.1.4. Würdigung

Da die Klägerin einen Vertragsschluss, namentlich den Abschluss eines Kaufvertrags mit der Beklagten behauptet, hat sie die tatsächlichen Umstände, aus welchen sie den Vertragsschluss ableitet, darzulegen und zu beweisen. Die Klägerin stützt sich in erster Linie auf die beiden Rechnungen Nr. 1 und Nr. 2 (act. 3/4 und 3/5). Beide Rechnungen tragen den Briefkopf der Beklagten, sind an die Klägerin adressiert und enthalten die Formulierung "Gemäss Ihrem Auftrag stellen wir Ihnen wie folgt in Rechnung:". In der Rechnung Nr. 1 wird darunter aufgeführt:

"Abdeckvlies - weiss BASIC



Dimension Breite 100cm, Länge 50m  
Gewicht 180g/m<sup>2</sup>  
(2 LKW x 33 Paletten je 24 Rollen)

Lieferung            Frei Haus 2 LKW  
Liefertermin       Nach Vereinbarung  
Versand            Per Spedition (Lieferung durch G.\_\_\_\_\_ AG)  
Konditionen       100 % WIR auf gesamt Netto Warenwert  
                      Zuzüglich MwSt. in CHF"

Der Rechnungsbetrag lautet CHF 52'272.– zzgl. Mehrwertsteuer von CHF 4'024.95, wobei festgehalten wird "WIR-Anteil: 100.00 % 52'272.00, Barbetrag CHF 4'024.95" (act. 3/4).

In der Rechnung Nr. 2 wird unter den Positionen 1 bis 10 folgendes aufgeführt:

" 1	Masseto - 2013	24 Flaschen
2	Vega Sicila Valbuena 5 - 2014	18 Flaschen
3	Alto PS - 2015	18 Flaschen
4	Flor de Pingus - 2015	18 Flaschen
5	Biserno - 2014	18 Flaschen
6	Monteverro IGT - 2014	18 Flaschen
7	Le Serre Nuove - 2015	18 Flaschen
8	Ornellaia - 2015	18 Flaschen
9	Regina Vides - 2016	18 Flaschen
10	Tiganello - 2014	18 Flaschen"

Der Rechnungsbetrag lautet CHF 25'128.00 zzgl. Mehrwertsteuer von CHF 1'934.85, wobei auch hier festgehalten wird "WIR-Anteil: 100.00 % 25'128.00, Barbetrag CHF 1'934.85" (act. 3/5).

Die Rechnungen betreffen offenkundig Kaufverträge über Abdeckvlies und Wein. Sie decken sich mit dem von der Klägerin behaupteten Bestellungsumfang, dem behaupteten Kaufpreis und den Zahlungsbedingungen (WIR-Zahlung). Sie stellen Erklärungen im Rechtssinne dar, deren Wortlaut keinen Spielraum zulässt in Bezug auf die Fragen zwischen wem, worüber und zu welchen Konditionen der Kaufvertrag zustande gekommen ist. Die Rechnung wurde von der Beklagten erstellt, ist mit deren Briefkopf versehen und an die Klägerin adressiert. Insbesondere die Formulierung "Gemäss Ihrem Auftrag stellen wir Ihnen wie folgt in Rechnung:" impliziert einerseits, dass eine entsprechende Bestellung vorgängig getätigt wurde.

Andererseits weist die Formulierung darauf hin, dass die Beklagte Vertragspartei ist. Nichts in den Rechnungen deutet darauf hin, dass die Beklagte diese Rechnung für einen Dritten handelnd und ohne eigenen Bindungswillen gestellt hat. Die G.\_\_\_\_\_ AG wird in der Rechnung Nr. 1 als Spediteurin und nicht etwa als Verkäuferin aufgeführt, was der Darstellung der Klägerin entspricht. Unter diesen Umständen darf eine vernünftig handelnde Partei in einer solchen Rechnung nach Treu und Glauben die Annahme ihrer Bestellung verstehen und darauf schliessen, dass die rechnungsstellende Person auch Vertragspartei ist. Dennoch bestreitet die Beklagte einen Vertragsschluss mit der Klägerin. Sie entgegnet diesbezüglich zunächst, der Satz "Gemäss Ihrem Auftrag stellen wir Ihnen wie folgt in Rechnung:" könne systembedingt nicht aus der Rechnung entfernt werden (act. 31 S. 6). Die Beklagte macht damit geltend, es sei ihr systembedingt nicht möglich, eine den Tatsachen entsprechende Rechnung auszustellen, was für ein geschäftsveriertes Unternehmen nicht nachvollzogen werden kann. Auch ohne diesen Satz wäre die Beklagte jedoch nach Treu und Glauben auf ihrer mit den Rechnungen zum Ausdruck gebrachten Erklärungen zu behaften. Eine rechtlich vertretbare Begründung, weshalb die Beklagte eine Rechnung für eine Bestellung stellen sollte, welche bei einem Dritten, getätigt wurde und bezüglich welcher sie überhaupt nicht verpflichtet sein will, bringt die Beklagte nicht vor. Vielmehr begründet sie ihren Standpunkt wie folgt:

"Wir sind im WIR Geschäft verankert und werden daher öfters von uns bekannten und nicht bekannten Parteien angefragt ob wir nicht Ihre "WIR" in CHF umwandeln können. Da wir keinen WIR Handel betreiben (weder möchten noch dürfen) wird uns daraufhin regelmässig nahegelegt, dass wir doch Rechnungen für bei Dritten bestellte Waren und erbrachten Dienstleistungen erstellen und wir dann den wertäquivalenten CHF-Betrag an die entsprechenden Lieferanten, welche kein WIR Konto besitzen und daher keine WIR annehmen können und wollen, weiterzuleiten, damit diesen die bereits erbrachte oder bestellte Leistung in CHF vergütet wird. Das WIR-Guthaben kann mit einer Rechnungstellung WIR-Bank-AGB-konform für bezogene Leistungen ohne Einsatz von CHF-Liquidität verwendet werden. In diesem Fall ist dies ebenso erfolgt." (act. 25 S. 7).

"Die Klägerin hätte in CHF zahlen können - was die A.\_\_\_\_\_ offensichtlich nicht wollte - oder aber in WIR unter Inanspruchnahme Dritter; hier die B.\_\_\_\_\_ AG, zwecks Wechslung der WIR in CHF mit einhergehender Auszahlung der CHF an die G.\_\_\_\_\_ AG." (act. 31 S. 5).

"Der Tatsache schuldend, dass der Vertragspartner Herr H.\_\_\_\_\_ kein WIR Konto besitzt, ist der notwendige Auftrag für zum Wechsel von WIR in CHF ein integraler Bestandteil des Geschäfts um mit WIR eine schuldbefreiende Zahlung an Herr H.\_\_\_\_\_ bzw. der G.\_\_\_\_\_ AG leisten zu können. Auftragsnehmer und Vertragspartner der A.\_\_\_\_\_, die G.\_\_\_\_\_ AG bzw. Herr H.\_\_\_\_\_, hat somit diesen Auftrag zum Wechsel erhalten (act. 31 S. 7 f.).

Die Beklagte bezeichnet ihr vertragliches Verhältnis zur G.\_\_\_\_\_ AG als Geldwechselvertrag, aber im Grunde beschreibt sie in ihren Ausführungen ein Umgehungsgeschäft, welches von allen drei Beteiligten mitgetragen wurde. Umgangen werden sollten dabei die Grundregeln des WIR-Systems, namentlich, dass jeder Teilnehmer am Verrechnungsverkehr bei der WIR-Genossenschaft ein Konto haben muss, Überweisungen nur auf Konten von anderen Teilnehmern möglich sind und keine Barauszahlung von WIR-Guthaben vorgesehen ist (WEBER, BK OR, 2. Aufl., N 54 zu Art. 84, BGE 95 II 176 E. 3).

Die Beklagte behauptet damit eine Diskrepanz zwischen dem Wortlaut der Erklärungen und dem wirklichen Willen der Vertragsparteien, mithin eine von den Parteien sowie der G.\_\_\_\_\_ AG getragene Parteisimulation i.S.v. Art. 18 Abs. 1 OR. Die zugrundeliegende Simulationsabrede ist von der Beklagten zu beweisen, wobei strenge Massstäbe anzusetzen sind. Sie führt diesbezüglich Folgendes aus: Da die G.\_\_\_\_\_ AG kein WIR-Konto besitze, habe H.\_\_\_\_\_ D.\_\_\_\_\_ die Option der schuldbefreienden Zahlung mit WIR an die Beklagte vorgeschlagen. Von dieser Option habe D.\_\_\_\_\_ profitieren wollen. Dies ergebe sich daraus, dass H.\_\_\_\_\_ die Beklagte um Erstellung einer entsprechenden WIR-Rechnung unter Angabe der Leistungen gebeten habe. Im Auftrag von H.\_\_\_\_\_ habe die Beklagte die beiden Rechnungen erstellt, wobei alle Angaben von H.\_\_\_\_\_ vorgegeben worden seien (act. 25 S. 8 f.).

Zur Untermauerung ihres Standpunktes beruft sich die Beklagte zunächst auf einen E-Mail-Austausch zwischen D.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ vom 26. Juli 2019.

D.\_\_\_\_\_ schrieb: "Ciao H.\_\_\_\_\_ Hier unsere Weinbestellung: [Auflistung von diversen Weinen] Totalbetrag 100% zahlbar in WIR. Die Lieferung ist an unser Restaurant I.\_\_\_\_\_, J.\_\_\_\_\_-strasse ..., K.\_\_\_\_\_ zu machen. Rechnung geht an die A.\_\_\_\_\_ AG, L.\_\_\_\_\_-strasse ... M.\_\_\_\_\_." (act. 26/10, 40/7). Diese Nachricht reicht nicht, um zu beweisen, dass der tatsächliche Wille der Klägerin allein auf den Abschluss eines Vertrages mit der G.\_\_\_\_\_ AG gerichtet war und der Vertrag mit der Beklagten lediglich simuliert werden sollte. Der Inhalt der E-Mail ist zudem vereinbar mit der klägerischen Darstellung, wonach die G.\_\_\_\_\_ AG als Vermittlerin des Kaufvertrages und Spediteurin auftrat.

Zum Beweis, dass ihre Rolle sich auf einen Geldwechsel-Auftrag beschränkte, beruft sich die Beklagte sodann auf act. 26/11. Dabei handelt es sich um einen Auszug ihres Post-Girokontos, aus welchem diverse Belastungen zwischen dem 8. Mai 2019 und dem 15. August 2019 im Umfang von total CHF 134'500.– zugunsten der G.\_\_\_\_\_ AG ersichtlich sind. Ein Zusammenhang dieser Zahlungen mit dem vorliegenden Sachverhalt ergibt sich aus dem Dokument jedoch nicht.

Die Beklagte beruft sich weiter auf einen WhatsApp-Nachrichten-Verlauf (act. 39 S. 3, 40/1). Das elfseitige Dokument enthält unbestrittenermassen zwischen D.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ zwischen dem 24. Juli 2019 und dem 3. November 2019 ausgetauschte WhatsApp-Nachrichten (act. 40/1). Woraus sich im Einzelnen eine Simulationsabrede ergeben sollte, legt die Beklagte nicht dar. Die Beklagte verweist teilweise in globaler Weise auf das elfseitige Dokument, was den Substantiierungs- und Beweisanforderungen von vornherein nicht genügt. Zum Teil erwähnt sie auch einzelne konkrete Nachrichten. Aus den explizit erwähnten Nachrichten vom 26. Juli 2019, 09:21:26h, 26. Juli 2019, 11:05:31h und 29. Juli 2019, 10:08:01h lässt sich indessen nicht ableiten, dass der Klägerin in Bezug auf die Beklagte der vertragliche Bindungswille fehlte und dieser allein auf die G.\_\_\_\_\_ AG gerichtet war.

Auch aus der E-Mail vom 2. Oktober 2019 von F.\_\_\_\_\_ an D.\_\_\_\_\_, worin F.\_\_\_\_\_ lediglich seine E-Mail-Adresse mitteilt, lässt sich entgegen der Behauptung der Beklagten nicht ableiten, dass kein Vertrag mit der Beklagten vorliegt

(act. 40/2). Dasselbe gilt für den Umstand, dass die Beklagte die fraglichen Rechnungen (kommentarlos) der G. \_\_\_\_\_ AG weiterleitete (act. 40/3).

Schliesslich beruft sich die Beklagte auf eine E-Mail vom 1. Oktober 2019 von H. \_\_\_\_\_ an D. \_\_\_\_\_, worin die G. \_\_\_\_\_ AG das Vertragsverhältnis mit der Klägerin bestätigen soll. Diese E-Mail betrifft Differenzen bezüglich einer Lieferung. Allerdings beginnt die E-Mail mit dem Satz "Guten Tag D. \_\_\_\_\_, Gerade Hat meine Geschäftspartner Herr F. \_\_\_\_\_ Angerufen Das Wir Differenzen Haben Betreff offene Lieferung." Der Umstand, dass sich die Klägerin demnach zunächst an die Beklagte gewandt und diese dann die G. \_\_\_\_\_ AG kontaktiert hat, spricht vielmehr *für* ein Vertragsverhältnis zwischen den Parteien. Zudem wird aus der E-Mail auch nicht deutlich auf welches Geschäft sie sich bezieht, zumal nur an einer Stelle eine Rechnungsnummer erwähnt wird und teilweise auch von anderen Waren die Rede ist, welche nicht Gegenstand der vorliegend strittigen Rechnungen sind (Netz und Sassicaia Wein).

Mit den Beweismitteln act. 40/4-6 möchte die Beklagte sodann eine Geschäftsbeziehung zwischen der G. \_\_\_\_\_ AG und der Klägerin nachweisen. Eine solche wird von der Klägerin nicht bestritten und ist für die vorliegende Frage auch nicht relevant.

Es ist sodann anzumerken, dass weitere Beweismittel, welche die Beklagte zum Beweis der Erfüllung genannt hat (dazu nachfolgend Erw. 2.2) ebenfalls *für* eine Vertragsbeziehung zwischen den Parteien sprechen. So wandte sich D. \_\_\_\_\_ mit E-Mail vom 2. Oktober 2019 in Bezug auf fehlende Positionen (Wein und Abdeckvlies) gerade an die Beklagte und drohte *ihr* "Kompensationen" für einen angeblichen Schaden, den die Klägerin bei ihren Kunden erlitten habe, an (act. 26/12). Wäre die G. \_\_\_\_\_ AG Vertragspartnerin der Klägerin, wäre zu erwarten, dass sie sich diesbezüglich an die G. \_\_\_\_\_ AG gewandt hätte. Auch die mit einem Bankbeleg dokumentierte Rückerstattung des Kaufpreises für den unbestrittenermassen nicht lieferbaren Masseto Wein durch die Beklagte (act. 25 S. 10, act. 26/16) spricht *für* eine Vertragsbeziehung zwischen den Parteien. Es ist nicht nachvollziehbar und wird von der Beklagten auch nicht weiter begründet, weshalb sie der Klägerin Geld zurückzahlen sollte, welches ein Dritter der Klägerin aus einem Ver-

trag schuldet. Dass die Beklagte diese Rückzahlung (nach eigenen Angaben) offenbar vorschüssig geleistet hat und den Betrag "bis dato von Herr H. \_\_\_\_\_ nicht zurückerhalten hat" spricht gegen ihre Darstellung der reinen "Geldwechslerin".

Weitere Urkunden zum Beweis der Behauptung, wonach der eigentliche Vertragswillen der Klägerin auf die G. \_\_\_\_\_ AG gerichtet war und die Rechnungen lediglich ein simuliertes Geschäft betrafen, nennt die Beklagte nicht. Zusammengefasst ist festzuhalten, dass es der Beklagten nicht gelungen ist, die Simulationsabrede zu beweisen. Die beiden von der Beklagten gestellten Rechnungen können nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr nicht anders verstanden werden, als dass die Parteien einen Kaufvertrag über Abdeckvlies und Wein mit den behaupteten Eigenschaften und im behaupteten Umfang geschlossen haben (act. 3/4 und 3/5). Für das Abdeckvlies wurde ein Kaufpreis von CHF 52'272.– zuzüglich CHF 4'024.95 Mehrwertsteuer und für den Wein wurde ein Kaufpreis von CHF 25'128.– zuzüglich CHF 1'934.85 Mehrwertsteuer vereinbart. Zudem wurde vereinbart, dass der Netto-Warenwert zu 100 % in WIR zu bezahlen ist.

Da aufgrund der klaren Sachlage, welche sich aus den eingereichten Dokumenten ergibt, sowie der offenkundigen Eigeninteressen von H. \_\_\_\_\_ nicht davon auszugehen ist, dass dessen Zeugeneinvernahme an der gewonnenen Überzeugung des Gerichts etwas zu ändern vermag, ist von der offerierten Einvernahme von H. \_\_\_\_\_ (act. 39 S. 5 ff.) abzusehen.

## 2.2. Verzug und Vertragsrücktritt

### 2.2.1. Unbestrittener Sachverhalt

Da sie selber über kein WIR-Konto verfügt, liess die Klägerin die Beträge CHW 52'272.– und CHW 25'128.– am 30. Juli 2019 durch ihre Schwestergesellschaft A. \_\_\_\_\_ Partner AG auf das WIR-Konto der Beklagten überweisen. Ferner überwies die Klägerin am 14. bzw. 15. August 2019 von ihrem eigenen Konto die in Rechnung gestellte Mehrwertsteuer (CHF 1'934.85 und CHF 4'024.95) auf das CHF-Konto der Beklagten (act. 1 Rz. 6 ff., act. 25 S. 9).

Ob die bestellten Waren in der Folge vollständig geliefert wurden, ist strittig. Unbestritten blieb, dass zumindest 24 Flaschen Masseto Rotwein nicht geliefert wurden. Den dieser Position entsprechende Betrag (CHW 10'300.–) hat die Beklagte der Klägerin am 1. November 2019 zurückerstattet (act. 25 S. 10, act. 35 Rz. 56).

Mit Schreiben vom 17. November 2020 setzte die Klägerin der Beklagten eine Nachfrist bis 27. November 2020, um die Waren zu liefern. Das Schreiben ist der Beklagten wie auch ihrem damaligen Rechtsvertreter am 22. bzw. 23. November 2020 zugegangen (act. 1 Rz. 13, act. 3/16, 3/18 und 25 S. 12). Am 10. Dezember 2020 liess die Beklagte bestreiten, dass die Klägerin Waren bestellt und bezahlt habe (act. 1 Rz. 14, 3/20, 25 S. 12). Mit Schreiben vom 9. Februar 2021 erklärte die Klägerin den Rücktritt vom Vertrag und forderte die Beklagte auf, den Kaufpreis bis am 16. Februar 2021 zurückzuerstatten (act. 1 Rz. 27, 3/21, 3/22 und 25 Rz. S. 13 f.). Als die Beklagte nicht zahlte, mahnte die Klägerin sie mit Schreiben vom 17. Februar 2021 und ersuchte um umgehende Zahlung. Die Beklagte zahlte den Kaufpreis bis heute nicht zurück (act. 1 Rz. 16 f., 3/24, 3/25 und 25 S. 13).

## 2.2.2. Standpunkte

2.2.2.1. Die Klägerin macht geltend, sie sei spätestens nach erfolgter Bezahlung des Kaufpreises berechtigt gewesen, die Lieferung zu verlangen. Sie habe die Beklagte mehrmals telefonisch aufgefordert die Waren zu liefern. Die Beklagte habe jedoch nicht geliefert (act. 1 Rz. 8 ff.). Selbst als die Klägerin die Beklagte Ende Oktober 2019 betriebe und ein Schlichtungsgesuch gestellt habe, sei die Beklagte weder bereit gewesen zu liefern noch den Kaufpreis zu erstatten (act. 1 Rz. 11). Die Beklagte sei spätestens nach Ablauf der mit Schreiben vom 17. November 2020 angesetzten Nachfrist, d.h. am 28. November 2020, in Verzug geraten (act. 1 Rz. 25). Aufgrund des Schreibens der Beklagten vom 10. Dezember 2020 habe die Klägerin davon ausgehen dürfen, dass die Beklagte definitiv nicht erfüllen werde (act. 1 Rz. 26). Mit Erklärung des Rücktritts am 9. Februar 2021 sei die Forderung auf Rückerstattung des Kaufpreises fällig geworden (act. 1 Rz. 27).

2.2.2.2. Die Beklagte bestreitet einen Verzug in erster Linie mit dem Hinweis auf das (in Erw. 2.1 bereits erörterte) fehlende Vertragsverhältnis zwischen den Par-

teien (act. 25 S. 12 f.). Überdies behauptet sie, dass die Waren mit Ausnahme von 24 Flaschen Masseto Rotwein geliefert worden seien. Den dieser Position entsprechende Betrag habe die Beklagte der Klägerin bereits zurückerstattet (act. 25 S. 9 f.).

### 2.2.3. Rechtliche Grundlagen

Sofern nicht Vereinbarung oder Übung entgegenstehen, sind Verkäufer und Käufer verpflichtet, ihre Leistungen gegenseitig, Zug um Zug, zu erfüllen (Art. 184 Abs. 2 OR). Nach allgemeinen Grundsätzen (Art. 8 ZGB) hat die Schuldnerin die Erfüllung zu beweisen. Hierzu gehört auch der Nachweis, dass sie die Leistung ordnungsgemäss erbracht hat (SCHWENZER, OR AT, 8. Aufl., N. 76.01). Ist eine Verbindlichkeit fällig, wird der Schuldner durch Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt (Art. 102 Abs. 1 OR). Die Beweislast für die Verzugsvoraussetzungen, insbesondere für die Mahnung, trägt der Gläubiger, der Verzugsfolgen geltend machen will (WIDMER/LÜCHINGER/WIEGAND, BSK OR I, 7. Aufl., N 15 zu Art. 102).

Wenn sich ein Schuldner bei zweiseitigen Verträgen im Verzug befindet, ist der Gläubiger berechtigt, ihm eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung anzusetzen. Wird auch bis zum Ablauf dieser Frist nicht erfüllt, kann der Gläubiger immer noch auf Erfüllung nebst Schadenersatz wegen Verspätung klagen, statt dessen aber auch, wenn er es unverzüglich erklärt, auf die nachträgliche Leistung verzichten und entweder Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlangen oder vom Vertrag zurücktreten (Art. 107 OR). Die Ansetzung einer Frist zur nachträglichen Erfüllung ist u.a. dann nicht erforderlich, wenn aus dem Verhalten des Schuldners hervorgeht, dass sie sich als unnützlich erweisen würde (art. 108 OR). Wer vom Vertrag zurücktritt, kann die versprochene Gegenleistung verweigern und das Geleistete zurückfordern (Art. 109 Abs. 1 OR).

Was unter unverzüglich zu verstehen ist, ergibt sich aufgrund der Beurteilung der konkreten Vertragslage und der Parteiinteressen. Auf der einen Seite soll sich die Gläubigerin in Abwägung aller massgebenden Umstände schlüssig werden können, ob sie auf die Realerfüllung verzichten will. Auf der anderen Seite soll der



Schuldner wissen, ob er zusätzliche Ressourcen in die Erfüllungshandlung investieren muss; auch ist er davor zu schützen, dass die Gläubigerin auf seine Kosten spekuliert, was insbesondere bei Leistungen zutrifft, die starken Wertveränderungen unterliegen. Bei der Interessenabwägung ist aber im Blick zu behalten, dass der Schuldner derjenige ist, der seine Leistung nicht rechtzeitig erbracht hat. Der Gläubigerin muss deshalb die Wahlerklärung nach dem gewöhnlichen Geschäftsgang und den besonderen Umständen des Falls zumutbar sein. Ihr ist eine auf den Einzelfall bezogene vernünftige bzw. angemessene Überlegungs- und Entscheidungszeit einzuräumen. Erklärt die Gläubigerin nicht unverzüglich den Verzicht auf die nachträgliche Leistung, verbleibt ihr der Erfüllungsanspruch nebst Schadenersatz. Will die Gläubigerin verzichten, muss sie eine neue angemessene Nachfrist ansetzen und nach deren fruchtlosem Ablauf auf die nachträgliche Leistung verzichten (WEBER/EMMENEGGER, BK OR, 2. Aufl., N 145 f. zu Art. 107). Gemäss Urteil des Bundesgerichts 4A\_141/2017 vom 4. September 2017 (E. 4.3.2) gibt es Konstellationen, in welchen vom Gläubiger keine unverzügliche Verzichtserklärung erwartet werden kann. Insbesondere verhalte sich ein Schuldner widersprüchlich und gegen Treu und Glauben, der seine eigene Leistung klar, definitiv und bedingungslos verweigere und sich dann auf die fehlende unverzügliche Verzichtserklärung des Gläubigers berufe. Durch seine Haltung nehme der Schuldner dem Gläubiger faktisch die Möglichkeit, mit Aussicht auf Erfolg an der Realerfüllung festzuhalten, wodurch dieser praktisch gar nicht mehr zwischen Erfüllung der primären Leistungspflicht und dem Verzicht darauf wählen könne.

Rücktritt vom Vertrag bedeutet, dass der Gläubiger vom bestehenden Vertragsverhältnis zum säumigen Schuldner Abstand nehmen will. Infolgedessen wird die weitere Vertragsabwicklung unterbunden; bereits erfolgte Leistungen sind gegenseitig zurückzuerstatten, und der Gläubiger kann u.U. Ersatz des sog. Vertrauensschadens fordern. Im Ergebnis sollen die Parteien so gestellt werden, dass das Scheitern dieser Vertragsbeziehung keine ungerechtfertigten Vermögenseinbussen hinterlässt (Herstellung des vorvertraglichen Zustands) (WIEGAND, BSK OR I, 7. Aufl., 2019, N 1 zu Art. 109). Nach der vom Bundesgericht vertretenen Umwandlungstheorie wird das bisherige Schuldverhältnis durch den Rücktritt des Gläubigers nicht aufgelöst, sondern in ein Abwicklungs- oder Liquidationsverhält-

nis umgewandelt (WIEGAND, a.a.O., m.H. auf BGE 132 III 233 = Pra 2006, 999). Die Rückgabeverpflichtungen sind vertraglicher Natur. Durch ihre Erfüllung sollen die Parteien so gestellt werden, als wären sie nie miteinander in vertragliche Beziehung getreten. Das Geleistete ist grundsätzlich in natura zurückzuerstatten (WIEGAND, a.a.O., N 5 zu Art. 109).

Die WIR Wirtschaftsring-Genossenschaft, heute WIR Bank Genossenschaft, schuf als private Organisation mit dem sog. WIR-Geld eine private Geldordnung. Wie bei Fremdwährungsschulden kann der Gläubiger bei einer Forderung in "Privatgeld" nur Leistung im vereinbarten Geldzeichen fordern. Schuldet der Schuldner WIR, kann der Gläubiger daher vor Gericht nur die Bezahlung in WIR-Geld einklagen und klagt der Gläubiger auf Zahlung in Schweizer Franken statt in WIR, ist die Klage abzuweisen. Der Schuldner muss sich nicht gefallen lassen, zu einer anderen als der geschuldeten Leistung verurteilt zu werden (Urteil des Bundesgerichts 4A\_200/2019 vom 17. Juni 2019, E. 5).

#### 2.2.4. Würdigung

Mit der (unbestrittenen) Zahlung des Kaufpreises am 30. Juli 2019 durch die Klägerin wurde die Schuld der Beklagten fällig (Zug um Zug). Da die Beklagte die Erfüllung (mit Ausnahme der Lieferung der 24 Flaschen Masseto Rotwein) behauptet, hat sie diese zu beweisen. Die Beklagte offeriert zum Beweis der (teilweisen) Erfüllung eine Vielzahl von Urkunden (act. 26/12-34). Act. 26/12 ist eine E-Mail vom 2. Oktober 2019 von D.\_\_\_\_\_ an F.\_\_\_\_\_ von der Beklagten: "Gerne stelle ich dir die fehlenden Positionen zusammen. Mir fehlen 24 Flaschen Masseto Rotwein Jahrgang wie auf der Rechnung, 108 Flaschen Sassicaia Jahrgang 2015, 18 Paletten Abdeck-Vlies, 1 LKW Fassadennetz. Wie gestern am Telefon erwähnt, haben wir bei unseren Kunden einen riesigen Schaden erlitten. Diese Kompensation besprechen wir, wenn alles ausgeliefert ist." (act. 26/12). Die Klägerin wendet ein, diese E-Mail betreffe eine andere Bestellung (act. 35 Rz. 54). Tatsächlich sind die in der E-Mail erwähnten Positionen nur teilweise deckungsgleich mit jenen in der Rechnung der Beklagten. Sassicaia Wein und Fassadennetze waren nicht Gegenstand der Rechnungen. Auch ist die E-Mail knapp und nimmt keinen

Bezug auf eine bestimmte Bestellung bzw. Rechnung. Eine eindeutige Zuordnung zur prozessgegenständlichen Bestellung ist daher nicht möglich.

Die Beklagte verweist sodann in pauschaler Weise auf polizeiliche Einvernahmen als Beweismittel (act. 25 S. 10, act. 39 S. 10; act. 26/14 und 15, act. 40/8 und 40/9). Damit genügt sie den Anforderungen an eine hinreichende Beweisofferte nicht. Es ist nicht Sache des Gerichts umfangreiche Dokumente im Hinblick auf mögliche Beweise zu durchsuchen.

Ferner führt die Beklagte unter Berufung auf act. 26/16 aus, dass der Masseto Rotwein nicht mehr lieferbar gewesen sei und sie daher den entsprechenden WIR-Betrag zurückerstattet habe. Dies wird von der Klägerin nicht bestritten (act. 35 Rz. 56). Es beweist jedoch nicht, dass der Kaufvertrag im übrigen Umfang erfüllt wurde.

Die Beklagte offeriert weiter mit act. 26/17-34 eine Sammlung von Dokumenten zum Beweis der Erfüllung. Sie unterlässt es jedoch, darzutun was sich genau aus den Einzelnen Beweismitteln ableiten lässt. Damit genügt sie den Anforderungen an eine Beweisofferte nicht.

Die Beklagte führt schliesslich aus, die beteiligten Personen bzw. Familienmitglieder von Familie D. \_\_\_\_\_ können als Zeugen geladen werden, ohne jedoch näher darzulegen, welche Aussagen von welchen Zeugen sie zu welchen Behauptungen als Beweis offeriert (act- 25 S. 12).

Zusammengefasst ist festzuhalten, dass die Beklagte die Lieferung der bestellten Waren und damit die Vertragserfüllung nicht beweisen konnte. Es ist daher in tatsächlicher Hinsicht davon auszugehen, dass die Waren nicht geliefert wurden und sich die Beklagte ihre Schuld trotz Fälligkeit nicht erfüllt hat. Das Schreiben der Klägerin vom 17. November 2020 stellt eine Mahnung und zugleich eine Fristansetzung im Sinne von Art. 107 Abs. 1 OR dar (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.216/2000 E. 2a; BGE 103 II 102 E. 1). Damit befand sich die Beklagte in Verzug.

Die Nachfrist lief am 28. November 2020 ungenutzt ab. Danach war die Klägerin berechtigt, ihre Wahl gemäss Art. 107 Abs. 2 OR zu treffen. Die Beklagte liess sich erst am 10. Dezember 2020 vernehmen und bestritt das Vorliegen einer Bestellung (act. 1 Rz. 14, act. 3/20). Mit Schreiben vom 9. Februar 2021 traf die Klägerin ihre Wahl und erklärte den Vertragsrücktritt. Zwischen dem Ablauf der Nachfrist und der Erklärung des Rücktritts verstrichen zwar über zwei Monate. Da die Beklagte jedoch ihre Leistung verweigert mit dem Hinweis, dass die Klägerin die behauptete Bestellung bei der Beklagten nie getätigt habe, sind nach der in Erw. 2.2.3 zitierten Rechtsprechung keine strengen Anforderungen an die Unverzögerlichkeit der Rücktrittserklärung zu stellen. Vor dem Hintergrund, dass die Beklagte schon das Vorliegen eines Vertragsverhältnisses bestreitet, sind gut zwei Monate zwischen Ablauf der Nachfrist und Rücktrittserklärung noch im Rahmen von Art. 107 Abs. 2 OR (act. 3/16 und 3/20). Mit Zugang der Rücktrittserklärung wird das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien in ein vertragliches Rückabwicklungsverhältnis umgewandelt. Bereits erfolgte Leistungen sind zurückzuerstatten. Das bedeutet, dass die Beklagte die von der Klägerin geleistete Zahlung für Abdeckvlies und Wein sowie den für die Mehrwertsteuer geleisteten Betrag zurückzuerstatten hat. In Abzug zu bringen sind CHW 10'300.–, welchen Betrag die Beklagte bereits am 1. November 2019 zurückgezahlt hat (act. 1 Rz. 12). Die Beklagte schuldet somit grundsätzlich CHW 67'100.– und CHF 5'959.80. Nach dem Gesagten (Erw. 2.2.3) ist die WIR-Schuld in WIR-Geld zu begleichen. Die Klägerin verlangt mit ihrem Hauptbegehren jedoch eine Zahlung in Schweizer Franken und stützt sich dabei auf Ziff. C. 9 lit. b der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der WIR Bank Genossenschaft. Demnach sei der WIR-Betrag nach Mahnung und Ablauf einer Frist von sieben Tagen seit Zugang der Mahnung in Schweizer Franken geschuldet (act. 1 Rz. 29). Die Klägerin äussert sich nicht dazu, weshalb zwischen den Parteien die Allgemeinen Bedingungen der WIR Bank Genossenschaft gelten sollten. Ziff. C. 9. der Allgemeinen Bedingungen der WIR Bank Genossenschaft gilt zwischen WIR-Teilnehmern. Die Klägerin ist keine WIR-Teilnehmerin (act. 1 Rz. 7). Es stünde den Parteien dennoch frei, die Geltung der WIR-Bedingungen zu vereinbaren. Dass sie dies getan haben, wird jedoch nicht behauptet. Demnach ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHW 67'100.–

sowie CHF 5'959.80 zu bezahlen. Dies wird vom Eventualbegehren der Klägerin gedeckt.

### 3. Anspruch auf Verzugszins

3.1. Die Klägerin macht diesbezüglich geltend, die Beklagte sei am 28. November 2020 in Verzug geraten und schulde ab diesem Zeitpunkt gestützt auf Art. 104 Abs. 1 OR 5 % Verzugszins auf die gesamte Forderung.

3.2. Art. 104 OR ist nur anwendbar im Falle einer Geldschuld. Weil WIR-Geld nicht als Geld im Sinne von Art. 104 Abs. 1 OR anzusehen ist, kann für die verspätete WIR-Geldleistung kein Verzugszins gefordert werden (WEBER, Berner Kommentar zum OR, 2. Aufl., N 62 zu Art. 84). Die Klägerin hat demnach keinen Anspruch auf Verzugszins auf die WIR-Schuld. Bezüglich der CHF-Schuld hat sie einen Anspruch auf einen Verzugszins von 5 % auf CHF 5'959.80 seit dem 28. November 2020.

### 4. Anspruch auf Aufhebung des Rechtsvorschlages

4.1. Die Klägerin betrieb die Beklagte für den Betrag von CHF 70'000.– zuzüglich Zins zu 5 % seit 29. Oktober 2019 (Betreibung Nr. ..., Zahlungsbefehl des Betreibungsamtes Kloten vom 30. Oktober 2019). Die Beklagte erhob dagegen Rechtsvorschlag, dessen Aufhebung die Klägerin verlangt (act. 1 Rz. 11 und 31, 3/13).

4.2. Mit dem Rechtsvorschlag bringt der Schuldner die Betreuung zum Stillstand (Art. 78 SchKG), und die Betreuung bleibt solange gehemmt, als die Wirksamkeit des Rechtsvorschlages nicht durch gerichtlichen Entscheid – Rechtsöffnung oder Anerkennungsklage – aufgehoben wird (AMONN/WALTHER, Grundriss des SchKG, 9. Aufl., 2013, § 18 Rz. 38). Die Forderung, die eingeklagt wird, muss identisch sein mit derjenigen, die in Betreuung gesetzt wurde (STAEHELIN, in: BSK zum SchKG I, 2. Aufl., N. 10a zu Art. 79). Für eine WIR-Geld-Schuld kann keine Betreuung eingeleitet werden (AMMONN/WALTHER, Grundriss SchKG, 9. Aufl., § 7 N 2, BGE 94 III 74, E. 3). Die Beseitigung des Rechtsvorschlages ist sodann nur möglich, wenn die Frist zur Stellung des Fortsetzungsbegehrens (Art. 88 Abs. 2

SchKG) noch nicht abgelaufen ist. Auf eine später eingereichte Klage ist einzutreten, allerdings ist dann das Begehren um Beseitigung des Rechtsvorschlages abzuweisen (VOCK/AEPLI, SK zum SchKG, 4. Aufl. 2017, N 12 zu Art. 79). Das Recht zur Stellung des Fortsetzungsbegehrens erlischt ein Jahr nach der Zustellung des Zahlungsbefehls (Art. 88 Abs. 1 und 2 SchKG).

4.3. Der Zahlungsbefehl vom 30. Oktober 2019 bezeichnet als Forderungsgrund "Rückstand/Warenlieferung Rechnung Nr. 3" und lautet auf den Betrag von CHF 70'000.– (act. 3/13). Weder die Rechnungsnummer, noch der Forderungsgrund noch der in Betreuung gesetzte Betrag stimmen mit der eingeklagten Forderung überein. Überdies liegt vorwiegend eine WIR-Schuld vor, welche von vornherein nicht in Betreuung gesetzt werden kann. Mangels Identität kann der Rechtsvorschlag in der Betreuung ... des Betreibungsamtes E.\_\_\_\_\_ demnach nicht aufgehoben werden. Ob die Frist zur Stellung des Fortsetzungsbegehrens abgelaufen ist, kann unter diesen Umständen offen bleiben.

## 5. Zusammenfassung

Entgegen der Darstellung der Beklagten ist aufgrund Auslegung der Willenserklärungen nach Treu und Glauben davon auszugehen, dass die Parteien einen Kaufvertrag über Abdeckvlies und Wein geschlossen haben (Erw. 2.1.). Obwohl die Klägerin den Kaufpreis geleistet hat, hat die Beklagte die bestellten Waren nicht geliefert und ist in Verzug geraten. Die Klägerin ist zulässigerweise vom Vertrag zurückgetreten (Erw. 2.2.). Da der Kaufvertrag dadurch in ein Rückabwicklungsverhältnis umgewandelt wurde, hat die Klägerin einen Anspruch auf Rückzahlung des geleisteten Kaufpreises. Soweit vertraglich eine Zahlung in WIR-Geld vereinbart war, hat auch die Rückzahlung in WIR-Geld zu erfolgen. Bezüglich der Mehrwertsteuer wurden CHF vereinbart. Diesbezüglich erfolgt die Rückzahlung in CHF. Ein Anspruch auf Verzugszins besteht lediglich in Bezug auf die CHF-Schuld (Erw. 3). Der Rechtsvorschlag ist mangels Identität nicht aufzuheben (Erw. 4).

## 6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

### 6.1. Gerichtskosten

Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert, dem Zeitaufwand des Gerichts sowie der Schwierigkeit des Falles. Der Streitwert beträgt CHF 73'059.80. Unter Berücksichtigung von § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG ist eine volle Gerichtsgebühr von aufgerundet CHF 7'400.– geschuldet. Ausgangsgemäss (grossmehrheitliches Unterliegen der Beklagten) ist die Gerichtsgebühr von der Beklagten zu tragen. Die Klägerin leistete in Anwendung von Art. 98 ZPO einen Vorschuss für die Gerichtskosten. Die Gerichtskosten sind aus diesem Vorschuss zu beziehen. Der Klägerin ist das Rückgriffsrecht einzuräumen.

### 6.2. Parteientschädigung

Die Parteientschädigung für die Kosten der berufsmässigen Vertretung ist nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren zu bemessen. Grundlage ist auch hier der Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Die Grundgebühr ist mit der Begründung bzw. Beantwortung der Klage verdient (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Sie beträgt vorliegend rund CHF 9'000.–. Hinzu kommen Zuschläge gemäss § 11 Abs. 2 AnwGebV für die Teilnahme an der Vergleichsverhandlung und die Verfassung weiterer notwendiger Rechtsschriften, d.h. vorliegend die zweite Rechtschrift sowie eine ausführliche Stellungnahme zu Noven. Die Beklagte ist demnach zu verpflichten, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 13'500.– zu bezahlen.

### **Das Handelsgericht erkennt:**

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin
  - CHW 67'100.– (WIR) sowie
  - CHF 5'959.80 zzgl. 5 % Zins seit 28. November 2020 zu bezahlen.Im Übrigen (Zins) wird die Klage abgewiesen.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 7'400.–.
3. Die Kosten werden der Beklagten auferlegt und aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Der Klägerin wird das Rückgriffsrecht eingeräumt.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 13'500.– 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 73'059.80.

Zürich, 12. April 2023

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Gerichtsschreiberin:

Roland Schmid

Dr. Melanie Gottini