



**Fall-Nr.:** HG.2009.161  
**Stelle:** Kantonsgericht  
**Rubrik:** Handelsgericht  
**Publikationsdatum:** 15.06.2010  
**Entscheiddatum:** 15.06.2010

### **Entscheid Handelsgericht, 15.06.2010**

**Art. 8 ZGB (SR 210); Art. 102 OR (SR 220; Verzugsfolgen); Art. 79 Abs. 1 SchKG (SR 281.1; Beseitigung des Rechtsvorschlags); Der Beweis der eingeklagten Forderung für bezogene Teilleistungen aus einem Innominatsvertrag bestehend aus Elementen des Werkvertrags und des Sukzessivlieferungskaufs bei Säumnis des Beklagten sowie Begehren um Rechtsöffnung im Betreibungsverfahren (Handelsgericht, 15. Juni 2010, HG.2009.261).**

Erwägungen:

I.

1. Die Klägerin mit Sitz in .... H. (AG) bezweckt gemäss Handelsregisterauszug die Fabrikation von und den Handel mit Kunststoffprodukten aller Art (kläg. act. 2).
2. Die Einzelfirma des Beklagten hat ihren Sitz in .... S. (AI); der Beklagte selbst als Inhaber der Einzelfirma hat Wohnsitz in .... S. (SG). Gemäss Handelsregisterauszug bezweckt die Einzelfirma des Beklagten "Beratung, Herstellung und Produktion, Verkauf, Installation und Wartung von Kugelfang-Systemen und Lärmschutz-Einrichtungen für Schiessanlagen jeglicher Art" (kläg. act. 3).
3. a) Gemäss Darstellung der Klägerin gelangte der Beklagte an die Klägerin mit der Anfrage, ob sie ihm Schussfänger herstellen könne. Die Klägerin nahm Berechnungen und Abklärungen vor und stellte dem Beklagten mehrere Offerten zu. Am 12. Dezember 2008 hat der Beklagte daraufhin folgende Bestellung aufgegeben (kläg. act. 6):



## St.Galler Gerichte

100 Stück Schussfänger, Grösse 1'000 x 1'000 mm

à Fr. 485.00 / Stück zuzüglich Mehrwertsteuer Fr. 48'500.00

100 Stück Schussfänger Grösse 800 x 750 mm

à Fr. 385.00 / Stück zuzüglich Mehrwertsteuer Fr. 38'500.00

Formenkosten Fr. 1'500.00

Total exkl. MWST Fr. 88'500.00

Zuzügl. 7,6 % MWST Fr. 6'726.00

Total inkl. MWST Fr. 95'226.00

Am 20. Februar 2009 wurden je 20 Stück der Grössen 1'000 x 1'000 mm und 800 x 750 mm vom Beklagten persönlich abgeholt. Die Abholung ist unterschriftlich bestätigt (kläg. act. 7). Die Rechnung Nr. 0010286 vom 20. Februar 2009 für den ersten Abruf über ein Total inkl. MWST von Fr. 20'336.40 hat der Beklagte am 19. März 2009 bezahlt (kläg. act. 8).

b) Nach Angaben der Klägerin hat der Beklagte mündlich weitere 50 Stück Schussfänger der Grösse 1'000 x 1'000 mm sowie 100 Stück der Grösse 795 x 740 mm à Fr. 385.00 / Stück zuzügl. 7,6 % MWST und 20 Stück der Grösse 395 x 395 mm à Fr. 150.00 / Stück zuzügl. 7,6 % MWST bestellt. Dieser Auftrag sei dem Beklagten mit Auftragsbestätigung Nr. 1196.1 vom 8. Mai 2009 bestätigt worden (kläg. act. 15; ...).



## St.Galler Gerichte

c) Nach Angaben der Klägerin sind insgesamt folgende weitere Teillieferungen vom Beklagten selbst oder von Drittpersonen für den Beklagten bei der Klägerin abgeholt worden:

- am 10. März 2009 habe der Beklagte je 20 Stück Schussfänger der Grössen 1'000 x 1'000 mm und 800 x 750 mm abgeholt (kläg. act. 9; nachfolgend 2. Abruf genannt);
- am 20. März 2009 habe der Beklagte weitere 20 Stück Schussfänger der Grössen 1'000 x 1'000 mm abgeholt (kläg. act. 11; nachfolgend 3. Abruf genannt);
- am 3. April 2009 habe D. N. für den Beklagten weitere 15 Stück Schussfänger der Grösse 1'000 x 1'000 mm abgeholt (kläg. act. 13; nachfolgend 4. Abruf genannt);
- am 9. April 2009 habe der Beklagte weitere 3 Stück Schussfänger der Grösse 1'000 x 1'000 mm und 31 Stück der Grösse 795 x 740 mm nach Arbeitsschluss bei der Klägerin abgeholt (kläg. act. 16; nachfolgend 5. Abruf genannt);
- Am 16. April 2009 habe D. B. für den Beklagten bei der Klägerin 5 Schussfänger der Grösse 1'000 x 1'000 mm und 4 Schussfänger der Grösse 795 x 740 mm abgeholt (kläg. act. 18; nachfolgend 6. Abruf genannt);
- am 23. April 2009 habe D. B. für den Beklagten je 20 Schussfänger der Grössen 1'000 x 1'000 mm und 795 x 740 mm abgeholt (kläg. act. 20; nachfolgend 7. Abruf genannt);
- Am 30. April 2009 habe A. X., der Vater des Beklagten, weitere 12 Stück Schussfänger der Grösse 1'000 x 1'000 mm und 12 Stück der Grösse 795 x 740 mm abgeholt (kläg. act. 22; nachfolgend 8. Abruf genannt);
- Am 8. Mai 2009 habe D. B. für den Beklagten je 20 Stück Schussfänger der Grössen 1'000 x 1'000 mm und 795 x 740 mm sowie 10 Stück Schussfänger der Grösse 395 x 395 mm abgeholt (kläg. act. 24; nachfolgend 9. Abruf genannt).

d) Für alle diese Abrufe hat die Klägerin fortlaufend mit Zahlungsfrist "30 Tage netto" wie folgt Rechnung gestellt:



## St.Galler Gerichte

2. Abruf v. 10.03.2009: R-Nr. 10330 v. 11.03.2009 (kläg. act. 10)	Fr.	18'722.40
3. Abruf v. 20.03.2009: R-Nr. 10347 v. 22.03.2009 (kläg. act. 12)	Fr.	10'437.20
4. Abruf v. 03.04.2009: R-Nr. 10368 v. 07.04.2009 (kläg. act. 14)	Fr.	7'827.90
5. Abruf v. 09.04.2009: R-Nr. 10385 v. 15.04.2009 (kläg. act. 17)	Fr.	14'407.65
6. Abruf v. 16.04.2009: R-Nr. 10390 v. 16.04.2009 (kläg. act. 19)	Fr.	4'266.35
7. Abruf v. 23.04.2009: R-Nr. 10409 v. 23.04.2009 (kläg. act. 21)	Fr.	18'722.40
8. Abruf v. 30.04.2009: R-Nr. 10428 v. 30.04.2009 (kläg. act. 23)	Fr.	11'233.45
9. Abruf v. 08.05.2009: R-Nr. 10445 v. 08.05.2009 (kläg. act. 25)	Fr.	20'820.60

**Total** inkl. 7,6 % MWST:

**Fr.**

**106'437.95**

e) Obwohl nie Beanstandungen seitens des Beklagten erhoben worden seien (Klageschrift S. 11), habe der Beklagte keine weiteren Zahlungen geleistet, weshalb die Klägerin zusammen mit der Auftragsbestätigung vom 8. Mai 2009 dem Beklagten mitgeteilt habe, sie werde weitergehende Bestellungen erst auslösen, wenn der Beklagte die ausstehenden Rechnungen bezahlt habe (kläg. act. 15).

f) Die für den 2. - 9. Abruf gestellten Rechnungen wurden erstmals im periodischen Mahnverfahren gemahnt. Sodann mahnte die Klägerin am 30. Juni 2009 den Beklagten für sämtliche bisher ausstehenden Rechnungen über insgesamt Fr. 106'437.95 mit Frist bis 10. Juli 2009. Nachdem keine Zahlungen bis 10. Juli 2009 eingegangen waren, mahnte die Klägerin den Beklagten am 14. Juli 2009 zum dritten und letzten Mal und setzte ihm eine letzte Zahlungsfrist bis 10. August 2009. Doch auch auf diese 3. Mahnung habe der Beklagte nicht reagiert (kläg. act. 26 und 27).

g) Am 24. August 2009 stellte die Klägerin das Betreibungsbegehren über den Betrag von Fr. 106'437.95 nebst Zins zu 4 % seit 9. Juni 2009. Der Zahlungsbefehl in der



Betreibung Nr. 9446 des Betreibungsamtes der Gemeinde S. wurde dem Beklagten am 9. September 2009 zugestellt. Der Beklagte erhob Rechtsvorschlag (kläg. act. 28 und 29).

h) Mit Schreiben vom 14. September 2009 an das Vermittleramt R. ersuchte die Klägerin um Rechtsöffnung in der Betreibung Nr. 9446. Der Vermittlungsvorstand wurde am 19. Oktober 2009 durchgeführt. Der Beklagte ist nicht erschienen; die Streitsache blieb unvermittelt (kläg. act. 5, 30 und 31).

i) Mit Klage vom 15. Dezember 2009 macht die Klägerin gegenüber dem Beklagten ihren Forderungsausstand für die vorgenannten 2. - 9. Abrufe im Zeitraum zwischen 10. März und 8. Mai 2009 über einen Gesamtbetrag von Fr. 106'437.95 zuzüglich 4 % Verzugszinsen ab 9. Juni 2009 geltend und verlangt hierfür Rechtsöffnung in der Betreibung Nr. 9446 des Betreibungsamtes der Gemeinde S. (KS, S. 14).

Der Beklagte hat innert Frist und innert angesetzter Nachfrist keine Klageantwort eingereicht (proz. act. 6 - 9). Damit ist der Beklagte säumig; der Schriftenwechsel ist abgeschlossen (Art. 61 ZPO; sGS 961.2).

Nachdem der Beklagte sich am Schriftenwechsel nicht beteiligt hatte, wurde er in der Vorladung zur Hauptverhandlung darauf hingewiesen, dass die Hauptverhandlung auch in seiner Abwesenheit durchgeführt werde, da er bereits im Schriftenwechsel säumig gewesen sei (Art. 173 ZPO; proz. act. 10). Der Beklagte ist gleichwohl nicht an der Hauptverhandlung vom 15. Juni 2010 erschienen; die Hauptverhandlung wurde am 15. Juni 2010 dennoch durchgeführt.

II.

4. Eine Einzelfirma kann am Wohnsitz ihres Inhabers beklagt werden. Der Beklagte hat Wohnsitz in S. (SG), womit die St. Galler Gerichte örtlich zuständig sind (Art. 3 Abs. 1 lit. a GestG; SR 272). Die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts ergibt sich aus Art. 14 Abs. 1 ZPO, nachdem beide Parteien im Handelsregister eingetragen sind (kläg. act. 2 und 3), die Streitsache mit der gegenseitigen Geschäftstätigkeit der Parteien



zusammenhängt und gemäss Klagebegehren die Streitwertgrenze von Fr. 30'000.-- überschritten ist.

5. Soweit aus der Klageschrift und aus den im Recht liegenden Beweismitteln ersichtlich, handelt es sich bei den vertraglichen Vereinbarungen zwischen den Parteien um einen Innominatsvertrag mit werkvertraglichen Elementen (hier: Herstellung der Gussformen und der Schussfänger durch die Klägerin) sowie mit Elementen des Sukzessivlieferungskaufs bzw. des Kaufs auf Abruf. Der Sukzessivlieferungskauf ist ein einheitlicher Vertrag über der Gattung nach bestimmte Sachen, bei dem die Lieferung in zeitlich getrennten Teilleistungen zu erfolgen hat und jede Teilleistung gesondert zu bezahlen ist. Beim Kauf auf Abruf hat der Käufer das zeitlich begrenzte Recht, den Zeitpunkt der Leistung - innerhalb der Abrufsfrist - selbständig zu bestimmen. Beim Kauf auf Abruf wie auch beim Sukzessivlieferungsvertrag ist der Leistungsinhalt bestimmt, üblicherweise ist auch die Frist, innert welcher der Abruf bzw. die Lieferung zu erfolgen hat, vertraglich geregelt, mangels solcher Fristbestimmung gilt eine angemessene Frist, die unter Berücksichtigung der Umstände, des Geschäftsverkehrs der Parteien und allfälliger Handelsbräuche zu bestimmen ist. Bei Verzug mit der Bezahlung einer Teilleistung kann auch eine später fällige Teilleistung zurückbehalten werden (Art. 82 OR; BGE 84 II 149; Alfred Koller, in: Basler Kommentar - OR I, 4. Aufl., Basel 2007, N 29 und N 31 zu Art. 184 OR).

6. a) Die erste Auftragsbestätigung Nr. 1140.1 der Klägerin vom 16. Dezember 2008 über 100 Stück Schussfänger für Kleinkaliberscheiben Grösse 1'000 x 1'000 mm à Fr. 485.-- / Stück sowie über 100 Stück Schussfänger für Kleinkaliberscheiben Grösse 800 x 750 mm à Fr. 385.-- / Stück sowie für die Kosten für die beiden Gussformen von Fr. 1'500.-- wurde vom Beklagten gegengezeichnet (kläg. act. 6). Damit ist diese erste Bestellung hinreichend bewiesen. Nachdem die vertraglichen Vereinbarungen zwischen den Parteien mit kläg. act. 6 hinsichtlich Spezifikation der Ware und hinsichtlich Bestimmung des Preises hinreichend bestimmt sind, kann ferner davon ausgegangen werden, dass das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien zustande gekommen ist.

Die zweite Auftragsbestätigung Nr. 1196.1 vom 8. Mai 2009 über 50 Stück Schussfänger der Grösse 1'000 x 1'000 mm à Fr. 485.-- / Stück, 100 Stück Schussfänger der Grösse 795 x 740 mm à Fr. 385.-- / Stück und 20 Stück



Schussfänger der Grösse 395 x 395 mm à 150.-- / Stück sowie für einmalige Formkosten von Fr. 450.-- ist dagegen vom Beklagten nicht gegengezeichnet worden (kläg. act. 15). Nachdem aber nachgewiesen ist, dass der Beklagte von dieser zweiten mündliche Bestellung mit dem 5. Abruf am 9. April 2009 bereits die ersten 31 Schussfänger der neu bestellten Grösse 795 x 740 mm abgeholt hat (kläg. act. 16), und dass auch mit dem 6., 7., 8. und 9. Abruf Schussfänger in den Grössen 794 x 740 mm und 395 x 395 mm abgeholt wurden, welche nicht Bestandteil der ersten Bestellung, sondern nur Bestandteil der zweiten mündlichen Bestellung waren (kläg. act. 18, 20, 22, 24), ist der Beweis für diese zweite mündliche Bestellung ebenfalls hinreichend erbracht.

b) Gemäss den im Recht liegenden Auftragsbestätigungen bestellte der Beklagte insgesamt Schussfänger für Kleinkaliberscheiben in folgender Anzahl und Grösse (kläg. act. 6 und 15):

Anzahl	Grösse in mm	Stückpreis in Fr.	Total in Fr. exkl. MWST.
150	1000 x 1000	Fr. 485.--	Fr. 72'750.00
100	800 x 750	Fr. 385.--	Fr. 38'500.00
100	795 x 740	Fr. 385.--	Fr. 38'500.00
20	395 x 395	Fr. 150.--	Fr. 3'000.00
Total exkl. MWST			Fr. 152'750.00

Hiervon hat der Beklagte selbst oder durch Drittpersonen bei der Klägerin folgende Stückzahlen abgeholt:

(...)

**1000 x 1000 mm    800 x 750 mm    795 x 740 mm    395 x  
395 mm**



## St.Galler Gerichte

Insgesamt abgeholt Stück	135 Stück	40 Stück	87 Stück	10
Insgesamt bestellt Stück	150 Stück	100 Stück	100 Stück	20

Der Klägerin obliegt auch im Säumnisverfahren die Beweislast für den Bestand der eingeklagten Forderung (Art. 8 ZGB; GVP 1993 Nr. 63). So hat sie auch zu beweisen in welchem Umfang der Beklagte die bestellten Schussfänger bei der Klägerin abgeholt hat bzw. hat abholen lassen, da diese Tatsache entscheidend für den Zeitpunkt ist, ab welchem die Klägerin zur Rechnungsstellung berechtigt war. Die Klägerin hat aufgrund der Säumnis des Beklagten aber immerhin den Vorteil, dass ihre Position nicht durch gegenteilige Behauptungen und Gegenbeweise geschwächt wird. Das Gericht kann daher eher aufgrund von Indizien, tatsächlichen Vermutungen und aufgrund der Lebenserfahrung einen Beweis als erbracht betrachten, als wenn der Beklagte mit Einwendungen einen solchen Beweis erschüttern würde (BGE 115 II 305). Als Indiz kann im Übrigen auch das Desinteresse des Beklagten gewertet werden (Art. 91 Abs. 2 ZPO; GVP 1993 Nr. 63).

Alle Lieferscheine ausser die gemäss kläg. act. 11 und 16 (3. und 5. Abruf) sind vom Warenempfänger, d.h. entweder vom Beklagten selbst oder von den vorgenannten Drittpersonen quittiert worden. Nach Angaben der Klägerin wurden die nicht quittierten Lieferungen nach Arbeitsschluss bei ihr abgeholt. Nachdem es nach allgemeiner Lebenserfahrung durchaus üblich ist, dass der Käufer auch Drittpersonen beauftragen kann, für ihn Waren beim Hersteller abzuholen, und da hier keinerlei Anhaltspunkte bestehen, dass die vorgenannten Drittpersonen nicht im Auftrag des Beklagten gehandelt haben könnten, ist mit den Lieferscheinen (kläg. act. 9, 11, 13, 16, 18, 20, 22 und 24) hinreichend bewiesen, dass der Beklagte selbst oder durch von ihm beauftragte Dritte die vorgenannten Stückfänger abgerufen bzw. abgeholt hat. Es erübrigt sich deshalb, die von der Klägerin angebotenen weiteren Beweise abzunehmen.



7. Die Klägerin macht sodann Verzugszinsen von 4 % für alle Teilleistungen ab dem 9. Juni 2009 geltend (vgl. Ziff. 1 des klägerischen Rechtsbegehrens).

Ist eine Verbindlichkeit fällig, wird der Schuldner durch Mahnung in Verzug gesetzt (Art. 102 Abs. 1 OR). Als Mahnung gilt auch eine Rechnung mit dem Vermerk "Saldo netto zu bezahlen innert 30 Tagen" (Wolfgang Wiegand, in: Basler Kommentar - OR I, 4. Aufl., Basel 2007, N 9 zu Art. 102 OR). Die letzte Teilleistung der Klägerin erfolgte am 8. Mai 2009 (kläg. act. 24; 9. Abruf). Die Rechnung für den 9. Abruf vom 8. Mai 2009 datiert ebenfalls vom 8. Mai 2009 (kläg. act. 25). Darin - wie auch in allen vorhergehenden Rechnungen für den 1. - 8. Abruf - wurde unter "Zahlungskonditionen" eine Zahlungsfrist von "30 Tage netto" gewährt. Damit war der Beklagte am 9. Juni 2009 mit allen (auch früheren) Teilleistungen der Klägerin in Zahlungsverzug. Die Klägerin hat damit Anspruch auf 4 % Verzugszinsen ab 9. Juni 2009.

8. Sodann verlangt die Klägerin, es sei ihr in der Betreuung Nr. 9446 des Betreibungsamtes S. die Rechtsöffnung zu erteilen (Ziff. 2 ihres Rechtsbegehrens).

Das Handelsgericht hat im ordentlichen Zivilprozess nicht Rechtsöffnung zu erteilen, sondern den Rechtsvorschlag aufzuheben. Die definitive Rechtsöffnung ist mit Rechtskraft des Entscheides unmittelbar eintretende Folge der Beseitigung des Rechtsvorschlages (Art. 79 Abs. 1 SchKG; Staehelin/Bauer/Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs - SchKG I, Basel/Genf/München 1998, S. 618, N 1 zu Art. 79 SchKG; Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. Aufl., Bern 2008, § 19 N 10 f.). Es wird deshalb der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. 9446 des Betreibungsamtes S. (Zahlungsbefehl vom 9. September 2009) für Fr. 106'437.95 zuzüglich Zins zu 4 % seit 9. Juni 2009 aufgehoben.