

# AG\_HANDELSGERICHT HOR.2020.13 vom 16. Februar 2021

Ag Handelsgericht, 2021-02-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ag\\_handelsgericht\\_HOR.2020.13](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ag_handelsgericht_HOR.2020.13)

FR: AG\_HANDELSGERICHT HOR.2020.13 du 16 février 2021

IT: AG\_HANDELSGERICHT HOR.2020.13 del 16 febbraio 2021

## Erwägungen

### E. 2

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in M. (AG). Sie bezweckt im Wesentlichen die Herstellung und den Verkauf von Dönerspezialitäten (KB 1).

#### E. 2.1

Behauptungslast Gemäss Art. 55 Abs. 1 ZPO haben die Parteien dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben. Den Prozessparteien obliegt die Behauptungslast.<sup>1</sup> Die Aufteilung der Behauptungslast zwischen den Parteien folgt der Beweislastverteilung nach Art. 8 ZGB.<sup>2</sup> Somit trägt die Behauptungslast für rechtserzeugende Tatsachen, wer ein Recht oder Rechtsverhältnis behauptet; für rechtsaufhebende Tatsachen, wer die Aufhebung oder den Untergang eines Rechts behauptet (z.B. Verwirkung, Erlass etc.) und für rechtshindernde Tatsachen, wer sich darauf beruft (z.B. Verjährung, Stundung etc.).<sup>3</sup> Dementsprechend hat das Bestehen einer vertraglichen Verpflichtung zu behaupten, wer einen vertraglichen Anspruch erhebt.<sup>4</sup> Eine Tatsachenbehauptung hat nicht alle Einzelheiten zu enthalten; es genügt, wenn die Tatsachen, die unter die das Begehren stützenden rechtlichen Normen zu subsumieren sind, in einer den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen behauptet werden.<sup>5</sup> Was offensichtlich in anderen, ausdrücklich vorgebrachten Parteibehauptungen enthalten ist, muss nicht explizit behauptet werden.<sup>1</sup> Vgl. BGer 5A\_83/2019 vom 23. Juli 2019 E. 4; 4A\_264/2015 vom 10. August 2015 E. 4.2.2; SCHNEUWLY, Lange Rechtsschriften – Wieso? Und was tun?, Anwaltsrevue 2019, S. 444. 2 BGE 132 III 186 E. 4; BGer 5A\_808/2018 vom 15. Juli 2019 E. 4.2. 3 SUTTER-SOMM/SCHRANK, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, Art. 55 N. 18. 4 BGE 128 III 271 E. 2.a.aa; weitergehend ZK ZGB-JUNGO, 3. Aufl. 2018, N. 387. 5 BGE 136 III 322 E. 3.4.2; BGer 4A\_280/2019 vom 14. Oktober 2019 E. 4.1.

- 6 - (sog. implizite bzw. mitbehauptete Tatsachen).<sup>6</sup> Blosser Mutmassungen stellen jedoch keine rechtsgenügenden Tatsachenbehauptungen dar.<sup>7</sup> Ist ein Tatsachenvortrag im erwähnten Sinne vollständig, so wird er als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt.<sup>8</sup> Tatsachenbehauptungen sind grundsätzlich in den Rechtsschriften aufzustellen (Art. 221 Abs. 1 lit. d und Art. 222 Abs. 2 Satz 1 ZPO).<sup>9</sup> Der bloss pauschale Verweis auf Beilagen genügt in aller Regel nicht.<sup>10</sup> Durch einen Verweis auf Urkunden können Sachverhaltselemente jedoch ausnahmsweise als behauptet gelten, wenn es überspitzt formalistisch wäre, eine Übernahme des Urkundeninhalts in die Rechtsschrift zu verlangen. Die Zulässigkeit des Verweises bedingt, dass die Partei die Tatsachen in ihren wesentlichen Zügen in der Rechtsschrift behauptet.<sup>11</sup> Aus dem in der Rechtsschrift aufzuführenden Verweis muss zudem für das Gericht und die Gegenpartei klar ersichtlich sein, dass Informationen aus

einem Aktenstück zum Tatsachenfundament erhoben werden sollen. Weiter hat die Rechtschrift ein spezifisches Aktenstück zu nennen und es muss ersichtlich sein, welche Teile des Aktenstücks als Parteibehauptung gelten sollen.<sup>12</sup> Weil ein Verweis auf Akten nicht dazu führen darf, dass die Gegenpartei und das Gericht die relevanten Tatsachen aus der Beilage selbst zusammensuchen müssen, muss auf die fragliche Information bzw. Tatsache problemlos zu- gegriffen werden können und es darf kein Interpretationsspielraum bestehen.<sup>13</sup> Ein problemloser Zugriff ist gewährleistet, wenn eine Beilage selbst- erklärend ist und genau die verlangten (bzw. in der Rechtschrift bezeich- neten) Informationen enthält. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, kann ein Verweis nur genügen, wenn die Beilage in der Rechtschrift derart konkretisiert und erläutert wird, dass die Informationen ohne weiteres zu- gänglich werden und nicht interpretiert und zusammengesucht werden müssen.<sup>14</sup> Die in der Praxis beliebten Pauschalverweise auf eingereichte 6 BGE 144 III 519 E. 5.3; BGer 4A\_243/2018 vom 17. Dezember 2018 E. 4.2.1 m.w.N.; JOSI, Be- haupten, Bestreiten und Beweisen – praktische Fragen im Lichte der bundesgerichtlichen Recht- sprechung, in: Markus/Eichel/Rodriguez (Hrsg.), Der handelsgerichtliche Prozess, Chancen und Gefahren – national und international, 2019, S. 80. 7 BGer 4A\_667/2014 vom 12. März 2015 E. 3.2.2. 8 BGer 4A\_9/2018 vom 31. Oktober 2018 E. 2.1 m.w.N.; 4A\_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.1; SCHNEUWLY (Fn. 1), S. 445. 9 BGE 144 III 519 E. 5.2.1; 144 II 67 E. 2.1; BRUGGER, Der Verweis auf Beilagen in Rechtschriften, SJZ 2019, S. 534; JOSI (Fn. 6), S. 60. 10 BGer 4A\_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.1 m.w.N.; JOSI (Fn. 6), S. 61.

## **E. 2.2**

**Bestreitungslast** Die Kehrseite der Behauptungslast ist die sog. Bestreitungslast: Bestreitet eine Partei eine Tatsachenbehauptung ihres Gegners nicht, gilt diese als unbestritten und die betreffende Tatsache kann dem Entscheid ohne wei- teres zugrunde gelegt werden, da über nicht bestrittene Tatsachen kein Beweis geführt zu werden braucht (vgl. Art. 150 Abs. 1 ZPO).<sup>16</sup> Art. 222 Abs. 2 ZPO verlangt von der beklagten Partei, darzulegen, welche Tatsa- chenbehauptungen der klagenden Partei im Einzelnen anerkannt oder be- stritten werden. Es ist deshalb empfehlenswert, die Tatsachenbehauptun- gen der Klägerin detailliert, d.h. Punkt für Punkt zu bestreiten.<sup>17</sup> Bestreitun- gen sind dabei so konkret zu halten, dass sich bestimmen lässt, welche einzelnen Behauptungen damit bestritten werden; die Bestreitung muss ih- rem Zweck entsprechend so bestimmt sein, dass die Gegenpartei weiss, welche einzelne Tatsachenbehauptung sie beweisen muss. Pauschale Be- streitungen reichen indessen selbst dann nicht aus, wenn sie explizit erfol- gen. Erforderlich ist eine klare Äusserung, dass der Wahrheitsgehalt einer bestimmten gegnerischen Behauptung infrage gestellt wird.<sup>18</sup> Auch ein im- plizites Bestreiten genügt unter diesen Voraussetzungen den Anforderun- gen der rechtsgenügenden Bestreitung.<sup>19</sup>

## **E. 2.3**

**Substantiierungslast** Bestreitet aber der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei in rechtsgenügender Weise, so greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast. Die Vor- bringen sind diesfalls nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsa- chen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann.<sup>20</sup>

## **E. 2.4**

Bezeichnung der Beweismittel Die Parteien haben im Rahmen der Verhandlungsmaxime die einzelnen Beweismittel zu bezeichnen (vgl. Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO, wonach die Klage die Tatsachenbehauptungen sowie die Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen zu enthalten hat). Dazu gehört auch, dass aus dem Zusammenhang klar wird, inwiefern die angerufenen Beweismittel den angestrebten Beweis erbringen sollen. Es genügt nicht, in der Klage Behauptungen aufzustellen und pauschal auf die Klagebeila- gen zu verweisen.<sup>23</sup> Ein Beweismittel ist nur dann formgerecht angeboten, wenn sich die Beweisofferte eindeutig der damit zu beweisenden Tatsa- chenbehauptung zuordnen lässt und umgekehrt.<sup>24</sup> Deshalb sind die einzel- nen Beweisofferten unmittelbar im Anschluss an die entsprechenden Tat- sachenbehauptungen aufzuführen, welche durch sie bewiesen werden sol- len ("Prinzip der sog. Beweismittelverbindung").<sup>25</sup> Es ist hingegen unzu- reichend, einen ganzen Sachverhaltskomplex zu behaupten und lediglich pauschal auf eine Vielzahl von Urkunden oder eine Anzahl Zeugen zu ver- weisen.<sup>26</sup> Bei umfangreichen Urkunden ist zudem die für die Beweisführung erhebliche Stelle zu bezeichnen (Art. 180 Abs. 2 ZPO).<sup>27</sup> 3. Aktivlegitimation Die Rechtswirksamkeit der Zession der eingeklagten Forderung von der F. AG an die Klägerin ist unbestritten (Klage Rz. 35; Antwort Rz. 47; Replik Rz. 46; KB 36). Gemäss Art. 170 Abs. 3 OR gehen vermutungsweise auch die mit der Forderung verbundenen aufgelaufenen Zinsen, insbesondere Verzugszinsen, auf den Zessionar über, was somit ebenfalls als mitbe- hauptet und unbestritten anzusehen ist. Die Aktivlegitimation der Klägerin bezüglich der eingeklagten Forderung und aufgelaufenen Verzugszinsen ist daher zu bejahen.

### **E. 3.1**

Anfang April 2018 holte die Beklagte bei der F. AG, eine Offerte für die Lieferung von Pouletschenkelwurstfleisch, Pouletoberschenkelsteaks so- wie Pouletbrustabschnitten ein (Klage Rz. 10; Antwort Rz. 14; KB 4).

### **E. 3.2**

Die F. AG offerierte der Beklagten daraufhin Pouletschenkelwurstfleisch (Blöcke zu 10 kg, tiefgefroren) zu Fr. 4.00 pro kg, Pouletbrustabschnitte zu Fr. 5.90 pro kg sowie Pouletoberschenkelsteaks zu Fr. 5.90 pro kg (Antwort Rz. 14; Replik Rz. 11; KB 4). Teilweise reduzierte die F. AG anschliessend die Preise bei der Rechnungsstellung um Fr. 0.20 pro kg (Replik Rz. 12).

### **E. 4.1**

Parteibehauptungen

#### **E. 4.1.1**

Klägerin Die Klägerin behauptet, die F. AG habe die von der Beklagten zwischen dem 9. April 2018 und dem 22. Juni 2018 getätigten Bestellungen korrekt erfüllt, indem sie jeweils das bestellte Pouletschenkelwurstfleisch bzw. die bestellten Pouletbrustabschnitte geliefert habe oder die Ware von der Be- klagten abgeholt worden sei (Klage Rz. 11 und 18 ff.; Replik Rz. 5 ff. und 13 ff.). Die F. AG habe der Beklagten nie versprochen, gewisse Lieferungen würden nicht in Rechnung gestellt und zukünftig in anderer Qualität erfol- gen (Replik Rz. 26 f.). Eine Vereinbarung, dass sich der Preis bei Abholung um Fr. 0.20 pro kg reduziere, habe es ebenfalls nicht gegeben (Replik Rz. 12 und 62 f.). Die Beklagte habe den Empfang der Ware jeweils durch Unterzeichnung des Lieferscheins quittiert (Klage Rz. 11). Abzüglich einer Teilzahlung der Beklagten sowie diversen Gutschriften habe der F. AG für

die Erfüllung ihrer Lieferpflichten eine Vergütungsforderung von gesamthaft Fr. 55'067.62 zugestanden, welche sie in diesem Umfang an die Klägerin abgetreten habe (Klage Rz. 35 ff.; Replik Rz. 46).

#### **E. 4.1.2**

Beklagte Die Beklagte behauptet hingegen, sie habe mit der F. AG vereinbart, dass sich der Preis pro kg bei Abholung jeweils um 20 Rappen reduziere (Antwort Rz. 14). Zudem sei ihr von der F. AG nicht das bestellte Pouletfleisch, sondern Fett mit einem sehr geringen Fleischanteil geliefert worden (Antwort Rz. 7 und 25 ff.). Damit habe die F. AG aber nicht das Vereinbarte geliefert, sondern etwas Anderes, ein sog. aliud (Antwort Rz. 61). Daniel Mäder von der F. AG habe der Beklagten auf deren Rügen hin denn auch telefonisch versprochen, die F. AG werde ihr diese falschen Lieferungen nicht in Rechnung stellen (Antwort Rz. 27 f.). Folglich habe die F. AG den Vertrag ihrerseits nicht erfüllt und es habe ihr nie ein Anspruch auf den Kaufpreis gegenüber der Beklagten zugestanden, den sie an die Klägerin hätte abtreten können (Antwort Rz. 9 und 61 f.).

#### **E. 4.2**

Rechtliches Durch den 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 (Art. 184 Abs. 1 und 2 OR). Verkäufer und Käufer verpflichten sich grundsätzlich, sofern nicht Vereinbarung oder Übung entgegenstehen, ihre Leistungen gleichzeitig – Zug um Zug – zu erbringen (Art. 82 OR). Die Parteien müssen sich folglich im Sinne von Art. 1 Abs. 1 OR über den Kaufgegenstand sowie den Kaufpreis einigen, wobei bei Letzterem dessen Bestimmbarkeit nach den Umständen genügt (Art. 184 Abs. 3 OR). Haben sich die Parteien diesbezüglich tatsächlich richtig, d.h. nach dem erklärten wirklichen Willen, verstanden und stimmen die Willen überein, so liegt ein

- 10 - natürlicher Konsens vor.<sup>28</sup> Nachträgliches Parteiverhalten kann – im Rahmen der Beweiswürdigung – ebenfalls auf einen tatsächlichen Willen der Parteien schliessen lassen.<sup>29</sup> Haben die Parteien den Kaufgegenstand nur der Gattung nach bestimmt, so steht die Auswahl der effektiv gelieferten Sache mangels anderslautender Vereinbarung der Verkäuferin zu (Art. 71 Abs. 1 OR), sie muss jedoch Ware von mindestens mittlerer Qualität anbieten (Art. 71 Abs. 2 OR). Besitzt die gelieferte Ware nicht die vereinbarte oder gesetzlich vorgeschriebene Qualität, so stellt sie eine mangelhafte Kaufsache dar, ein sog. peius.<sup>30</sup> Weist die angebotene Ware jedoch nicht alle von den Parteien vereinbarten Gattungsmerkmale auf, so stellt sie nicht die geschuldete und auch keine mangelhafte, sondern eine andere Sache dar, ein sog. aliud.<sup>31</sup> Die Lieferung eines aliuds stellt keinen Tatbestand der Sachgewährleistung, sondern eine Nichterfüllung dar, welche sich ausschliesslich nach den Bestimmungen über den Schuldnerverzug beurteilt.<sup>32</sup> Der Gattungsbegriff bestimmt sich relativ nach dem Parteiwillen durch die Umschreibung einheitlicher Qualitäts- oder sonstige Gattungsmerkmale der geschuldeten Sache im Kaufvertrag und kann damit von den Parteien beliebig weit oder eng gefasst werden.<sup>33</sup> Es ist dabei insbesondere im Einzelfall mittels Vertragsauslegung – primär anhand des Detailgrads der Beschreibung des Vertragsgegenstands – zu differenzieren, ob eine Qualitätsangabe gattungsbestimmend ist oder eine Vereinbarung i.S.v. Art. 71 Abs. 2 OR darstellt, womit deren Nichteinhaltung nicht zu einem aliud, sondern zur Anwendung des Sachgewährleistungsrechts gemäss Art. 197 ff. OR führt.<sup>34</sup>

### **E. 4.3**

Würdigung Vorliegend ist unbestritten, dass sich die Beklagte und die F. AG bezüglich der Kaufsache – Pouletschenkelwurstfleisch, Pouletoberschenkelsteaks sowie Pouletbrustabschnitte – im Sinne eines natürlichen Konsenses je- weils im Rahmen der einzelnen Bestellungen geeinigt hatten. Umstritten ist allerdings, ob die F. AG der Beklagten die bestellten Pouletfleischprodukte oder stattdessen Fettabschnitte im Sinne eines aliuds lieferte. 28 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 11. Aufl. 2020, N. 310 ff. und N. 1200. 29 BGE 132 III 626 E. 3.1.

### **E. 4.4**

Fazit Gesamthaft ist damit ein Vergütungsanspruch der F. AG in der Höhe von Fr. 54'913.18 (Fr. 55'067.63 – Fr. 154.45) zu bejahen. 5. Verzugszins

### **E. 5**

Am 22. November 2019 zederte die F. AG schliesslich eine Forderung in der Höhe von Fr. 55'067.63 gegenüber der Beklagten an die Klägerin (Klage Rz. 35; Antwort Rz. 47; Replik Rz. 46; KB 36).

- 3 -

### **E. 5.1**

Parteibehauptungen Die Klägerin führt an, die F. AG habe die für die Lieferungen der Pouletfleischprodukte jeweils in Rechnung gestellten Beträge von Fr. 13'812.73, Fr. 3'231.50 und Fr. 15'728.65 am 5. Juni, 19. Juni bzw. 3. Juli 2018 gegenüber der Beklagten gemahnt und diese somit für den je- weils gemahnten Betrag per darauffolgendem Tag in Verzug gesetzt (Klage

- 13 - Rz. 15 und 30 ff. sowie Rechtsbegehren Ziff. 1; Replik Rz. 47; KB 6–8). Zusätzlich habe sie selbst die Beklagte Namens und im Auftrag der F. AG mittels Zahlungsaufforderung vom 1. August 2018 über den Gesamtbetrag gemahnt, obwohl die Zession erst per 23. November 2019 erfolgt sei (Klage Rz. 34; Replik Rz. 46; KB 35). Die Beklagte bestreitet einen für sie erkennbaren Zusammenhang der Zahlungsaufforderung vom 1. August 2018 mit der F. AG bzw. deren Forderungen ihr gegenüber. Eine Mahnung sei somit frühestens durch die Zustellung der Beteibung am 11. Dezember 2019 erfolgt (Antwort Rz. 48 f.).

### **E. 5.2**

Rechtliches Nach Art. 104 Abs. 1 OR hat der Schuldner Verzugszinsen zu leisten, wenn er sich mit der Zahlung der Geldschuld im Verzug befindet. Der gesetzliche Verzugszins beträgt 5 % p.a. (Art. 104 Abs. 1 OR). Der Schuldner einer fälligen Forderung gerät entweder durch Mahnung (Art. 102 Abs. 1 OR) oder, sofern die Parteien einen bestimmten Verfalltag verabredet haben, schon mit dessen Ablauf (Art. 102 Abs. 2 OR) in Verzug. Die Mahnung ist eine an den Schuldner gerichtete Erklärung des Gläubigers, durch die er in unmissverständlicher Weise, die unverzügliche Erbringung der fälligen Leistung beansprucht.<sup>35</sup> In der Mahnung muss der Gläubiger den Schuldner daher unmissverständlich zur Leistung auffordern<sup>36</sup> und klar angeben, in welchem Umfang er Leistung fordert. Geldforderungen sind daher zu beziffern.<sup>37</sup> Praxisgemäss gerät er auch mit Ablauf einer in einer Rechnung gesetzten Zahlungsfrist, wie z.B. «zahlbar 30 Tage netto», ohne weitere Mahnung in Verzug.<sup>38</sup> Da durch eine Mahnung die Verfallzeit, d.h.

der Zeitpunkt, zu dem die geschuldete Leistung vorgenommen werden muss, fixiert wird, ändern weitere nach dessen Eintritt ausgesprochene Leistungsaufforderungen des Gläubigers am Verzugsbeginn nichts mehr.<sup>39</sup> Die in der Praxis üblichen weiteren "Mahnungen" nach Verzugseintritt mit immer kürzeren Zahlungsfristen sind demnach als Nachfristen i.S.v. Art. 107 Abs. 1 OR anzusehen und stellen keine Mahnungen i.S.v. Art. 102 Abs. 1 OR dar.<sup>40</sup>

### **E. 5.3**

Würdigung Die Beklagte übersieht, dass die F. AG die Beklagte bereits vor der Zahlungsaufforderung der Klägerin mehrmals gemahnt hatte (vgl. KB 6–8). Mit

### **E. 6**

Mit Klage vom 7. April 2020 (Postaufgabe: 7. April 2020) stellte die Klägerin die folgenden Rechtsbegehren: " 1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 55'067.63 zuzüglich o Zins zu 5 % seit dem 06.06.2018 auf CHF 13'812.75 sowie o Zins zu 5 % seit dem 20.06.2018 auf CHF 3'231.50 sowie o Zins zu 5 % seit dem 04.07.2018 auf CHF 15'728.65 sowie o Zins zu 5 % seit dem 02.08.2018 auf CHF 22'294.74 sowie o CHF 126.30 Zahlungsbefehlskosten zu bezahlen. 2. Es sei der Rechtsvorschlag in der Betreibung Nummer 123 des Betreibungsamtes M. zu beseitigen. 3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. Mehrwertsteuer) zulasten der Beklagten." Zur Begründung führte die Klägerin im Wesentlichen aus, es handle sich um Ansprüche der F. AG gegenüber der Beklagten für diverse Lieferungen von Pouletfleischprodukten. Die Lieferungen seien grösstenteils unbezahlt geblieben (Klage Rz. 15). Die Restforderung habe die F. AG an die Klägerin abgetreten (Klage Rz. 35).

#### **E. 6.1**

Antrag der Klägerin Die Klägerin beantragt, die Beklagte habe ihr Zahlungsbefehlskosten im Umfang von Fr. 126.30 zu bezahlen.

#### **E. 6.2**

Rechtliches Gemäss Art. 68 Abs. 1 SchKG trägt der Schuldner die Betreuungskosten; der Gläubiger hat diese lediglich vorzuschüssen. Der Gläubiger ist berechtigt, von den Zahlungen des Schuldners die Betreuungskosten vorab zu erheben (Art. 68 Abs. 2 SchKG). Diese Bestimmung ist so zu verstehen, dass diese Kosten im Ergebnis zur Schuld geschlagen werden und vom Schuldner zusätzlich zu dem Gläubiger zugesprochenen Betrag zu bezahlen sind. Da die Betreuungskosten dem Gläubiger bei erfolgreicher Betreuung von Gesetzes wegen zustehen, bedarf es zur Durchsetzung der Kostenersatzpflicht weder eines Urteils noch eines Rechtsöffnungsentscheids.<sup>42</sup>

#### **E. 6.3**

Würdigung Entsprechend steht der Klägerin kein Anspruch auf Ersatz der Betreuungskosten zu, den sie mittels Klage durchsetzen könnte. 7. Ansprüche der Beklagten aus Sachgewährleistung

### **E. 7**

Mit Klageantwort vom 12. Juni 2020 stellte die Beklagte die folgenden Rechtsbegehren: " 1. Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen; 2. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt) zu Lasten der Klägerin." und folgenden prozessualen Antrag: " Es sei ein zweiter Schriftenwechsel anzuordnen und eine Instruktionenverhandlung im Sinne einer

reinen Vergleichsverhandlung durchzuführen." Zur Begründung führte die Beklagte hauptsächlich aus, die Klägerin könne für ihre Lieferungen kein Entgelt fordern, da die F. AG jeweils nicht die bestellten Pouletfleischprodukte, sondern zu einem Grossteil Fettstücke und damit ein aliud geliefert habe. Die F. AG habe folglich die behauptete forderungsbegründende Leistung gar nie erbracht (Antwort Rz. 25 ff. und 61

- 4 - ff.). Eventualiter brachte sie vor, die von der F. AG erbrachten Lieferungen seien aufgrund des übermässigen Fettanteils mangelhaft gewesen, weshalb die Beklagte eine Forderung für den Ersatz des Minderwerts habe, welche sie mit der Forderung der Klägerin auf den Kaufpreis für die Pouletfleischlieferungen verrechne (Antwort Rz. 25 ff. und 64 ff.).

## **E. 7.1**

### **Parteibehauptungen**

#### **E. 7.1.1**

**Beklagte** Die Beklagte behauptet, sie habe bei der Verarbeitung des gelieferten Pouletfleischs zu ihren Kebabspezialitäten sowie nach deren Auslieferung an die Kunden festgestellt, dass die Lieferungen der F. AG überwiegend aus Fett bestanden hätten (Antwort Rz. 25). Damit seien diese nicht zum bekanntermassen vorausgesetzten Gebrauch – der Produktion von Dönerspezialitäten – tauglich gewesen und hätten nicht der vertraglich vereinbarten Qualität entsprochen (Antwort Rz. 65). Beim übermässigen Fettanteil handle es sich um einen körperlichen Mangel der Kaufsache (Antwort Rz. 65). Ihr stehe deshalb eine Forderung auf Ersatz des durch den Mangel bedingten Minderwerts in der Höhe von Fr. 55'609.98 (Fr. 65'267.73 – Fr. 9'657.75) zu, den sie mit der Forderung auf den Kaufpreis verrechne (Antwort Rz. 66).

#### **E. 7.1.2**

**Klägerin** Die Klägerin behauptet, die F. AG habe genau das Bestellte, nämlich insbesondere Pouletschenkelwurstfleisch sowie Pouletbrustabschnitte, geliefert (Replik Rz. 13 ff. und 23 f.). Ob diese Pouletfleischprodukte für die Kebabproduktion geeignet waren, habe diese jedoch weder wissen können noch müssen (Replik Rz. 24). Sie bestreitet deshalb, dass die Lieferungen der F. AG zu fetthaltig und in diesem Sinne mangelhaft gewesen wären

## **E. 7.2**

Rechtliches Gemäss der kaufrechtlichen Gewährleistungspflicht haftet der Verkäufer dem Käufer sowohl für die zugesicherten Eigenschaften als auch dafür, dass die Sache nicht körperliche oder rechtliche Mängel hat, die ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder erheblich mindern (Art. 197 Abs. 1 OR). Sowohl das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft als auch Fehler (im Sinne von körperlichen, rechtlichen oder wirtschaftlichen Mängeln) werden dabei unter dem Oberbegriff des Sachmangels zusammengefasst.<sup>43</sup> Neben einem Sachmangel setzt eine kaufrechtliche Gewährleistungspflicht gemäss Art. 201 OR zudem dessen form- und fristgerechte Rüge voraus. Ein Sachmangel besteht in der ungünstigen Abweichung der Ist-Beschaffenheit der Kaufsache von deren Soll-Beschaffenheit, indem diese nicht alle Eigenschaften besitzt, welche vom Verkäufer zugesichert wurden oder die der Käufer nach Treu und Glauben voraussetzen durfte.<sup>44</sup> Zugesichert ist dem Käufer eine Eigenschaft der Kaufsache, wenn der Kaufvertrag eine verbindliche Erklärung des Verkäufers enthält, für das Vorhandensein

der Eigenschaft eintreten zu wollen.<sup>45</sup> Eine solche Erklärung kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen.<sup>46</sup> Sie kann sich also für den Käufer auch aus dem Verhalten des Verkäufers oder den Umständen des Vertragsschlusses ergeben.<sup>47</sup> Der vorausgesetzte Gebrauch einer Sache – und damit die dafür vorausgesetzten Eigenschaften – ergeben sich in erster Linie aus dem übereinstimmenden Parteiwillen.<sup>48</sup> Ist ein solcher nicht feststellbar, kann auf denjenigen Gebrauch – und die entsprechenden Eigenschaften – abgestellt werden, die der Käufer gemäss der Verkehrsauffassung, den Umständen des Vertragsschlusses und der Natur des Geschäfts nach Treu und Glauben erwarten durfte.<sup>49</sup> Zur Feststellung eines allfälligen Mangels trifft den Käufer gemäss Art. 201 Abs. 1 OR die Obliegenheit, die Kaufsache sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist zu prüfen. Offenbart sich dabei ein Mangel oder zeigt sich ein solcher später, muss der Käufer eine form- und fristgerechte

### **E. 7.3**

Würdigung Zunächst ist zu prüfen, ob die Lieferungen der F. AG aufgrund deren Fettanteils als mangelhaft anzusehen sind. Ausdrückliche oder konkludente Zusicherungen der F. AG bezüglich eines bestimmten Fettanteils der von ihr gelieferten Pouletfleisch-Blöcke behauptet die Beklagte nicht. Damit bleibt zur Feststellung eines Sachmangels zu prüfen, ob die Beklagte wie behauptet einen bestimmten Fettanteil der Blöcke für den Gebrauch zur

### **E. 8.1**

Parteibehauptungen Schliesslich behauptet die Beklagte, sie habe einen Mangelfolgeschaden in der Höhe von mindestens Fr. 50'000.00 erlitten, da sie ihren Kunden die gelieferten Spiesse aufgrund des zu hohen Fettgehalts nicht habe verrechnen können und aufgrund der schlechten Qualität auch Kunden verloren habe (Antwort Rz. 44 ff.). Sie behalte sich vor, diesen Schaden im weiteren Verlauf des Prozesses zu substantiieren und zu beweisen und mit einer allfälligen Forderung der Klägerin zu verrechnen.

- 19 - Die Klägerin bestreitet das Vorliegen eines Mangels und eines Mangelfolgeschadens (Replik Rz. 6 f. und 43 ff.).

### **E. 8.2**

Würdigung Gemäss ihren Ausführungen in der Klageantwort (Rz. 46) behielt sich die Beklagte lediglich vor, für einen ihr angeblich entstandenen Mangelfolgeschaden die Verrechnung mit der Forderung der Klägerin zu erklären. Eine solche Verrechnung würde zwar an sich im Umfang des ausgewiesenen Mangelfolgeschadens zum Untergang der klägerischen Forderung führen. Eine solche Verrechnungserklärung der Beklagten erfolgte jedoch nie. Zudem bleibt der behauptete Mangelfolgeschaden in Höhe von mindestens Fr. 50'000.00, obwohl bestritten, unsubstantiiert. 9. Beseitigung Rechtsvorschlag Gemäss Rechtsbegehren Ziff. 2 verlangt die Klägerin die Beseitigung des Rechtsvorschlages der Beklagten im Sinne von Art. 79 SchKG in der erwähnten Betreibung. Dafür ist das Handelsgericht sachlich zuständig. Die Beseitigung des Rechtsvorschlages ist der Klägerin im Umfang der Klageguthetung auch zuzugestehen. Demnach ist der fragliche Rechtsvorschlag in der Betreibung Nr. 123 des Betreibungsamts M. grundsätzlich im Umfang von Fr. 13'658.29 zuzüglich Zins von 5 % per 6. Juni 2018, Fr. 3'231.50 zuzüglich Zins von 5 % per 20. Juni 2018, Fr. 15'728.65 zuzüglich Zins von 5 % per 4. Juli 2018 sowie Fr. 22'294.74 zzgl. Zins von 5 % per 11. Dezember 2019 zu beseitigen. 10. Prozesskosten Abschliessend sind die Prozesskosten entsprechend dem Verfahrensaus-

gang zu verlegen. Sie bestehen aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt. Da die Klage betreffend den geltend gemachten Anspruch von Fr. 55'067.63 im Umfang von Fr. 54'913.18 und damit beinahe vollumfänglich gutheissen wird, gilt die Beklagte als unterliegend und rechtfertigt es sich, ihr die gesamten Prozesskosten aufzuerlegen (Art. 106 ZPO).

## **E. 9**

In der Replik vom 25. November 2020 hielt die Klägerin an ihren Rechtsbegehren und Begründungen fest.

## **E. 10**

Nachdem die Beklagte innert Frist keine Duplik erstattete, überwies der Vizepräsident die Streitsache an das Handelsgericht und gab die Zusammensetzung des Gerichts bekannt. Zudem forderte der Vizepräsident die Parteien auf, dem Handelsgericht schriftlich mitzuteilen, ob sie auf eine Hauptverhandlung gänzlich verzichten (Art. 233 ZPO) bzw. alternativ auf die Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung verzichten und dem Gericht beantragen, ihre Schlussvorträge schriftlich einzureichen (Art. 232 Abs. 2 ZPO). Stillschweigen innert Frist galt als Verzicht auf Durchführung einer Hauptverhandlung sowie schriftlicher Schlussvorträge.

### **E. 10.1**

**Gerichtskosten** Die Gerichtskosten bestehen vorliegend allein aus der Entscheidungsgebühr (Art. 95 Abs. 2 lit. b ZPO). Der Grundansatz für die Entscheidungsgebühr beträgt bei einem Streitwert von Fr. 55'067.63 gemäss § 7 Abs. 1 Zeile 5 VKD Fr. 4'624.75. Sie werden der Beklagten auferlegt und mit dem von der Klägerin in der gleichen Höhe geleisteten Kostenvorschuss verrechnet (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Die Beklagte hat der Klägerin den geleisteten Kostenvorschuss zu ersetzen (Art. 111 Abs. 2 ZPO).

- 20 -

### **E. 10.2**

**Parteientschädigung** Die Parteientschädigung gemäss Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO besteht aus den Kosten der berufsmässigen Vertretung. In vermögensrechtlichen Streitsachen beträgt die Grundentschädigung bei einem Streitwert von Fr. 55'067.63 gemäss § 3 Abs. 1 lit. a Ziff. 5 AnwT Fr. 9'026.10. Dadurch sind die Instruktion, das Aktenstudium, rechtliche Abklärungen, die Korrespondenz und Telefongespräche sowie eine Rechtsschrift und die Teilnahme an einer behördlichen Verhandlung abgegolten (§ 6 Abs. 1 AnwT). Für den doppelten Schriftenwechsel erfolgt ein Zuschlag von praxisgemäss 20 %. Mit der Kleinkostenpauschale von praxisgemäss 3 % (vgl. § 13 Abs. 1 AnwT) resultiert damit eine Parteientschädigung von gerundet Fr. 11'150.00. Der beantragte Mehrwertsteuerzuschlag ist der Klägerin nicht zuzusprechen, da sie mehrwertsteuerpflichtig<sup>61</sup> und damit auch vorsteuerabzugsberechtig<sup>62</sup> ist.<sup>62</sup> <sup>61</sup> <<https://www.uid.admin.ch>> (zuletzt besucht am 15. Februar 2021). <sup>62</sup> Vgl. Merkblatt zur Frage der Berücksichtigung der Mehrwertsteuer bei der Bemessung der Parteientschädigung der Gerichte des Kantons Aargau vom 11. Januar 2016: <[https://www.ag.ch/media/kanton\\_aargau/jb/dokumente\\_6/obergerichte/handelsgericht/Merkblatt\\_MwSt.pdf](https://www.ag.ch/media/kanton_aargau/jb/dokumente_6/obergerichte/handelsgericht/Merkblatt_MwSt.pdf)> (zuletzt besucht am 15. Februar 2021).

- 21 - Das Handelsgericht erkennt:

### **E. 11**

Vgl. BGer 4A\_398/2018 vom 25. Februar 2019 E. 10.4.1; 4A\_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.2; BRUGGER (Fn. 9), S. 535 f.

### **E. 12**

BGE 144 III 519 E. 5.2.1.2; BGer 4A\_535/2018 vom 3. Juni 2019 E. 4.2.1; 4A\_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.2; eingehend BRUGGER (Fn. 9), S. 536 ff.

### **E. 13**

BGer 4A\_535/2018 vom 3. Juni 2019 E. 4.4.2; 4A\_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.2; 4A\_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5.2 f.

### **E. 14**

BGer 4A\_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.2; 4A\_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5.3; eingehend BRUGGER (Fn. 9), S. 538 ff.

- 7 - Akten bzw. die allgemeine Erklärung, diese würden "integrierenden Bestandteil" der Rechtsschrift bilden, stellen deshalb keine hinreichenden Behauptungen dar bzw. können fehlende Behauptungen nicht ersetzen.<sup>15</sup>

### **E. 15**

BK ZPO I-HURNI, 2012, Art. 55 N. 21 m.w.N.; BRUGGER (Fn. 9), S. 540 Fn. 50 m.w.N.

### **E. 16**

BK ZPO I-HURNI (Fn. 15), Art. 55 N. 37 mit Verweis auf Art. 150 Abs. 1 ZPO; JOSI (Fn. 6), S. 57.

### **E. 17**

Ähnlich DROESE, Bestreitungsbedürftige Beilagen – ein Hinweis zur bundesgerichtlichen Speisekarte, Note zu Urteil 4A\_11/2018, SZZP 2019, S. 19.

### **E. 18**

BGE 141 III 433 E. 2.6; BGer 4A\_9/2018 vom 31. Oktober 2018 E. 2.3; SCHNEUWLY (Fn. 1), S. 445 f.

### **E. 19**

SCHMID/HOFER, Bestreitung von neuen Tatsachenbehauptungen in der schriftlichen Duplik, ZZZ 2016, S. 285 m.w.N.

### **E. 20**

BGE 144 III 519 E. 5.2.1.1; BGer 4A\_280/2019 vom 14. Oktober 2019 E. 4.1.

- 8 - Das Beweisverfahren darf nicht dazu dienen, ein ungenügendes Parteivorbringen zu vervollständigen.<sup>21</sup> Der nicht oder nicht substantiiert vorgebrachte Sachverhalt ist im Geltungsbereich der Verhandlungsmaxime dem nicht bewiesenen Sachverhalt gleichzusetzen.<sup>22</sup>

### **E. 21**

DOLGE, Anforderungen an die Substanziierung, in: Dolge (Hrsg.), Substantiieren und Beweisen, 2013, S. 21; JOSI (Fn. 6), S. 86; vgl. auch BGE 108 II 337 E. 3.

### **E. 22**

BGer 4A\_210/2009 vom 7. April 2010 E. 3.2; KUKO ZPO-OBERHAMMER, 2. Aufl. 2013, Art. 55 N. 12; ähnlich JOSI (Fn. 6), S. 62.

**E. 23**

BGer 4A\_195/2014 und 4A\_197/2014 vom 27. November 2014 E. 7.3.3 m.w.N. (nicht publ. in BGE 140 III 602).

**E. 24**

BGer 4A\_291/2018 vom 10. Januar 2019 E. 4.4.2; 4A\_370/2016 vom 13. Dezember 2016 E. 3.3 m.w.N.

**E. 25**

BK ZPO II-KILLIAS, 2012, Art. 221 N. 29; PAHUD, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2016, Art. 221 N. 16 ff.; BRUGGER (Fn. 9), S. 537.

**E. 26**

BK ZPO II-KILLIAS (Fn. 25), Art. 221 N. 29; JOSI (Fn. 6), S. 86; ähnlich BGer 4A\_360/2017 vom

**E. 30**

BGE 121 III 453 E. 4a.

**E. 31**

BGE 121 III 453 E. 4a.

**E. 32**

BGE 121 III 453 E. 4a.

**E. 33**

BGE 121 III 453 E. 4a; BSK OR I-SCHROETER, 7. Aufl. 2020, Art. 71 N. 8.

**E. 34**

BGer 4C.204/2002 vom 9. Oktober 2003 E. 5.1; LANZ, Die Abgrenzung zwischen Falschlieferung (aliud) und Schlechtlieferung (peius) und ihre Relevanz, recht 1996, S. 252.

- 11 - Die Beklagte beanstandet, dass die ihr gelieferten "Blöcke" nicht die vereinbarte Qualität aufgewiesen hätten (Antwort Rz. 25). Pouletoberschenkelsteaks wurden – anders als das Pouletschenkelwurstfleisch sowie die Pouletbrustabschnitte – jedoch nicht in der Form tiefgefrorener Blöcke verkauft (Replik Rz. 6; KB 4). Für die am 9. April 2018 gelieferten Pouletoberschenkelsteaks – welche nicht in "Blöcken" geliefert wurden – ist damit aufgrund der Erfüllung der Lieferungsspflicht durch die F. AG unbestrittenermassen ein Vergütungsanspruch zu bejahen. Betreffend die Lieferungen von Pouletschenkelwurstfleisch sowie Pouletbrustabschnitte begründet die Beklagte die Lieferung eines aliuds damit, dass die gelieferten Blöcke grösstenteils aus Fett bestanden und damit nicht die vertraglich vereinbarte – bzw. zur Kebabproduktion nötige und damit nach Treu und Glauben voraussetzbare – Qualität gehabt hätten (Antwort Rz. 25 f. und 30 ff.). Die Beklagte behauptet dabei das Vorliegen eines aliuds jedoch nicht ausreichend substantiiert, insbesondere bleibt unklar, welche Lieferungen genau betroffen gewesen sein sollen, welchen Fettgehalt die Parteien allenfalls vereinbart haben und welchen Fettgehalt die einzelnen Lieferungen jeweils tatsächlich aufwiesen. Auf den eingereichten Fotos

(Antwortbeilage [AB] 16) lässt sich zumindest nicht erkennen, dass das darauf abgebildete Fleisch grösstenteils aus Fett bestanden hätte. Dieses lässt sich zudem auch nicht konkreten Lieferungen zuordnen. Auch unter Berücksichtigung der eingereichten Fotos (AB 16) bleiben die Behauptungen der Beklagten betreffend die Lieferung eines aliuds somit ungenügend substantiiert, weshalb darüber auch kein Beweis abgenommen werden kann. Zudem seien gemäss der Beklagten solche Blöcke zwar vorwiegend geformt aus kleinen Fleischstücken, ein gewisser Fettanteil wird jedoch auch von ihr nicht bestritten (Antwort Rz. 17 und 31). Bei der bestellten Qualität des Pouletfleischs ist entsprechend mit einem gewissen Fettanteil der Blöcke zu rechnen. Durch die Formung der Blöcke können die darin enthaltenen Fleisch- bzw. Fettstücke nicht mehr gesondert betrachtet werden. Das bestimmende Merkmal der bestellten Warengattung besteht folglich darin, dass diese aus Abschnitten bestehen, die bei der Produktion von Pouletschenkeln bzw. Pouletbrüsten anfallen, wozu unbestrittenermassen auch Fettstücke zu zählen sind. Einzelne Fettabschnitte als Bestandteile der Blöcke stellen damit kein aliud dar (Fett anstelle von Fleisch), vielmehr ist ihr Anteil am gesamten Block als Qualitätsmerkmal zu betrachten. Die Beklagte behauptet jedoch nicht, dass sie und die F. AG jemals einen konkreten Fettanteil der Fleischblöcke als gattungsbestimmendes Qualitätsmerkmal festgelegt hätten. Die Qualifikation der gelieferten Blöcke als aliud scheidet auch deshalb aus. Gegen die Annahme eines aliuds spricht schliesslich auch das Verhalten der Beklagten: Sie tätigte während eines Zeitraums von etwas mehr als

- 12 - zwei Monaten mehr als 16 Bestellungen (Replik Rz. 7; KB 13–34) und wies keine einzige Lieferung der F. AG zurück. Vielmehr verarbeitete sie das gelieferte Fleisch und monierte in ihrem Schreiben vom 18. Juni 2018 (KB 9) lediglich die verrechneten Preise. Sie bringt darin jedoch gerade nicht vor, sie hätte das Bestellte gar nie erhalten. Damit ist auch betreffend die Lieferungen von Pouletschenkelwurstfleisch sowie Pouletbrustabschnitte in Blöcken die Erfüllung der Lieferungspflicht durch die F. AG und ein entsprechender Vergütungsanspruch zu bejahen. Hinsichtlich der tatsächlich gelieferten Mengen und der vereinbarten Einheitspreise sind sich die Parteien einig (Antwort Rz. 14; Replik Rz. 11; KB 4). Unbestritten ist entsprechend auch, dass vom geltend gemachten Vergütungsanspruch in der Höhe von Fr. 55'067.63 ein Abzug von Fr. 154.45 zu machen ist, da die F. AG für die am 9. April 2018 gelieferten 150.696 kg Pouletoberschenkel Steaks fälschlicherweise Fr. 6.90 (zzgl. MwSt.) anstatt Fr. 5.90 (zzgl. MwSt.) pro kg in Rechnung stellte ( $150.696 * Fr. 1.00 * 1.025$ ) (Antwort Rz. 21; Replik Rz. 17; KB 12 f.). Demgegenüber blieb zwischen den Parteien umstritten, ob eine Preisreduktion von Fr. 0.20 bei einer Abholung der Ware durch die Beklagte vereinbart worden war. Eine solche Vereinbarung und entsprechend reduzierte Preise (Pouletschenkelwurstfleisch zu Fr. 3.80/kg und Pouletbrustabschnitte zu Fr. 5.70/kg) machte die Beklagte gegenüber der F. AG in einem Schreiben vom 18. Juni 2018 geltend (KB 9). Wie die Klägerin anerkennt, akzeptierte die F. AG gemäss E-Mail vom 18. Juni 2018 aus Kulanz die von der Beklagten geforderte Preisreduktion (inkl. Fr. 0.20 bei Abholung) und verzichtete in diesem Umfang teilweise auf ihre Forderung gegenüber der Beklagten (Klage Rz. 16; KB 10). Diese Erklärung und dieser teilweise Forderungsverzicht wirkt auch auf die Klägerin als Zessionarin, weshalb sie ihre Forderung nicht mit einer angeblich fälschlicherweise vorgenommenen Preisreduktion bei Abholungen der Ware begründen kann, womit sie mit Fr. 56'581.50 sogar auf einen Betrag käme, der höher als der eingeklagte Betrag von Fr. 55'067.63 wäre (Replik Rz. 62 f.).

**E. 35**

BSK OR I-WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND, 7. Aufl. 2020, Art. 102 N. 5.

**E. 36**

GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 11. Aufl. 2020, N. 2705.

**E. 37**

GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 36), N. 2708.

**E. 38**

AGVE 2003, S. 38; BSK OR I-Wiegand, 6. Aufl. 2015, Art. 102 N. 9b m.w.N.; VETTER/BUFF, Verzugszinsen bei «zahlbar innert 30 Tagen», SJZ 2019, S. 150 f. m.w.N.

**E. 39**

VETTER/BUFF, Verzugszinsen bei «zahlbar innert 30 Tagen», SJZ 2019, S. 152 m.w.N.

**E. 40**

VETTER/BUFF, Verzugszinsen bei «zahlbar innert 30 Tagen», SJZ 2019, S. 152 m.w.N.

- 14 - der Zession vom 22. November 2019 (KB 36) gingen die ab den Mahnungen der F. AG entstandenen Verzugszinsen auf die Klägerin über (vgl. oben E. 3). In Rz. 38 der Klage behauptet die Klägerin ihre Verzugszinsansprüche gestützt darauf schlüssig und die Beklagte bestreitet diese Behauptungen abgesehen betreffend die Wirkung der von der Klägerin an die Beklagte gerichteten Zahlungsaufforderung vom 1. August 2018 (KB 35) nirgends substantiiert. Der Klägerin sind daher die behaupteten Verzugszinsen auf den Beträgen von Fr. 3'231.50 und Fr. 15'728.65 zuzusprechen, jedoch ist beim Betrag in Höhe von Fr. 13'812.73 der obgenannte Abzug von Fr. 145.45 (vgl. oben E. 4.3) noch zu berücksichtigen, ebenso wie ein Rundungsfehler von einem 1 Rp., so dass der Klägerin diesbezüglich 5 % Verzugszins ab 6. Juni 2018 nur auf dem Betrag von Fr. 13'658.29 zuzusprechen sind. Zu prüfen bleibt, ob die von der Klägerin an die Beklagte gerichtete Zahlungsaufforderung vom 1. August 2018 (KB 35) als Mahnung für die restlichen Beträge von insgesamt Fr. 22'294.74 anzusehen ist. Die Klägerin anerkennt, dass zu diesem Zeitpunkt nicht sie selber, sondern immer noch die F. AG Gläubigerin war, da eine formgültige Zession erst am 22. November 2019 erfolgte (Replik Rz. 46; KB 36). Die Klägerin konnte somit nicht in eigenem Namen mahnen, sondern allenfalls als Stellvertreterin der F. AG.41 Gemäss Art. 32 Abs. 2 OR musste für die Beklagte also mindestens erkennbar sein, dass die Klägerin nicht für sich, sondern für die F. AG handeln wollte. In der Zahlungsaufforderung vom 1. August 2018 (KB 35) bezeichnete die Klägerin jedoch ausdrücklich sich selbst als die neue Gläubigerin. Zudem wurde nicht die F. AG, sondern die unbeteiligte M. SA als bisherige Gläubigerin aufgeführt. Aufgrund der gleichen Höhe der Forderung wäre für die Beklagte höchstens erkennbar gewesen, dass die Klägerin die neue Gläubigerin der Forderung wäre, nicht jedoch, dass diese für die F. AG als tatsächliche Gläubigerin handelte. Dass für die Beklagte wohl irgendein Zusammenhang zwischen der Zahlungsaufforderung und der Forderung der F. AG erkennbar war, genügt allerdings nicht. Es lagen insgesamt zumindest keine Umstände vor, aus denen die Beklagte hätte schliessen müssen, dass die Klägerin als Stellvertreterin der F. AG gehandelt hätte. Die Zahlungsaufforderung vom 1. August 2018 stellte damit

keine vom tatsächlichen Gläubiger an die Beklagte gerichtete Erklärung dar und kann somit nicht als Mahnung angesehen werden. Weitere Mahnungen behauptet die Klägerin nicht und sie bestreitet auch nicht, dass als Verzugsbeginn somit nur noch der Erhalt des Zahlungsbefehls (KB 37) durch die Beklagte am 11. Dezember 2019 in Frage kommt. Für den Betrag von Fr. 22'294.73 schuldet die Beklagte somit Verzugszinsen erst ab dem 11. Dezember 2019.

**E. 41**

BSK OR I-WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND, 7. Aufl. 2020, Art. 102 N 7.

- 15 - 6. Betreuungskosten

**E. 42**

BSK SchKG I-EMMEL, 2. Aufl. 2010, Art. 68 N. 16 m.w.N.

- 16 - (Replik Rz. 6 f.). Zudem habe die Beklagte allfällige Mängel nicht gerügt (Replik Rz. 55).

**E. 43**

BSK OR I-HONSELL, 7. Aufl. 2020, Art. 197 N. 2.

**E. 44**

BSK OR I-HONSELL (Fn. 43), Art. 197 N. 2; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. 2016, N. 331.

**E. 45**

BGer 4A\_619/2013 vom 20. Mai 2014 E. 4.1; HUGUENIN, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl. 2019, N. 2599; ZK OR-SCHÖNLE/HIGI, 3. Aufl. 2005, Art. 197 N. 88.

**E. 46**

BGE 102 II 97 E. 5.1.

**E. 47**

BSK OR I-HONSELL (Fn. 43), Art. 197 N. 14; HUGUENIN (Fn. 45), N. 2601.

**E. 48**

HUGUENIN (Fn. 45), N. 2609.

**E. 49**

BGer 4C.200/2006 vom 20. September 2006 E. 2.1; HUGUENIN (Fn. 45), N. 2609; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF (Fn. 44), N. 331.

- 17 - Mängelrüge erheben.<sup>50</sup> Er muss dafür dem Verkäufer den Mangel substantiiert anzeigen, so dass dieser in die Lage versetzt wird, Art, Inhalt und Umfang des Mangels zu erkennen.<sup>51</sup> Dabei muss zum Ausdruck kommen, inwieweit die Sache den vertraglich zugesicherten oder vorausgesetzten Eigenschaften nicht entspricht und dass der Käufer den Verkäufer dafür haftbar machen will.<sup>52</sup> Eine allgemeine Unzufriedenheitsäusserung genügt nicht.<sup>53</sup> Mängel sind nach deren Entdeckung sofort, d.h. rechtsprechungs-gemäss innert weniger Tage, zu rügen.<sup>54</sup> Als Zeitpunkt der Entdeckung gilt die zweifelsfreie Feststellung und damit die sichere Erkenntnis.<sup>55</sup> Erfolgt die Rüge nicht rechtzeitig sowie ausreichend substantiiert, so gilt die Kaufsache grundsätzlich als genehmigt (Art. 201 Abs.

2 OR).<sup>56</sup> Sind Mangel sowie form- und fristgerechte Rüge erstellt und damit die Voraussetzungen für eine kaufrechtliche Gewährleistung – gewöhnlich – gegeben, stehen dem Käufer die Rechte auf Wandelung (Art. 205 und 207 ff. OR), Minderung (Art. 205 OR) und Ersatz des Mangelfolgeschadens (Art. 208 Abs. 2 und 3 bzw. Art. 97 OR) zu. Beruft sich der Käufer wirksam auf das Recht zur Minderung, führt dies zu einer Herabsetzung des Kaufpreises.<sup>57</sup> Diese erfolgt gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nach der relativen Methode.<sup>58</sup> Damit hat das Verhältnis des geminderten Kaufpreises zum tatsächlich bezahlten Preis dem Verhältnis des Werts der mangelhaften Sache zu deren objektiven Wert in mangelfreiem Zustand zu entsprechen.<sup>59</sup> Die Einwendung der Kaufpreisminderung kann der Käufer auch gegenüber dem Zessionar geltend machen, an den die Kaufpreisforderung abgetreten wurde.<sup>60</sup>

## E. 50

BGE 104 II 357 E. 4a. 51 BGE 22 I 492 E. 2. 52 ZEHNDER, Die Mängelrüge im Kauf-, Werkvertrags- und Mietrecht, SJZ 2000, S. 546. 53 BSK OR I-HONSELL (Fn. 43), Art. 201 N. 10. 54 BGE 98 II 191 E. 4, 76 II 221 E. 3.; BSK OR I-Honsell (Fn. 43), Art. 201 N. 11. 55 BGE 117 II 425 E. 2, 107 II 175 E. 1. 56 BGE 133 III 335 E. 2.4.4. 57 SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF (Fn. 44), N. 401. 58 BGE 111 II 162 E. 3a. 59 BSK OR I-HONSELL (Fn. 43), Art. 205 N. 8. 60 BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN, 7. Aufl. 2020, Art. 169 N. 6.

- 18 - Produktion von Dönerspezialitäten voraussetzen durfte (Antwort Rz. 65) und ob dieser überschritten war. Es erscheint immerhin plausibel, dass die F. AG nicht zuletzt aufgrund der Firma der Beklagten davon ausging, dass diese das bestellte Pouletfleisch zur Produktion von Dönerspezialitäten verwenden würde. Die Behauptung der Klägerin, dass sie nicht wusste und auch nicht hätte wissen können, ob die bestellten Pouletfleischprodukte aufgrund ihres Fettanteils dafür geeignet waren, blieb allerdings von der Beklagten unbestritten. Die Beklagte durfte folglich nicht davon ausgehen, dass die bestellten Pouletfleischprodukte einen bestimmten, zur Produktion von Dönerspezialitäten erforderlichen Fettanteil haben würden. Da im Übrigen keine Vereinbarung betreffend einen bestimmten Fettanteil oder überhaupt eine bestimmte Qualität der Pouletfleischlieferungen behauptet wurde, war die F. AG einzig gemäss Art. 71 Abs. 2 OR verpflichtet, mindestens durchschnittliche Qualität zu liefern. Da die Klägerin die Mangelhaftigkeit der gelieferten Pouletfleischprodukte bestreitet, hätte es nun an der Beklagten gelegen, eine solche im Sinne eines überhöhten Fettgehalts substantiiert zu behaupten (vgl. oben E. 2.3). Die Beklagte bringt jedoch weder vor, welcher Fettgehalt durchschnittlicher Qualität entsprochen hätte, noch welchen Fettgehalt die erhaltenen Lieferungen tatsächlich hatten. Zudem behauptet sie auch nicht, welche spezifischen Lieferungen überhaupt mangelhaft gewesen sein sollen. Aufgrund der fehlenden substantiierten Behauptungen betreffend den Fettgehalt und damit die Mangelhaftigkeit konkreter Lieferungen kann darüber auch kein Beweis abgenommen werden. Da es der Beklagten bereits nicht gelingt, eine Mangelhaftigkeit konkreter Lieferungen aufzuzeigen, kann eine Prüfung der Erfüllung der Rügeobligenheit unterbleiben. Der Vollständigkeit halber sei immerhin erwähnt, dass die Beklagte nur betreffend eine einzige Lieferung eine immerhin rechtzeitige Rüge behauptet (Antwort Rz. 29; AB 19). Diese erfolgte jedoch nicht genügend substantiiert, um die Mängelrechte der Beklagten zu wahren. Der Beklagten stehen nach dem Gesagten keine Ansprüche aus kaufrechtlicher Sachgewährleistung gegenüber der Klägerin zu. 8. Mangelfolgeschaden

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.