

BGer 4A_592/2013 vom 4. März 2014

Bundesgericht, 2014-03-04, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_592_2013

FR: TF 4A_592/2013 du 4 mars 2014

IT: TF 4A_592/2013 del 4 marzo 2014

Erwägungen

E. 1

Der angefochtene Entscheid ist ein Endentscheid im Sinn von Art. 90 BGG. Für Beschwerden gegen Urteile kantonaler Handelsgerichte besteht kein Streitwerterfordernis (Art. 74 Abs. 2 lit. b BGG ; BGE 139 III 67 E. 1.2 S. 69). Die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen geben zu keiner Bemerkung Anlass. Auf die Beschwerde in Zivilsachen ist - unter Vorbehalt einer hinlänglichen Begründung (Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG) - einzutreten.

Mit Beschwerde in Zivilsachen können Rechtsverletzungen nach Art. 95 und 96 BGG gerügt werden. Dazu zählt auch die Verletzung verfassungsmässiger Rechte. Es ist daher unnötig, dass die Beschwerdeführerin zur Geltendmachung bestimmter Verstösse gegen verfassungsmässige Rechte auch subsidiäre Verfassungsbeschwerde erhebt. Die entsprechenden Rügen können im Rahmen der Beschwerde in Zivilsachen geprüft werden. Auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ist demnach nicht einzutreten (Art. 113 BGG).

E. 2.1

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" (BGE 133 II 249 E. 1.2.2 S. 252). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein (Art. 97 Abs. 1 BGG).

Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern die gerügten Feststellungen bzw. die Unterlassung von Feststellungen offensichtlich unrichtig sind oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruhen (vgl. BGE 136 II 508 E. 1.2 S. 511; 133 II 249 E. 1.4.3 S. 254 f.; 133 III 350 E. 1.3 S. 351, 393 E. 7.1 S. 398). Soweit die Partei den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat (Urteile 4A_214/2008 vom 9. Juli 2008 E. 1.2, nicht publ. in: BGE 134 III 570 ; 4A_470/2009 vom 18. Februar 2010 E. 1.2). Auf eine Kritik an den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz, die diesen Anforderungen nicht genügt, ist nicht einzutreten (BGE 133 II 249 E. 1.4.3 S. 255, 396 E. 3.1 S. 399).

Zu beachten ist, dass das Bundesgericht in die Beweiswürdigung des Sachgerichts nur eingreift, wenn diese willkürlich ist. Willkür liegt nicht schon dann vor, wenn eine andere Lösung ebenfalls in Betracht zu ziehen oder gar vorzuziehen wäre, sondern nur, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in

klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (BGE 138 IV 13 E. 5.1 S. 22; 134 II 124 E. 4.1 S. 133; 132 III 209 E. 2.1 S. 211 ; 131 I 57 E. 2 S. 61, 467 E. 3.1 S. 473 f.). Die Beweiswürdigung ist mithin nicht schon dann willkürlich, wenn vom Sachrichter gezogene Schlüsse nicht mit der Darstellung des Beschwerdeführers übereinstimmen, sondern bloss, wenn sie offensichtlich unhaltbar ist (BGE 135 II 356 E. 4.2.1 S. 362 ; 129 I 8 E. 2.1 S. 9; 116 Ia 85 E. 2b S. 88). Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn das Sachgericht offensichtlich unhaltbare Schlüsse zieht, erhebliche Beweise übersieht oder solche grundlos ausser Acht lässt (vgl. BGE 129 I 8 E. 2.1 S. 9; 120 Ia 31 E. 4b S. 40). Inwiefern die Beweiswürdigung willkürlich sein soll, ist in der Beschwerde klar und detailliert aufzuzeigen (BGE 134 II 244 E. 2.2 S. 246 ; 130 I 258 E. 1.3 S. 261).

E. 2.2

Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es ist somit weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; es kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen oder eine Beschwerde mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen. Mit Blick auf die Begründungspflicht des Beschwerdeführers (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) behandelt es aber grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind; es ist jedenfalls nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden (BGE 135 III 397 E. 1.4 S. 400; 134 III 102 E. 1.1 S. 105).

E. 2.3

Die Beschwerde ist innert der Beschwerdefrist vollständig begründet einzureichen (Art. 42 Abs. 1 BGG). Kommt es zu einem zweiten Schriftenwechsel, darf der Beschwerdeführer die Replik nicht dazu verwenden, seine Beschwerde zu ergänzen oder zu verbessern (vgl. BGE 132 I 42 E. 3.3.4 S. 47; Urteil 4A_300/2013 vom 2. Oktober 2013 E. 2.3).

Die Beschwerdeführerin hat eine Replik und eine Triplik eingereicht. Darin beachtet sie aber die dargelegten Grundsätze nicht. Vielmehr verwendet sie ihre Eingaben für Verbesserungen bzw. Ergänzungen der Beschwerde; insoweit können ihre Ausführungen in Replik und Triplik nicht berücksichtigt werden. Das gilt namentlich für ihren Hinweis auf Klageantwortbeilage 7 - dem von ihr eingereichten Exemplar der Auftragsbestätigung vom 29. Juni 2010 - welches ihrer Ansicht nach entgegen dem Exemplar der Beschwerdegegnerin (Klagebeilage 13) zwei und nicht nur eine Seite umfasse.

E. 3

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung der Bestimmungen über die Verjährung gemäss aArt. 210 OR bzw. aArt. 371 OR i.V.m. aArt. 210 OR und im Zusammenhang damit eine Verletzung von Art. 63 ZPO .

E. 3.1

Die Vorinstanz führte aus, die Verjährung werde u.a. durch ein Schlichtungsgesuch oder eine Klage unterbrochen (Art. 135 Ziff. 2 OR). Die Beschwerdegegnerin habe am 8. September 2011 beim Friedensrichteramt des Kreises Suhr das Schlichtungsgesuch gestellt. Dieses sei jedoch wegen der sachlichen Zuständigkeit des Handelsgerichts (Art. 198 lit. f. i.V.m. Art. 5 und 6 ZPO) nicht zuständig gewesen. Es stelle sich daher die Frage, ob auch

ein Schlichtungsgesuch bei einer unzuständigen Behörde die Verjährung unterbrechen könne. Dies werde von einer vereinzelt Lehrmeinung (JAMES T. PETER, Gerichtsnahe Mediation, Kommentar zur Mediation in der ZPO, Bern 2011, N. 15 zu Art. 197 ZPO) bejaht. Aber auch wenn man dieser Lehrmeinung zusammen mit der herrschenden Lehre nicht folge, sei die Frage zu bejahen. Dabei erwog die Vorinstanz, zwar müsse die Schlichtungsbehörde ihre Zuständigkeit prüfen und im Fall, dass sie sich als unzuständig erachte, die klagende Partei darauf aufmerksam machen, um ihr die Möglichkeit des Rückzugs zu geben. Werde aber seitens der klagenden Partei die Durchführung der Schlichtungsverhandlung verlangt, so habe diese grundsätzlich zu erfolgen. Der Entscheid darüber, ob die Zuständigkeit der Schlichtungsbehörde vorgelegen habe, komme in jedem Fall dem Gericht zu. Wenn der Schlichtungsbehörde aber - abgesehen von den Fällen einer ihr zustehenden Entscheidkompetenz (Art. 212 ZPO) - die Ausfällung eines Nichteintretensentscheids wegen Unzuständigkeit grundsätzlich abgesprochen werde, so habe der Grundsatz, wonach nur das Gericht über die Zuständigkeit zu befinden habe, auch für den vorliegenden Fall zu gelten, wo die sachlich unzuständige Schlichtungsbehörde ohne Vornahme einer Prüfung ihrer Zuständigkeit eine Klagebewilligung ausgestellt habe.

Die Präsidentin III des Bezirksgerichts Aarau habe denn auch nach erfolgter Anrufung mittels Klage die Zuständigkeitsprüfung vorgenommen und die Beschwerdegegnerin auf Art. 63 Abs. 1 ZPO aufmerksam gemacht, wonach als Zeitpunkt der Rechtshängigkeit das Datum der ersten Einreichung gelte, wenn eine Eingabe mangels Zuständigkeit zurückgezogen und innert eines Monats seit dem Rückzug beim zuständigen Gericht neu eingereicht werde. Nachdem die Beschwerdegegnerin innert einem Monat die Klage beim Handelsgericht eingereicht habe, habe sie mit dem Schlichtungsgesuch vom 8. September 2011 die Verjährung rechtzeitig unterbrochen.

E. 3.2

Dem ist zuzustimmen. Die Einreichung des Schlichtungsgesuchs begründet die Rechtshängigkeit (Art. 62 ZPO). Diese ist massgeblich für die Wahrung gesetzlicher Fristen des Privatrechts (Art. 64 Abs. 2 ZPO), und damit auch für die Unterbrechung der Verjährung durch Schlichtungsgesuch i.S.v. Art. 135 Ziff. 2 OR (Isabelle Berger-Steiner, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, 2012, N. 34 zu Art. 64 ZPO ; Dominik Infanger, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N. 35 zu Art. 64 ZPO ; Stephen V. Berti, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomentar, 2. Aufl. 2014, N. 16 zu Art. 64 ZPO). Rechtshängigkeit tritt ein, unabhängig davon, ob die Prozessvoraussetzungen gegeben sind oder nicht. Sie dauert alsdann an bis zur Rechtskraft des Nichteintretensentscheids (Isabelle Berger-Steiner, a.a.O., N. 27 zu Art. 62 ZPO ; Dominik Infanger, a.a.O., N. 12 zu Art. 62 ZPO ; Stephen V. Berti, a.a.O., N. 1 zu Art. 63 ZPO). Die Wirkungen gemäss Art. 64 ZPO treten jedoch zunächst nicht ein, sondern nur und erst - dann jedoch rückwirkend - wenn die Eingabe der zuständigen Instanz gemäss Art. 63 ZPO wieder eingereicht wird (Stephen V. Berti, a.a.O., N. 1 zu Art. 63 ZPO).

Vorliegend wurde das mit dem Schlichtungsgesuch vom 8. September 2011 eingeleitete Verfahren mit Entscheid vom 9. Februar 2012 des Bezirksgerichts Aarau als durch Klagerückzug erledigt abgeschlossen. Der Klagerückzug wird nach Art. 63 Abs. 1 ZPO einem Nichteintretensentscheid gleichgesetzt, wenn er mangels Zuständigkeit erfolgt, beispielsweise nach einem Hinweis der angerufenen Instanz, wonach sich diese für unzuständig hält (Stephen V. Berti, a.a.O., N. 4 zu Art. 63 ZPO), wie es hier nach den

tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz der Fall war.

Entscheidend ist somit, ob Art. 63 ZPO auch anwendbar ist bei sachlicher Unzuständigkeit oder - wie die Beschwerdeführerin geltend macht - nur bei örtlicher. Das Bundesgericht hat in einem neueren Entscheid Art. 63 ZPO ohne weiteres sowohl auf die örtliche wie die sachliche Zuständigkeit bezogen (BGE 138 III 471 E. 6 S. 481). In einem kurze Zeit später ergangenen, nicht publizierten Entscheid liess es die Frage allerdings offen (Urteil 5A_376/2012 vom 16. Januar 2013 E. 3.2); es gibt jedoch keinen Grund, von der in BGE 138 III 471 geäusserten Auffassung abzuweichen. Aus den Materialien ergibt sich kein Hinweis, dass sich Art. 63 ZPO nur auf die örtliche Zuständigkeit beziehen würde. Der Wortlaut von Art. 63 ZPO schränkt die Anwendbarkeit nicht ein, sondern spricht einfach allgemein von Zuständigkeit. Auch aus systematischen Zusammenhängen ergibt sich kein Grund für eine Einschränkung. Die Regelung der sachlichen und funktionellen Zuständigkeit obliegt zwar den Kantonen, jedoch nur soweit, als die ZPO nichts Gegenteiliges regelt (Art. 4 Abs. 1 ZPO), was gerade in Bezug auf die Zuständigkeit der Handelsgerichte der Fall ist (vgl. Urteil 4A_480/2013 vom 10. Februar 2014 E. 4.3). Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte ist daher davon auszugehen, dass sich Art. 63 ZPO auf alle von der ZPO geregelten Zuständigkeiten bezieht (ebenso: Isabelle Berger-Steiner, a.a.O., N. 18 zu Art. 63 ZPO ; Stephen V. Berti, a.a.O., N. 5 zu Art. 63 ZPO ; anderer Meinung, nur örtliche Zuständigkeit: Dominik Infanger, a.a.O., N. 6 zu Art. 63 ZPO).

Die Rüge einer Verletzung der bundesrechtlichen Bestimmungen über die Verjährung sowie von Art. 63 ZPO ist daher nicht begründet.

E. 4

Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, die Vorinstanz habe den Sachverhalt in Bezug auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen unrichtig festgestellt und damit Art. 9 BV verletzt.

E. 4.1

Die Vorinstanz hielt fest, die Beklagte berufe sich auf ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen, welchen die Klägerin mit der Unterzeichnung der Auftragsbestätigung zugestimmt habe. Die Klägerin bestreite jedoch, dass diese Allgemeinen Geschäftsbedingungen Vertragsbestandteil geworden seien, und auch, dass ihr diese überhaupt bekannt gewesen seien. Auf der Auftragsbestätigung vom 29. Juni 2010 gemäss Klagebeilage 13 sei kein Verweis auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen ersichtlich. Auch ansonsten gebe es keine Hinweise darauf oder offerierte Beweismittel dafür, dass deren Geltung vereinbart worden wäre.

E. 4.2

Die Beschwerdeführerin wendet ein, auf S. 2 der Auftragsbestätigung heisse es: "Lieferbedingungen: ab Lager Schweiz, gem. unseren Allgemeinen Geschäftsbedingungen". Die Vorinstanz habe offenbar Klagebeilage 13 nicht gelesen. Gestützt auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen wären die Mängelrechte verwirkt gewesen.

Klagebeilage 13 umfasst eine einzige Seite, trotz des Vermerks "Seite 1/2"; die Unterschrift der Beschwerdegegnerin, das heisst die Auftragsbestätigung, befindet sich am Ende dieser Seite. Diese Seite enthält keinen Hinweis auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

In ihrer Beschwerde rügt die Beschwerdeführerin einzig eine willkürliche bzw. aktenwidrige Auslegung von Klagebeilage 13. Diesbezüglich liegt jedoch offensichtlich keine Aktenwidrigkeit vor. Wie vorne dargelegt (E. 2.3), ist die Ergänzung der Beschwerde in Replik und Triplik mit dem Hinweis auf das

zweiseitige Exemplar der Auftragsbestätigung gemäss Klageantwortbeilage 7 unbeachtlich; darauf ist nicht weiter einzugehen. Im Übrigen wäre auch gestützt darauf nicht klar, ob die Beschwerdegegnerin tatsächlich Kenntnis von den Allgemeinen Geschäftsbedingungen hatte.

E. 5.1

Die Vorinstanz nahm an, die von der Beklagten gelieferten Teeboxen seien mangelhaft gewesen, namentlich wegen der starken Geruchsmissionen, welche diese für den vorgesehenen Gebrauch - die Aufbewahrung und den Verkauf von Teebeuteln - unbrauchbar gemacht hätten. Sie hätten deswegen auch den lebensmittelrechtlichen Vorgaben nicht entsprochen. Sie stützte sich dabei auf die lebensmittelrechtliche Beurteilung des Interkantonalen Labors vom 17. November 2010 (vgl. Sachverhalt lit. A.f) sowie die Zeugeneinvernahmen von Dr. A._____, Koautorin des Berichts vom 17. November 2010, D._____, von der Firma N._____, sowie B._____ von der Firma C._____ AG, welche die Vorinstanz am 28. Mai 2013 befragt hatte.

Zum Einwand der Beklagten, es sei unklar, wie viele Boxen aus wie vielen Lieferkartons beurteilt worden seien, hielt die Vorinstanz fest, gemäss den glaubwürdigen Aussagen der Zeugin A._____ habe sie selber mindestens 20 Boxen von verschiedenen Paletten angeschaut. Zudem hätten gemäss übereinstimmenden Aussagen der Zeugin A._____ sowie des Zeugen B._____ und des für die Klägerin der Parteibefragung unterstellten H._____ sämtliche Teilnehmer am Augenschein vom 9. November 2010 (A._____, G._____, I._____, B._____, J._____, H._____) gleichzeitig je verschiedene Boxen angeschaut und sich einzelne Boxen je gegenseitig gezeigt. Auch wenn die genaue Zahl der Boxen nicht mehr eruiert werden könne, sei damit klar, dass eine erhebliche Anzahl angeschaut worden sei. Allein die Berichtsverfasser A._____ und G._____ dürften zusammen mindestens 40 Boxen selber angeschaut haben. Es bestehe eine ausreichend grosse Stichprobe. Aufgrund der Zeugenaussagen sei davon auszugehen, dass nicht nur wenige der geprüften Boxen, sondern deren grosse Mehrheit den beanstandeten Fremdgeruch aufwiesen.

Zur Stärke des Fremdgeruchs hielt die Vorinstanz aufgrund eigener Wahrnehmung fest, bei den beiden als Klagebeilage 19 eingereichten Teeboxen sei der Fremdgeruch erkennbar und für den Endkonsumenten wäre eine solche Geruchsmission in einem Aufbewahrungsbehälter für Tee unzumutbar. Diese Einschätzung dränge sich umso mehr auf, als die Zeugen A._____, D._____ und B._____, die kurz nach der Lieferung der Ware damit konfrontiert worden seien, übereinstimmend und glaubwürdig ausgesagt hätten, die Geruchsmissionen seien damals noch viel stärker gewesen.

E. 5.2

Diesem auf Beweiswürdigung beruhenden Schluss vermöchte die Beschwerdeführerin nur beizukommen, wenn sie ihn als willkürlich ausweisen könnte (E. 2.1). Die Beschwerdeführerin rügt namentlich eine Verletzung von Art. 9 BV in Bezug auf die Würdigung der Zeugen D._____, A._____ und B._____ sowie in Bezug auf den Bericht des Interkantonalen Labors. Sodann macht sie geltend, die Vorinstanz habe Art. 367

OR verletzt, indem sie sich auf eine ungenügende Stichprobe abstützte.

E. 5.2.1

Offensichtlich unbehelflich sind ihre Einwände in Bezug auf die Stärke des Geruchs. Wie erwähnt, erachtete die Vorinstanz bereits den von ihr selber bei der Klagebeilage 19 - rund drei Jahre nach Lieferung - noch feststellbaren Geruch als so störend, dass sie Teeboxen mit einer derartigen Immission als unbrauchbar qualifizierte. Dazu wendet die Beschwerdeführerin lediglich ein, zur Klagebeilage 19 könne sie sich nicht äussern, da ihr diese nicht zur Kenntnis gebracht worden sei. Das ist nicht nachvollziehbar, nachdem dieses Beweisstück von Anfang an Bestandteil der Akten bildete und - wie die Beschwerdegegnerin richtig bemerkt - bei der Befragung der Zeugen vom Gerichtspräsidenten vorgelegt wurde. Ob die Vorinstanz in Bezug auf den massgeblichen Lieferungszeitpunkt von einem noch viel intensiveren Geruch ausging, ist daher nicht massgeblich. Auf die diesbezüglichen Einwände muss nicht weiter eingegangen werden.

E. 5.2.2

Die Beschwerdeführerin moniert wie bereits vor Vorinstanz, aus den von der Vorinstanz gewürdigten Beweisen ergebe sich nicht, wie viele der insgesamt 12'000 Teeboxen geprüft worden und aus welchen der 1'500 Versandboxen diese ausgesucht worden seien. Aufgrund der Aussage des Zeugen B. _____ müsse davon ausgegangen werden, dass gerade einmal 0,17 % der 12'000 Boxen untersucht werden konnten. Dies reiche nicht, um die ganze Lieferung als mangelhaft zu qualifizieren. Die Zahlenangaben des Zeugen D. _____ könnten zum vornherein nicht stimmen und zudem sei er befangen, da die Firma N. _____ Kundin der Beschwerdegegnerin sei. Auch die Zeugin A. _____ sei befangen, da sie im Rahmen ihrer amtlichen Tätigkeit als stellvertretende Kantonschemikerin z.T. geschäftlichen Kontakt mit der Beschwerdegegnerin habe. Auch sie habe zudem in ihrer Aussage die genaue Zahl der untersuchten Boxen nicht angeben können. Wie die Vorinstanz darauf gekommen sei, die Berichtsverfasser A. _____ und G. _____ hätten zusammen mindestens 40 Boxen von verschiedenen Paletten angeschaut, sei nicht nachvollziehbar und willkürlich. Insgesamt liege eine ungenügende Stichprobe vor, denn bei einer grossen Anzahl von gleichen oder gleichartigen Gegenständen müssten Stichproben aus allen Kisten und aus allen Lieferungen gezogen werden.

Zum vornherein nicht ersichtlich ist, weshalb Dr. A. _____, Zeugin und Koautorin des Berichts des Interkantonalen Labors, wegen ihrer amtlichen Tätigkeit befangen sein soll. Die Beschwerdeführerin substantiiert dies auch nicht weiter. Jedenfalls nicht willkürlich ist sodann die Feststellung der Vorinstanz, dass die Berichtsverfasser A. _____ und G. _____ zusammen mindestens 40 Boxen selber angeschaut haben. Ausgangspunkt dieser Feststellung war die Aussage der Zeugin, sie selber habe mindestens 20 Boxen angeschaut und die übereinstimmende Aussagen mehrerer Teilnehmer am Augenschein, alle dort Anwesenden hätten gleichzeitig je verschiedene Boxen angeschaut. Daraus durfte die Vorinstanz willkürfrei schliessen, G. _____ habe wie seine Kollegin auch mindestens 20 Boxen selber angeschaut. Dies gilt umso mehr, als sich die Beschwerdeführerin selber auf den Zeugen B. _____ beruft, wobei sie seine Aussage allerdings verkürzt wiedergibt. Auf die Frage: "Frau Dr. A. _____ sagte, sie hätte ca. 20 Boxen begutachtet und die anderen hätten auch ihre Boxen begutachtet, war es so? " antwortete der Zeuge: "Ja. Es war ein ziemliches Durcheinander. Jeder hat etwas

angeschaut ". Im Übrigen erschöpfen sich die Ausführungen der Beschwerdeführerin weitgehend in appellatorischer Kritik. Sie übergeht, dass auch die Vorinstanz aufgrund der abgenommenen Beweise nicht davon ausging, die genaue Zahl der untersuchten Boxen sei erstellt, sondern nur, die Stichprobe sei genügend.

Nicht zu folgen ist der Beschwerdeführerin schliesslich, wenn sie unter Hinweis auf eine Literaturstelle (Theodor Bühler, in: Zürcher Kommentar, 3. Aufl. 1998, N. 27 zu Art. 367 OR) davon ausgeht, eine Stichprobe wäre nur genügend, wenn nachgewiesen wäre, dass aus jeder Kiste Proben genommen wurden. Geht es um die Prüfung einer grossen Anzahl gleicher Waren, verlangt die Rechtsprechung eine angemessene Zahl von Stichproben. Was angemessen ist, hängt von den Umständen ab (Urteil 4C.280/2000 vom 14. Dezember 2000 E. 2a, nicht publ. in: BGE 127 III 83 ; BGE 52 II 362 E. 2 S. 367; ebenso: Heinrich Honsell, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. Aufl. 2011, N. 5 zu Art. 201 OR). Wichtig ist insbesondere keine willkürliche Entnahme einzelner Proben. Davon durfte die Vorinstanz namentlich aufgrund der folgenden Aussage im Bericht des Interkantonalen Labors vom 17. November 2010 ohne weiteres ausgehen:

"Von den ca. 12'000 Teeboxen wurden zahlreiche Teeboxen beurteilt. Die Proben wurden zufällig, von verschiedenen Paletten und aus verschiedenen Schachteln entnommen. Die Auswahl der Teeboxen erfolgte über die gesamte Sendung. [...]"

Bei allen Teeboxen fiel ein mehr oder weniger starker Geruch auf."

Schliesslich behauptet die Beschwerdeführerin erneut in lediglich appellatorischer Kritik, aus der Aussage B._____ ergebe sich, dass nur vereinzelte der untersuchten Proben Fremdgeruch aufgewiesen hätten. Mit diesem Einwand hatte sich bereits die Vorinstanz auseinandergesetzt und dem entgegengehalten, auf die Frage, was der "Tenor" an der Besichtigung der Boxen gewesen sei, habe der Zeuge geantwortet: "Dass die Teeboxen riechen. Wenn ich mich recht erinnere, ist dies von der anderen Seite auch festgestellt worden". Damit setzt sich die Beschwerdeführerin nicht auseinander. Es ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz schloss, dass "eine grosse Mehrheit " der Boxen den beanstandeten Fremdgeruch aufwiesen.

E. 5.2.3

Nicht weiter einzugehen ist auf die Ausführungen der Beschwerdeführerin zum Privatgutachten der K._____ GmbH (vgl. Sachverhalt lit. A.g) und zur Befundaufnahme des Einzelrichters am Kantonsgericht. Die Vorinstanz äusserte sich zwar dazu, hielt aber gleichzeitig fest, der Sachmangel ergebe sich aus den Berichten des Interkantonalen Labors und von B._____, sowie den Aussagen der Zeugen D._____, A._____ und B._____. Nachdem sich die Würdigung dieser Beweise wie oben dargelegt als bundesrechtskonform erweist und die Vorinstanz auch mit ihren Anforderungen an die Stichprobe kein Bundesrecht verletzte, ist nicht ersichtlich, inwiefern die Ausführungen der Vorinstanz zum Privatgutachten K._____ GmbH und zur kantonsgerichtlichen Befundaufnahme auf den Ausgang des Verfahrens auswirken würden und die Beschwerdeführerin legt dies auch nicht dar (vgl. E. 2.2).

E. 6

Demzufolge ist die Beschwerde in Zivilsachen abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Die unterliegende Beschwerdeführerin wird kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG). Die Beschwerdegegnerin hat eine Kostennote eingereicht

über Fr. 5'814.70, welche geschützt werden kann.

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