

# GR\_GERICHTE ZK2 2011 60 vom 7. Juni 2013

GR Gerichte, 2013-06-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_ZK2 2011 60](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK2_2011_60)

FR: GR\_GERICHTE ZK2 2011 60 du 7 juin 2013

IT: GR\_GERICHTE ZK2 2011 60 del 7 giugno 2013

## Regeste

Forderung | Berufung OR Kauf/Tausch/Schenkung

## Erwägungen

### E. 17

Oktober 2008 teilte die X.\_\_\_\_\_ AG der Y.\_\_\_\_\_ dieses Prüfungsergebnis mit und forderte sie auf, die Ware wieder abzuholen und einen Vorschlag zur Begleitung des entsprechenden Debitorenausstandes zu unterbreiten. In ihrer Antwort vom 22. Oktober 2008 wies die Y.\_\_\_\_\_ sämtliche Vorwürfe zurück. Sie machte unter anderem geltend, die Prüfung des Fleisches vier Monate nach der Übernahme sei verspätet erfolgt; das Prüfergebnis belege nicht, dass ein Mangel, der bestritten werde, schon im Zeitpunkt der Übernahme bestanden habe. In den Monaten Juli und August 2009 holte die X.\_\_\_\_\_ AG insgesamt acht weitere Prüfungsberichte ein. C. Die rund 12.9 Tonnen Rohschinken konnte die X.\_\_\_\_\_ AG verkaufen. Am

### E. 22

September 2009 zeigte sie der Y.\_\_\_\_\_ daher die Reduktion der Forderung von Fr. 719'653.45 auf Fr. 408'681.35 (inklusive Mehrwertsteuer, Kosten der Laborberichte und der Qualitätssicherung) an. D. Da sich die Parteien nicht einigen konnten, meldete die X.\_\_\_\_\_ AG am 12./13. November 2009 beim Kreisamt Surses eine Klage zur Vermittlung an. Nachdem auch an der Sühneverhandlung vom 15. Dezember 2009 keine Einigung

Seite 3 — 32 erzielt werden konnte, wurde der Leitschein gleichentags mit folgenden Rechtsbegehren ausgestellt und übergeben: „Klägerisches Rechtsbegehren: 1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von Fr. 372'518.25 zuzüglich Zins zu 5 % seit 18. Oktober 2008 zu bezahlen. 2. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von Fr. 17'663.10 für Laborkosten zuzüglich Zins zu 5 % seit 22. September 2009 zu bezahlen. 3. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von Fr. 16'000.00 für Qualitätssicherung zuzüglich Zins zu 5 % seit 22. September 2009 zu bezahlen. 4. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von Fr. 2'500.00 für Lagerkosten zuzüglich Zins zu 5 % seit 22. September 2009 zu bezahlen. 5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten. Beklagtisches Rechtsbegehren: 1. Abweisung der Klage. 2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Klägerin.“ E. Am 19. Januar 2010 prosequierte die X.\_\_\_\_\_ AG ihre Klage mit unverändertem Rechtsbegehren an das Bezirksgericht Albula. Die Klageantwort erfolgte mit ebenfalls unverändertem Rechtsbegehren am 12. April 2010. In der Replik vom 27. Mai 2010 und der Duplik vom 23. Juni 2010 hielten beide Parteien an ihren Rechtsbegehren fest. Mit Beweisverfügung vom 5. November 2010 wurden die mit den Rechtsschriften eingelegten Urkunden und beantragten Zeugen als erheblich und abzunehmen erklärt. Im Weiteren

wurde A. \_\_\_\_\_ zur Beweisaussage anlässlich der Hauptverhandlung zugelassen. F. An der Hauptverhandlung vor dem Bezirksgericht Albula am 27. September 2011 waren auf der klägerischen Seite E.G. \_\_\_\_\_ von der X. \_\_\_\_\_ AG sowie die Rechtsanwälte Dr. iur. Daniel Fischer und lic. iur. Günther Oberholzer und auf der beklagten Seite A. \_\_\_\_\_ von der Y. \_\_\_\_\_ und Rechtsanwalt lic. iur. Martin Boric anwesend. Mit Urteil vom 27. September 2011, mitgeteilt am 3. November 2011, erkannte das Bezirksgericht Albula wie folgt: „1. Die Klage wird abgewiesen. 2. Die Entscheidungsbüchse beträgt CHF 18'000.00 und geht zulasten der Klägerin. Sie wird mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Der von der Klägerin zu viel bezahlte Kostenvorschuss von Fr.

Seite 4 — 32 7'000.00 wird ihr nach Erhalt eines Einzahlungsscheins zurückerstattet. Ebenso erhält die Beklagte den von ihr geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 25'000.00 nach Eingang eines Einzahlungsscheines zurückerstattet. 3. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine ausseramtliche Parateienschädigung von Fr. 35'434.15 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen. 4. (Rechtsmittelbelehrung.) 5. (Mitteilung.)“ In der Begründung hielt es zusammengefasst fest, die Vereinbarung zwischen den Parteien sei als Kaufvertrag zu qualifizieren. Die Übergabe der Ware sei sehr kurzfristig vereinbart und vorgenommen worden, weshalb die Y. \_\_\_\_\_ das Fleisch nicht wie sonst üblich habe umpacken und neu pressen können. Eine allfällige Mangelhaftigkeit habe durch die Verpackung hindurch nicht erkannt werden können. Die Y. \_\_\_\_\_ habe somit von einer möglichen Mangelhaftigkeit keine Kenntnis gehabt, weshalb keine absichtliche Täuschung gemäss Art. 28 OR vorliege. Unter der Voraussetzung, dass das Fleisch schon bei der Übernahme teilweise nicht verkehrsfähig gewesen sei, liege ein Grundlagenirrtum gemäss Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR vor. Eine Berufung darauf sei jedoch nicht möglich, da es sich um eine Gattungsschuld gehandelt habe, denn es sei einzig der Wert des Fleisches massgebend gewesen und nicht, welche Fleischstücke genau geliefert worden seien. Die von der X. \_\_\_\_\_ AG eingeholten Gutachten vermöchten den Beweis der Mangelhaftigkeit der gesamten Lieferung Bündnerfleisch nicht zu erbringen, da einzelne der Gutachten nicht repräsentativ seien, andere einen Teil der geprüften Ware als verkehrsfähig, akzeptabel, gut und sogar sehr gut bezeichneten und nur ein einziges Gutachten alle Proben ausschliesslich negativ bewerte. Bezüglich Art. 97 ff. OR und Art. 197 ff. OR müsse die rechtzeitige Prüfung und Rüge verneint werden, so dass diesbezüglich kein Anspruch bestehe. Auch bei Tiefkühlware entspreche das Zuwarten mit der Prüfung um drei Monate und 24 Tage nicht mehr Art. 201 Abs. 1 OR, der der Beweisklarheit diene und sicherstellen solle, dass die Ware bei Übernahme vertragsgemäss gewesen sei. Es könne auch nicht von einem versteckten Mangel gesprochen werden, da er bei einem Geruchs- und Geschmacks-test bemerkt worden wäre. Schliesslich seien die Mängel am 29. September 2008 entdeckt, aber erst am 17. Oktober 2008 der Y. \_\_\_\_\_ mitgeteilt worden. Dies sei keine sofortige Anzeige gemäss Art. 201 Abs. 1 und Abs. 3 OR. Die Rüge sei verspätet, weshalb die gerügten Mängel als genehmigt gälten. G. Gegen dieses Urteil führt die X. \_\_\_\_\_ AG mit Eingabe vom 5. Dezember 2011 Berufung beim Kantonsgericht von Graubünden. Sie beantragt:

Seite 5 — 32 „1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von Fr. 372'518.25 zuzüglich Zins zu 5 % seit 18. Oktober 2008 zu bezahlen. 2. Eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. - unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten -“ Begründend wird zusammengefasst ausgeführt, dass es sich entgegen der Annahme der Vorinstanz nicht um eine Gattungs-

sondern um eine Stückschuld ge- handelt habe, denn die X.\_\_\_\_\_ AG habe am 5. Juni 2008 alle Ware abgeholt, die bei der Y.\_\_\_\_\_ vorrätig gewesen sei. Ein gesamtes Lager zu kaufen, sei eine Stückschuld. Die drei Positionen der Lieferung seien je als eigene Stückschuld zu betrachten, so dass sie ein unterschiedliches rechtliches Schicksal erfahren könn- ten. Selbst wenn von einer Gattungsschuld ausgegangen werden müsste, habe die Lieferung aus drei „Gattungen“ bestanden. Mit dem Verkauf einer „Gattung“ sei weder der ganze Vertrag genehmigt worden, noch seien Sachgewährleistungs- rechte untergegangen. Ebenso habe die Vorinstanz nicht erkannt, dass Frischwa- ren und Tiefkühlwaren rechtlich unterschiedlich behandelt werden müssten, was sich vor allem bei der Prüfungs- und Rügepflicht manifestiere. Tiefkühlware erfah- re bei den richtigen Bedingungen keine mikrobiologischen Veränderungen. Es sei Usanz und vom Rechtsdienst des BAG bestätigt, dass mit der Prüfung der Ware bis zu einem Weiterverkauf zugewartet werden könne. Es gebe also keine gesetz- lich verbindlichen Vorgaben, tiefgekühltes Fleisch vor dem Weiterverkauf zu prü- fen. Die Prüfung vom 29. September 2008 sei daher rechtzeitig gewesen. Sie ha- be dazu gedient zu bestimmen, wie das Fleisch gegenüber dem Endkunden de- klariert werden müsse. Die Entdeckung der fehlenden Verkehrsfähigkeit sei zufäl- lig gewesen, so dass die Ware mit einem versteckten Mangel behaftet gewesen sei. Beim Bericht des Firma A.\_\_\_\_\_ vom 2. Oktober 2008 hätten noch einzelne Resultate der chemischen Analyse gefehlt, weshalb die fehlende Verkehrsfähig- keit noch nicht sicher festgestanden habe. Sobald man gewusst habe, dass sich keine Änderungen ergäben, habe man am 17. Oktober 2008 die Y.\_\_\_\_\_ infor- miert. Die Rüge sei somit rechtzeitig erfolgt. Bezüglich der absichtlichen Täü- schung stelle die Vorinstanz alleine auf die Beteuerungen der Y.\_\_\_\_\_ ab, dass die Ware noch hätte umgepackt und neu gepresst werden müssen. Ein solches Aufbereiten sei ungewöhnlich und es sei auch keine Notwendigkeit dafür erkenn- bar. Aufgrund des langjährigen Vertrauensverhältnisses sowie des hohen Preises der Ware habe die Y.\_\_\_\_\_ erkennen müssen, dass die X.\_\_\_\_\_ AG von erstklas- siger Ware ausgehe. Die Y.\_\_\_\_\_ habe um die mindere Qualität des Fleisches gewusst und dies verschwiegen. Es liege eine absichtliche Täuschung vor. Bezüg-

Seite 6 — 32 lich des Grundlagenirrtums gehe die Vorinstanz zu Recht davon aus, dass ein sol- cher vorliege. Dass das Fleisch schon bei Übernahme mangelhaft gewesen sei, ergebe sich aus den Gutachten, die von der Vorinstanz falsch gewürdigt würden. Die X.\_\_\_\_\_ AG habe schon im vorinstanzlichen Verfahren den Antrag auf eine Oberexpertise gestellt, dem die Vorinstanz trotz ihrer Feststellung, dass die Gut- achten nicht genügten, um die Mangelhaftigkeit der Ware zu belegen, nicht nach- gekommen sei. Damit habe die Vorinstanz das rechtliche Gehör verletzt. Es werde erneut beantragt, eine Oberexpertise einzuholen. Im Weiteren habe entgegen der Vorinstanz nicht nachgewiesen werden müssen, dass die ganze Lieferung man- gelhaft sei. Bei umfangreichen Lieferungen genüge es, Stichproben zu entnehmen und zu prüfen. Der Grundlagenirrtum erweise sich als begründet. Und schliesslich sei zu erwähnen, dass die X.\_\_\_\_\_ AG nur den Kaufvertrag betreffend den Roh- schinken durch konkludentes Verhalten genehmigt habe. H. Mit Berufungsantwort vom 23. Januar 2012 beantragt die Y.\_\_\_\_\_ was folgt: „1. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass die Klageabweisung durch das Bezirksgericht Albula im Umfang von Fr. 36'163.10 in Rechtskraft erwachsen ist. 2. Die Berufung der Klägerin sei vollumfänglich abzuweisen und das Ur- teil des Bezirksgerichts Albula vom 27. September 2011 sei zu bestätigen. 3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin.“ In der Begründung wird zusammengefasst ausgeführt, in der Berufung würden neue Tatsachen vorgebracht und neue Beweismittel offeriert. Es handle sich dabei um

unechte Noven, die die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO nicht erfüllten und daher unbeachtlich seien. Es habe sich vorliegend nicht um eine Stückschuld gehandelt, da nicht eine einzige, individuell bestimmte Sache Gegenstand der Erfüllung gewesen sei und die X. \_\_\_\_\_ AG das Fleisch nicht selbst habe aussuchen können. Die Parteien hätten sich auf die Lieferung von Fleisch geeinigt, nicht auf bestimmte Produkte. Es werde bestritten, dass die X. \_\_\_\_\_ AG das gesamte Lager der Y. \_\_\_\_\_ gekauft habe. Es habe sich um eine Gattungsschuld gehandelt, und zwar nur um eine und nicht um drei. Die Y. \_\_\_\_\_ habe von dem angeblichen Mangel nichts gewusst. Sie habe keine Qualitätszusicherung abgegeben. Die angebliche Zusicherung wäre zudem nach dem Verladen des Fleisches erfolgt und hätte daher keinen Einfluss auf die Willensbildung haben können. Bezüglich Oberexpertise sei festzuhalten, dass diese keine Klärung bringe, da die lange Lagerung Lagerschäden verursacht haben könne. Bei Gattungs-

Seite 7 — 32 kaufen könne eine Anfechtung wegen Grundlagenirrtums nur erfolgen, wenn die gesamte Gattung mangelhaft sei. Der Rohschinken – immerhin 63% des Fleisches – sei verkauft worden, was zeige, dass sich eine allfällige Mangelhaftigkeit nicht auf die gesamte Lieferung erstreckt habe. Mit dem Verkauf des Rohschinkens sei der Vertrag zudem konkludent genehmigt worden. Die Berufung auf Grundlagenirrtum falle somit dahin. Der verrechnete Preis sei im Übrigen nicht hoch, sondern eher tief gewesen. Es sei der X. \_\_\_\_\_ AG einzig darum gegangen, ihre Forderung so weit als möglich bezahlt zu bekommen. Sie habe keine Alternative gesehen, als das Fleisch in dem Zustand zu übernehmen, in dem es gewesen sei, weshalb die Qualität der Ware im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht so wesentlich gewesen sei, dass der Vertrag nur bei erstklassiger Ware abgeschlossen worden wäre. Die X. \_\_\_\_\_ AG vermöge keine Usanz nachzuweisen, dass bei Tiefkühlware die Prüfungsfrist gemäss Art. 201 Abs. 1 OR grosszügiger bemessen werde als bei gewöhnlicher Ware. Die Prüfung sei zu spät erfolgt, weshalb die Ware als genehmigt zu gelten habe. Weiter habe die X. \_\_\_\_\_ AG die Rügepflicht gemäss Art. 201 Abs. 1 OR verletzt, indem sie nach dem ersten Bericht des A. \_\_\_\_\_, welcher bereits von nicht verkehrsfähigen Produkten gesprochen habe, mit der Mitteilung an die Y. \_\_\_\_\_ noch 15 Tage zugewartet habe. Es stünden der X. \_\_\_\_\_ AG daher keine Sachgewährleistungsansprüche zu. I. Mit Stellungnahme vom 27. Februar 2012 zum von der X. \_\_\_\_\_ AG eingereichten Schreiben des Kantonalen Laboratoriums Bern vom 25. Januar 2012 machte die Y. \_\_\_\_\_ geltend, dass es sich um ein unechtes Novum handle, welches die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht erfülle. In materieller Hinsicht gehe aus dem Schreiben keineswegs hervor, dass es Usanz sei, beim Kauf von Tiefkühlprodukten mit der Prüfung der Ware bis zum Weiterverkauf zuzuwarten. J. Auf die weiteren Ausführungen im angefochtenen Urteil und in den Rechtschriften wird, soweit erforderlich, im Folgenden eingegangen. II. Erwägungen 1. Beim angefochtenen Urteil, welches eine vermögensrechtliche Angelegenheit mit einem Streitwert von mehr als Fr. 10'000.-- zum Gegenstand hat, handelt es sich um einen erstinstanzlichen Endentscheid, welcher mit Berufung angefochten werden kann (vgl. Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO). Die Zuständigkeit des

Seite 8 — 32 Kantonsgerichts von Graubünden ergibt sich aus Art. 7 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (EGzZPO; BR 320.100). Gemäss Art. 311 ZPO ist die Berufung unter Beilage des angefochtenen Entscheids innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheids beziehungsweise seit der nachträglichen Zustellung der Entscheidbegründung schriftlich und begründet einzureichen.

Das angefochtene Urteil des Bezirksgerichts Albula vom

**E. 27**

September 2011 wurde den Parteien am 3. November 2011 begründet mitgeteilt. Die Berufung der X.\_\_\_\_\_ AG erfolgte mit Eingabe vom 5. Dezember 2011 unter Berücksichtigung des Fristenlaufs an Samstagen und Sonntagen (Art. 142 Abs. 3 ZPO) fristgerecht. Da die Berufung zudem den übrigen Formerfordernissen entspricht, ist auf sie einzutreten. 2. Vorab ist festzustellen, dass die Berufungsklägerin die Abweisung ihrer Forderung durch die Vorinstanz nicht angefochten hat, soweit es sich um die im erstinstanzlichen Verfahren geltend gemachten Kosten für Labor (Fr. 17'663.10 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 22. September 2009), für Qualitätssicherung (Fr. 16'000.-- zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 22. September 2009) und für Lager (Fr. 2'500.-- zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 22. September 2009) handelt. Damit ist die vorinstanzliche Klageabweisung im Umfange von Fr. 36'163.10 (zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 22. September 2009) rechtskräftig geworden (Art. 315 Abs. 1 ZPO) und die II. Zivilkammer des Kantonsgerichts hat über diese Fragen nicht mehr zu befinden. 3. Die Berufungsklägerin erklärt in ihrer Berufung ihre vorinstanzlichen schriftlichen und mündlichen Eingaben sowie die Akten zum integralen Bestandteil der Berufung. Ebenso hält die Berufungsbeklagte in ihrer Berufungsantwort fest, die im vorinstanzlichen Verfahren vorgebrachte Sachdarstellung und rechtliche Würdigung bilde einen integralen Bestandteil der Berufungsantwort. – Nach Art. 311 ZPO muss die Berufung eine Begründung enthalten. Begründen im Sinne der genannten Vorschrift bedeutet aufzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft erachtet wird. Dieser Anforderung genügt eine Partei nicht, wenn sie lediglich auf die vor erster Instanz vorgetragenen Vorbringen verweist, sich mit Hinweisen auf frühere Prozesshandlungen zufriedengibt oder den angefochtenen Entscheid in allgemeiner Weise kritisiert (Urteil des Bundesgerichts vom 27. September 2012, 4A\_252/2012, E. 9.2.1). Soweit die Berufungsklägerin mit ihrem Hinweis ihre Argumente und Anträge, die sie vor der Vorinstanz vorgetragen hat, in ihre Berufungsschrift aufnehmen will, ohne die Argumente und Anträge in der Berufungsschrift selbst zu wiederholen, genügt ihre Berufung somit den Begrün-

Seite 9 — 32 dungsanforderungen nicht. Dasselbe ist mit Bezug auf die Berufungsantwort der Berufungsbeklagten zu sagen: Soweit die Berufungsbeklagte ihre Ausführungen vor der Vorinstanz zum integralen Bestandteil der Berufungsantwort erklären will, ohne die Ausführungen in der Berufungsantwort zu wiederholen, genügt die Berufungsantwort den Begründungsanforderungen nicht. Die II. Zivilkammer des Kantonsgerichts hat sich daher nur mit den Ausführungen, Argumenten und Rügen zu befassen, die sich in den Rechtsschriften des Berufungsverfahrens selbst finden. 4. a) Die Berufungsklägerin macht in der Berufung geltend, es sei Usanz, dass bei Tiefkühlprodukten mit der Prüfung der Ware bis zum Weiterverkauf zugewartet werde. Um diese Behauptung zu stützen, bietet sie die Einvernahmen von C.\_\_\_\_\_ an. Weder die Tatsachenbehauptung, noch ein Antrag auf Zeugeneinvernahme von C.\_\_\_\_\_ finden sich im vorinstanzlichen Verfahren. Sie sind folglich neu. Im Berufungsverfahren sind neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel grundsätzlich nur noch zulässig, wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Die von der Berufungsklägerin im Berufungsverfahren erstmals vorgebrachte Tatsachenbehauptung, dass eine Usanz bestehe, bei Tiefkühlware eine Prüfung erst vor dem Weiterverkauf vorzunehmen, betrifft klarerweise Umstände, die

bereits vor dem erstinstanzlichen Verfahren be- standen haben. Von Anfang an war zudem unter den Parteien umstritten, ob die Prüfung der Ware durch die Berufungsklägerin rechtzeitig erfolgt sei. Es hätte sich somit schon im vorinstanzlichen Verfahren aufgedrängt, die nun im Berufungsver- fahren erstmals vorgebrachte Behauptung einzubringen. Dasselbe ist mit Bezug auf den offerierten Zeugen zu sagen, der zu der Behauptung befragt werden soll. Mit zumutbarer Sorgfalt hätten die neue Behauptung und das zu ihrer Untermaue- rung angebotene Beweismittel somit schon im vorinstanzlichen Verfahren vorge- bracht werden können. Weder die neue Tatsachenbehauptung, noch die zu ihrem Nachweis angebotene Zeugeneinvernahme erfüllen damit die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO, weshalb sie vorliegend unbeachtet bleiben müssen. Selbst wenn man im Übrigen davon ausgehen wollte, die Berufungsklägerin habe mit ihrer Argumentation vor der Vorinstanz bereits implizit behauptet, dass usanz- gemäss die Prüfung der Ware erst vor dem Weiterverkauf vorgenommen werden müsse, so hätte der Antrag auf Abnahme des vorliegend offerierten Zeugen sich trotzdem schon im vorinstanzliche Verfahren aufgedrängt. Das im Berufungsver- fahren geltend gemachte neue Beweismittel müsste daher auch unter diesen Um- ständen unbeachtet bleiben, so dass die – von der Berufungsbeklagten bestrittene – Behauptung der Berufungsklägerin, dass gemäss Usanz die Prüfung der Ware

Seite 10 — 32 erst vor deren Weiterverkauf erfolgen müsse, von vornherein unbewiesen wäre. Es ist mithin im vorliegenden Verfahren nicht nachgewiesen, dass eine Usanz be- steht, Tiefkühlware erst vor dem Weiterverkauf zu prüfen, weshalb nicht davon ausgegangen werden kann. b) Um zu belegen, dass keine Usanz bestehe, Tiefkühlfleisch innerhalb von drei Tagen nach der Übernahme zu prüfen, bietet die Berufungsklägerin in ihrer Beru- fung die Einvernahme von C.\_\_\_\_\_ und von Dr. D.\_\_\_\_\_ an. Am 31. Januar 2012 hat sie zudem in diesem Zusammenhang ein Schreiben von Dr. D.\_\_\_\_\_ vom 25. Januar 2012 eingelegt. Weder wurden die Einvernahmen von C.\_\_\_\_\_ und von Dr. D.\_\_\_\_\_ bereits im vorinstanzlichen Verfahren beantragt, noch findet sich ein dem Schreiben vom 25. Januar 2012 entsprechendes Schreiben bereits bei den Akten. Diese Beweismittel sind somit als neu zu beurteilen und können nur Beach- tung finden, wenn sie die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO erfüllen. Wie bereits festgestellt, war zwischen den Parteien von Beginn weg strittig, ob die Be- rufungsklägerin ihrer Prüfungsobliegenheit gemäss Art. 201 OR rechtzeitig nach- gekommen ist. Bereits in der Klageantwort hat die Berufungsbeklagte erklärt, in der fleischverarbeitenden Branche werde üblicherweise von einer Prüfungsfrist von drei Tagen ausgegangen (Akten der Vorinstanz, act. II/2, S. 14, N 41). Es hät- te sich daher bereits im vorinstanzlichen Verfahren aufgedrängt, C.\_\_\_\_\_ und Dr. D.\_\_\_\_\_ als Zeugen zu benennen. Ebenso wäre die Einlage eines Schreibens wie jenes vom 25. Januar 2012 bereits im vorinstanzlichen Verfahren angezeigt gewe- sen. Auch wenn das Schreiben von Dr. D.\_\_\_\_\_ vom 25. Januar 2012 datiert und damit erst nach der vorinstanzlichen Hauptverhandlung verfasst worden ist, so befasst es sich doch mit Umständen, die lange vor der vorinstanzlichen Hauptver- handlung bekannt gewesen sein sollen. Sowohl der Antrag auf Zeugeneinvernah- me von C.\_\_\_\_\_ und von Dr. D.\_\_\_\_\_ als auch ein Schreiben wie dasjenige vom 25. Januar 2012 hätten daher bei gehöriger Sorgfalt im vorinstanzlichen Verfahren eingebracht werden können. Diese Beweismittel erfüllen die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO somit nicht, weshalb sie vorliegend keine Beachtung finden können. Lediglich der Vollständigkeit halber sei noch darauf hingewiesen, dass die Vorinstanz entgegen den Ausführungen in der Berufung gar nicht davon ausgeht, die Prüfung des Tiefkühlfleisches hätte usanzgemäss innert drei Tagen vorge- nommen werden müssen. Sie hat vielmehr entschieden, dass mit der Prüfung der

Ware erst drei Monate und 24 Tage nach der Übernahme die Frist von Art. 201 Abs. 1 OR nicht eingehalten worden sei.

Seite 11 — 32 c) Die Berufungsklägerin beantragt in der Berufung im Weiteren, es sei B. \_\_\_\_\_ einzuvernehmen. B. \_\_\_\_\_ ist bereits am 11. Mai 2011 rogatorisch einvernommen worden (Akten der Vorinstanz, act. VII/26). Er konnte sich dabei umfassend zu den ihm gestellten Fragen äussern. Insbesondere hat er bereits damals zum von ihm verfassten Gutachten des Firma A. \_\_\_\_\_ vom 2./23. Oktober 2008 ausführlich Stellung genommen. Es ist unter diesen Umständen nicht zu erwarten, dass sich aus einer erneuten Einvernahme von B. \_\_\_\_\_ neue, entscheidungsrelevante Auf- schlüsse ergäben. Auf die Einvernahme von B. \_\_\_\_\_ kann daher verzichtet wer- den. Auch wären übrigens die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt, soweit der Zeuge zu neuen Sachverhalten befragt werden soll. Jedenfalls ist weder ersichtlich noch wird von der Berufungsklägerin näher substantiiert, in- wie weit dies der Fall sein sollte. d) Schliesslich hat die Berufungsklägerin in der Berufung mehrfach eine Parteibe- fragung als Beweis offeriert. Bei der Berufungsklägerin handelt es sich um eine juristische Person, nämlich um eine Aktiengesellschaft. Sie kann nur durch ihre Organe handeln. Da sie in der Berufung einzig beantragt, eine Parteibefragung durchzuführen, ohne zu benennen, welches Organ befragt werden soll, ist ihr Be- weisbegehren zu unbestimmt formuliert, als dass ihm stattgegeben werden könn- te. Kommt hinzu, dass vorliegend bereits aufgrund der vorhandenen Akten ent- schieden werden kann, wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen. Aus diesem Grund kann auf die Parteibefragung verzichtet werden. Schliesslich wären auch hier die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO zu verneinen. 5. Die Berufungsklägerin hat weiter die Einholung einer Oberexpertise zur Frage der Mangelhaftigkeit des gelieferten Bündnerfleisches, zur Frage der Ent- stehung eines Mangels und zur Frage der Verkehrsfähigkeit des Bündnerfleisches beantragt. Bereits vor der Vorinstanz hat sie die Einholung eines gerichtlichen Gutachtens verlangt für den Fall, dass das Gericht aufgrund der eingereichten Parteigutachten nicht von einem mangelhaften Produkt ausgehe. Sie macht gel- tend, die Vorinstanz habe den Anspruch auf rechtliches Gehör beschnitten, indem sie einerseits festgestellt habe, die eingereichten Parteigutachten würden die Mangelhaftigkeit der gesamten Lieferung Bündnerfleisch nicht genügend belegen, dann aber andererseits trotzdem auf die Einholung des beantragten gerichtlichen Gutachtens verzichtet habe. Dazu ist festzustellen, dass die Vorinstanz zu Recht auf die Einholung eines gerichtlichen Gutachtens verzichtet hat, da selbst unter der Annahme der – teilweisen (siehe Erwägung 6) – Mangelhaftigkeit des Flei- sches im Zeitpunkt der Übergabe weder eine absichtliche Täuschung, noch ein

Seite 12 — 32 Grundlagenirrtum, noch eine Sachgewährleistung bejaht werden kann, wie die nachfolgenden Erwägungen deutlich aufzeigen. Es kann daher auch im Beru- fungsverfahren auf die Einholung einer Oberexpertise verzichtet werden. Der ent- sprechende Antrag ist folglich abzuweisen. 6. a) Die Berufungsklägerin hat in der Berufung mehrfach ausgeführt, gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung genüge es, wenn bei umfangreichen Liefe- rungen Stichproben geprüft würden. Seien die Stichproben mangelhaft, so gelte dies für die gesamte Lieferung. Dem kann in dieser undifferenzierten Form nicht zugestimmt werden. Vorweg ist festzustellen, dass sich das von der Berufungs- klägerin in der Berufungsschrift in diesem Zusammenhang erwähnte bundesge- richtliche Urteil BGE 34 II 408 mit der Entschädigung des Armenanwaltes befasst und in keiner Weise zur Klärung der Frage der genügenden Prüfung bei umfang- reichen Lieferungen und

der Folgen von mangelhaften Stichproben beiträgt. Es ist davon auszugehen, dass es sich um einen Verschieb der Berufungsklägerin handelt und sie eigentlich auf BGE 34 II 701 verweisen wollte. In BGE 34 II 701 E 2 in fine hat das Bundesgericht klar festgehalten, dass, wenn sich Stichproben bei der Prüfung zu einem gewissen Prozentsatz als mangelhaft erweisen, der Richter davon ausgehen muss, dass die ganze Lieferung zum selben Prozentsatz mangelhaft ist. Ergibt sich aus der Prüfung der Stichproben somit, dass diese teilweise mangelhaft sind, so ist die gesamte Lieferung als im selben Prozentsatz mangelhaft anzusehen. Entgegen den Ausführungen der Berufungsklägerin bewirken teilweise mangelhafte Stichproben folglich nicht, dass die gesamte Lieferung als zu 100% mangelhaft angenommen werden kann. In BGE 52 II 362 E 2 hat das Bundesgericht festgestellt, bei umfangreichen Lieferungen gleichartiger Einzelsachen könne eine besondere Prüfung jedes einzelnen Stückes nicht gefordert werden. Es müsse vielmehr ausreichen, wenn eine angemessene Zahl von Stichproben erhoben werde, deren Ergebnis den Schluss begründe, dass sämtliche Ware dieselbe Beschaffenheit aufweise. Aus diesen beiden Urteilen kann somit zweierlei geschlossen werden: Wie die Berufungsklägerin zu Recht geltend macht, muss bei einer umfangreichen Lieferung gleichartiger Gegenstände nicht jedes Einzelstück geprüft werden, sondern es genügt die Prüfung einer repräsentativen Anzahl von Stichproben. Erweisen sich die Stichproben als teilweise mangelhaft, so darf daraus aber entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin nicht auf eine vollständige Mangelhaftigkeit der gesamten Lieferung geschlossen werden, sondern nur auf eine Mangelhaftigkeit im selben Umfang wie die Stichproben.

Seite 13 — 32 b) Die Berufungsklägerin hat im vorinstanzlichen Verfahren mehrere Privatgutachten eingelegt, um damit die Mangelhaftigkeit der Lieferung zu beweisen. Der Firma A.\_\_\_\_\_, der von der Berufungsklägerin als Referenz in der Branche bezeichnet wird, hat im Privatgutachten vom 2./23. Oktober 2008 die ihm zur Verfügung gestellten drei Proben als nicht verkehrsfähig eingestuft (Akten der Vorinstanz, act. IV/5 und 7). Mit Gutachten vom 17. August 2009 hat er drei andere Proben als verkehrsfähig eingeschätzt und dabei ausdrücklich festgehalten, die im früheren Bericht aufgeführten Mängel hätten nicht festgestellt werden können (Akten der Vorinstanz, act. IV/22). In einem weiteren Gutachten vom 17. August 2009 beurteilte er von 19 Proben acht als akzeptabel und elf als ungenügend, verdorben oder mit groben Fehlern behaftet (Akten der Vorinstanz, act. IV/23). Die Firma B.\_\_\_\_\_ AG prüfte eine Probe, wobei die Berufungsklägerin explizit den Auftrag erteilte, die Ursachen für den von ihr selbst beobachteten störenden Fehlgeruch zu eruieren (Akten der Vorinstanz, act. IV/18 – 21). Die Firma B.\_\_\_\_\_ AG ging mithin aufgrund des Auftrags bereits vor der Prüfung davon aus, dass das Fleisch nicht mangelfrei sei. In ihren Berichten zeigt sich deutlich, dass sie dies nicht in Frage stellte, es ohne weitere Prüfung als gegeben annahm und von dieser Prämissen ausging. Im Übrigen vermochte sie die Unterschiede zwischen der Probe, welche gemäss dem Auftrag einen Fehlgeruch aufweisen sollte, und der Referenzprobe nicht wirklich zu erklären. Weiter verwendete sie nach eigenen Angaben Analysemethoden, die zwar dem Stand der Technik entsprachen, jedoch für Bündnerfleisch nicht validiert waren; es lagen auch keine Angaben über die Messunsicherheit vor (Akten der Vorinstanz, act. IV/19, S. 1). Und schliesslich ist zu sagen, dass vorliegend eine Probe allein in keiner Weise repräsentativ sein könnte. Die Berichte der Firma B.\_\_\_\_\_ AG können damit kein Beleg für eine Mangelhaftigkeit des Fleisches sein. Mit Bezug auf die Beurteilung durch das Firma C.\_\_\_\_\_ wiederum ist festzustellen, dass daraus nicht hervor geht, wann die 19 Proben untersucht worden sind (Akten der Vorinstanz, act. IV/24). In seiner Einvernahme hat L.\_\_\_\_\_, der offenbar die

Prüfung beim Firma C.\_\_\_\_\_ betreut hat, zudem erklärt, er wisse es nicht mehr sicher, aber er sei der Meinung, dass die Proben in aufgetautem Zustand bei ihnen eingetroffen seien (vgl. Akten der Vorinstanz, act. VII/30, S. 5, Zeile 14). Nachdem aufgrund dieser Sachlage nicht klar ist, ob und allenfalls wie lange die Proben bereits aufgetaut waren, bevor sie geprüft wurden, und wie sie in dieser Zeit gegebenenfalls gelagert wurden, kann nicht ausgeschlossen werden, dass die vom Firma C.\_\_\_\_\_ festgestellten Mängel nach dem Auftauen entstanden sind oder sich erheblich verschärft haben. Zudem äussert sich der Bericht in keiner Weise dazu, ob die Proben verkehrsfähig waren

Seite 14 — 32 oder nicht. Aus anderen Parteigutachten muss nämlich abgeleitet werden, dass die Proben immer noch als verkehrsfähig eingestuft werden konnten, auch wenn sie gewisse Mängel aufwiesen (vgl. Akten der Vorinstanz, act. IV/23 und 27). Interessant ist im Weiteren, dass L.\_\_\_\_\_ in seiner Einvernahme zunächst ausgeführt hat, sie hätten aufgrund der Proben, die sie erhalten und untersucht hätten, bei einigen eine Fehlreifung feststellen können (Akten der Vorinstanz, act. VII/30, S. 3, Zeile 31 f.). Er hat damit ganz klar festgehalten, dass nach Ansicht des Firma C.\_\_\_\_\_ nicht bei allen Proben eine Fehlreifung vorgelegen hat. Etwas später hat er in derselben Einvernahme erklärt, es habe im vorliegenden Fall seines Wissens [neben der Fehlreifung] keinen anderen Mangel gegeben (Akten der Vorinstanz, act. VII/30, S. 4, Zeile 10). Kurz darauf hat er die Frage, ob die untersuchten Proben als verkehrsfähig bezeichnet werden können, ohne Einschränkung verneint (Akten der Vorinstanz, act. VII/30, S. 4, Zeile 29). Noch etwas später hat er festgestellt, dass alles entweder geschmacklich oder farblich nicht gut gewesen sei; es habe bestimmt Proben gegeben, von denen man habe sagen können, dass man sie noch essen könne; aber verkaufen würde man die nicht mehr (Akten der Vorinstanz, act. VII/30, S. 5, Zeile 27 ff.). Die Aussagen von L.\_\_\_\_\_ passen damit nicht zusammen: Wenn nicht bei allen Proben eine Fehlreifung festgestellt wurde und gleichzeitig kein anderer Mangel vorlag, dann konnten nicht plötzlich alle Proben nicht verkehrsfähig sein. Da somit nicht klar ist, wann die Proben vom Firma C.\_\_\_\_\_ untersucht und welche als nicht verkehrsfähig eingestuft worden sind, und nachdem die Aussagen von L.\_\_\_\_\_ erhebliche Unklarheiten aufweisen, ist die Beurteilung der Proben durch das Firma C.\_\_\_\_\_ vorliegend nicht aussagekräftig. Die Forschungsanstalt Firma D.\_\_\_\_\_ beurteilte gemäss ihren Berichten von den 19 Proben fünf als gut oder sehr gut, drei als genügend und elf als ungenügend oder teilweise ungenügend (Akten der Vorinstanz, act. IV/25 – 27). Die Firma E.\_\_\_\_\_, O.2.\_\_\_\_\_, bewertete drei andere Proben und schätzte sie alle als nicht verkehrsfähig ein (Akten der Vorinstanz, act. IV/28). Es darf jedoch in diesem Zusammenhang nicht übersehen werden, dass die Firma E.\_\_\_\_\_ offenbar eine regelmässige Lieferantin der Berufungsklägerin war (Akten der Vorinstanz, act. IV/33 und 34), dass sie gleichzeitig aber auch Waren von der Berufungsbeklagten bezogen hatte (Akten der Vorinstanz, act. V/4), was zu einem klaren Interessenkonflikt führen konnte, und dass als Referenzproben bei der Degustation eigene Produkte hinzugezogen worden waren, was wiederum die Objektivität des Berichts in Frage stellen kann. J.\_\_\_\_\_ äusserte sich zu allen 19 Proben negativ (Akten der Vorinstanz, act. IV/29 und 30). Seine Äusserungen sind jedoch mit grösster Zurückhaltung zu würdigen. Zum einen sind die Firma F.\_\_\_\_\_, bei welcher

Seite 15 — 32 J.\_\_\_\_\_ als Bereichsleiter Foodsafety angestellt ist (Akten der Vorinstanz, act. VII/21, S. 17, Zeile 19 f.), und die Berufungsklägerin sehr eng verbunden: es sitzen weitgehend dieselben Personen in den beiden Verwaltungsräten (vgl. die im Internet

einsehbaren Handelsregisterauszüge der beiden Firmen), es findet ein reger Austausch zwischen den beiden Firmen statt und die Firma F.\_\_\_\_\_ hat im Zusammenhang mit der vorliegend interessierenden Fleischlieferung der Berufungsbeklagten offenbar sogar eine Krisenmanagementsitzung abgehalten, um Massnahmen zu besprechen (vgl. die Aussagen von J.\_\_\_\_\_ anlässlich seiner rogatorischen Einvernahme vom 28. April 2011, Akten der Vorinstanz, act. VII/21, S. 19 f., ab Zeile 32), und die von der Berufungsklägerin eingelegten Gutachten wurden überwiegend von der Firma F.\_\_\_\_\_ in Auftrag gegeben und an diese zu- gestellt (vgl. Akten der Vorinstanz, act. IV/5, 7, 22, 23, 24, 25, 26). J.\_\_\_\_\_ ist im Weiteren von K.\_\_\_\_\_ darüber informiert worden, wer als Zeuge vorgeladen worden ist (Akten der Vorinstanz, act. VII/21, S. 19, Zeile 45 f.), und er hat die Parteigutachten offenbar teilweise sogar selbst in Auftrag gegeben (vgl. Akten der Vorinstanz, act. IV/25 und 26). Die Akten belegen somit deutlich, dass zwischen der Firma F.\_\_\_\_\_ beziehungsweise J.\_\_\_\_\_ und der Berufungsklägerin eine sehr enge Verbindung besteht, weshalb J.\_\_\_\_\_ offensichtlich die Unabhängigkeit gefehlt hat. Zum andern hat J.\_\_\_\_\_ durchwegs auch die Proben als klarerweise nicht verkehrsfähig beanstandet, die von anderen Parteigutachtern als genügend oder sogar gut eingestuft worden sind (Akten der Vorinstanz, act. IV/23, 27 und 30). Seine dabei gewählten Formulierungen („Jeder, der dieses Produkt auf den Markt bringt, macht sich vorsätzlich strafbar!“, „Das gesamte Bündnerfleisch von A.\_\_\_\_\_ ist in einem so desolaten sensorischen und visuellen Zustand, dass es nicht als Bündnerfleisch in den Verkehr gebracht werden darf!“) lassen grösste Zweifel an seiner Unvoreingenommenheit aufkommen. Das Parteigutachten von J.\_\_\_\_\_ vermag unter diesen Umständen die anderen Parteigutachten, in welchen von einer teilweisen Verkehrsfähigkeit der untersuchten Proben ausgegangen wird, nicht zu widerlegen. Selbst wenn man sich den von der Berufungsklägerin eingereichten Parteigutachten anschliessen wollte, wäre somit nur von einer teilweise fehlenden Verkehrsfähigkeit der Proben und damit auch nur von einer teilweise fehlenden Verkehrsfähigkeit der ganzen Lieferung auszugehen. Andere Beweismittel, die eine gänzlich fehlende Verkehrsfähigkeit der gesamten Lieferung belegen würden, sind nicht ersichtlich. Insbesondere ergibt sich eine solche auch nicht aus den Zeugenaussagen. Auch wenn man sich den Parteigutachten anschliesst, ist somit nicht nachgewiesen, dass die ganze Lieferung nicht verkehrsfähig

Seite 16 — 32 war. Davon ist die Vorinstanz entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin folglich zu Recht ausgegangen. c) Der Vollständigkeit halber sei noch angefügt, dass die in E.6.a zuvor aufgeführten Grundsätze mutatis mutandis auch bei der Wandelung gelten. Das Bundesgericht hat sich in einem neueren Entscheid zwar der eigenen Rechtsprechung zu Art. 255 aOR (Fassung vom 14. Juni 1881) angeschlossen, wonach trotz nur teilweiser Mangelhaftigkeit der Lieferung eine Gesamtwandelung verlangt werden kann, wenn dem Käufer das Aussortieren der fehlerhaften Stücke aus einer erheblichen Gesamtmenge wegen eines besonderen Zeit-, Arbeits- und Geldaufwandes nicht zumutbar ist (Urteil des Bundesgerichts vom 29. August 2003, 4C.125/2003, E 2.2). Jedoch ist in diesem Zusammenhang klar festzustellen, dass nicht die ganze Lieferung mangelhaft wird, wenn ein Aussortieren der fehlerhaften Einzelstücke nicht verlangt werden kann. Die Lieferung bleibt vielmehr nur teilweise mangelhaft. Es wird aber auf die Voraussetzung verzichtet, dass nur die mangelhaften Teile gewandelt werden können (vgl. Art. 209 OR), indem eine Gesamtwandelung zugelassen wird. 7. Die Berufungsklägerin wendet sich dagegen, dass die Vorinstanz von einer Gattungsschuld ausgegangen ist. Sie macht geltend, sie habe am 5. Juni 2008 alle Waren abgeholt, die bei der

Berufungsbeklagten vorrätig gewesen seien. Ein ganzes Lager zu kaufen, sei eine Stückschuld. Zudem habe nicht sie, sondern die Berufungsbeklagte die Wahl der auszuscheidenden Ware getroffen, indem sie angeboten habe, alles zu liefern, was sie noch vorrätig habe. Es sei auch festzustellen, dass die drei Positionen gemäss Lieferung vom 5. Juni 2008 nicht als eine Stückschuld, sondern als drei Stückschulden zu betrachten seien, wobei jede ein eigenes rechtliches Schicksal erfahren könne. Die Berufungsbeklagte hält dem entgegen, dass die Parteien sich lediglich darauf geeinigt hätten, dass sie der Berufungsklägerin Fleisch liefere, um ausstehende Schulden zu tilgen. Welche Sorte Fleisch sie schliesslich liefern würde, sei der Berufungsklägerin vollkommen gleichgültig gewesen, weshalb die Parteien einen Vertrag über eine Gattungsschuld abgeschlossen hätten. Im Weiteren habe die Berufungsklägerin keineswegs den ganzen Vorrat der Berufungsbeklagten mitgenommen. – Eine Stückschuld liegt vor, wenn sich die Parteien auf einen konkreten, bereits individualisierten Leistungsgegenstand geeinigt haben. Eine Gattungsschuld ist gegeben, wenn der zu leistende Gegenstand nur nach Gattungsmerkmalen, das heisst nur qualitativ und quantitativ, bestimmt worden ist. Um die Frage zu beantworten, ob es sich vorliegend um eine Gattungs- oder um eine Stückschuld gehandelt hat, ist

Seite 17 — 32 zunächst zu klären, ob die Berufungsklägerin tatsächlich das ganze Lager der Berufungsbeklagten gekauft hat, wie sie behauptet, oder ob das nicht zutrifft. Die Berufungsklägerin führt in diesem Zusammenhang in der Berufung an, die Zeugen G.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ hätten bestätigt, dass sie den ganzen Vorrat gekauft habe. Die Berufungsklägerin konkretisiert dabei nicht, ob sie den Zeugen E.G.\_\_\_\_\_ oder den Zeugen F.G.\_\_\_\_\_ meint. Beide Zeugeneinvernahmen tragen dieselbe Aktennummer (die von der Berufungsklägerin in der Berufung zudem falsch wiedergegeben wird), weshalb auch keine Unterscheidung aufgrund der Aktennummer möglich ist. Nachdem jedoch der Zeuge F.G.\_\_\_\_\_ erst am 1. Juli 2008 bei der Berufungsklägerin zu arbeiten begonnen hat (Akten der Vorinstanz, act. VII/21, S. 21, Zeile 34) und er sich somit zu den Ereignissen vom 5. Juni 2008 gar nicht äussern konnte, bezieht sich der Hinweis in der Berufungsschrift wohl auf die Zeugeneinvernahme von E.G.\_\_\_\_\_. Liest man die Zeugeneinvernahmen der beiden Zeugen jedoch durch, stellt man fest, dass es nicht zutrifft, dass diese bestätigt haben, die Berufungsklägerin habe den ganzen Vorrat gekauft. E.G.\_\_\_\_\_ hat in seiner Einvernahme nur ausgesagt, dass ein grosser Teil der vereinbarten Ware bereits bereitgestellt gewesen sei, als sie am Abend des 5. Juni 2008 in O.1.\_\_\_\_\_ angekommen seien (vgl. Akten der Vorinstanz, act. VII/21, S. 3 f.). Daraus kann keineswegs abgeleitet werden, es sei der ganze Vorrat der Berufungsbeklagten übernommen worden. H.\_\_\_\_\_ wiederum hat als Zeuge zunächst ausgesagt, er könne sich nicht mehr genau erinnern, wie es drin aussähe, aber sie hätten das Fleisch von drinnen aus gekühlten Räumen geholt. In Beantwortung der nächsten Frage hat er dann ausgeführt, A.\_\_\_\_\_ habe ihnen genau gesagt, welches Fleisch sie einladen sollten; es sei ihm so, dass sie alles hätten mitnehmen sollen, was in diesem Raum gewesen sei, da sei nachher nichts mehr gewesen (Akten der Vorinstanz, act. VII/32, S. 3, Antwort zu den Fragen 4 und 5). H.\_\_\_\_\_ spricht somit einmal von mehreren Räumen, aus denen sie das Fleisch hätten holen müssen, und in der nächsten Antwort nur noch von einem Raum, aus dem sie dann alles Fleisch mitgenommen hätten. Dies ist insoweit widersprüchlich. H.\_\_\_\_\_ hat aber ganz deutlich ausgesagt, dass A.\_\_\_\_\_ genau bezeichnet habe, welches Fleisch sie hätten mitnehmen müssen. Dies wäre nicht notwendig gewesen, wenn der ganze Vorrat verkauft worden wäre. Die von der Berufungsklägerin genannten Zeugenaussagen bestätigen ihre Behauptung, sie

habe den ganzen Vorrat der Berufungsbeklagten gekauft, mithin nicht. Auch in den weiteren Akten lässt sich kein Hinweis dafür finden, dass die Berufungsklägerin den gesamten Vorrat der Berufungsbeklagten übernommen hätte. Die Behauptung der Berufungsklägerin findet in den Akten mithin keine Stütze. Nachdem die

Seite 18 — 32 Berufungsbeklagte bestreitet, dass die Berufungsklägerin den gesamten Vorrat gekauft habe, muss die entsprechende Behauptung der Berufungsklägerin vorliegend als unbewiesen beurteilt werden, weshalb nicht davon ausgegangen werden kann. Daran vermögen die weiteren Ausführungen der Berufungsklägerin in ihrer Berufungsschrift nichts zu ändern. So zitiert die Berufungsklägerin aus der Klageantwort der Berufungsbeklagten im vorinstanzlichen Verfahren, in welcher die Berufungsbeklagte festgehalten hat: „... hatte die Klägerin damals keine andere Wahl; sie nahm, was erhältlich war.“ Aus dieser Textstelle will die Berufungsklägerin eine Bestätigung ableiten, dass sie den gesamten Vorrat gekauft habe. Liest man jedoch die Klageantwort durch, so wird schnell klar, dass die Berufungsbeklagte sich an der Stelle, die von der Berufungsklägerin zitiert wird, zu der vereinbarten Qualität des Fleisches äussert und nicht zu der vereinbarten Menge. Die Berufungsbeklagte hat mit der genannten Textstelle offensichtlich einzig ausdrücken wollen, dass die Qualität des Fleisches für die Berufungsklägerin nicht entscheidend gewesen sei. Aus der Klageantwort ist mithin keine Bestätigung der Behauptung der Berufungsklägerin abzuleiten, sie habe den ganzen Vorrat gekauft. Die weiteren Ausführungen in der Berufungsschrift, dass die Berufungsklägerin auf 60% ihrer Forderung habe verzichten müssen, obwohl sie alles mitgenommen habe, was vorhanden gewesen sei, und dass sie ein grösseres Los gezogen hätte, wenn mehr Fleischwaren an Lager gewesen wären, werden von der Berufungsbeklagten bestritten. Da die Berufungsklägerin weder die Höhe ihrer Forderung gegenüber der Berufungsbeklagten, noch den behaupteten Ausfall nachgewiesen hat, kann vorliegend mithin nicht davon ausgegangen werden, es wäre ihr mehr zugestanden als der angerechnete Gegenwert für die tatsächlich übernommenen Waren. Unter diesen Umständen aber spricht nichts dafür, dass die Berufungsklägerin nicht mehr Fleischwaren mitgenommen hat, weil nicht mehr vorhanden waren. Aus dem Dargelegten ergibt sich, dass nicht nachgewiesen ist, dass die Berufungsklägerin den gesamten Vorrat der Berufungsbeklagten gekauft hat. Dass sie genau bezeichnete, individuell bestimmte Fleischstücke gekauft hätte, macht die Berufungsklägerin selbst nicht geltend. Die Aussage von H.\_\_\_\_\_, dass A.\_\_\_\_\_ ihnen genau gesagt habe, welches Fleisch sie mitnehmen sollten, spricht denn auch dafür, dass A.\_\_\_\_\_ entschieden hat, welche Fleischstücke mitgegeben worden sind. Die Ware war zudem nach Aussage von E.G.\_\_\_\_\_ zum grossen Teil bereits bereitgestellt, was auch darauf hinweist, dass die Berufungsbeklagte die Ausscheidung der verkauften Ware vorgenommen hat. Und schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass es das erklärte Ziel der Berufungsklägerin war, durch die Übernahme des Fleisches ihre Forderungen gegenüber der Berufungs-

Seite 19 — 32 beklagten zu decken. Es ist offensichtlich, dass es dazu nicht auf die Art des Fleisches ankam, solange nur dessen Gegenwert insgesamt der Höhe der Forderungen entsprach. All dies deutet deutlich darauf hin, dass zwischen den Parteien kein Stückkauf, sondern ein Gattungskauf vereinbart war. Es ist somit entgegen den Ausführungen der Berufungsklägerin und in Übereinstimmung mit den Erwägungen der Vorinstanz vorliegend von einem Gattungskauf auszugehen. 8. Die Vorinstanz hat in ihrem Urteil eine absichtliche Täuschung durch die Berufungsbeklagte verneint. Die Berufungsklägerin wirft

der Vorinstanz in der Berufung vor, sie gehe in diesem Zusammenhang von einem Sachverhalt aus, der so nicht bewiesen sei. a) Ist ein Vertragsschliessender durch absichtliche Täuschung seitens des anderen zu dem Vertragsabschluss verleitet worden, so ist der Vertrag für ihn auch dann nicht verbindlich, wenn der erregte Irrtum kein wesentlicher war (Art. 28 Abs. 1 OR). Die Täuschungshandlung besteht entweder im Vorspiegeln falscher Tatsachen oder im Verschweigen von Tatsachen, wobei dies nur dann genügt, wenn eine Aufklärungspflicht besteht (Schwenzer, Basler Kommentar, N 3 ff. zu Art. 28 OR). Die Täuschung muss im Weiteren absichtlich erfolgen, das heisst, der Täuschende muss die Unrichtigkeit des Sachverhalts kennen und er muss zumindest in Kauf nehmen, dass der Vertragspartner getäuscht wird (vgl. Schwenzer, a.a.O., N 11 zu Art. 28 OR). b) Die Vorinstanz hat eine Täuschung mit dem Argument verneint, die Berufungsbeklagte habe das Fleisch nicht wie üblich aufbereiten, das heisse umpacken und neu pressen können, weil die Übergabe des tiefgekühlten Fleisches kurzfristig vereinbart und vorgenommen worden sei. Die Parteien seien sich zudem einig, dass die Mangelhaftigkeit des Fleisches, sofern eine solche überhaupt vorgelegen habe, nicht durch die Verpackung hindurch habe erkannt werden können. Gestützt auf diesen Sachverhalt sei davon auszugehen, dass die Berufungsbeklagte keine Kenntnis von der allfälligen Mangelhaftigkeit des Fleisches gehabt habe oder hätte haben können. Die Berufungsklägerin moniert in diesem Zusammenhang, die Vorinstanz übersehe bei dieser Argumentation, dass der Zeuge B.\_\_\_\_\_, ein zertifizierter Fachmann und Prüfleiter beim Firma A.\_\_\_\_\_, in seiner Einvernahme ausgesagt habe, dass er noch nie etwas von einer Notwendigkeit zum Umpacken oder Nachpressen gehört habe und dies ungewöhnlich wäre. Sie führt weiter aus, es gebe denn auch keine Notwendigkeit, etwas neu zu verpacken und zu pressen, wenn nicht davon ausgegangen werde, dass das verpackte Produkt nicht in Ordnung sein könnte. Dazu ist zu sagen, dass zum einen A.\_\_\_\_\_ anlässlich seiner Beweisaussage vor der Vorinstanz, und damit unter der Strafdrohung von Art. 306 StGB, ausgesagt hat, es sei ursprünglich beabsichtigt gewesen, die Ware vor Ablieferung aufzutauen, neu zu pressen und eine Endkontrolle durchzuführen, wie dies normalerweise geschehe (Akten der Vorinstanz, act. I/7, S. 2, zu Frage 3). Zum andern hat der Zeuge I.\_\_\_\_\_, von Beruf Metzgermeister, auf die Frage, ob aus seiner Sicht vor der Auslieferung von Fleisch eine Pressung oder Nachpressung notwendig sei, erklärt, es komme darauf an, wie das Fleisch eingefroren worden sei; teilweise sei es notwendig, teilweise nicht, es komme auf den Artikel an (Akten der Vorinstanz, act. VII/27, S. 4, Fragen von Rechtsanwalt Oberholzer). I.\_\_\_\_\_ hat damit bestätigt, dass auch bei tiefgefrorenem Fleisch ein Nachpressen notwendig sein kann. I.\_\_\_\_\_ ist Metzgermeister, was darauf hinweist, dass er offensichtlich eine weiterführende Ausbildung abgeschlossen hat. Es ist davon auszugehen, dass er fundierte Kenntnisse in Sachen Fleischverarbeitung hat. Seine Aussage ist klar und eindeutig. Im Zeitpunkt der Einvernahme hat er bereits mehr als zwei Jahre nicht mehr bei der Berufungsbeklagten gearbeitet und er stand in keinem Verhältnis mehr zur Berufungsbeklagten (vgl. seine Aussage anlässlich der Einvernahme vom 17. Mai 2011, Akten der Vorinstanz, act. VII/27, S. 1 unten). Es sind keine Hinweise ersichtlich, dass I.\_\_\_\_\_ nicht wahrheitsgemäss ausgesagt haben könnte. Und schliesslich ist auch darauf hinzuweisen, dass I.\_\_\_\_\_ als Zeuge einvernommen und ins Handgelübde genommen worden ist, weshalb er unter der Strafdrohung von Art. 307 Abs. 2 StGB ausgesagt hat. Nachdem I.\_\_\_\_\_ im Jahre 2008 für sieben Monate bei der Berufungsbeklagten angestellt war, waren ihm die Abläufe in der Fleischproduktion bei der Berufungsbeklagten zweifellos bekannt. Seine Aussage legt zusammen mit den Aussagen

von A. \_\_\_\_\_ den Schluss nahe, dass bei der Berufungsbeklagten auch tiefgekühltes Fleisch zumindest teilweise einer Nachpressung unterzogen worden ist. Und nur darauf kommt es an. Ob eine entsprechende Übung auch in anderen Firmen praktiziert wird oder allgemein bekannt ist, ist nicht entscheidend. Relevant ist einzig, dass dies bei der Berufungsbeklagten offenbar so gehandhabt wurde. Dass B. \_\_\_\_\_ in seiner Einvernahme erklärt hat, er könne sich bei Tiefkühlware eine Pressung nicht vorstellen und es mache keinen Sinn, tiefgekühlte Ware nachzureifen, zu pressen oder nachzutrocknen, vermag daran nichts zu ändern, hat sich seine Aussage doch nicht spezifisch auf die Fleischverarbeitung bei der Berufungsbeklagten bezogen. Ist aber davon auszugehen, dass bei der Berufungsbeklagten auch tiefgefrorenes Fleisch teilweise einer Neupressung und damit einer neuerlichen Kontrolle unterzogen worden ist, kann nicht ohne weitere Indizien da-

Seite 21 — 32 von ausgegangen werden, die Berufungsbeklagte habe gewusst beziehungsweise habe wissen müssen, dass das an die Berufungsklägerin verkaufte Bündnerfleisch, das anerkanntermassen nicht neu gepresst worden war, mangelhaft war. Dabei ist insbesondere auch daran zu denken, dass sich aus den Akten in keiner Weise ergibt, dass die von der Berufungsbeklagten offenbar durchgeführte Neupressung von tiefgefrorenem Fleisch öfter zur Aufdeckung von mangelhaften Chargen geführt hätte. Auch enthalten die Akten keinen Anhaltspunkt dafür, dass bezüglich der Chargen, aus denen die bemängelten Fleischstücke stammen, Besonderheiten, Probleme oder Fehler in der Produktion bekannt gewesen wären. Da eine gewisse abschliessende Kontrolle bei der Berufungsbeklagten anscheinend erst kurz vor der Übergabe der Ware gemacht worden ist, und nachdem sich aus den Akten nicht schliessen lässt, es hätten sich dabei öfter Mängel der Ware gezeigt und es seien Auffälligkeiten mit Bezug auf die Produktion der beanstandeten Fleischstücke bekannt gewesen, kann nicht davon ausgegangen werden, die Berufungsbeklagte habe von der teilweisen Mangelhaftigkeit des Bündnerfleisches gewusst beziehungsweise sie hätte davon wissen müssen. Diese Schlussfolgerung wird durch weitere Überlegungen gestützt. So hätte es für die Berufungsbeklagte keinen Sinn gemacht, mehrere Tonnen bekanntermassen nicht verkehrsfähiges Fleisch über lange Zeit (teilweise über ein Jahr) zu lagern (aus den Akten der Vorinstanz, act. IV/27, geht hervor, dass die untersuchten Fleischstücke alle im Jahre 2007 hergestellt worden sind). Dies hätte sowohl unnötig Lagerplatz belegt, als auch unnötige Lagerkosten verursacht. Im Weiteren wurden in einigen der Parteigutachten, die die Berufungsklägerin ins Recht gelegt hat, mehr als 50% der untersuchten Fleischstücke als nicht mehr verkehrsfähig beurteilt, mithin ein sehr hoher Prozentsatz. Es wäre für die Berufungsbeklagte damit aber von Beginn weg klar gewesen, dass die mangelhafte Ware nicht hätte unentdeckt bleiben können. Nachdem nicht nachgewiesen ist, dass bei Tiefkühlprodukten mit der Prüfung der Ware usanzgemäss bis zum Weiterverkauf zugewartet wird, hätte die Berufungsbeklagte damit rechnen müssen, dass die Berufungsklägerin die mangelhafte Ware sofort reklamiert und eine anderweitige Begleichung der ausstehenden Forderungen verlangt hätte. Auch unter diesem Aspekt hätte es keinen Sinn gemacht, bewusst mangelhaftes Fleisch zu verkaufen, hätte dies doch nur weiteren Aufwand und Schwierigkeiten verursacht. Kommt hinzu, dass etwas davon in der Branche hätte bekannt werden können, was dem Ruf der Berufungsbeklagten geschadet hätte. Nachdem im Jahre 2008 ein Käufer für die Berufungsbeklagte gesucht wurde, hätte sie ihren Ruf kaum bewusst gefährdet. Insbesondere aber ist in die Überlegungen miteinzubeziehen, dass zwei Zeugen ausgesagt haben, es ha-

Seite 22 — 32 be mit Bezug auf die gleiche Fleischart und die gleiche Produktion keine Beanstandungen von anderen grösseren Abnehmern gegeben (vgl. die Aussagen von I.\_\_\_\_\_ und M.\_\_\_\_\_, Akten der Vorinstanz, act. VII/27, S. 4 Mitte, und act. VII/28, S. 3 unten). Auch wenn beide Zeugen bei der Berufungsbeklagten angestellt gewesen sind, so hatten sie im Zeitpunkt der Einvernahme doch schon längere Zeit keine Kontakte mehr zur Berufungsbeklagten oder zu A.\_\_\_\_\_. Beide Zeugen sind zur Wahrheit ermahnt und ins Handgelübde genommen worden und haben daher unter der Strafdrohung von Art. 307 Abs. 2 StGB ausgesagt. Es sind keine Hinweise ersichtlich, dass sie nicht wahrheitsgemäss ausgesagt haben könnten. Aufgrund der Aktenlage ist daher davon auszugehen, dass keine weiteren Beanstandungen bezüglich der Chargen bei der Berufungsbeklagten eingegangen sind, aus denen auch die von der Berufungsklägerin reklamierten Fleischstücke stammten. Es ist auch darauf hinzuweisen, dass die Berufungsklägerin selbst erklärt hat, sie habe davor von der Berufungsbeklagten immer nur erstklassige Ware erhalten. Grundsätzlich hat die Berufungsbeklagte daher erstklassige Produkte hergestellt. Der Preis schliesslich, der für das Bündnerfleisch verrechnet worden ist und der gemäss Berufungsklägerin sehr hoch sei und deswegen auf erstklassige Qualität hinweisen soll, was die Berufungsbeklagte allerdings bestreitet, kann gerade so gut als Indiz dafür gewertet werden, dass der Berufungsbeklagten nicht bewusst war, dass Teile des Bündnerfleisches Mängel aufweisen könnten, ansonsten sie das Bündnerfleisch günstiger verkauft hätte. Insgesamt gesehen ist festzustellen, dass vorliegend nicht bewiesen ist, dass die Berufungsbeklagte von der Mangelhaftigkeit des Bündnerfleisches wusste oder wissen musste. Selbst wenn daher davon ausgegangen wird, dass das Fleisch bereits im Zeitpunkt der Übergabe zumindest teilweise nicht mehr verkehrsfähig war, so ist eine absichtliche Täuschung durch die Berufungsbeklagte nicht nachgewiesen, da nicht dargetan ist, dass die Berufungsbeklagte von der Mangelhaftigkeit des Fleisches wusste oder wissen musste. Der Anfechtung des Kaufvertrages wegen absichtlicher Täuschung (Art. 28 Abs. 1 OR) kann vorliegend somit kein Erfolg beschieden sein. Die Vorinstanz hat das entsprechende Argument der Berufungsklägerin folglich zu Recht verworfen. Die Berufung ist in diesem Punkt abzuweisen. Es sei abschliessend noch darauf hingewiesen, dass die Berufungsbeklagte aufgrund der geschilderten Sachlage ebenso wenig Kenntnis davon haben musste, dass das Bündnerfleisch nicht erstklassiger Qualität sein könnte. Wie bereits einlässlich dargelegt, wurde auch tiefgefrorenes Fleisch bei der Berufungsbeklagten einer Neupressung und damit einer neuerlichen Kontrolle unterzogen und es ist nicht dargetan, dass dabei immer wieder Fleisch von minderer Qualität entdeckt

Seite 23 — 32 worden wäre. Die Akten enthalten auch keinen Hinweis, dass bezüglich der Chargen, aus denen die beanstandeten Fleischstücke stammen, Besonderheiten, Schwierigkeiten oder Fehlleistungen in der Produktion bekannt gewesen wären. Aus der Feststellung der Berufungsklägerin, sie habe davor von der Berufungsbeklagten immer nur erstklassige Qualität erhalten, ist zu schliessen, dass die Berufungsbeklagte grundsätzlich erstklassige Qualität produziert hat. Daraus ergibt sich, dass die Berufungsbeklagte auch bezüglich einer allenfalls minderen Qualität des Bündnerfleisches keine Kenntnis hatte oder haben musste. 9. In einem weiteren Punkt bemängelt die Berufungsklägerin, dass die Vorinstanz zwar das Vorliegen eines Grundlagenirrtums für den Fall, dass die Ware bei Gefahrenübergang mangelhaft gewesen sei, festgestellt habe, anschliessend aber von einer Gattungsschuld ausgegangen sei und den Nachweis der Mangelhaftigkeit der gesamten Lieferung als nicht erbracht erachtet habe. a) Der Vertrag ist für denjenigen unverbindlich, der sich beim Abschluss in einem wesentlichen Irrtum

befunden hat (Art. 23 OR). Der Irrtum ist unter anderem ein wesentlicher, wenn er einen bestimmten Sachverhalt betraf, der vom Irrenden nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet wurde (Grundlagenirrtum; vgl. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR). Um von einem Grundlagenirrtum sprechen zu können, ist subjektive und objektive Wesentlichkeit sowie deren Erkennbarkeit für den Erklärungsgegner erforderlich. Subjektive Wesentlichkeit ist gegeben, wenn der Sachverhalt, auf den sich die irrige Vorstellung bezieht, für den Erklärenden eine *conditio sine qua non* für seine Willensbildung gewesen ist. Objektive Wesentlichkeit bedeutet, dass sich der zu- grunde gelegte Sachverhalt auch vom Standpunkt oder nach den Anforderungen des loyalen Geschäftsverkehrs als notwendige Grundlage des Vertrags darstellt (vgl. Schwenzer, a.a.O., N 20 ff. zu Art. 24 OR). Zu beachten ist zudem, dass beim Gattungskauf ein Grundlagenirrtum nur erfolgreich geltend gemacht werden kann, wenn die gesamte Gattung mangelhaft ist, sich also der Irrtum auf eine Eigenschaft der ganzen Gattung bezieht, weil andernfalls kein Irrtum bei Vertragsabschluss vorliegt, sondern nur mangelhafte Lieferung (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 19. Februar 2007, 4C.300/2006, E 5.3). b) Wie die Vorinstanz bereits zu Recht festgestellt hat, ist der Berufungsklägerin vorliegend ein Grundlagenirrtum zuzugestehen, geht man davon aus, dass das Bündnerfleisch bereits beim Gefahrenübergang teilweise nicht verkehrsfähig war. Es ist offensichtlich, dass die Berufungsklägerin das Fleisch nur übernommen hat,

Seite 24 — 32 weil sie davon ausgegangen ist, dass sie es weiterverkaufen könne. Dazu aber musste das Fleisch mindestens verkehrsfähig sein. Ebenso klar ist, dass kein Fleischhändler Fleisch kaufen würde, das nicht verkehrsfähig ist. Die subjektive und die objektive Wesentlichkeit der irrigen Vorstellung „zumindest verkehrsfähiges Fleisch“ sind damit augenscheinlich gegeben. Aber auch die Erkennbarkeit der Bedeutung des irrtümlich vorgestellten Sachverhalts für die Berufungsbeklagte ist zu bejahen, da die Berufungsbeklagte wusste beziehungsweise ohne Weiteres davon ausgehen musste, dass die Berufungsklägerin das Fleisch weiterverkaufen wollte. Ein Grundlagenirrtum ist somit unter der Prämisse, dass ein Teil des Bündnerfleisches bereits beim Gefahrenübergang mangelhaft war, gegeben. Da es sich vorliegend jedoch um einen Gattungskauf gehandelt hat, wie bereits eingehend erläutert worden ist, ist es für eine erfolgreiche Geltendmachung des Grundlagenirrtums notwendig, dass der Nachweis der Mangelhaftigkeit der gesamten Gattung gelingt. Und davon kann vorliegend nicht gesprochen werden, wie die Vorinstanz im Ergebnis bereits richtigerweise festgestellt hat. Dass die gesamte Gattung Bündnerfleisch den von der Berufungsklägerin monierten Mangel aufgewiesen hat, kann ohne weiteres von vornherein ausgeschlossen werden. Geprüft werden muss jedoch die Möglichkeit, dass die gesamte Gattung „Bündnerfleisch der Y.\_\_\_\_\_, A.\_\_\_\_\_“ den Mangel gehabt haben könnte. Dieser Nachweis ist vorliegend offensichtlich nicht erbracht, nachdem selbst gemäss eingelegten Parteigutachten ein Teil der Proben durchaus verkehrsfähig, ja sogar gut war. Kommt hinzu, dass nicht feststeht, dass die Berufungsklägerin den ganzen Vorrat der Berufungsbeklagten an Bündnerfleisch mitgenommen hat. Ob aber das allenfalls bei der Berufungsbeklagten verbliebene Bündnerfleisch mangelhaft gewesen ist, ist völlig unklar. Damit misslingt der Berufungsklägerin der Nachweis, dass die gesamte Gattung „Bündnerfleisch der Y.\_\_\_\_\_, A.\_\_\_\_\_“ mangelhaft gewesen ist. Ihrer Anfechtung des Kaufvertrages wegen Grundlagenirrtum kann damit kein Erfolg beschieden sein, weil ein Käufer bei einer nur der Gattung nach geschuldeten Sache im Zeitpunkt des Vertragsschlusses immer damit rechnen muss, dass die vom Verkäufer später zu spezifizierende Ware Mängel aufweisen

könnte (Urteil des Bundesgerichts vom 19. Februar 2007, 4C.300/2006, E 5.3). Zu Recht hat die Vorinstanz der Berufungsklägerin somit die Berufung auf Grundlagenirrtum verwehrt. Die Berufungsklägerin dringt auch in diesem Punkt mit ihrer Berufung nicht durch. Ist die Berufung auf Grundlagenirrtum nicht möglich, so kann dahingestellt bleiben, welche Qualität der Ware die beiden Vertragsparteien tatsächlich vereinbart hat-

Seite 25 — 32 ten. Ebenso offengelassen werden kann die Frage der Genehmigung des Vertragsgeschäfts durch konkludentes Verhalten der Berufungsklägerin. 10. Eventualiter hat die Berufungsklägerin vor der Vorinstanz Ansprüche aus Schlecht- oder Nichterfüllung nach Art. 97 ff. OR und aus Sachgewährleistung nach Art. 197 ff. OR geltend gemacht. Das Bezirksgericht Albula hat entsprechende Ansprüche verneint, da die Berufungsklägerin ihre Prüfungs- und/oder Rügepflicht gemäss Art. 201 OR verletzt habe. Die Berufungsklägerin macht in der Berufung geltend, die Vorinstanz habe zu Unrecht die „normalen“ Regeln betreffend Prüfungs- und Rügeobliegenheit angewandt, ohne die Besonderheiten des Falles zu berücksichtigen. a) Neben der kaufrechtlichen Sachmängelhaftung nach Art. 197 ff. OR kommt gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts die Haftung aus Nicht- oder Schlechterfüllung gemäss Art. 97 ff. OR konkurrierend zur Anwendung (Honsell, Basler Kommentar, N 6 der Vorbemerkungen zu Art. 197 – 210 OR). Dabei werden alle Besonderheiten des Sachmängelrechts wie Rügeobliegenheit, Verjährung oder Haftungsfreizeichnung auf den Anspruch aus Art. 97 ff. OR übertragen (vgl. BGE 133 III 335 E 2). Gemäss Art. 201 Abs. 1 OR ist der Käufer verpflichtet, die Beschaffenheit der empfangenen Sache sobald als nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich zu prüfen und, falls sich Mängel ergeben, für die der Verkäufer Gewähr zu leisten hat, diesem sofort Anzeige zu machen. Geheime Mängel sind sofort nach Entdeckung dem Verkäufer anzuzeigen, andernfalls die Sache trotz der Mängel als genehmigt gilt (vgl. Art. 201 Abs. 3 OR). b) Es ist zwischen den Parteien unbestritten, dass die Berufungsklägerin das Bündnerfleisch am Abend des 5. Juni 2008 übernommen und die erste Prüfung der Ware im September 2008 veranlasst hat (vgl. den Prüfbericht des Firma A.\_\_\_\_\_ vom 2./23. Oktober 2008, der als Eingang [der Proben beim Firma A.\_\_\_\_\_] den 25. September 2008 nennt, Akten der Vorinstanz, act. IV/5 und 7). Die Berufungsklägerin macht nun geltend, dass bei Tiefkühlware mit der Prüfung zugewartet werden könne, da gemäss Aussage des Zeugen B.\_\_\_\_\_ durch das Tiefkühlen keine mikrobiologische Veränderung stattfindet. Es könne also davon ausgegangen werden, dass durch das Tiefkühlen der Status quo der Produktqualität erhalten bleibe. Mit den eingelegten Kühlprotokollen sei nachgewiesen, dass die Kühlkette nie unterbrochen worden sei. C.\_\_\_\_\_ vom Rechtsdienst des BAG habe angegeben, dass es normal sei, tiefgekühlte Ware erst vor einem Weiterverkauf zu prüfen. Hintergrund dieser Aussage sei die Frage der Haltbarkeit. Wenn

Seite 26 — 32 jemand verderbliche Ware übernehme, werde diese in der Regel mit einem Haltbarkeitsdatum versehen. Darin sei eine Zusicherung des Verkäufers betreffend einer Eigenschaft des Produkts zu sehen. Es bestehe keine Usanz, Tiefkühlware innert drei Tagen zu prüfen. Dies wäre auch sachfremd, denn jegliche Laboranalysen hinsichtlich der Qualität des Fleisches benötigten mehr als drei Tage. Die Prüfung sei daher nicht verspätet erfolgt, zumal äusserlich keine Mängel erkennbar gewesen seien. Es habe sich somit um einen versteckten oder nur durch Unterstützung von Sachverständigen erkennbaren Mangel gehandelt. – Der Argumentation der Berufungsklägerin kann nicht gefolgt werden. Die Vorschriften von Art. 201 Abs. 1 OR tragen einem allgemeinen Interesse an

der prompten Abwicklung von Kaufverträgen Rechnung, die nicht durch eine verzögerte Berufung auf (an- gebliche) Mängel in Frage gestellt werden soll. Es soll für den Verkäufer möglichst bald feststehen, ob der Käufer die Sache beanstandet. Hinzu kommen Fragen der Beweis Klarheit (Honsell, a.a.O., N 1 zu Art. 201 OR). Der Zweck von Art. 201 Abs. 1 OR besteht mithin darin, im Interesse der Verkehrs- und Rechtssicherheit bald nach der Ablieferung eine klare Rechtslage zu schaffen. Dieser Zweck ist offen- sichtlich unabhängig von der Frage, ob es sich um Tiefkühlware handelt oder nicht. Entgegen den Ausführungen der Berufungsklägerin ist daher kein Grund ersichtlich, der mit Bezug auf die Rechtzeitigkeit einer Prüfung gemäss Art. 201 Abs. 1 OR eine Unterscheidung von Tiefkühl- und anderer Ware erforderlich ma- chen würde, denn in jedem Fall ist der Zweck der Gesetzesvorschrift derselbe, nämlich Rechtssicherheit zu schaffen, indem der Verkäufer nicht lange darüber im Ungewissen gelassen wird, ob der Kaufvertrag in Frage gestellt werde. Die Aus- führungen der Berufungsklägerin über die Haltbarkeit des Bündnerfleisches sowie über die fehlende mikrobiologische Veränderung des Fleisches bei Tiefkühl- lage- rung gehen mithin an der Sache vorbei. Andere Gründe, weshalb mit der Prüfung des Bündnerfleisches hätte zugewartet werden können, macht die Berufungsklä- gerin nicht geltend. Es sind denn auch keine ersichtlich. Insbesondere ist auch darauf hinzuweisen, dass Art. 201 OR für jeden Sachmangel gilt, also auch für das Fehlen zugesicherter oder vorausgesetzter Eigenschaften (BGE 108 II 419). Der Käufer darf sich also nicht auf die Zusicherung verlassen, sondern muss prüfen, ob die zugesicherten oder vorausgesetzten Eigenschaften wirklich vorliegen (Hon- sell, a.a.O., N 3 zu Art. 201 OR). Selbst wenn man der Berufungsklägerin folgen würde, dass bei der Übernahme von verderblicher Ware die Ware üblicherweise mit einem Haltbarkeitsdatum versehen werde, was der Zusicherung einer Eigen- schaft entspreche - wobei die Berufungsbeklagte bestreitet, dass auf dem Bünd- nerfleisch ein Haltbarkeitsdatum angegeben war - so hätte die Berufungsklägerin

Seite 27 — 32 die Ware trotzdem sobald als tunlich prüfen müssen. Somit muss festgestellt wer- den, dass die Berufungsklägerin in jedem Fall das Bündnerfleisch gemäss Art. 201 Abs. 1 OR hätte prüfen müssen, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tun- lich war. Nachdem nicht nachgewiesen ist, dass eine Usanz besteht, Tiefkühl- fleisch erst vor dem Weiterverkauf zu prüfen, was bereits eingehend erläutern wor- den ist, hätte die Berufungsklägerin das Bündnerfleisch kurz nach der Übernahme prüfen müssen. Innert welcher Frist eine Prüfung noch als rechtzeitig anzusehen wäre, kann vorliegend dahingestellt bleiben, da die Prüfung vom 29. September 2008 (mithin drei Monate und 24 Tage nach Übernahme der Ware) von vornherein und klarerweise nicht mehr innerhalb einer solchen Frist liegen kann, weshalb sie zu spät erfolgt ist. Die Berufungsklägerin macht nun geltend, es habe sich um ei- nen versteckten Mangel gehandelt, weshalb nicht Art. 201 Abs. 1 OR, sondern Art. 201 Abs. 3 OR Anwendung finden müsse, womit die Prüfung rechtzeitig erfolgt sei. Dem kann nicht zugestimmt werden. Aus den Parteigutachten geht hervor, dass der Mangel, den die Berufungsklägerin geltend macht, darin liegen soll, dass das Bündnerfleisch eine nicht passende Färbung, eine zu weiche/breiige Konsis- tenz, einen störenden Fehlgeruch und einen unangenehmen Geschmack aufwei- sen soll (vgl. zum Beispiel Akten der Vorinstanz, act. IV/23 und 27). Der Mangel soll somit allein im sensorischen und visuellen Bereich liegen. Nachdem die Beru- fungsklägerin im Zeitpunkt der Übernahme des Bündnerfleisches über ein SQS- Zertifikat im Bereich „Zerlegung und Handel mit Frischfleisch“ und in der Produk- tekategorie „2: Fleisch – gekühlt und tiefgekühlt“ verfügte (Akten der Vorinstanz, act. V/8), ist ohne weiteres davon auszugehen,

dass sie den geltend gemachten Mangel selbst erkannt hätte, wenn sie Stichproben genommen, diese aufgetaut und sensorisch und visuell beurteilt hätte. Dass dies aber zu einer den Anforderungen von Art. 201 Abs. 1 OR genügenden Prüfung des Bündnerfleisches gehört hätte, ist offensichtlich und bedarf keiner weiteren Begründung. Es kann daher keinesfalls gesagt werden, es handle sich vorliegend um einen versteckten Mangel beziehungsweise um einen Mangel, der bei einer üblichen Prüfung nicht habe entdeckt und nur mit Hilfe von Sachverständigen habe erkannt werden können. Daran vermag die Tatsache, dass der Mangel nicht erkennbar war, als die Fleischstücke verpackt und tiefgekühlt waren, nichts zu ändern, denn den Anforderungen an eine Prüfung gemäss Art. 201 Abs. 1 OR konnte eine Begutachtung der Fleischstücke in verpacktem und gefrorenem Zustand von vornherein offensichtlich nicht genügen. Dies war auch der Berufungsklägerin grundsätzlich bewusst, hat sie im Rahmen des Verfahrens doch selbst ausgeführt, dass durch die Verpackung des Fleisches hindurch nur sehr gravierende Mängel wie zum Bei-

Seite 28 — 32 spiel Schimmelbildung hätten erkannt werden können. Da es sich somit vorliegend nicht um einen versteckten Mangel handelt, den die Berufungsklägerin geltend macht, gelangt Art. 201 Abs. 3 OR nicht zur Anwendung. Die Prüfung des Bündnerfleisches beinahe vier Monate nach der Übernahme erfolgte damit zu spät. Davon ist die Vorinstanz folglich zu Recht ausgegangen. Bereits aus diesem Grund muss der Berufungsklägerin eine Berufung auf Sachgewährleistung verwehrt bleiben und das Bündnerfleisch ist trotz des Mangels als genehmigt anzusehen. c) Mit Bezug auf die Rügeobliegenheit hält die Berufungsklägerin fest, sie habe zum ersten Mal aus dem Vorbericht des Firma A. \_\_\_\_\_ vom 2. Oktober 2008 erfahren, dass die eingesandten Produkte nicht verkehrsfähig seien. Der Vorbericht habe aber auch klar festgehalten, dass die Untersuchungen noch nicht abgeschlossen seien, da die chemische Analyse noch im Gange sei. Sie habe daher noch nicht mit genügender Sicherheit von einer absoluten Mangelhaftigkeit des Bündnerfleisches ausgehen können. Da sich die Verkehrsfähigkeit primär auf die Frage der Deklaration als Bündnerfleisch bezogen habe, sei nicht auszuschliessen gewesen, dass der Schlussbericht eine anderweitige Deklaration zugelassen hätte, so dass das Bündnerfleisch zwar nicht als „Bündnerfleisch“, aber als anderes Fleisch hätte verkauft werden können. Um den 17. Oktober 2008 herum habe man telefonisch beim Firma A. \_\_\_\_\_ nach dem definitiven Resultat gefragt und erfahren, dass das bezogene Bündnerfleisch definitiv nicht verkehrsfähig sei. Der Grund sei immer noch derselbe gewesen wie im Vorbericht. Mit Datum vom 17. Oktober 2008 und damit innert kurzer Frist sei die Berufungsbeklagte über das Ergebnis informiert worden. Es könne daher nicht behauptet werden, dass sie zu lange mit der Rüge zugewartet habe. – Am 2. Oktober 2008 erstellte der Firma A. \_\_\_\_\_ einen Bericht über die von der Berufungsklägerin eingesandten Fleischproben. Er hielt als Schlussfolgerung fest: „In dieser Form ist das Produkt nicht verkehrsfähig. Es ist von einer Fehlreifung auszugehen“. Gleichzeitig wurde auch darauf hingewiesen, dass verschiedene Messungen und chemische Analysen noch im Gange seien (Akten der Vorinstanz, act. IV/5). Damit trifft es zu, dass bei der Erstellung des Berichts vom 2. Oktober 2008 noch nicht alle Untersuchungen der Fleischproben abgeschlossen waren. Jedoch wird aus dem Bericht deutlich, dass die sensorische Analyse vollständig durchgeführt worden war, gibt es doch in dieser Hinsicht keine Vorbehalte. Es ist offensichtlich, dass das Resultat der sensorischen Prüfung nicht durch chemische Analysen oder andere Messungen verändert werden konnte, denn nur weil mit den Resultaten der chemischen Analysen und anderen Messungen bekannt war, welche

Substanzen sich in welcher Kon- zentration im Fleisch befanden, änderte sich der Geschmack, der Geruch, die

Seite 29 — 32 Konsistenz und die Farbe der Fleischproben nicht. Und genau diese Kriterien werden in der sensorischen Analyse bewertet. Es war daher klarerweise und leicht erkennbar nicht damit zu rechnen, dass die chemische Analyse und die weiteren Messungen an der Schlussfolgerung, dass das Produkt aus sensorischer Sicht nicht verkehrsfähig sei, etwas ändern würden. Weiter wird im Bericht vom 2. Oktober 2008 mit Bezug auf die sensorische Analyse folgendes festgehalten: „Aussehen: Kleine Poren (Bläschen?) und Risse sichtbar, etwas bräunlich, matt (...). Geruch: Alt, unangenehm, nach Gärung? Geschmack: stechend, säuerlich, unangenehm[...] Konsistenz: typisch (ausser Poren etc.)“. Aufgrund dieser Bewertung, insbesondere bezüglich Geruch und Geschmack, konnte offensichtlich auch nicht mehr damit gerechnet werden, dass das Fleisch zwar nicht als Bündnerfleisch, aber allenfalls als anderes Fleisch verkauft werden könnte, denn welcher Konsument würde Fleisch kaufen wollen, das alt und unangenehm, allenfalls sogar nach Gärung riecht und stechend, säuerlich und unangenehm schmeckt. Der Firma A.\_\_\_\_\_ hat seine Schlussfolgerung, dass das Fleisch in dieser Form nicht verkehrsfähig sei, denn auch nicht auf den Verkauf als Bündnerfleisch beschränkt. Damit aber steht fest, dass bereits dem Bericht vom 2. Oktober 2008 klar zu entnehmen war, dass das Fleisch als nicht verkehrsfähig eingeschätzt worden und mit einer Änderung dieser Bewertung nicht zu rechnen war. Ebenso geht aus dem Bericht deutlich hervor, dass eine andere Deklaration nicht in Frage kommen würde. Diese Schlussfolgerungen drängen sich dermassen offensichtlich auf, dass sie auch der Berufungsklägerin, die im Fleischhandel tätig ist und damit als sachkundig gelten muss, nicht verborgen geblieben sein können. Ihre Beteuerungen, sie habe den Schlussbericht abwarten wollen, weil das Ergebnis aufgrund der noch nicht abgeschlossen Untersuchungen nicht mit der notwendigen Gewissheit festgestanden habe und zudem allenfalls ein Verkauf des Fleisches unter anderer Deklaration hätte möglich sein können, vermögen daher nicht zu überzeugen. Es war der Berufungsklägerin somit kurz nach dem 2. Oktober 2008 (der 2. Oktober 2008 war ein Sonntag, weshalb der Bericht der Firma A.\_\_\_\_\_ erst am 3. Oktober 2008 der Post übergeben werden und frühestens am 4. Oktober 2008 bei der Berufungsklägerin eintreffen konnte) bekannt, dass das Fleisch als mangelhaft und nicht verkehrsfähig eingeschätzt worden war. Sie hätte folglich sofort reagieren und der Berufungsbeklagten Meldung machen müssen. Die Information der Berufungsbeklagten erfolgte jedoch erst am 17. Oktober 2008 (Akten der Vorinstanz, act. IV/6). Eine Frist von in etwa zwei Wochen zwischen der Kenntnisnahme des Vorliegens eines Mangels und der Information des Verkäufers kann nicht mehr als sofort im Sinne von Art. 201 Abs. 1 OR angesehen werden. Damit hat die Beru-

Seite 30 — 32 fungsklägerin auch ihre Rügeobliegenheit verletzt, was bereits von der Vorinstanz richtigerweise festgestellt worden ist. d) Lediglich der Vollständigkeit halber sei noch darauf hingewiesen, dass vorliegend Art. 203 OR, der die Beschränkung der Gewährleistung wegen versäumter Anzeige für den Fall der absichtlichen Täuschung des Käufers durch den Verkäufer wegbedingt, keine Anwendung finden kann, da keine absichtliche Täuschung nachgewiesen ist. Auch dies hat bereits die Vorinstanz zu Recht erkannt. e) Zusammenfassend ergibt sich, dass sowohl die Prüfung der Ware als auch die Anzeige des Mangels an die Berufungsbeklagte zu spät erfolgt sind. Die Berufungsklägerin kann sich daher nicht mit Erfolg auf Sachmängelgewährleistung gemäss Art.

197 ff. OR berufen. Ebenso wenig aber kann einer Geltendmachung von Ansprüchen aus Nicht- beziehungsweise Schlechterfüllung gemäss Art. 97 ff. OR Erfolg beschieden sein, da auch diesbezüglich die Voraussetzungen der rechtzeitigen Prüfung und Rüge gemäss Art. 201 Abs. 1 OR erfüllt sein müssten. Zu Recht hat die Vorinstanz im angefochtenen Urteil folglich die von der Berufungsklägerin geltend gemachten Ansprüche aus Art. 97 ff. OR und Art. 197 ff. OR abgelehnt. Das vorinstanzliche Urteil ist insoweit zu bestätigen, die Berufung erweist sich in diesen Punkten als unbegründet. 11. Aus dem Dargelegten erhellt, dass sich die Berufungsklägerin vorliegend weder auf absichtliche Täuschung gemäss Art. 28 OR, noch auf Grundlagenirrtum gemäss Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR berufen kann. Ebenso wenig aber stehen ihr Ansprüche aus Sachgewährleistung gemäss Art. 197 ff. OR oder aus Schlechterfüllung gemäss Art. 97 ff. OR zu. Die Abweisung der Klage durch die Vorinstanz ist daher zu bestätigen; die Berufung erweist sich als in allen Punkten unbegründet und ist vollständig abzuweisen. 12. Bezüglich der Kostenverteilung im vorinstanzlichen Verfahren ist festzustellen, dass aus dem Rechtsbegehren der Berufungsklägerin nicht klar hervorgeht, ob sie diese auch anfecht, nachdem sie nicht anbegehrt, dass das vorinstanzliche Urteil aufgehoben wird. In der Berufungsbegründung äussert sie sich ebenfalls nicht zu den Kosten im erstinstanzlichen Verfahren, so dass es an der notwendigen Begründung fehlen würde. Nachdem vorliegend das Urteil der Vorinstanz zu dem zu bestätigen ist, ist über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens nicht weiter zu entscheiden (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Sie würden sich bei einer Prüfung im Übrigen augenscheinlich als rechters erweisen.

Seite 31 — 32 13. Da das vorinstanzliche Urteil zu bestätigen und die Berufung vollständig abzuweisen ist, gehen die Kosten des Berufungsverfahrens von Fr. 8'000.-- gänzlich zu Lasten der Berufungsklägerin (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Kosten werden mit dem geleisteten Vorschuss verrechnet (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Im Weiteren hat die Berufungsklägerin die Berufungsbeklagte für das Berufungsverfahren angemessen ausseramtlich zu entschädigen. Die Berufungsbeklagte hat sich zur Höhe des ihr im Berufungsverfahren entstandenen Aufwands nicht geäussert. Er ist daher vom Gericht ermessensweise festzulegen. Unter Berücksichtigung der Bedeutung und der Schwierigkeit des Falles sowie der notwendigen Verrichtungen erscheint eine ausseramtliche Entschädigung in Höhe von Fr. 4'500.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) angemessen.

Seite 32 — 32 III.

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