



Mitwirkend: Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, Vizepräsidentin, und Oberrichterin Judith Haus Stebler, die Handelsrichterin Dr. Myriam Gehri, die Handelsrichter Peter Schweizer und Ulrich Ritter sowie der Gerichtsschreiber Dr. Giulio Donati

## Urteil vom 24. November 2022

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ SA,**

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1.\_\_\_\_\_,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X2.\_\_\_\_\_,

gegen

**B.\_\_\_\_\_ Limited,**

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1.\_\_\_\_\_,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y2.\_\_\_\_\_,

betreffend **Forderung**

### **Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Edelmetallkonto der Klägerin bei C.\_\_\_\_\_ AG ... [Ortschaft] (Konto NR. 1, Swift 2), binnen 10 Tagen seit Urteilszustellung 54.7963 kg Palladium gutzuschreiben.
2. Eventualiter: Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 1'626'805 nebst Zins zu 5% p.a. seit dem 18. Mai 2018 zu bezahlen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

### **Sachverhalt und Verfahren**

#### A. Sachverhaltsübersicht

##### a. Parteien

Die Klägerin ist eine im Handelsregister des Kantons Wallis eingetragene Aktiengesellschaft, die die Herstellung von Produkten und die Erbringung von Dienstleistungen auf dem Gebiet der Chemie, der pharmazeutischen Industrie oder anderer verwandter Bereiche sowie den Handel mit Waren aller Art, insbesondere in den Bereichen Chemie und Pharmazeutika, bezweckt (act. 1 Rz. 10; act. 3/1). Die Beklagte ist eine im *Companies House* eingetragene Gesellschaft englischen Rechts mit Sitz in D.\_\_\_\_\_, Grossbritannien, die im Bereich der Verarbeitung von Edelmetallen tätig ist (act. 1 Rz. 11; act. 3/2–3).

##### b. Prozessgegenstand

Die Klägerin stellt pharmazeutische Wirkstoffe (*active pharmaceutical ingredients*) für ihre Kunden aus der Pharmabranche her. Zur Herstellung verwendet sie einen Katalysator mit einem bestimmten Anteil des Edelmetalls Palladium (Katalysator Palladium 5% auf Aluminiumoxid). Die gebrauchte Katalysatormasse wird zur Wiedergewinnung der wertvollen Edelmetalle an spezialisierte Unternehmen zugestellt. Die Klägerin bringt im Wesentlichen vor, die Beklagte zur Wiedergewinnung von Palladium aus dem in ihrer Produktion eingesetzten Katalysator herangezogen zu haben. Sie habe mit der Beklagten im Dezember 2017 und im März

2018 zwei Werkverträge (im Sinne von Art. 363 ff. OR) abgeschlossen (act. 1 Rz. 22 ff. und Rz. 150), die zwei klägerische Lieferungen an die Beklagte (die zweite Lieferung unterteilt in zwei Teillieferungen) umfasst hätten. In den *Purchase Orders* habe die Klägerin jeweils den theoretischen Metallgehalt des gelieferten Materials angegeben. Innerhalb der Bandbreite 82–100% des angegebenen theoretischen Palladiumgehalts hätte eine vertragskonforme Erfüllung vorgelegen. Die Klägerin ist der Auffassung, die Beklagte habe nicht genug Palladium extrahiert bzw. ihr zu wenig Palladium gutgeschrieben. Mit ihrer Klage fordert die Klägerin von der Beklagten die Gutschreibung von (zusätzlich) 54.7963 kg Palladium auf ihr Edelmetallkonto, eventualiter die Bezahlung von Schadenersatz in der Höhe von CHF 1'626'805.00 nebst Zins zu 5% seit dem 18. Mai 2018 (act. 1 S. 2 und Rz. 139 ff.). Die Beklagte verneint das Vorliegen eines Werkvertragsverhältnisses und geht vielmehr von einem Auftragsverhältnis aus. Sie bestreitet ein Fehlverhalten und bestreitet insbesondere, dass das zur Weiterverarbeitung gelieferte klägerische Ausgangsmaterial den klägerseits behaupteten Palladiumgehalt aufgewiesen habe (act. 38 Rz. 24, Rz. 129; act. 62 Rz. 20, Rz. 26).

## B. Prozessverlauf

Am 23. Juli 2019 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin ihre Klage beim Handelsgericht des Kantons Zürich ein (act. 1; act. 3/1–47). Den ihr mit Verfügung vom 25. Juli 2019 auferlegten Vorschuss für die Gerichtskosten in der Höhe von CHF 47'200.00 leistete die Klägerin fristgerecht (act. 8). Mit Eingabe vom 14. August 2019 reichte die Klägerin aufforderungsgemäss ein aktuelles Dokument betreffend die Zeichnungsberechtigung der Beklagten ein (act. 4, act. 6 und act. 7/48–50). Mit Verfügung vom 12. September 2019 wurde der Beklagten auf dem Wege der internationalen Rechtshilfe Frist zur Einreichung der Klageantwort sowie zur Bezeichnung eines Zustellungsdomizils in der Schweiz angesetzt (act. 9). Mit Eingabe vom 29. Januar 2020 (Datum Poststempel) beantragte die Beklagte, das vorliegende Verfahren sei bis zum Entscheid des High Court of Justice, Queens Bench Division, Commercial Court, über dessen Zuständigkeit zu sistieren. Weiter sei der Beklagten die Frist zur Erstattung der Klageantwort abzunehmen. Eventualiter sei das Verfahren auf die Zuständigkeitsfrage des hiesigen

Gerichts zu beschränken und subeventualiter sei der Beklagten die Frist zur Erstattung der Klageantwort zu erstrecken (vgl. act. 18). Mit Verfügung vom 4. Februar 2020 wurden sämtliche Anträge der Beklagten abgewiesen (act. 21). Gegen diese Verfügung legte die Beklagte Beschwerde beim Bundesgericht ein (act. 24). Das Bundesgericht wies das hiesige Gericht mit Verfügung vom 21. April 2020 an, das vorliegende Verfahren bis zum Entscheid des Bundesgerichts über die Beschwerde zu sistieren und der Beklagten die Frist zur Erstattung der Klageantwort abzunehmen (act. 28), was das hiesige Gericht mit Verfügung vom 23. April 2020 tat (act. 29). Mit Verfügung vom 16. Juni 2020 schrieb das Bundesgericht die Beschwerde als gegenstandslos geworden ab, da sich das im Vereinigten Königreich angerufene Gericht zwischenzeitlich als unzuständig erklärt hatte (act. 35). Das vorliegende Verfahren wurde in der Folge wieder aufgenommen und der Beklagten eine verkürzte Frist zur Erstattung der Klageantwort angesetzt (act. 36). Am 24. August 2020 ging innert Frist die Klageantwort vom 21. August 2020 hierorts ein (act. 38; act. 39/1–28). Am 3. November 2020 war eine Vergleichsverhandlung vorgesehen (act. 42), die infolge der Covid-Pandemie nicht stattfinden konnte (vgl. act. 43 und act. 44/1–2). Aufgrund der weiterhin grassierenden Covid-Pandemie wurde auf die Durchführung einer Vergleichsverhandlung verzichtet und ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet (vgl. act. 45–47). Mit der Replik, die am 13. April 2021 innert Frist hierorts einging, beantragte die Klägerin unter anderem Schutzmassnahmen (act. 49 und act. 50/53–213). Nach Eingang der Stellungnahmen wurden die beantragten Schutzmassnahmen mit Beschluss vom 14. Juli 2021 gutgeheissen (act. 57). In der Folge reichte die Beklagte ihre Duplik vom 2. November 2021 fristgerecht am 3. November 2021 ein (act. 62). Mit Verfügung vom 8. November 2021 wurde der Aktenschluss verfügt (act. 63). Mit Eingabe vom 19. November 2021 reichte die Klägerin eine Stellungnahme zur Duplik ein (act. 65). Auf diese Stellungnahme der Klägerin reagierte die Beklagte mit Eingabe vom 30. November 2021 und beantragte, die klägerische Eingabe sei aus dem Recht zu weisen (act. 66). Dieser prozessuale Antrag der Beklagten wurde mit Verfügung vom 1. Dezember 2021 abgewiesen (act. 67). Mit Verfügung vom 20. Januar 2022 wurde den Parteien bekanntgegeben, dass der vorliegende Prozess nunmehr Oberrichterin Judith Haus Stebler anstelle von

Oberrichterin Dr. Helen Kneubühler als Instruktionsrichterin zugeteilt sei, da Oberrichterin Dr. Helen Kneubühler per Ende Januar 2022 pensioniert werde (act. 69). Mit Verfügung vom 6. Oktober 2022 wurde den Parteien Gelegenheit eingeräumt, um auf die Durchführung einer Hauptverhandlung zu verzichten (act. 71). Die Klägerin verzichtete mit Schreiben vom 10. Oktober 2022 und die Beklagte mit Schreiben vom 13. Oktober 2022 auf die Durchführung einer Hauptverhandlung (act. 73 und act. 74). Der Prozess ist spruchreif (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

## Erwägungen

### 1. Formelles

#### 1.1. Örtliche und sachliche Zuständigkeit

Die Klägerin hat ihren Sitz in der Schweiz, die Beklagte ihren Sitz im Vereinigten Königreich (act. 1 Rz. 10 f.; act. 3/1–3). Es liegt ein internationaler Sachverhalt vor, welcher in den Anwendungsbereich des Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen, LugÜ) fällt. Die Klägerin stützt sich für die örtliche Zuständigkeit auf eine Gerichtsstandsvereinbarung in Ziffer 14.2 ihrer AGB, die als ausschliesslichen Gerichtsstandsort Zürich vorsieht (vgl. act. 1 Rz. 26 f.). Die Beklagte bestritt zunächst die örtliche Zuständigkeit des hiesigen Gerichts und leitete ein Verfahren vor dem *Commercial Court* in London ein (vgl. act. 1 Rz. 46 ff.). Das englische Gericht verneinte in der Folge seine Zuständigkeit (act. 32 und act. 33/51–52). Es liegt denn auch eine gültige Gerichtsstandsvereinbarung vor. Zudem hat sich die Beklagte in der Klageantwort vorbehaltlos auf die Klage eingelassen. Die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist damit gegeben. Die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts folgt aus Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG.

#### 1.2. Anwendbares Recht

Die Parteien erklären in Ziffer 14.1 der klägerischen AGB Schweizer Recht unter Ausschluss des Wiener Kaufrechts für anwendbar. Es liegt eine gültige Rechts-

wahl vor (Art. 116 Abs. 1 IPRG). Anwendbar ist damit Schweizer Recht unter Ausschluss des Wiener Kaufrechts.

## 2. Sachverhalt, Streitpunkte

### 2.1. Unbestrittener Sachverhalt

Unbestritten ist der Abschluss von zwei Verträgen zwischen den Parteien betreffend die Wiedergewinnung von Palladium (act. 1 Rz. 22; act. 38 Rz. 44). Ebenso unbestritten sind zwei klägerische Lieferungen von gebrauchter Katalysatormasse an die Beklagte im Januar 2018 und im April 2018 à insgesamt 124 Chargen (die zweite Lieferung erfolgte in zwei Teillieferungen). Die gebrauchte Katalysatormasse aus der ersten Lieferung stammte aus der Produktion der E.\_\_\_\_\_, die das Werk in F.\_\_\_\_\_ vor der Klägerin führte; die zweite Lieferung stammte aus der Produktion der Klägerin, nachdem diese das Werk von der E.\_\_\_\_\_ übernommen hatte (act. 1 Rz. 85–87 und Rz. 99; act. 38 Rz. 111, Rz. 115, Rz. 117 und Rz. 135). Einig sind sich die Parteien auch darin, dass die Beklagte das erhaltene Material bearbeitete, um das darin enthaltene Palladium wiederzugewinnen. Weiter ist unbestritten, dass die Beklagte nach erfolgter Bearbeitung der gebrauchten Katalysatormasse insgesamt 53.4637 kg Palladium auf das Edelmetallkonto der Klägerin gutschrieb (act. 1 Rz. 6; act. 38 Rz. 25).

### 2.2. Streitpunkte

2.2.1. Die Klägerin macht geltend, der Palladiumgehalt der gebrauchten, an die Beklagte gelieferten Katalysatormasse sei mit den beiden *Purchase Orders* vertraglich vereinbart worden (vgl. act. 49 Rz. 34 f., Rz. 103). Der Palladiumgehalt der Katalysatormasse könne zudem vom Palladiumwert des ungebrauchten Katalysators abgeleitet werden, weil das Palladium während der Produktion der klägerischen pharmazeutischen Wirkstoffe unverändert bleibe. Es befinde sich nach der Verwendung noch vollständig – mit Ausnahme von geringen Verlusten im Grammbereich – in der Katalysatormasse (act. 1 Rz. 67, Rz. 116). Laut der Klägerin beläuft sich sodann – im Sinne eines Industriestandards – eine realistische Wiedergewinnungsrate auf mindestens 82% des in der gebrauchten Katalysator-

masse enthaltenen Palladiums (act. 1 Rz. 70, Rz. 110). Gestützt auf eine Wiedergewinnungsrate von 82% hätte die Beklagte bei richtiger Ausführung der Wiedergewinnungsarbeiten mindestens 108.26 kg Palladium wiedergewinnen können (Total Palladium: 132.03 kg; 82% = 108.26 kg) und nicht bloss 53.4637 kg. Die Beklagte schulde die Differenz von 54.7963 kg Palladium (vgl. act. 1 Rz. 141; 108.26 kg minus 53.4637 kg).

2.2.2. Die Beklagte bringt zusammenfassend vor, die Klägerin weise den Palladiumgehalt der gebrauchten Katalysatormasse nicht nach; dieser bleibe unbekannt. Das der Beklagten von der Klägerin zur Bearbeitung überlassene Material habe einen viel tieferen Palladiumgehalt aufgewiesen als von der Klägerin angegeben (act. 38 Rz. 24, Rz. 129; act. 62 Rz. 20, Rz. 26). Der Palladiumgehalt der gebrauchten Katalysatormasse sei jedenfalls nie vertraglich vereinbart worden (act. 62 Rz. 45, Rz. 51). Unzutreffend sei auch die klägerische Behauptung, wonach der Palladiumgehalt des ungebrauchten Katalysators mit jenem des gebrauchten Katalysators übereinstimme (vgl. act. 38 Rz. 21, Rz. 83, Rz. 124, Rz. 190). Schliesslich bestreitet die Beklagte die klägerische Behauptung, eine Wiedergewinnungsrate von mindestens 82% sei Industriestandard (vgl. act. 38 Rz. 84; act. 62 Rz. 49, Rz. 56).

2.2.3. Aus diesen Parteibehauptungen werden die zwei entscheidenden Themenfelder des vorliegenden Falles ersichtlich: Zum einen ist der Palladiumgehalt der *gebrauchten*, an die Beklagte zur Wiedergewinnung des Palladiums gelieferten Katalysatormasse entscheidend. Die Palladiummenge im gebrauchten Katalysator beeinflusst fraglos die Palladiummenge, die wiedergewinnbar ist. Zum anderen stellt sich in einem zweiten Schritt – sofern der Palladiumgehalt der gelieferten Katalysatormasse feststeht – die Frage, ob die Klägerin zutreffend von einer Wiedergewinnungsquote von mindestens 82% als Industriestandard ausgehen und demnach darauf gestützt die wiederzugewinnende Palladiummenge berechnen darf.

### 3. Rechtliches

#### 3.1. Behauptungs- und Beweislast

Wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet (Art. 8 ZGB). Die Beklagte bestreitet, dass die von der Klägerin gelieferte Katalysatormasse den von dieser behaupteten Palladiumgehalt aufgewiesen habe. Für den mutmasslichen Palladiumgehalt der gelieferten Katalysatormasse trägt die Klägerin die Behauptungs- und Beweislast, da sie aus dem behaupteten Palladiumgehalt der gebrauchten Katalysatormasse ihren Anspruch – nämlich gestützt auf eine behauptete Wiedergewinnungsquote eine bestimmte Menge wiedergewonnenes Palladium – ableitet.

#### 3.2. Vertragsauslegung

3.2.1. Ziel der Vertragsauslegung ist es, in erster Linie den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien festzustellen (vgl. Art. 18 Abs. 1 OR). Diese subjektive Vertragsauslegung beruht auf Beweiswürdigung, die vorbehaltlich der Ausnahmen von Art. 97 und 105 BGG der bundesgerichtlichen Überprüfung entzogen ist (vgl. BGE 144 III 93 E. 5.2.2 S. 98; 132 III 268 E. 2.3.2 S. 274; je mit Hinweisen). Steht eine tatsächliche Willensübereinstimmung fest, bleibt für eine Auslegung nach dem Vertrauensgrundsatz kein Raum (BGE 132 III 626 E. 3.1 S. 632; 128 III 70 E. 1a S. 73). Erst wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Das Bundesgericht überprüft diese objektivierte Auslegung von Willenserklärungen als Rechtsfrage, wobei es an Feststellungen des kantonalen Richters über die äusseren Umstände sowie das Wissen und Wollen der Beteiligten grundsätzlich gebunden ist (Art. 105 Abs. 1 BGG; BGE 144 III 93 E. 5.2.3 S. 99; 133 III 61 E. 2.2.1 S. 67; je mit Hinweisen). Massgebend ist dabei der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Nachträgliches Parteiverhalten ist bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht von Bedeutung; es kann



höchstens – im Rahmen der Beweiswürdigung – auf einen tatsächlichen Willen der Parteien schliessen lassen (BGE 144 III 93 E. 5.2.3 S. 99; 133 III 61 E. 2.2.1 S. 67).

### 3.3. Zur Relevanz der Vertragsqualifikation

3.3.1. Die rechtliche Qualifikation der Verträge ist zwischen den Parteien strittig. Die Klägerin qualifiziert die Verträge als Werkverträge, während die Beklagte von einem Auftragsverhältnis ausgeht. Grundlage für die rechtliche Qualifikation eines Vertrages bildet dessen Inhalt.

3.3.2. Die rechtliche Vertragsqualifikation kann vorliegend offen bleiben. Selbst wenn der Klägerin gefolgt und ein Werkvertrag angenommen würde, müsste die Klägerin gleichwohl den mutmasslichen Palladiumgehalt der gebrauchten und gelieferten Katalysatormasse nachweisen. Beim Werkvertrag muss der Unternehmer das vom Besteller gelieferte Material (hier: die gebrauchte Katalysatormasse) zwar untersuchen, um in bestimmten Konstellationen einer Mängelhaftung zu entgehen (vgl. zum Ganzen GAUCH, Peter, Das Werkvertragsrecht, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, N 1985 ff.). Der Palladiumgehalt der gebrauchten Katalysatormasse kann aber – folgt man den spärlichen Parteibehauptungen – erst nach der Bearbeitung präzise festgestellt werden. Selbst wenn aber angenommen würde, der Palladiumgehalt der gebrauchten Katalysatormasse lasse sich mit einer Analyse vor erfolgter Bearbeitung feststellen, hat die Klägerin nicht behauptet, dass die Beklagte als Unternehmerin dazu verpflichtet gewesen wäre. Eine derartige Prüfungspflicht hätte vertraglich besonders vereinbart werden müssen (vgl. GAUCH, Peter, a.a.O., N 2000).

## 4. Palladiumgehalt der gebrauchten, gelieferten Katalysatormasse

Laut der Klägerin lässt sich der Palladiumgehalt der gebrauchten Katalysatormasse präzise feststellen. Sie macht einerseits geltend, die Parteien hätten den Palladiumgehalt der gebrauchten, gelieferten Katalysatormasse (Ausgangsmasse) *vertraglich* vereinbart. Andererseits bringt sie vor, das Palladium als inerte Sub-

stanz könne im Rahmen der klägerischen Produktion nicht untergehen, und es sei auch nie zu Palladiumverlusten gekommen. Der Palladiumgehalt der gebrauchten Katalysatormasse stimme mit dem Palladiumgehalt des ungebrauchten Katalysators überein (*Deckungsgleichheit zwischen Palladiumgehalt des ungebrauchten Katalysators und des Palladiumgehalts der gebrauchten Katalysatormasse*).

Auf diese Behauptungen ist in den nachfolgenden Erwägungen einzugehen.

#### 4.1. Vertragliche Vereinbarung des Palladiumgehalts der Ausgangsmasse

4.1.1. Die Klägerin macht geltend, sie habe in den *Purchase Orders* vom 20. Dezember 2017 (erste Lieferung) und vom 26. März 2018 (zweite Lieferung), mit welchen sie die Leistungen der Beklagten bestellte, jeweils den *theoretical-metal*-Gehalt der gelieferten gebrauchten Katalysatormasse festgehalten (vgl. act. 49 Rz. 34; act. 3/11 und act. 3/19). Die Beklagte habe nie gegen diesen theoretischen Palladiumgehalt remonstriert, der so zum Vertragsinhalt und verbindlich geworden sei. Die Beklagte dürfe darum nicht von einem tieferen Palladiumgehalt der gebrauchten Katalysatormasse ausgehen (act. 49 Rz. 35). Die Beklagte bestreitet, dass die Parteien einen bestimmten Palladiumgehalt der gebrauchten Katalysatormasse vereinbart hätten. Die Klägerin spreche selbst von einem theoretischen Palladiumgehalt, womit bereits feststehe, dass es sich demnach nicht um einen tatsächlichen Palladiumgehalt gehandelt habe (act. 38 Rz. 46; act. 62 Rz. 45).

4.1.2. Die Klägerin unterscheidet nicht zwischen einem tatsächlichen und einem normativen Konsens, sondern behauptet einzig die Vereinbarung bestimmter Palladiumwerte. Ein tatsächlicher Konsens betreffend die vertragliche Vereinbarung des Palladiumgehalts wurde nicht näher substantiiert, ist zudem nicht ersichtlich und somit auch nicht erwiesen. Sodann ist zu prüfen, ob sich im Zusammenhang mit den beiden Bestellungen (act. 3/11 und act. 3/19), mit denen die Klägerin die Beklagte mit der Wiedergewinnung des Palladiums betraute, ein normativer Konsens ergibt.

4.1.3. Auszugehen ist vom Wortlaut der Bestellungen. In den Bestellungen Nr. 4500175402 vom 20. Dezember 2017 sowie Nr. 4500120647 vom 26. März 2018 sind mehrere Angaben der Klägerin zur Lieferung ersichtlich: Das Totalgewicht der Lieferung, das Totalgewicht des ungebrauchten Katalysators (in der Bestellung vom 26. März 2018 fehlt das Total, jedoch finden sich die einzelnen Positionen des ungebrauchten Katalysators) sowie – und um diese Formulierung geht es vorliegend – eine Gewichtsangabe unter dem Titel "*Total Theoretical Metal*".

4.1.4. Die Begriffe *theoretical* und *metal* weisen nicht auf einen tatsächlich gemessenen Palladiumgehalt der gebrauchten Katalysatormasse hin. Es geht vielmehr um den von der Klägerin *angenommenen* (theoretisch vorhandenen) Palladiumgehalt der gebrauchten Katalysatormasse. Anders musste die Beklagte die Worte "*Total Theoretical Metal*" nicht verstehen. Auch die Klägerin scheint den Metallgehalt einzig aus der Überlegung abzuleiten, dass das Palladium nach ihrer Darstellung im Rahmen der Hydrierung, die in ihrem Produktionswerk stattfindet, nicht untergehe (vgl. act. 49 Rz. 37). Der Wortlaut der *Purchase Orders* bestätigt das behauptete klägerische Verständnis somit nicht.

4.1.5. Auch aus dem Schweigen der Beklagten kann die Klägerin nichts zu ihren Gunsten ableiten. Können die Texte der *Purchase Orders* bereits nicht im klägerischen Sinne verstanden werden, kann auch das bloße Schweigen der Beklagten kein anderes Verständnis zeitigen. Dass die Beklagte die klägerseits angenommenen Palladiumgehalte gleichsam als zu erreichende Gehalte des Wiedergewinnungsprozesses akzeptieren wollte, lässt sich aus dem Schweigen jedenfalls nicht ableiten.

4.1.6. Zusammenfassend lässt sich aus den Formulierungen in den *Purchase Orders* nicht ableiten, dass die Beklagte diese nach Treu und Glauben so verstehen musste, dass die jeweiligen Gewichtsangaben unter dem Titel "*Total Theoretical Metal*" dem jeweiligen tatsächlichen Palladiumgehalt der gebrauchten Katalysatormasse entsprach.

4.2. Deckungsgleichheit zwischen Palladiumgehalt des ungebrauchten Katalysators und Palladiumgehalt der gebrauchten Katalysatormasse

4.2.1. Die Klägerin behauptet zwar einerseits, der Palladiumgehalt des ungebrauchten Katalysators stimme mit dem Palladiumgehalt der gebrauchten Katalysatormasse überein, weil der Palladiumgehalt durch die Verwendung des Katalysators nicht verändert werde. In ihrer Produktion könne das Palladium nicht untergehen und im Herstellungsprozess des pharmazeutischen Wirkstoffes sei es nie zu Störungen gekommen. Andererseits räumt die Klägerin ein, dass nach Vornahme des Hydrierungsprozesses eine zweifache Filtrierung erfolge und dabei in den der Beklagten anschliessend nicht mitgeschickten Mikrofiltern Palladium in geringen Mengen aufgefangen würde, nämlich rund 5 Gramm pro Charge (act. 1 Rz. 91 f.). Damit stimmt der Palladiumgehalt der gebrauchten Katalysatormasse gemäss eigenen Angaben der Klägerin mit demjenigen des ungebrauchten Katalysators nicht überein, auch wenn sich die Abweichung im Grammbereich pro Charge bewegen soll. Jedenfalls genügt die ungefähre Angabe der durchschnittlichen Verluste («rund») nicht; vielmehr hätte die Klägerin die eingetretenen Verluste für jede Charge genau angeben müssen. Damit ist schon unklar, wieviel Palladium in den jeweiligen Chargen konkret in den Mikrofiltern aufgefangen wurde, mithin um wieviel sich das Palladium in den jeweiligen Chargen der gebrauchten Katalysatormasse durch die Filtrierung reduziert hatte.

4.2.2. Selbst wenn davon ausgegangen würde, die Klägerin wollte geltend machen, der Palladiumgehalt der gebrauchten Katalysatormasse decke sich mit demjenigen des ungebrauchten Katalysators, abzüglich rund 5 Gramm pro Charge (d.h. mal 124), und diese Behauptung als genügend konkret erachtet würde, müsste die Klägerin darlegen und nachweisen, dass der Palladiumgehalt der ungebrauchten Katalysatoren und derjenige der der Beklagten übergebenen Katalysatormasse – mit Ausnahme der in den Mikrofiltern hängen gebliebenen 5 Gramm Palladium pro Charge – unverändert geblieben ist. Die Klägerin ist nämlich der Auffassung, dass der Palladiumgehalt während der Produktion der pharmazeutischen Wirkstoffe unverändert bleibt (act. 1 Rz. 67 und 116). Demgegenüber bestreitet die Beklagte, dass der Palladiumgehalt unverändert bleibt und dass durch den Hydrierungsprozess kein Palladium verloren geht. Sie macht geltend, dass die nach Durchführung des Hydrierungsprozesses anfallende gebrauchte Katalysatormasse nicht mehr denselben Palladiumgehalt aufweise wie das ursprüngli-

che trockene Katalysatorpulver. Gründe, welche zu einer Abnahme des Palladiumgehalts während der Produktion führten, seien namentlich Auslaugungen, Ablagerungen, Auswaschungen (act. 38 Rz. 21, Rz. 83, Rz. 124, Rz. 190).

Massgebend ist somit, wie der ungebrauchte Katalysator in der klägerischen Produktion konkret eingesetzt wurde und wie sich die klägerische Verwendung des ungebrauchten Katalysators auf den Palladiumgehalt der gebrauchten Katalysatormasse auswirkte. Zum Produktionsvorgang hat die Klägerin lediglich ausgeführt, dass im bei ihr vorgenommenem Hydrierungsprozess, in welchem das Palladium 5% auf Aluminiumoxid als Katalysator verwendet werde, eine Temperatur von lediglich 16–25 Grad Celsius und ein Druck von 2 Bar herrschten (act. 1 Rz. 67). Weitere konkrete Angaben zum Verarbeitungsprozess – insbesondere zum konkreten Ablauf des Herstellungsprozesses jeder einzelnen der 124 streitgegenständlichen Chargen – hat die Klägerin nicht gemacht. Mangels Darlegung des Produktionsprozesses kann nicht beurteilt werden, wie sich die konkrete Produktion auf den Erhalt des Palladiumgehalt auswirkte, namentlich durch Auslaugungen, Ablagerungen und/oder Auswaschungen. Die Klägerin hätte für *jede einzelne* Produktionscharge des Wirkstoffes zu behaupten und nachzuweisen gehabt, dass bei der Verwendung des Katalysators in der klägerischen Produktion kein Palladium untergegangen ist oder untergehen konnte bzw. dass dieses vollständig in den (später an die Beklagte gelieferten) Filterbehältern verblieben ist.

4.2.3. Die Klägerin vermag für beide streitgegenständlichen Lieferungen anhand von Tabellen aufzuzeigen, dass sie bei jeder Produktionscharge jeweils 21.3 kg ungebrauchten Katalysator verwendete: Die als Beweismittel eingereichten *Protocoles de Fabrication* enthalten für jede Produktionscharge bestimmte Kenndaten der Produktion. Insbesondere wird auch der verwendete (ungebrauchte) Katalysator unter Angabe der SAP-Lot-Nummer aufgezeichnet. Die Protokolle sind jeweils durch Mitarbeiter der E. \_\_\_\_\_ bzw. (betreffend die zweite Lieferung) der Klägerin visiert (vgl. für die erste Lieferung act. 49 Rz. 81; act. 50/60–135 und für die zweite Lieferung act. 50/144–167 und act. 50/179–205). Es lassen sich gestützt auf die klägerischen Tabellen die verwendeten Chargen des ungebrauchten Katalysators individualisieren und einer Produktionscharge zuordnen. Die Klägerin belegt

ihre tabellarisch dargestellten Behauptungen ausreichend. Damit ist erwiesen, dass die Klägerin für jede Produktionscharge des herzustellenden Wirkstoffs stets 21.3 kg ungebrauchten Katalysator verwendete.

4.2.4. Sodann ordnet die Klägerin in ihren Tabellen jede ungebrauchte Katalysatorcharge (Spalte 2 in der Tabelle) einer SAP-Nummer der gebrauchten Katalysatormasse zu (Spalte 1; vgl. beispielhaft act. 49 Rz. 80 Seite 36 Zeile 1 der Tabelle: SAP-Nummer ungebrauchter Katalysator: 10939067 ist der SAP-Materialnummer für gebrauchten Katalysator 703956 zugeordnet). Sie erklärt aber nicht, worauf sich diese Zuordnung stützt und woraus sich diese ergibt. Der Konnex zwischen ungebrauchtem Katalysator und gebrauchter Katalysatormasse ist nicht ersichtlich. Unklar ist insbesondere, wie die Klägerin in ihrer Tabelle von der Spalte 2 zur Spalte 1 gelangt (worauf die Beklagte zu Recht hinweist: act. 62 Rz. 116). Die Zuordnung erscheint zufällig, was den prozessrechtlichen Vorgaben nicht genügt. Wie die Produktion der einzelnen Chargen ablief, behauptet die Klägerin nicht, ausser der pauschalen Bemerkung, ihre Produktion sei stets einwandfrei abgelaufen. Es bleibt folglich unbekannt, was während der Produktion der einzelnen Chargen tatsächlich geschah. Da die Klägerin die einzelnen Verarbeitungsprozesse nicht näher darlegt, kann auch nicht beurteilt werden, ob und inwiefern es durch die jeweilige Verwendung der Katalysatoren zu Verlusten von Palladium kommen konnte.

4.2.5. Weiter behauptet die Klägerin, die Produktionschargen seien in den Fässern gewesen, die mit den Lieferungen an die Beklagte versandt worden seien. Als Beweismittel offeriert sie den *Catalysis Process Report* sowie eine Zeugen aussage (vgl. act. 49 Rz. 82, Rz. 85 und Rz. 88). Die Frage, welche Produktionschargen (bzw. der nach der Produktion übrig bleibenden *gebrauchten* Katalysatormasse) tatsächlich an die Beklagten gesandt wurden, stellt sich aber erst, wenn der Palladiumgehalt der *gebrauchten* Katalysatormasse erstellt wäre. Entscheidend ist zuerst die Zusammensetzung des Ausgangsmaterials und demnach die konkrete Verwendung des ungebrauchten Katalysators. Erst aus dem Ablauf jeder einzelnen Produktion liessen sich Schlüsse hinsichtlich des Palladiumgehalts der übrig gebliebenen *gebrauchten* Katalysatormasse ziehen. Hierzu macht

die Klägerin allerdings keine näheren Angaben. Eine Abnahme der offerierten Beweismittel kann daher unterbleiben.

4.2.6. Die klägerischen Behauptungen erlauben es nicht, die konkrete Verwendung des ungebrauchten Katalysators für jede Produktionscharge lückenlos nachzuvollziehen. Folglich braucht auch der Palladiumgehalt des *ungebrauchten* Katalysators nicht ermittelt zu werden. Da unbekannt ist, was mit dem eingesetzten ungebrauchten Katalysator tatsächlich geschah, ist es nicht möglich, relevante Schlüsse hinsichtlich der Zusammensetzung der Ausgangsmasse zu ziehen. Allgemeine Behauptungen, wonach die klägerische Produktion stets einwandfrei gewesen sei, oder wonach der Hydrierungsprozess nicht einwandfrei im vorgegebenen Zeitfenster funktionieren würde, wenn nicht der Katalysator Palladium 5% auf Aluminiumoxid in der korrekten Zusammensetzung verwendet würde (act. 1 Rz. 123), vermögen nicht zu genügen. Aufzuzeigen wäre die Verwendung des ungebrauchten Katalysators für jede Produktionscharge, die später zur Lieferung von gebrauchter Katalysatormasse an die Beklagte führte. Ebenso wenig reicht es, auf angebliche naturwissenschaftliche Erkenntnisse zu verweisen, wonach die gebrauchte Katalysatormasse unverändert gleichviel Palladium enthalte wie der ungebrauchte Katalysator (vgl. act. 1 Rz. 121 f.). Erst anhand der konkreten Verwendung des Katalysators, mithin die einzelnen Produktionschargen der Klägerin, die später zu einer Lieferung an die Beklagten führten, lässt sich beurteilen, ob bei der Produktion der einzelnen Chargen das Palladium vollständig erhalten blieb. Auch der tabellarische Verweis auf mehrere Urkunden genügt den Substantiierungsanforderungen nicht. Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, die Urkunden zu durchforsten und zusammenzutragen, um ein ungenügendes Behauptungsfundament zu vervollständigen.

4.2.7. Die Klägerin verweist weiter auf GMP-Vorschriften (GMP = *Good Manufacturing Practice*), die sie in ihrer Produktion befolge. Diese würden garantieren, dass die klägerische Produktion stets die höchsten Qualitätsanforderungen erfülle (vgl. act. 1 Rz. 72; act. 49 Rz. 69). In diesem Zusammenhang weist sie auch darauf hin, dass sie strengen behördlichen Kontrollen (namentlich durch *Swissmedic* und der amerikanischen *FDA*) unterliege (act. 1 Rz. 73; act. 49 Rz. 123). Die Be-

achtung dieser Vorschriften und die erfolgten behördlichen Kontrollen vermögen für sich allein nicht den Nachweis zu erbringen, dass jede streitgegenständliche Charge mit der gebrauchten Katalysatormasse, die später an die Beklagte geliefert wurde, mangelfrei war bzw. aus einer mangelfreien Produktionscharge stammte. Ein geltender Standard garantiert im Einzelfall nicht ausnahmslos ein mangelfreies Produkt, ebenso wenig wie behördliche Kontrollen. Wiederum erfolgen diese klägerischen Ausführungen nicht substantiiert in Bezug auf die konkreten streitgegenständlichen Produktionschargen.

4.2.8. Sodann trägt die Klägerin vor, dass sämtliche hergestellten Wirkstoffe auf Verunreinigung analysiert würden. Zu keinem Zeitpunkt hätten sich Palladiumspuren in dem unter Zuhilfenahme des Katalysators hergestellten pharmazeutischen Wirkstoff befunden (act. 49 Rz. 69, vgl. auch act. 1 Rz. 91, Rz. 93). Die Klägerin hat aber kein einziges dieser anscheinend vorhandenen Analysezertifikate eingereicht.

4.2.9. Schliesslich möchte die Klägerin aus dem Vergleich verschiedener Gewichtswerte die Zusammensetzung der gelieferten Ausgangsmasse ableiten:

4.2.9.1. Die Klägerin will zunächst gestützt auf einen Vergleich zwischen dem Nettogewicht der gebrauchten Katalysatormasse und demjenigen des ungebrauchten Katalysators aufzeigen, dass der von ihr behauptete Palladiumgehalt der gebrauchten Katalysatormasse zutreffend ist. Sie vergleicht das Nettogewicht des pro Charge eingesetzten ungebrauchten Katalysators mit dem Gewicht der aus einer Produktionscharge resultierenden gebrauchten Katalysatormasse. Erfahrungswerte würden zeigen, dass das Nettogewicht des feuchten gebrauchten, in den Filtern zurückgebliebenen Katalysators etwas mehr als doppelt so hoch wie das Gewicht des reinen Katalysators sei. Das Nettogewicht des gebrauchten Katalysators setze sich aus rund 45% Katalysator und 55% Wasser/Feuchtigkeit und Filtermaterial zusammen (act. 49 Rz. 41). Die Beklagte bestreitet, dass sich aus dem Gewicht eines sog. Filterbeutels dessen Inhalt feststellen lasse, und sie bestreitet auch den behaupteten Erfahrungswert (act. 62 Rz. 34, Rz. 60, Rz. 75, vgl. auch Rz. 11).



4.2.9.2. Die Klägerin offeriert keine Beweise für ihre Behauptung, gestützt auf Erfahrungswerte setze sich das Nettogewicht des gebrauchten Katalysators aus rund 45% Katalysator und 55% Wasser/Feuchtigkeit und Filtermaterial zusammen. Beim von der Klägerin angerufenen Erfahrungswert handelt es sich weder um eine offenkundige oder gerichtsnotorische Tatsache noch um einen allgemein anerkannten Erfahrungssatz. Die Klägerin muss die bestrittene Behauptung demnach beweisen (vgl. Art. 150 f. ZPO). Fachpublikationen, welche die Behauptung der Klägerin zu stützen vermöchten, hat sie nicht eingereicht. Zudem ist fraglich, von welchen Erfahrungswerten für den vorliegenden Fall ausgegangen werden müsste, wurden doch die hierzu nötigen Einzelheiten der klägerischen Produktion nicht dargelegt. Ist der behauptete Erfahrungswert nicht erstellt, können aus den klägerischen Gewichtsangaben auch keine Schlüsse gezogen werden.

4.2.9.3. Weiter bringt die Klägerin vor, die von der Beklagten angegebenen Aschenmengen nach der Erhitzung des Ausgangsmaterials seien angesichts des Gewichts des gelieferten Ausgangsmaterials zu tief. Sie zieht diesen Schluss aus dem Gewicht der von anderen Wiedergewinnungsunternehmen erzielten Aschenmengen (act. 49 Rz. 56 ff.). Die Beklagte hält dagegen, dass die Klägerin beweisen müsse, welches Ausgangsmaterial sie der Beklagten zur Bearbeitung geliefert habe, wobei sie zusätzlich bestreitet, dass die anderen Wiedergewinnungsunternehmen das gleiche Ausgangsmaterial wie die Beklagte erhalten hätten. Die Klägerin sei ausserstande zu beweisen, welche Menge an organischen Stoffen und Wasser der ebenfalls unbekannte Ausgangsstoff enthalten habe (act. 62 Rz. 76 f.)

4.2.10. Die Argumentation der Klägerin verfängt nicht. Entscheidend ist die konkrete Zusammensetzung des gelieferten Ausgangsmaterials, die sich eben auch auf das Gewicht der nach der Erhitzung des Ausgangsmaterials resultierenden Asche auswirkt. Der Beklagten ist darin zu folgen, dass die Klägerin nicht behauptet, welche Menge an organischen Stoffen und Wasser der Ausgangsstoff enthielt. Auch ein Vergleich mit den von anderen Wiedergewinnungsunternehmen erzielten Gewichtswerten hilft der Klägerin nicht weiter. Ein solcher Vergleich vermag die genaue Zusammensetzung des an die Beklagte gelieferten Aus-

gangsmaterials nicht nachzuweisen, zumal – wie die Beklagte zu Recht einwendet – ohnehin nicht erstellt ist, dass die anderen Wiedergewinnungsunternehmen das gleiche Ausgangsmaterial wie die Beklagte erhielten.

4.2.11. Steht nicht fest, welchen Palladiumgehalt das an die Beklagte gelieferte Material aufwies, braucht auch nicht festgestellt zu werden, ob die Beklagte bei der Ausführung der vertraglich geschuldeten Leistungen die nötige Sorgfalt walten liess. Daher muss auf den Bearbeitungsprozess des klägerischen Materials durch die Beklagte nicht weiter eingegangen werden.

## 5. Neue Vereinbarung im Zusammenhang mit der zweiten Palladiumlieferung

5.1. Der klägerische Anspruch auf Gutschreibung von zusätzlichen 25.1595 kg Palladium (vgl. act. 1 Rz. 104 i.V.m. Rz. 86 und Rz. 87) bzw. auf Bezahlung eines zusätzlichen entsprechenden Betrages aus der zweiten Lieferung scheitert auch an der neu getroffenen Vereinbarung der Parteien vor der vollständigen Bearbeitung der zweiten Lieferung, wie nachfolgend aufzuzeigen ist:

5.1.1. Unbestrittenermassen vereinbarten die Parteien angesichts des betreffend die erste Lieferung erzielten unbefriedigenden Wiedergewinnungsergebnisses, hinsichtlich der zweiten Lieferung zunächst nur 10% der gelieferten Ausgangsmasse dem thermal pre-treatment zuzuführen, um die daraus resultierende Aschenmenge festzustellen (act. 38 Rz. 91; act. 39/9). Die Beklagte meldete der Klägerin anschliessend am 31. Mai 2018 das erzielte Ergebnis dieser Vorprobe mit einer Schätzung der Wiedergewinnungsmenge für die gesamte zweite Lieferung. Die Klägerin wies die Beklagte daraufhin am 5. Juni 2018 in Kenntnis des Resultats aus der Vorprobe an, auch die restlichen 90% Ausgangsmasse der zweiten Lieferung zu bearbeiten (act. 38 Rz. 91 mit Verweis auf act. 39/10–11). Das Wiedergewinnungsergebnis betreffend die restlichen 90% der Ausgangsmasse fiel in der Folge gar leicht besser aus als dasjenige der Schätzung gestützt aus der Vorprobe (act. 38 Rz. 6, Rz. 92).

5.1.2. Der Umstand, dass die Beklagte vorab nur 10% der Ausgangsmasse aus der zweiten Lieferung als Vorprobe bearbeitete und nicht die ganze zweite Liefere-

nung, deutet darauf hin, dass sich insbesondere die Klägerin vor Freigabe der gesamten zweiten Lieferung zur Bearbeitung durch die Beklagte ein Bild über die zu erwartende Palladiummenge machen wollte, was unbestritten ist. In der Folge meldete die Beklagte der Klägerin, dass sie gestützt auf das Resultat des thermal pre-treatment der Vorprobe und anhand der Erfahrungswerte der ersten Lieferung eine Palladiummenge von 21.78 kg (wohl für die gesamte zweite Lieferung) erwarte (act. 39/10; act. 62 Rz. 148). Aus diesem Vorgehen lässt sich schliessen, dass für die Klägerin das Ergebnis der Vorprobe entscheidend war für die Freigabe der restlichen 90% der Ausgangsmasse zur Bearbeitung durch die Beklagte, und dass die Beklagte mit diesem Vorgehen einverstanden war. Unbestritten ist denn auch die Behauptung der Beklagten, die Vereinbarung sei getroffen worden, um der Klägerin die Möglichkeit einzuräumen, nach Kenntnis der Resultate der 10% Vorprobe des Ausgangsmaterials die restlichen 90% von einem anderen Unternehmen bearbeiten zu lassen. Dies habe die Klägerin aber bewusst unterlassen (act. 38 Rz. 91; act. 62 Rz. 147). Indem die Klägerin die Beklagte – nach Kenntnisnahme der Resultate der Vorprobe samt Schätzung der zu erwartenden Palladiummenge – anwies, auch mit der Bearbeitung der restlichen 90% der Ausgangsmasse der zweiten Lieferung fortzufahren, akzeptierte sie das Ergebnis der Vorprobe zumindest als Richtwert für die wiedergewinnbare Palladiummenge in den restlichen 90% der Ausgangsmasse. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin bei der Bearbeitung der restlichen 90% eine höhere Palladiummenge als die geschätzte Menge erwarten durfte. In der Folge fiel das Ergebnis aus der Bearbeitung der 90% Ausgangsmasse letztlich sogar besser aus als die Schätzung, da die Beklagte aus der zweiten Lieferung eine höhere Palladiummenge erreichte, nämlich insgesamt 25.9605 kg (vgl. act. 1 Rz. 104). Die Vertragsparteien vereinbarten das besondere Vorgehen betreffend die zweite Lieferung (Bearbeitung einer Vorprobe) gerade wegen des bei der ersten Lieferung erzielten, unbefriedigenden Resultats (vgl. auch act. 39/9). Darum überzeugt auch das klägerische Vorbringen nicht, es habe gemäss den Angaben der Beklagten eine substantiell zu geringe Aschenmenge vorgelegen. Die Klägerin habe nach Treu und Glauben nicht annehmen müssen, dass sich dieses Szenario nach der ersten Lieferung bei der zweiten Lieferung wiederholen würde (act. 49 Rz. 101

zweites Lemma). Diesem Verständnis der Klägerin steht die vereinbarte Vorprobe entgegen, deren Ergebnis sie kannte. In einer solchen Situation wäre von der Klägerin zu erwarten gewesen, dass sie nach dem Vorliegen des Resultats der Vorprobe samt Schätzung, welches sie nunmehr wiederum als unbefriedigend empfindet, die Beklagte nicht einfach angewiesen hätte, mit der Bearbeitung fortzufahren. Die Klägerin kannte aufgrund der Schätzung die in der zweiten Lieferung zu erwartende Palladiummenge. Auch die Beklagte durfte davon ausgehen, dass sie Palladium in derselben Grössenordnung erzielen musste und durfte. Demnach ergibt sich aus dem Verhalten der Parteien im Zusammenhang mit der zweiten Lieferung, dass die Klägerin die gestützt auf die Vorprobe (10% der zweiten Lieferung) geschätzte Palladiummenge akzeptierte.

5.1.3. Was die von der Klägerin vorgebrachte mangelnde Vertretungsbefugnis ihrer Mitarbeiterin G.\_\_\_\_\_ anbelangt (vgl. act. 49 Rz. 100), fällt zunächst auf, dass die Kommunikation seitens der Klägerin mit der Beklagten – soweit ersichtlich – stets über G.\_\_\_\_\_ lief. Deshalb liegt mindestens eine Duldungsvollmacht vor. Entscheidend ist aber, dass in der E-Mail vom 5. Juni 2018, mit welcher G.\_\_\_\_\_ der Beklagten mitteilte, sie solle auch die restlichen 90% der Ausgangsmasse bearbeiten, der Mitarbeiter der Klägerin H.\_\_\_\_\_ einkopiert war (vgl. act. 39/11; act. 62 Rz. 156 mit Verweis auf Rz. 133). H.\_\_\_\_\_ war gemäss der Klägerin für die Kommunikation mit der Beklagten verantwortlich (vgl. act. 1 Rz. 138 zweites Lemma). Er hatte somit als Verantwortlicher seitens der Klägerin Kenntnis von der klägerischen Anweisung, mit der Bearbeitung fortzufahren, und segnete diese somit ab.

5.1.4. Laut der Klägerin ist sie gemäss Ziffer 6.2 ihrer AGB befugt, während zwei Jahren ab Ablieferung Mängel in der Vertragsausführung geltend zu machen. Daran ändere auch die Einkopierung von H.\_\_\_\_\_ in die entsprechenden E-Mails nichts (act. 49 Rz. 99). Die Klägerin übersieht, dass sie in Kenntnis des Resultats aus der Bearbeitung der Vorprobe die Beklagte beauftragte, auch die restlichen 90% des Ausgangsmaterials zu bearbeiten. Die Parteien vereinbarten hinsichtlich der zweiten Lieferung ein besonderes Vorgehen, welches zum Vertragsinhalt wurde. Die Klägerin kann sich ein besseres Resultat nicht Jahre später damit

ausbedingen, dass sie sich auf ein Rügerecht in ihren AGB beruft. Als Einzelabrede ging das vereinbarte Vorgehen betreffend die Vorprobe und der anschließende Entscheid betreffend die restlichen 90% des Ausgangsmaterials den AGB der Klägerin vor.

5.2. Zusammenfassend vereinbarten die Parteien betreffend die zweite Lieferung, zunächst eine Vorprobe von 10% des Ausgangsmaterials zu bearbeiten. In Kenntnis des Ergebnisses aus der Vorprobe entschied sich die Klägerin, die Beklagte gleichwohl mit der Bearbeitung auch der restlichen 90% des Ausgangsmaterials zu betrauen. Deren Ergebnis überstieg dann sogar die geschätzte zu erwartende Palladiummenge, womit hinsichtlich der zweite Lieferung eine vertragskonforme Erfüllung vorliegt. Die Klägerin muss sich ihr Verhalten entgegenhalten lassen und hat auch aus diesem Grund keinen Anspruch gegen die Beklagte aus der zweiten Lieferung.

## 6. Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen

6.1. Die Klägerin übergab der Beklagten zwei Lieferungen mit gebrauchter Katalysatormasse, damit die Beklagte das darin enthaltene Palladium wiedergewinnen konnte. Die Vereinbarung eines bestimmten zu extrahierenden Palladiumgehalts der gebrauchten Katalysatormasse bzw. Zusicherung durch die Beklagte vermochte die Klägerin nicht nachzuweisen. Ebenso wenig vermochte die Klägerin den Palladiumgehalt der gebrauchten Katalysatormasse, welche sie der Beklagten jeweils geliefert hat, nachzuweisen, weder anhand von Vergleichen verschiedener Gewichtswerte, noch durch Ableitung vom Palladiumgehalt der ungebrauchten Katalysatoren. Insbesondere hat die Klägerin den jeweiligen Herstellungsprozess der einzelnen Chargen nicht genügend dargelegt, welcher Rückschlüsse auf den (vollständigen) Erhalt des Palladiums zuliesse, zumal die Klägerin überdies zu pauschal und ungenau ausgeführt hat, dass in den der Beklagten anschliessend nicht mitgeschickten Mikrofiltern Palladium in geringen Mengen aufgefangen würden, nämlich rund 5 Gramm pro Charge, mithin die der Beklagten gelieferte Katalysatormasse "ca." 5 Gramm weniger Palladium pro Charge enthalten haben soll als die ungebrauchten Katalysatoren.

6.2. Betreffend die zweite Lieferung kommt die Vereinbarung der Parteien hinzu, im Sinne einer Vorprobe zunächst nur 10% der Ausgangsmasse durch die Beklagte bearbeiten zu lassen. In Kenntnis des Resultats dieser Vorprobe und der Schätzung entschied sich die Klägerin, gleichwohl die Beklagte mit der Bearbeitung der restlichen 90% der Ausgangsmasse zu betrauen. Deren Ergebnis übertraf die von der Beklagten aufgrund der Vorprobe geschätzte Menge. Die Klägerin hat auch aus diesem Grund aus der Vertragserfüllung betreffend die zweite Lieferung keinen Anspruch gegen die Beklagte.

6.3. Demnach konnte die Klägerin nicht dartun, dass die Beklagte mehr Palladium hätte extrahieren können bzw. ihr mehr Palladium hätte gutschreiben müssen. Daher ist die Klage abzuweisen.

## 7. Kosten- und Entschädigungsfolgen

### 7.1. Gerichtskosten

Die Höhe der Entscheidunggebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG; Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Der Streitwert wird gemäss Art. 91 Abs. 1 ZPO durch das Rechtsbegehren bestimmt. Soweit relevant, ist jeweils der Kurswert im Zeitpunkt der Begründung der Rechtshängigkeit massgebend. Zinsen und Kosten des laufenden Verfahrens sowie allfällige Eventualbegehren werden nicht hinzugerechnet. Der Streitwert beträgt demnach CHF 2'640'853.00 (Palladiumkurs am 29. Mai 2018, Datum Rechtshängigkeit: CHF 48'194.00 pro Kilogramm, vgl. act. 1 Rz. 58; act. 3/21; act. 38 Rz. 64). Die Grundgebühr beträgt rund CHF 47'200.00. Die Entscheidunggebühr ist auf diesen Wert festzusetzen. Hinzu kommen CHF 7'920.00 Übersetzungskosten (vgl. act. 13; Art. 95 Abs. 2 lit. d ZPO). Die Gerichtskosten sind ausgangsgemäss der Klägerin aufzuerlegen und vorab teilweise aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen.

## 7.2. Parteientschädigungen

Die Beklagte hat Anspruch auf eine Parteientschädigung für ihre berufsmässige Vertretung. Die Höhe der Parteientschädigung ist nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 zu bemessen (AnwGebV; Art. 105 Abs. 2 ZPO). Grundlage ist auch hier der Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Bei einem Streitwert von CHF 2'640'853.00 beträgt die Grundgebühr rund CHF 47'800.00. Sie ist mit der Begründung bzw. Beantwortung der Klage verdient. Für die Teilnahme an zusätzlichen Verhandlungen und für weitere notwendige Rechtsschriften wird ein Zuschlag von je höchstens der Hälfte der Grundgebühr berechnet (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV i.V.m. § 4 Abs. 1 AnwGebV). Vorliegend fand keine Vergleichsverhandlung statt. Aufgrund der zusätzlichen Rechtsschriften ist eine Erhöhung der Grundgebühr um 25% angemessen. Die Parteientschädigung beläuft sich somit auf CHF 59'800.00.

### Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf CHF 47'200.00. Die weiteren Auslagen betragen CHF 7'920.00 (Übersetzungskosten).
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt. Sie werden vorab teilweise aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss gedeckt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 59'800.00 zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Eine bundesrechtliche **Beschwerde** gegen diesen Entscheid ist innerhalb von **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42

und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 2'640'853.00.

Zürich, 24. November 2022

Handelsgericht des Kantons Zürich

Die Vizepräsidentin:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. Claudia Bühler

Dr. Giulio Donati