

HOR.2020.41 / as / mv

Urteil vom 27. November 2023

Besetzung	Oberrichter Vetter, Vizepräsident Ersatzrichter Steiner Handelsrichter Baumann Handelsrichter Hauser Handelsrichter Wieland Gerichtsschreiber Schneuwly Gerichtsschreiberin-Stv. Hunziker
-----------	---

Klägerin	A. _____ AG, vertreten durch lic. iur. Balthasar Wicki und MLaw Arife Asipi, Rechtsan- wälte, Stockerstrasse 44, 8002 Zürich
----------	---

Beklagte	B. _____ AG, vertreten durch Prof. Dr. Andreas Binder und lic. iur. Céline Schmidt, Rechtsanwälte, Langhaus am Bahnhof, 5401 Baden
----------	---

Gegenstand	Ordentliches Verfahren betreffend Forderung
------------	---

Das Handelsgericht entnimmt den Akten:

1.

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in K._____. Sie bezweckt hauptsächlich [...] (Klagebeilage [KB] 2).

2.

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in S._____. Sie bezweckt im Wesentlichen [...] (KB 3).

3.

3.1.

Ab dem Jahr 2014 entwickelte und lieferte die Beklagte einen für die C-Platten der Klägerin passenden Stammlack (weiss und transparent), der P-Lack genannt wurde (Klage Rz. 13).

3.2.

Gleichzeitig lieferte die Beklagte der Klägerin ein Farbmischsystem, damit dem Stammlack die entsprechend gewünschten Farbpartikel beigemischt werden konnten und die zur Erhaltung der Viskosität der Stammlacke notwendigen Farbrührmaschinen (Klage Rz. 16, Antwort Rz. 158).

3.3.

Die Klägerin realisierte mit dem P-Lack in den Jahren 2014–2017 zahlreiche Projekte mit C-Fassadenelementen im Aussenbereich (Klage Rz. 14 f., Antwort Rz. 156).

4.

4.1.

Im Sommer 2017 informierte die Beklagte die Klägerin darüber, dass die Rezeptur der P-Lackvariante 2014 angepasst werden müsse (Klage Rz. 30).

4.2.

Daraufhin wurde der P-Lack mehrfach in seiner Rezeptur angepasst. Es gibt folglich keine P-Lackvariante 2017 als solche (Klage Rz. 41, Antwort Rz. 63 und 96).

4.3.

Nach der Verwendung der P-Lackvarianten 2017 kam es im Winter 2017/2018 zu neun Schadensfällen mit dem sog. Schadensbild 1 (kleine Risse auf der lackierten Oberfläche). An den aus diesen Schadensfällen der Klägerin entstandenen Kosten beteiligte sich die Beklagte mit Fr. 98'990.00, wobei dieser Betrag mit offenen Forderungen der Beklagten gegenüber der Klägerin verrechnet wurde (Klage Rz. 36 ff., Antwort Rz. 18 und 181; KB 12 f.).

5.

5.1.

Ab dem Herbst 2018 traten weitere Schadensfälle mit dem sog. Schadensbild 2 auf, wobei sich dieses vom Schadensbild 1 darin unterschied, dass der Lack nicht Risse aufwies, sondern grossflächig ablöste (Klage Rz. 54).

5.2.

Über die Regelung des Schadensbildes 2 konnten sich die Parteien nicht einigen.

6.

Mit E-Mail vom 18. April 2019 gab die Beklagte der Klägerin einen Lieferstopp bekannt (Klage Rz. 59, Antwort Rz. 98; KB 20). Seither bezieht die Klägerin ihren Lack bei einem Drittlieferanten (Klage Rz. 59, Antwort Rz. 203).

7.

Im August 2020 leitete die Klägerin gegen die Beklagte eine Betreibung über total Fr. 3 Mio. ein. Gegen den Zahlungsbefehl des Betreibungsamtes X. _____ in der Betreibung Nr. aaa vom 11. August 2020 erhob die Beklagte am 11. August 2020 Rechtsvorschlag (Klage Rz. 2, Antwort Rz. 145 f.; KB 1).

8.

Mit Klage vom 25. August 2020 (Postaufgabe: 25. August 2020) stellte die Klägerin folgende Rechtsbegehren:

- " 1.
Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für den Schadensfall AA. _____ den Betrag von CHF 45'463.47 zuzüglich 5% Schadenszins seit 14. August 2018 zu bezahlen.
2.
Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für den Fall 1 (AB. _____) den Betrag von CHF 11'188.67 zuzüglich 5% Schadenszins seit 9. Januar 2019 zu bezahlen.
3.
Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für den Fall 2 (AC. _____) den Betrag von CHF 20'136.43 zuzüglich 5% Schadenszins seit 18. Juni 2019 zu bezahlen.

4.
Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für den Fall 3 (AD._____) den Betrag von CHF 17'373.50 zuzüglich 5% Schadenszins seit 19. Januar 2019 zu bezahlen.
5.
Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für den Fall 4 (AE._____) den Betrag von CHF 1'671.80 zuzüglich 5% Schadenszins seit 25. März 2019 zu bezahlen.
6.
Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für den Fall 5 (AF._____) den Betrag von CHF 4'678.38 zuzüglich 5% Schadenszins seit 2. Juli 2019 zu bezahlen.
7.
Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für den Fall 6 (AG._____) den Betrag von CHF 43'266.87 zuzüglich 5% Schadenszins seit 2. September 2019 zu bezahlen.
8.
Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für den Fall 7 (AH._____) den Betrag von CHF 1'971.35 zuzüglich 5% Schadenszins seit 28. März 2019 zu bezahlen.
9.
Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für den Fall 8 (AI._____) den Betrag von CHF 7'567.79 zuzüglich 5% Schadenszins seit 14. Mai 2019 zu bezahlen.
10.
Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für den Fall 9 (AJ._____) den Betrag von CHF 6'318.03 zuzüglich 5% Schadenszins seit 9. Juli 2019 zu bezahlen.
11.
Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für den Fall 10 (AK._____) den Betrag von CHF 8'632.77 zuzüglich 5% Schadenszins seit 25. Mai 2019 zu bezahlen.
12.
Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für den Fall 11 (AL._____) den Betrag von CHF 10'747.67 zuzüglich 5% Schadenszins seit 10. Februar 2020 zu bezahlen.
13.
Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für den Fall 12 (AM._____) den Betrag von CHF 6'458.08 zuzüglich 5% Schadenszins seit 8. Juli 2019 zu bezahlen.
14.
Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für den Fall 13 (AN._____) den Betrag von CHF 3'857.89 zuzüglich 5% Schadenszins seit 22. August 2018 zu bezahlen.

15.

Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für den Fall 14 (AO._____) den Betrag von CHF 9'050.64 zuzüglich 5% Schadenszins seit 2. September 2019 zu bezahlen.

16.

Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für den Fall 15 (AP._____) den Betrag von CHF 8'518.85 zuzüglich 5% Schadenszins seit 7. Oktober 2019 zu bezahlen.

17.

Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für den Fall 16 (AQ._____) den Betrag von CHF 7'724.16 zuzüglich 5% Schadenszins seit 24. Juni 2019 zu bezahlen.

18.

Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für den Fall 17 (AR._____) den Betrag von CHF 5'498.89 zuzüglich 5% Schadenszins seit 12. September 2019 zu bezahlen.

19.

Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für den Fall 18 (AS._____) den Betrag von CHF 8'051.45 zuzüglich 5% Schadenszins seit 7. August 2019 zu bezahlen.

20.

Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für den Fall 19 (AT._____) den Betrag von CHF 1'819.00 zuzüglich 5% Schadenszins seit 12. Juni 2019 zu bezahlen.

21.

Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für den Fall 20 (AU._____) den Betrag von CHF 4'162.36 zuzüglich 5% Schadenszins seit 14. März 2018 zu bezahlen.

22.

Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für den Fall 21 (AV._____) den Betrag von CHF 14'950.27 zuzüglich 5% Schadenszins seit 7. Oktober 2019 zu bezahlen.

23.

Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für den Fall 22 (AW._____) den Betrag von CHF 5'742.70 zuzüglich 5% Schadenszins seit 14. August 2019 zu bezahlen.

24.

Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für den Fall 23 (AX._____) den Betrag von CHF 7'095.82 zuzüglich 5% Schadenszins seit 14. Januar 2019 zu bezahlen.

25.

Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für den Fall 24 (AY._____) den Betrag von CHF 1'690.00 zuzüglich 5% Schadenszins seit 30. Mai 2019 zu bezahlen.

26.

Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für den Fall 25 (AZ._____) den Betrag von CHF 2'122.62 zuzüglich 5% Schadenszins seit 8. August 2019 zu bezahlen.

27.

Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für den Fall 26 (BA._____) den Betrag von CHF 21'887.15 zuzüglich 5% Schadenszins seit 14. November 2019 zu bezahlen.

28.

Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für den Fall 27 (BB._____) den Betrag von CHF 6'892.95 zuzüglich 5% Schadenszins seit 25. Oktober 2019 zu bezahlen.

29.

Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für den Fall 28 (BC._____) den Betrag von CHF 3'901.57 zuzüglich 5% Schadenszins seit 28. Oktober 2019 zu bezahlen.

30.

Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für den Fall 29 (BD._____) den Betrag von CHF 5'898.72 zuzüglich 5% Schadenszins seit 25. Februar 2020 zu bezahlen.

31.

Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für den Fall 30 (BE._____) den Betrag von CHF 4'655.27 zuzüglich 5% Schadenszins seit 14. Mai 2020 zu bezahlen.

32.

Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für den Fall 31 (BF._____) den Betrag von CHF 53'300.00 zuzüglich 5% Schadenszins seit 20. Mai 2019 zu bezahlen.

33.

Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für den Fall 32 (BG._____) den Betrag von CHF 4'819.00 zuzüglich 5% Schadenszins seit 20. Mai 2019 zu bezahlen.

34.

Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für den Fall 33 (BH._____) den Betrag von CHF 4'704.90 zuzüglich 5% Schadenszins seit 3. April 2020 zu bezahlen.

35.

Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für den Fall 34 (BI._____) den Betrag von CHF 4'241.09 zuzüglich 5% Schadenszins seit 12. November 2018 zu bezahlen.

36.

Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für den Fall 35 (BJ._____) den Betrag von CHF 6'637.47 zuzüglich 5% Schadenszins seit 9. Mai 2019 zu bezahlen.

37.

Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für den Fall 36 (BK._____) den Betrag von CHF 79'427.93 zuzüglich 5% Schadenszins seit 19. November 2019 zu bezahlen.

38.

Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für den Fall 37 (BL._____) den Betrag von CHF 5'024.14 zuzüglich 5% Schadenszins seit 13. Mai 2020 zu bezahlen.

39.

Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für den Fall 38 (BM._____) den Betrag von CHF 2'028.54 zuzüglich 5% Schadenszins seit 13. Mai 2020 zu bezahlen.

40.

Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für den Fall 39 (BN._____) den Betrag von CHF 763.00 zuzüglich 5% Schadenszins seit 2. Juni 2020 zu bezahlen.

41.

Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für den Fall 40 (BO._____) den Betrag von CHF 3'056.36 zuzüglich 5% Schadenszins seit 9. Juni 2020 zu bezahlen.

42.

Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für den Fall 41 (BP._____) den Betrag von CHF 912.00 zuzüglich 5% Schadenszins seit 6. Juli 2020 zu bezahlen.

43.

Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für den Fall 42 (BQ._____) den Betrag von CHF 6'380.71 zuzüglich 5% Schadenszins seit 4. April 2019 zu bezahlen.

44.

Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für den Fall 43 (BR._____) den Betrag von CHF 3'160.54 zuzüglich 5% Schadenszins seit 23. Juni 2020 zu bezahlen.

45.

Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für den Fall 44 (BS._____) den Betrag von CHF 11'652.85 zuzüglich 5% Schadenszins seit 9. Juli 2020 zu bezahlen.

46.

Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für den Fall 45 (BT._____) den Betrag von CHF 4'028.80 zuzüglich 5% Schadenszins seit 26. Februar 2020 zu bezahlen.

47.

Es sei der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. aaa des Betreibungsamts X._____ in der Höhe von CHF 499'132.46 zuzüglich Verzugszins seit den für die einzelnen Teilforderungen gemäss Klagebegehren 1 – 46 jeweils genannten Fälligkeitsdaten, aufzuheben.

48.

Es sei vom Nachklagevorbehalt Vormerk zu nehmen.

49.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MWST zu Lasten der Beklagten.

sowie den folgenden **Beweisantrag**:

1.

Es sei vom Gericht ein Gutachten durch eine sachverständige Person über die Tauglichkeit der P-Lackvariante 2017 für den Einsatz auf C-Fassadenelementen im Aussenbereich anzuordnen."

Die Klägerin behauptet im Wesentlichen, sie habe bei der Beklagten speziell für sie hergestellten Lack bestellt, der mangelhaft geliefert worden sei. Dadurch würden bei den lackierten C-Fassadenelementen im Aussenbereich großflächige Lackablösungen auftreten. Die Beklagte habe daher der Klägerin jene Kosten zu ersetzen, die diese für die Demontage, Neulackierung und Remontage der entsprechenden C-Fassadenelementen aufgewendet habe.

9.

Mit Antwort vom 28. Oktober 2020 stellte die Beklagte folgende Rechtsbegehren:

"

1.

Die klägerischen Rechtsbegehren in der Klage vom 25. August 2020 seien abzuweisen, soweit darauf überhaupt einzutreten ist.

2.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin.

Prozessualer Antrag:

Der Beweisantrag der Klägerin auf Anordnung eines gerichtlichen Gutachtens durch eine sachverständige Person über die Tauglichkeit der P Lackvariante 2017 für den Einsatz auf C-Fassadenelementen im Aussenbereich sei abzuweisen, soweit auf die Klage überhaupt einzutreten ist."

Die Beklagte bestreitet, dass ihre Lacklieferungen mangelhaft gewesen seien und sie für die Nachbesserungskosten der Klägerin aufzukommen habe.

10.

10.1.

Da sich beide Parteien mit der Durchführung einer Instruktions- und Vermittlungsverhandlung nach dem ersten Schriftenwechsel einverstanden erklärten, lud der Vizepräsident mit Verfügung vom 18. November 2020 dazu vor und erliess eine Beweisverfügung.

10.2.

Am 3. Dezember 2020 fand eine Instruktionsverhandlung mit informeller Parteibefragung und Vermittlungsgespräch statt, anlässlich welcher sich die Parteien nicht einigen konnten.

11.

11.1.

Mit Verfügung vom 4. Dezember 2020 beschränkte der Vizepräsident das vorliegende Verfahren zunächst auf die Frage des gültigen Einbezugs der beklagischen AGB sowie des dortigen Ausschlusses der Haftung für Mangelfolgeschäden.

11.2.

Nach Durchlaufen des beschränkten Verfahrens mit Replik, Duplik, Instruktionsverhandlung, rogatorischer Einvernahmen der Zeugen D._____ und E._____ und Hauptverhandlung entschied das Handelsgericht mit Zwischenentscheid vom 29. September 2021 was folgt:

- " 1.
Der in den beklagischen AGB (Ziff. 3.4) enthaltene Haftungsausschluss für Mangelfolgeschäden wurde zwischen den Parteien nicht rechtsgültig vereinbart.
2.
Die Gerichtskosten von Fr. 6'298.50 werden der Beklagten auferlegt und mit dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 17'157.00 verrechnet. Die Beklagte hat der Klägerin den Betrag von Fr. 6'298.50 direkt zu ersetzen.
3.
Die Beklagte hat der Klägerin eine gerichtlich festgelegte Parteientschädigung in Höhe von Fr. 16'900.00 zu bezahlen."

11.3.

Auf die von der Beklagten gegen den Zwischenentscheid vom 29. September 2021 erhobene Beschwerde in Zivilsachen ist das Bundesgericht mit Entscheid vom 9. Februar 2023 (4A_563/2021) nicht eingetreten.

12.

Das von der Klägerin gegen den Vizepräsidenten mit Eingabe vom 1. Oktober 2021 gestellte Ausstandsgesuch wurde nach Einholung einer Stellungnahme des Vizepräsidenten und der Beklagten mit Entscheid vom 24. November 2021 abgewiesen.

13.

Das von der Klägerin mit Eingabe vom 7. Oktober 2021 gestellte Protokollberichtigungsgesuch wurde mit Verfügung vom 21. Oktober 2021 wie folgt teilweise gutgeheissen:

" Berichtigung Seite 3 Absatz 5 des Protokolls der Hauptverhandlung vom 29. September 2021 wie folgt:

~~Dem Rechtsvertreter der Beklagten wird ebenfalls ein Exemplar der Plädoyernotizen ausgehändigt.~~

14.

Mit Replik vom 16. Mai 2023 bzw. Duplik vom 17. August 2023 im unbeschränkten Verfahren hielten die Parteien an ihren bisher gestellten Rechtsbegehren fest und ergänzten ihre Begründungen.

15.

15.1.

Mit Verfügung vom 21. August 2023 teilte der Vizepräsident den Parteien die Änderung des Spruchkörpers mit.

15.2.

Mit Verfügung vom 23. August 2023 stellte der Vizepräsident der Klägerin die Duplik zu und setzte ihr für die Ausübung des Novenrechts eine Frist bis zum 15. September 2023 an, wobei darauf hingewiesen wurde, dass über die Zulässigkeit von Noven das Kollegialgericht entscheidet.

15.3.

Mit Verfügung vom 11. September 2023 erstreckte der Vizepräsident der Klägerin die Frist zur Ausübung des Novenrechts bis zum 29. September 2023.

15.4.

Mit Eingabe vom 29. September 2023 nahm die Klägerin zur Duplik Stellung.

15.5.

Mit Verfügung vom 2. Oktober 2023 lud der Vizepräsident zur Hauptverhandlung vom 27. November 2023, 14:00 Uhr, vor.

16.

16.1.

Am 27. November 2023 fand die Hauptverhandlung statt. Die Parteien hielten ihre Schlussvorträge und konnten sich dabei je zwei Mal äussern.

16.2.

Daraufhin zog sich das Handelsgericht zur Beratung zurück und fällte das vorliegende Urteil.

Das Handelsgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessvoraussetzungen

Die Prozessvoraussetzungen geben zu keinen besonderen Ausführungen Anlass. Die örtliche und sachliche Zuständigkeit sind gegeben und die objektive Klagenhäufung ist zulässig (vgl. Zwischenentscheid vom 29. September 2021 E. 1).

2. Zwischenentscheid

Im Zwischenentscheid vom 29. September 2021 hielt das Handelsgericht unter anderem fest, das Vertragsgefüge der Parteien setze sich aus einem Rahmenvertrag und in Bezug auf die einzelnen Lacklieferungen aus einzelnen Werklieferungsverträgen zusammen. Es liegt kein Lacksystem-Gesamtvertrag bzw. kein Systementwicklungs- und Sukzessivlieferungsvertrag vor. Zudem wurde entschieden, dass der in den beklagischen AGB (Ziff. 3.4) enthaltene Haftungsausschluss für Mangelfolgeschäden zwischen den Parteien nicht rechtsgültig vereinbart wurde. Darauf ist im vorliegenden Endentscheid nicht zurückzukommen.

3. Prüf- und Rügeobliegenheiten

3.1. Parteivorbringen

3.1.1. Klägerin

Die Klägerin macht geltend, sie habe ihre Rügepflicht nach Art. 367 OR erfüllt. Sie habe jede gelieferte Charge der P-Lackvarianten 2017 einer Eingangskontrolle unterzogen, soweit ihr dies möglich und zumutbar gewesen sei. Da es die Beklagte gewesen sei, die der Klägerin das gesamte Lackierungssystem geliefert und kontrolliert habe, seien an die Eingangskontrolle keine hohen Anforderungen zu stellen. Als Eingangskontrolle könne von der Klägerin einzig eine visuelle Kontrolle der Unversehrtheit der Verpackung und der Konsistenz des angelieferten Stammlacks verlangt werden (Klage Rz. 330; Schlussvortrag der Klägerin [vgl. Plädoyernotizen Rz. 45 als Anhang des Protokolls der Hauptverhandlung vom 27. November 2023]). Da der Mangel erst bei kalten Temperaturen im Aussenbereich zu Tage getreten sei, handle es sich um einen versteckten Mangel, den die Klägerin sofort nach erstmaliger Entdeckung gegenüber der Beklagten gerügt habe (Klage Rz. 331; Schlussvortrag der Klägerin [vgl. Plädoyernotizen Rz. 48 als Anhang des Protokolls der Hauptverhandlung vom 27. November 2023]). Die Rügepflicht gelte zwar auch für Ansprüche auf Ersatz des Mangelfolgeschadens, beziehe sich diesbezüglich aber nur auf den Mangel als solchen und nicht auf die einzelnen Schäden, die aus dem Mangel folgen (Replik Rz. 187).

In tatsächlicher Hinsicht behauptet die Klägerin, zwischen August 2017 und März 2018 seien bei ihr neun Schadensmeldungen von Kunden eingetroffen, bei welchen die C-Fassadenelemente mit einer der P-Lackvarianten

2017 lackiert waren. Es hätten sich kleine Risse auf der lackierten Oberfläche gebildet, die zumeist nur mit der Lupe erkennbar gewesen seien (Schadensbild 1). Die Schadensfälle seien sowohl von der Klägerin als auch von F._____ (dem damaligen Anwendungstechniker der Beklagten) vor Ort beobachtet worden. Es habe sich um Filmbildungsprobleme des Lacks gehandelt (Klage Rz. 36, Replik Rz. 96 und 188). Daraufhin habe die Beklagte diverse Änderungen an der Lackrezeptur vorgenommen (Klage Rz. 37 und 41, Replik Rz. 97). Der Beklagten seien die Schadensmeldungen mit dem Schadensbild 1 bekannt gewesen. Die Rüge durch die Klägerin sei zeitgerecht erfolgt (Replik Rz. 98 und 188). Betreffend das Schadensbild 1 habe die Beklagte der Klägerin Fr. 98'990.00 zugesprochen, wobei dieser Betrag mit offenen Forderungen der Beklagten gegenüber der Klägerin verrechnet worden sei (Klage Rz. 40, Replik Rz. 73, 98 und 101 ff.; KB 13).

Ab Herbst 2018 seien weitere Schadensfälle eingetreten. Das Schadensbild habe sich aber nicht mehr durch kleine Risse, sondern grossflächige Ablösungen des Lacks ausgezeichnet. Es habe die Verbindung zwischen dem Lack und dem Untergrundmaterial (C-Platten) gefehlt (Klage Rz. 54, Replik Rz. 107). Nach der ersten Meldung des Schadensbilds 2 im Februar 2018 sei die Beklagte wiederum sofort informiert worden und es hätten mehrere Sitzungen mit Anwendungstechnikern, Chemikern und dem Geschäftsführer der Beklagten stattgefunden. Seitens der Beklagten seien G._____, H._____ und Dr. E._____ (damaliger Laborleiter) anwesend gewesen (Klage Rz. 56, Replik Rz. 189). Die Beklagte habe jeweils umgehend von den Schäden erfahren. Da es sich bei der Lackierung um einen vitalen, kritischen Teil ihres Endprodukts handle, gebe es keinen Grund, weshalb sie die Beklagte nicht sofort über die für sie höchst besorgniserregenden Entwicklungen informiert haben sollte (Replik Rz. 35; Schlussvortrag der Klägerin [vgl. Plädoyernotizen Rz. 46 und 48 als Anhang des Protokolls der Hauptverhandlung vom 27. November 2023]). Die Parteien seien nach der Einführung der P-Lackvarianten 2017 in täglichem (oder mehrmals täglichem) Kontakt gewesen und die Mitarbeiter der Beklagten seien ständig bei der Klägerin im Betrieb oder mit I._____ (Klägerin) auf Baustellen gewesen. Es gebe keine einzige Stelle, an der die Beklagte Verspätungen in der Kommunikation rüge (Replik Rz. 190). In seiner E-Mail vom 15. März 2018 (KB 182) habe G._____ (Beklagte) die Feststellung von F._____ vom 13. März 2018 bestätigt, wonach es sich um einen Serienschaden handle. Damit habe sie die Tatsache anerkannt, den Serienschaden zu verantworten, weshalb Diskussionen über das Einhalten von Rügeobligationen hinfällig seien (Replik Rz. 191). Auch die Versicherung der Beklagten scheine davon auszugehen, dass die Beklagte hafte, wie sich aus der E-Mail von G._____ (Beklagte) vom 15. Juni 2018 ergebe (Replik Rz. 192, KB 251). Schliesslich habe G._____ die Klägerin mit E-Mail vom 17. Juni 2019 aufgefordert, ihm bereits bekannte Dokumente der Schadensfälle in einer für die Versicherung aufbereiteten Form zukommen zu

lassen (KB 235). Das belege, dass die Klägerin ihren Rügeobliegenheiten nachgekommen sei (Replik Rz. 194).

Weiter behauptet die Klägerin, sie habe nach jeder Schadensmeldung D. _____ und weitere Mitarbeiter der Beklagten, namentlich G. _____, kontaktiert, um das Auftreten eines weiteren Schadensfalls mitzuteilen, mithin den Mangel am gelieferten Lack zu rügen. Damals seien die Parteien in täglichem Kontakt gestanden. Das Problem sei für beide brisant gewesen. Die Klägerin sei der Aufforderung von G. _____ vom 15. März 2018 (KB 182) gefolgt, wonach es sehr wichtig sei, die Fälle in einer Art Ordner oder ZIP-File je Schaden zu sammeln und ihm zu senden, woraufhin er den Kontakt zur Versicherung manage (Replik Rz. 272).

3.1.2. Beklagte

Die Beklagte macht demgegenüber geltend, die Klägerin habe für die geltend gemachten Schäden keine rechtzeitigen und rechtsgenügenden Mängelrügen abgegeben (Antwort Rz. 116, 129, 198, 211 und 219 ff., Duplik Rz. 152 und 278). Es werde bestritten, dass die Klägerin den behaupteten versteckten Mangel sofort nach erstmaliger Entdeckung gerügt haben soll (Antwort Rz. 289). Die entsprechenden Behauptungen der Klägerin seien unsubstantiiert, widersprüchlich und werden im Einzelnen bestritten (Duplik Rz. 290 ff. und 1012; Schlussvortrag der Beklagten [Protokoll der Hauptverhandlung vom 27. November 2023 S. 14]). Die Klägerin bringe auch keine Beweismittel für die Vornahme rechtsgenügender Mängelrügen vor (Duplik Rz. 71 und 154).

Insbesondere habe die Klägerin bei keiner der 23 Lacklieferungen in rechtsgenügender Art und Weise gerügt, eine bestimmte Lacklieferung enthalte mangelhaft haftenden Lack und die Klägerin erachte den entsprechenden Werklieferungsvertrag als nicht gehörig erfüllt. Betreffend den das Schadensbild 2 angeblich hervorruhenden Mangel sei keine einzige Mängelrüge belegt (Duplik Rz. 152 und 296 ff.). Weder die E-Mail von J. _____ vom 19. Juni 2019 (KB 183) noch jene von I. _____ vom 25. Juni 2019 (KB 24) würden Mängelrügen enthalten (Duplik Rz. 172 f.).

Im Zentrum der Kommunikation zwischen den Parteien habe die Bemühung gestanden, in der Produktionsstätte der Klägerin das Setup zur Lackierung der C-Platten zu verbessern (Duplik Rz. 152). Auch in Bezug auf die von der Klägerin behaupteten Sitzungen, wonach seitens der Beklagten G. _____, H. _____ und E. _____ anwesend gewesen sein sollen, behaupte die Klägerin nicht, dass sie dort die entsprechenden Mängel rechtzeitig und rechtsgenügend gerügt hätte (Duplik Rz. 155 f. und 290).

Erfolgt sei einzig eine Mitteilung der Klägerin an die Beklagte über die mangelhafte maschinelle Verarbeitbarkeit der Lacklieferung vom 28. September 2017 (Chargennummer bbb) auf der Produktionsanlage der Klägerin in

K._____. Daraufhin habe die Beklagte besagten Lack zurückgenommen (Duplik Rz. 153 und 299; Schlussvortrag der Beklagten [Protokoll der Hauptverhandlung vom 27. November 2023 S. 4]).

Soweit sich die Klägerin auf eine E-Mail der Beklagten beziehe, worin von einem Serienschaden gesprochen werde, so beziehe sich diese einzig auf das Schadensbild 1 und nicht auch auf das Schadensbild 2 (Duplik Rz. 290, 306 f. und 1250; KB 182). Dasselbe gelte für die E-Mail von G.____ (Beklagte) vom 15. Juni 2018 (Duplik Rz. 308 f.; KB 251).

Die Beklagte habe die klägerische Kommunikation mit Ausnahme der sich auf die Chargennummer bbb bezogene Rüge auch nie als rechtsgenügende Mängelrügen akzeptiert (Duplik Rz. 303). Dies gelte auch betreffend die E-Mail von G.____ (Beklagte) vom 17. Juni 2019 (Duplik Rz. 310; KB 235). Selbst die Entgegennahme einer Mängelrüge, ohne deren Verspätung zu beanstanden, soweit diese überhaupt erfolgt sein sollten, bedeute keinen Verzicht auf den Verspätungseinwand (Duplik Rz. 305).

3.2. Rechtliches

3.2.1. Rechtzeitige und substantiierte Mängelrüge

Damit der Besteller von seinen Gewährleistungsrechten Gebrauch machen kann, hat er das Werk nach dessen Ablieferung, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist (Art. 367 Abs. 1 OR), dahingehend zu prüfen, ob es die vorausgesetzten und vertraglich zugesicherten Eigenschaften aufweist und damit vertragsgemäss ist.¹ Die Prüfung muss sorgfältig erfolgen, d.h. sie muss dem Besteller bei zumutbarem Aufwand ein vernünftiges Urteil darüber erlauben, ob das konkrete Werk Mängel aufweist. Art, Umfang und Methode dieser Untersuchung bestimmen sich nach der Natur des Werkes und können insbesondere Messproben, Belastungsproben oder eine teilweise Verarbeitung erfordern.² Allfällige Mängel muss der Besteller dem Unternehmer sofort anzeigen (Art. 201 Abs. 1 OR analog).³

Der Besteller hat folglich nach Ablieferung des Werks zwei Obliegenheiten nachzukommen, wobei für die Prüfungspflicht eine tunliche Frist und für die Anzeigepflicht eine sofortige Frist gilt. Als sofort wurde bislang vom Bundesgericht grundsätzlich eine Rüge innert einer Frist von sieben bis elf Tagen betrachtet,⁴ während eine Rüge nach zwei oder mehr Wochen in der Regel verspätet sein dürfte.⁵ Ob die Rüge rechtzeitig erfolgte, ist allerdings

¹ BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT, 7. Aufl. 2020, Art. 367 N. 9; GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl. 2019, N. 2119.

² GAUCH (Fn. 1), N. 2139.

³ GAUCH (Fn. 1), N. 2141.

⁴ BGer 4A_399/2018 vom 8. Februar 2019 E. 3.2, 4A_53/2012 vom 31. Juli 2012 E. 6.2; BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT (Fn. 1), Art. 367 N. 20.

⁵ BGE 118 II 142 E. 3b, 107 II 172 E. 1b; BGer 4A_251/2018 vom 11. September 2018 E. 3.3.

anhand der Umstände des konkreten Falles zu beurteilen, wobei insbesondere die Art des Mangels entscheidend ist.⁶

Die Rüge ist zwar an keine besondere Form gebunden, muss jedoch zumindest die Anzeige des erkannten Mangels sowie die Kundgabe des Willens enthalten, das Werk werde aufgrund des Mangels als nicht vertragsgemäss anerkannt und der Unternehmer hierfür haftbar gemacht.⁷ Inhaltlich muss sie sachgerecht substantiiert sein, d.h. der Besteller hat jeden Mangel bzw. die Art der Vertragswidrigkeit hinreichend genau zu bezeichnen.⁸ Der Besteller muss dazu in der Mängelrüge angeben, inwiefern das Werk mangelhaft ist, d.h. den vertraglich vereinbarten und vorausgesetzten Eigenschaften nicht entspricht. Die Mängel müssen konkret benannt und möglichst genau bezeichnet, d.h. sachgerecht substantiiert werden. Dabei reicht es grundsätzlich aus, wenn der Unternehmer verstehen kann, worum es sich handelt, um den Mangel dann selber feststellen und gegebenenfalls nachbessern zu können.⁹ Entsprechend muss die Mängelrüge nicht so detailliert und fachmännisch sein, dass der Unternehmer allein gestützt darauf bereits die materielle Begründetheit der Rüge prüfen kann. Sie muss lediglich die Wahrnehmung des Bestellers vermitteln. Dabei kann der Besteller auch dadurch rügen, dass er dem Unternehmer bspw. ein fachmännisches Gutachten übermittelt, sofern er dabei den Willen zum Ausdruck bringt, den Unternehmer für bestimmte im Gutachten festgestellte Mängel haftbar zu machen.¹⁰

Unterbleibt eine Rüge, so gilt das Werk bei offenen Mängeln als genehmigt und der Unternehmer wird gemäss Art. 370 Abs. 1 und 2 OR von seiner Haftpflicht befreit.¹¹

Bei versteckten Mängeln oder wenn der Unternehmer die Mängel absichtlich verschwiegen hat, gilt dies indes nicht (Art. 370 Abs. 1 OR). Versteckte Mängel sind Mängel, die bei der Abnahme und ordnungsmässigen Prüfung nicht erkennbar waren (Art. 370 Abs. 1 OR). Treten diese erst später zu Tage so muss auch hier die entsprechende Rüge sofort nach der Entdeckung des Mangels erfolgen, widrigenfalls das Werk auch rücksichtlich dieser Mängel als genehmigt gilt (Art. 370 Abs. 3 OR). Als entdeckt gilt ein Mangel, sobald der Besteller über dessen Vorliegen Gewissheit erlangt hat, wenn er sie zweifelsfrei kennt. Kommen versteckte Mängel erst nach und nach zum Vorschein (z.B. bei Fassadenrissen oder Rostbildung), so sind sie nicht schon beim Auftreten der ersten Anzeichen oder Mangelspuren

⁶ BGer 4A_399/2018 vom 8. Februar 2019 E. 3.2, 4A_251/2018 vom 11. September 2018 E. 3.3.

⁷ BGE 130 III 258 E. 4; BGer 4A_53/2012 vom 31. Juli 2012 E. 6.2.

⁸ BGE 130 III 258 E. 4; BGer 4A_53/2012 vom 31. Juli 2012 E. 6.2.

⁹ BRÄNDLI, Die Nachbesserung im Werkvertrag, Eine Gesamtdarstellung unter Berücksichtigung der SIA-Norm 118, 2007, Rz 342.

¹⁰ GAUCH (Fn. 1), N. 2139.

¹¹ GAUCH (Fn. 1), N. 2148 ff.

erkannt. Sie gelten als erkannt, wenn der Besteller die Bedeutung und Tragweite der Mängel erfasst, weil der ernsthafte Charakter des Zustandes deutlich wird, so dass er in der Lage ist, eine genügend substantiierte Rüge zu erheben.¹²

3.2.2. Mangelfolgeschaden im Besonderen

Kumulativ zur Wandelung, Minderung und Nachbesserung kann der Besteller Schadenersatz nach 368 Abs. 1 und 2 i.f. OR verlangen.¹³ Die vertragliche Schadenersatzklage nach Art. 97 OR kommt im Werkvertragsrecht demgegenüber nicht zur Anwendung (keine Alternativität).¹⁴ Nicht vorausgesetzt ist, dass der Besteller eines der drei Mängelrechte ausübt, noch nicht einmal, dass ihm eines dieser drei Rechte zusteht.¹⁵ Inhaltlich ist das Schadenersatzrecht nach Art. 368 OR auf den Ersatz des Mangelfolgeschadens begrenzt, der zwar durch den Mangel verursacht ist, über das blosses Vorhandensein des Mangels aber hinausgeht.¹⁶

Auch das Recht auf Ersatz des Mangelfolgeschadens kann der Besteller verwirken, wenn er den Mangel nicht rechtzeitig rügt.¹⁷ Hinsichtlich der Prüf- und Rügeobliegenheit gilt für das Recht auf Ersatz des Mangelfolgeschadens demnach nichts Besonderes.

3.2.3. Behauptungs- und Beweislast

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung obliegt zwar die Behauptungslast, wonach das Werk infolge verspäteter Mängelrüge genehmigt worden sei, beim Unternehmer. Die Beweislast für die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge liegt jedoch beim Besteller. Dazu gehört auch der Nachweis, wann er den gerügten Mangel entdeckt hat. Nur wenn der Unternehmer einwendet, der Besteller habe den gerügten Mangel schon vor dem vom Besteller behaupteten Zeitpunkt entdeckt, trägt er hierfür die Beweislast.¹⁸

3.3. Würdigung

Zunächst stellt sich vorliegend die Frage, ob die Klägerin die von ihr behaupteten versteckten Mängel rechtzeitig i.S.v. Art. 370 Abs. 3 OR gerügt hat. Dabei geht die Klägerin von zwei Mängeln aus: Einerseits seien die nach Anpassung der Rezeptur der P-Lackvariante 2014 hergestellten P-Lackvarianten 2017 nicht mehr witterungsbeständig und damit auch nicht mehr für den Ausseneinsatz geeignet gewesen (Replik Rz. 25, 43 und

¹² BGer 4A_293/2017 vom 13. Februar 2018 E. 2.2.3, 4A_53/2012 vom 31. Juli 2012 E. 6.2; GAUCH (Fn. 1), N. 2182 m.w.N.; BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT (Fn. 1), Art. 367 N. 20.

¹³ BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT (Fn. 1), Art. 368 N. 68 m.w.N.; KOLLER, Schweizerisches Werkvertragsrecht, 2015, N. 503; GAUCH (Fn. 1), N. 1850 m.w.N.

¹⁴ BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT (Fn. 1), Art. 368 N. 78 m.w.N.

¹⁵ BGer 4A_514/2016 vom 6. April 2017 E. 3.2.2, 4A_90/2013 vom 10. Juni 2013 E. 4.2; GAUCH (Fn. 1), N. 1851.

¹⁶ GAUCH (Fn. 1), N. 1851 m.w.N.

¹⁷ GAUCH (Fn. 1), N. 1851 m.w.N.

¹⁸ BGE 118 II 142 E. 3a.

44 ff.; Schlussvortrag der Klägerin [vgl. Plädoyernotizen Rz. 35 als Anhang des Protokolls der Hauptverhandlung vom 27. November 2023]). Andererseits seien die P-Lackvarianten 2017 nicht mehr verlässlich auf den Anlagen der Klägerin zu verarbeiten gewesen (Replik Rz. 26, 43 und 53 ff.; Schlussvortrag der Klägerin [vgl. Plädoyernotizen Rz. 35 als Anhang des Protokolls der Hauptverhandlung vom 27. November 2023])).

Was die fehlende Verlässlichkeit der Verarbeitung des P-Lacks auf den Anlagen der Klägerin anbelangt (zweiter Mangel), so ist nicht ersichtlich und wird von der Klägerin auch nicht verständlich (vgl. Replik Rz. 113 ff. und 352) dargelegt, inwiefern dies für den geltend gemachten Mangelfolgeschaden kausal sein sollte. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Klägerin gar keine C-Fassadenplatten auslieferte, bei denen bereits im Lackierungsprozess Probleme auftraten, weil sich der Lack nicht mehr verlässlich auf den eigenen Anlagen verarbeiten liess. Jedenfalls würde es sich diesbezüglich um Mängel handeln, welche die Klägerin anlässlich des Lackierungsprozesses entdeckt hätte und daher sofort danach hätte rügen müssen. Solches behauptet die Klägerin – mit einer Ausnahme – aber nicht substantiiert und legt auch keine entsprechenden Beweismittel vor (vgl. auch Duplik Rz. 215). Unstreitig ist nur, dass die Klägerin die mangelhafte Verarbeitbarkeit der Lacklieferung vom 28. September 2017 (Chargennummer bbb) rügte (vgl. bspw. Duplik Rz. 153; Schlussvortrag der Beklagten [Protokoll der Hauptverhandlung vom 27. November 2023 S. 4]). Es handelt sich hierbei nicht um den Mangel der fehlenden Witterungsbeständigkeit / Aussentauglichkeit des Lacks. Der entsprechende Lack wurde von der Beklagten zudem zurückgenommen bzw. 400 kg davon seien von der Beklagten der klägerischen Tochtergesellschaft in Y.____ (L.____) verkauft worden, da sich die mangelhafte Verarbeitbarkeit bloss auf die maschinelle Lackiererei und nicht auch auf die in Y.____ betriebene Handlackiererei bezogen hätte (Replik Rz. 20, Duplik Rz. 195; KB 8), weshalb allenfalls die L.____, nicht aber die Klägerin aktivlegitimiert wäre.

Entscheidend ist vorliegend daher der erste behauptete Mangel, wonach die P-Lackvarianten 2017 nicht mehr witterungsbeständig und damit nicht mehr für den Ausseneinsatz geeignet gewesen seien. Dementsprechend macht die Klägerin geltend, der Lack habe sich auf den C-Fassadenplatten gelöst, weshalb der Lack habe ersetzt werden müssen (Replik Rz. 156 und 201).

Entgegen den klägerischen Ausführungen kann vorliegend allerdings nicht von rechtzeitigen Mängelrügen i.S.v. Art. 370 Abs. 3 OR ausgegangen werden. Dem stehen mehrere Hindernisse im Weg, selbst wenn von der klägerischen Argumentation ausgegangen würde, wonach die beklagten Lacklieferungen in dem Sinne mangelhaft gewesen wären, dass sie nicht mehr witterungsbeständig und damit nicht mehr für den Ausseneinsatz geeignet gewesen wären, und es sich bei diesen Mängeln um versteckte

Mängel i.S.v. Art. 370 Abs. 3 OR handeln würde (vgl. etwa Replik Rz. 262, 281 und 708). Richtig ist zwar, wenn die Klägerin in Bezug auf Mangelfolgeschäden vorbringt, ihre Obliegenheit bestünde nicht darin, jeden Schaden – d.h. jede Lackablösung – gegenüber der Beklagten zu rügen (Replik Rz. 187). Vielmehr bezieht sich die Rügeobliegenheit auf den Werkmangel – d.h. vorliegend auf die fehlende Witterungsbeständigkeit / Aussentauglichkeit des gelieferten Lacks. Zu beachten bleibt dabei aber, dass die Parteien in Bezug auf jede Lacklieferung einen separaten Werklieferungsvertrag eingegangen sind (vgl. oben E. 2), die Beklagte somit pro Lacklieferung ein Werk hergestellt hat und die klägerischen Prüf- und Rügeobliegenheiten daher für jeden einzelnen Werklieferungsvertrag separat zu erfüllen sind. Dies folgt schon aus der Tatsache, wonach die Beklagte den Lack fortwährend veränderte, d.h. aufgrund einer anderen Rezeptur herstellte (Klage Rz. 30 f. und 41, Replik Rz. 232, Duplik Rz. 80 ff.). Demnach erhielt die Klägerin mehrfach einen anderen Lack, auch wenn sie einzig von der P-Lackvariante 2014 und der P-Lackvariante 2017 spricht. Eine P-Lackvariante 2017 an sich gab es jedoch nicht (Replik Rz. 232 und 285). Daraus folgt, dass ein Mangel an einer früheren Lackvariante nicht auch in einer späteren Lackvariante vorhanden sein muss und umgekehrt. Bereits aus diesem Grund – und weil pro Lacklieferung jeweils ein neuer Werklieferungsvertrag mit eigenen Rechten und Pflichten abgeschlossen wurde – war jede einzelne Lacklieferung separat zu prüfen und waren allfällige Mängel separat zu rügen. Die Klägerin behauptet jedenfalls nicht, dass die Parteien eine andere Vertragsabrede getroffen hätten. Auch der Umstand, wonach die zugesicherte Eigenschaft der Witterungsbeständigkeit / Eignung für den Ausseneinsatz aus dem Rahmenvertrag und nicht den einzelnen Werklieferungsverträgen hervorgeht (vgl. Stellungnahme der Klägerin vom 29. September 2023 Rz. 117), ändert daran nichts.

In Klage Rz. 331 behauptet die Klägerin, sie habe den Werkmangel gegenüber der Beklagten sofort nach erstmaliger Entdeckung gerügt. Obwohl diese Behauptung von der Beklagten bestritten wurde (Antwort Rz. 289), substantiiert die Klägerin nicht, wann sie den Mangel (fehlende Witterungsbeständigkeit / Aussentauglichkeit) entdeckt hatte und wann sie die jeweilige Mängelrüge abgegeben hatte. Gestützt auf die klägerischen Behauptungen kann das Gericht folglich nicht prüfen, ob die Klägerin ihrer Rügeobliegenheit nachgekommen ist. Im Übrigen bleibt die klägerische Behauptung ohne jeglichen Beweis, sodass – selbst wenn von einem schlüssigen und substantiierten Tatsachenvortrag ausgegangen würde – Beweislosigkeit anzunehmen wäre.

Die Klägerin behauptet zwar in gleichem Atemzug und unter Verweis auf Klage Rz. 36, die Beklagte sei zur Nachbesserung übergegangen, was den Nachweis der rechtzeitigen Mängelrüge ohnehin obsolet mache (Klage Rz. 331). Es trifft zwar zu, dass ein Unternehmer darauf verzichten kann, seine Mängelhaftung mit der Verspätung der Mängelrüge abzustreiten,

bspw. wenn der Unternehmer in Kenntnis der Verspätung vorbehaltlos mit der Beseitigung der Mängel beginnt.¹⁹ Die klägerische Behauptung der Nachbesserung bezieht sich indessen auf das Schadensbild 1, d.h. auf die Filmbildungsprobleme des Lacks (vgl. Klage Rz. 36 f.) und nicht, wie vorliegend relevant, auf das Schadensbild 2, d.h. auf die grossflächigen Ablösungen des Lacks und damit auf die Haftungsprobleme des Lacks auf der Oberfläche der C-Platten bzw. auf die fehlende Witterungsbeständigkeit / Aussentauglichkeit des Lacks. Aus demselben Grund sind allfällige Mängelrügen der Klägerin, die sich auf das Schadensbild 1 – bzw. auf Lacklieferungen, die das Schadensbild 1 verursachten – beziehen (vgl. insbesondere Klage Rz. 36 ff., Replik Rz. 73, 96 ff. und 188) nicht relevant. Dass das Schadensbild 1 von einem anderen Mangel ausgelöst worden sein muss, als das Schadensbild 2 führt die Klägerin selber aus (Klage Rz. 54, Replik Rz. 107).

Was den erstmaligen Zeitpunkt des Auftretens des Schadensbilds 2 anbelangt, sind die Ausführungen der Klägerin zunächst widersprüchlich: In Klage Rz. 54 und in Replik Rz. 107 behauptet die Klägerin konsistent, das Schadensbild 2 sei ab Herbst 2018 aufgetreten. In Replik Rz. 189 behauptet die Klägerin demgegenüber, die erste Meldung des Schadensbilds 2 habe im Februar 2018 stattgefunden. Die Klägerin substantiiert jedoch nicht, wann im Februar 2018 die erste Schadensmeldung bei ihr angelangt sein soll und bringt hierfür auch kein Beweismittel vor. Wenn aber das Schadensbild 2 erst im Herbst 2018 aufgetreten ist, wie es die Klägerin andernorts in ihren Rechtsschriften konsistent behauptet (Klage Rz. 54 und in Replik Rz. 107), und es sich beim diesem zugrundeliegenden Mangel (fehlende Witterungsbeständigkeit / Aussentauglichkeit) um einen versteckten Mangel handelt, wie es die Klägerin geltend macht, kann sie vor dem Herbst 2018 auch nicht vom entsprechenden Werkmangel Kenntnis gehabt und diesen gegenüber der Beklagten gerügt haben. Demnach laufen Ausführungen der Klägerin zur Kommunikation zwischen den Parteien zu einem Zeitpunkt vor dem Herbst 2018 bezüglich allfälliger Mängelrügen ins Leere. Dies betrifft insbesondere den Hinweis der Klägerin auf die E-Mail von G._____ vom 15. März 2018 an J._____ (KB 182). Darin soll G._____ (Beklagte) die Feststellung von F._____ (Beklagte) vom 13. März 2018 bestätigt haben, wonach ein Serienschaden vorliege. Der entsprechende Besuchsbericht – und somit auch die Feststellung, dass ein Serienschaden vorliege – bezieht sich jedoch auf das Schadensbild 1 und nicht auf das Schadensbild 2 und damit auch auf ein anderes Werk (andere Lacklieferung) und damit auch auf einen anderen Werkmangel. Dem Bericht vom 13. März 2018 (KB 230) lässt sich diesbezüglich nämlich entnehmen, dass die lackierten C-Platten flächendeckend Haarrisse aufwiesen. Von grossflächigen Lackablösungen ist darin nicht die Rede. Selbst wenn die Beklagte mit besagter E-Mail somit einen Serienschaden anerkennt

¹⁹ BGer 4A_256/2018 vom 10. September 2018 E. 3.2.2 m.w.N.; GAUCH (Fn. 1), N. 2163.

hätte, würde sich dieser einzig auf das Schadensbild 1 beziehen, das auf einem anderen Werkmangel basiert. Daraus kann die Klägerin nichts zu ihren Gunsten betreffend eine Rüge des Mangels "fehlende Witterungsbeständigkeit / Aussentauglichkeit" ableiten. Im Übrigen steht die E-Mail von G. _____ vom 15. März 2018 (KB 182) klar im Zusammenhang mit einem Schadensfall – eben betreffend das Schadensbild 1, den die Beklagte ihrer Versicherung gemeldet hatte. Anders als es die Klägerin darzustellen versucht (Stellungnahme der Klägerin vom 29. September 2023 Rz. 118), kann die Bitte von G. _____, die Schadensfälle geordnet zu sammeln und ihm zu übermitteln, daher nicht so verstanden werden, als beträfe dies alle möglichen, zukünftigen Mängel am Lack, die bisher noch gar nicht vorhanden und daher auch der Versicherung der Beklagten noch nicht gemeldet waren (bspw. die das Schadensbild 2 auslösenden Mängel). Solches wäre auch sinnwidrig, da die Beklagte bei vorhandenen Mängeln den Lack schliesslich zeitnah zu überarbeiten gehabt hätte, was auch eine zeitnahe Mängelrüge voraussetzt. Es ist auch nicht ersichtlich, warum deshalb Diskussionen über das Einhalten der Rügeobliegenheiten hinfällig sein sollen (vgl. aber Replik Rz. 191 i.f.). Dasselbe gilt für die E-Mail von G. _____ (Beklagte) vom 15. Juni 2018 an J. _____ (KB 251), worin dieser der Klägerin die Rückmeldung der Versicherung weiterleitete. Auch diese muss sich aus chronologischen Gründen auf das Schadensbild 1 und damit auf einen anderen Werkmangel beziehen als der vorliegend relevante. Die Klägerin selber bezieht sich in diesem Zusammenhang auf KB 13, welche den E-Mail-Verkehr zwischen den Parteien vom September 2018 zur Bereinigung des Schadensbilds 1 enthält. Irrelevant ist demnach auch, ob die Versicherung der Beklagten die Haftbarkeit derselben nur von "je nach Inhalt Vertrag" abhängig gemacht haben soll bzw. ob die Versicherung der Beklagten keine Zweifel an der Haftung der Beklagten gehabt haben soll, wie es die Klägerin ausführt (Replik Rz. 192 f.). Darin kann jedenfalls kein Verzicht der Beklagten auf ihren Einwand der rechtzeitigen Mängelrüge betreffend den das Schadensbild 2 auslösenden Werkmangel gesehen werden.

Die Klägerin behauptet, mit E-Mail von G. _____ (Beklagte) vom 17. Juni 2019 an J. _____ sei sie aufgefordert worden, die ihm (N.K.) bereits bekannte Dokumentation der Schadensfälle mitsamt Fotodokumentation in einer für die Versicherung aufbereiteten Form zukommen zu lassen (KB 235). Die Verweisung auf vorgenannte Dokumentationen belege, dass die Klägerin ihren Rügeobliegenheiten nachgekommen sei (Replik Rz. 194). Auch dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden, zumal die Klägerin nicht behauptet, der entsprechenden Dokumentation lägen auch Mängelrügen bei. Dies ist denn auch sehr unwahrscheinlich, andernfalls die Klägerin die entsprechenden Mängelrügen mit Sicherheit im vorliegenden Prozess als Beweismittel eingereicht hätte – gleichzeitig behauptet die Klägerin nämlich, die im Recht liegenden Dokumente entsprächen der von G. _____ beantragten Dokumentation (vgl. Replik Rz. 273). Aus KB 235

kann die Klägerin jedenfalls nicht ableiten, ihren Rügepflichten rechtsgenügend und rechtzeitig nachgekommen zu sein. Hierfür hätte es, wie bereits ausgeführt, der Behauptung des Zeitpunkts der Entdeckung des Mangels und dem Zeitpunkt der Mängelrüge sowie deren Inhalts bedurft.

Die Klägerin behauptet in Bezug auf das Schadensbild 2, dass nach deren ersten Meldung im Herbst 2018 mehrere Sitzungen mit Anwendungstechnikern, Chemikern und dem Geschäftsführer der Beklagten stattgefunden hätten (Klage Rz. 56, Replik Rz. 189). Zwar beantragt die Klägerin diesbezüglich die Zeugeneinvernahme von H._____, G._____ und Dr. E._____ (beteiligte Personen seitens der Beklagten). Der Umstand, dass solche Sitzungen stattgefunden haben, ist indessen unumstritten. Die Beklagte weist aber zu Recht darauf hin, dass die Klägerin nicht behauptet, wann diese Sitzungen stattgefunden hätten und dass sie der Beklagten anlässlich dieser Sitzungen rechtsgenügend und rechtzeitig Mängel am gelieferten Lack angezeigt hätte, was auch nicht der Fall gewesen sei (Duplik Rz. 155 f. und 289 f.). Demnach kann die Klägerin auch nicht aus den besagten Sitzungen ableiten, sie hätte den vorliegend geltend gemachten Werkmangel (fehlende Witterungsbeständigkeit / Aussentauglichkeit) rechtsgenügend und rechtzeitig gerügt. Daran ändert auch nichts, dass die Parteien im regen Kontakt zueinander standen und offen und zeitnah miteinander kommunizierten (vgl. Replik Rz. 34, Replik Rz. 190). Die Klägerin behauptet jedenfalls nicht, im Rahmen dieser Kommunikation Mängel gerügt zu haben.

Nicht gefolgt werden kann auch dem Argument der Klägerin, wonach es keinen einzigen Beleg gebe, wonach die Beklagte Verspätungen in der Kommunikation gerügt hätte (Replik Rz. 190 i.f.). Darauf kommt es nicht an, sondern auf den Umstand, wann die Klägerin den besagten Mangel pro Lacklieferung entdeckte und wann sie diese der Beklagten gegenüber rügte. Es liegen jedenfalls keine Umstände vor, wonach die Beklagte auf ihre Einwendung der unterlassenen bzw. verspäteten Mängelrüge verzichtet hätte. Es ist auch nicht ersichtlich, inwiefern sich die Beklagte rechtsmissbräuchlich verhalten soll, indem sie heute die fehlende Rechtzeitigkeit der bzw. die fehlende Mängelrüge an sich einwendet (Stellungnahme der Klägerin vom 29. September 2023 Rz. 119 i.f.). Dasselbe gilt für das klägerische Vorbringen, wonach es keine Gründe gebe, weshalb die Klägerin die Beklagte nicht sofort hätte informieren sollen (Replik Rz. 35 und 190).

In Replik Rz. 272 behauptet die Klägerin schliesslich, sie habe nach jeder Schadensmeldung D._____ und weitere Mitarbeiter der Beklagten (insbesondere G._____) kontaktiert, um das Auftreten eines weiteren Schadensfalls mitzuteilen, mithin den Mangel am gelieferten Lack zu rügen. Allerdings bringt sie hierfür – obwohl bestritten – kein taugliches Beweismittel vor. Sie verweist einzig auf KB 24, einem E-Mail-Verkehr zwischen den Parteien vom 25. Juni 2019. Es ist bereits zweifelhaft, ob es sich bei besagter E-Mail inhaltlich überhaupt um eine Mängelrüge handelt. Jedenfalls

fehlen aber Behauptungen dazu, wann besagter Mangel entdeckt wurde. Zudem weist die Klägerin dieses E-Mail keinem der vorliegend geltend gemachten Schadensfälle zu bzw. behauptet nicht, welche Lacklieferung sie damit als mangelhaft rügen wollte. Es ist also nicht klar, auf welches Werk sich dieser E-Mail-Verkehr bezieht (vgl. auch Duplik Rz. 173).

Selbst wenn vor diesem Hintergrund der Ansicht gefolgt würde, wonach bei einem Serienschaden wie dem vorliegenden, nicht jeder gelieferte Lack separat als mangelhaft hätte gerügt werden müssen, sondern eine einzige Rüge betreffend die fehlende Witterungsbeständigkeit / Aussentauglichkeit genügt hätte, würde dies am vorliegenden Resultat nichts ändern. Die Klägerin hat in Bezug auf den Mangel "fehlende Witterungsbeständigkeit / Aussentauglichkeit" nämlich keine einzige rechtzeitige und rechtsgenügende Mängelrüge schlüssig und substantiiert behauptet bzw. nachweisen können.

Zusammenfassend gilt, dass die Klägerin zwar geltend macht, den Werkmangel jeweils sofort gerügt zu haben. Nachdem die Beklagte rechtzeitige Mängelrügen jedoch bestreitet, substantiiert die Klägerin nicht, wann sie welchen Mangel entdeckte und wann sie diese gegenüber der Beklagten gerügt haben will. Dementsprechend kann über diese tatbestandsrelevanten Tatsachen auch kein Beweis abgenommen werden. Kann die Klägerin jedoch nicht nachweisen, die Werkmängel rechtzeitig gerügt zu haben, fehlt es wiederum an einem Tatbestandselement für den Ersatz eines Mangel- folgeschadens nach Art. 368 OR, welchen die Klägerin vorliegend geltend macht. Die Klage ist somit bereits aus diesem Grund abzuweisen.

4. Rücktritt / Art. 107 Abs. 2 OR

Die Klägerin macht eventualiter geltend, weil die Beklagte als Lieferantin der Klägerin am 18. April 2019 zurückgetreten sei, habe sie auf ihr Nachbesserungsrecht verzichtet. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung habe die Klägerin gestützt auf diesen erklärten Nachbesserungsverzicht Anspruch auf das positive Vertragsinteresse und könne daher die Summe von Fr. 499'132.46 auch gestützt auf Art. 107 Abs. 2 OR fordern (Klage Rz. 358 ff.).

Dem ist zunächst zu entgegnen, dass die Beklagte keiner vertraglichen Pflicht unterlag, die Klägerin dauerhaft mit Lack zu beliefern. Vielmehr wurde zwischen den Parteien für jede Lacklieferung ein separates Vertragsverhältnis eingegangen (vgl. oben E. 2). Dementsprechend kann auch nicht gesagt werden, die Beklagte sei mit ihrer E-Mail vom 18. April 2019 (KB 20) von einem Vertragsverhältnis zurückgetreten und habe damit auf ihr Nachbesserungsrecht verzichtet.

Da die Klägerin von der Beklagten darüber hinaus nie Nachbesserung verlangte – jedenfalls behauptet sie solches nicht –, kann auch aus diesen

Gründen nicht gesagt werden, die Beklagte habe auf ihr Nachbesserungsrecht verzichtet. Vielmehr hat die Klägerin von Beginn weg einzig einen Mangelfolgeschaden geltend gemacht, weshalb bis heute nie eine Nachbesserungsverpflichtung der Beklagten entstanden ist, mit der diese hätte in Verzug geraten können und wonach dann gestützt auf Art. 102 ff. OR vorzugehen gewesen wäre. Zudem würde eine Nachbesserungspflicht ebenso eine rechtzeitige Mängelrüge voraussetzen, woran es vorliegend fehlt (vgl. E. 3).

Die Klägerin kann ihre Ansprüche daher auch nicht auf Art. 107 Abs. 2 OR stützen.

5. Prozesskosten

Abschliessend sind die Prozesskosten entsprechend dem Verfahrensausgang zu verlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Sie bestehen aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt. Da die Klage abgewiesen wird gilt die Klägerin im Endentscheid als unterliegend und sind ihr die Prozesskosten aufzuerlegen (Art. 106 ZPO).

Die Beklagte beantragt, die Kosten aus dem Zwischenentscheid vom 29. September 2021 neu der Klägerin aufzuerlegen. Zwar kommt es nach der neusten – zum Zeitpunkt des Zwischenentscheids vom 29. September 2021 noch nicht publizierten – bundesgerichtlichen Rechtsprechung bei der Kostenverteilung nach dem Verfahrensausgang darauf an, in welchem Mass die Parteien im Ergebnis mit ihren Rechtsbegehren durchdringen, wobei das Gesamtergebnis des Prozesses in der Hauptsache entscheidend ist. Nicht relevant ist demgegenüber, wie über einzelne Angriffs- oder Verteidigungsmittel entschieden wurde. Dabei hat insbesondere das Ergebnis blosser Zwischenverfahren ausser Betracht zu bleiben.²⁰ Diese Rechtsprechung bezieht sich allerdings auf prozessleitende Verfügungen und nicht auf Zwischenentscheide i.S.v. Art. 237 ZPO. Andernfalls wären Sinn und Zweck von Art. 104 Abs. 2 ZPO in Frage gestellt.²¹

Im Zwischenentscheid vom 29. September 2021 hat das Handelsgericht die bisher angefallenen Prozesskosten denn auch in Anwendung von Art. 104 Abs. 2 ZPO der Beklagten auferlegt. Gründe für eine neue Verteilung dieser Kosten sind nicht ersichtlich, zumal die Beklagte im Zwischenentscheid vom 29. September 2021 unterlegen ist und die so entstandenen Kosten daher auch als unnötige Prozesskosten i.S.v. Art. 108 ZPO zu betrachten sind.

²⁰ BGE 148 III 182 E. 3.2.

²¹ Vgl. auch STRUB, Der Weg ist nicht das Ziel: Zur Irrelevanz des Ausgangs prozessualer Zwischenverfahren für die Prozesskostenverteilung, SZ 2022, Nr. 2634; S. 339 f.

Die Kosten für den Ausstandsentscheid vom 24. November 2021 in der Höhe von Fr. 1'500.00 wurden schliesslich als unnötige Kosten i.S.v. Art. 108 ZPO der Klägerin auferlegt und sind daher ebenfalls nicht neu zu verteilen.

5.1. Gerichtskosten

Die Gerichtskosten für das gesamte Verfahren bestehen vorliegend aus der Entscheidgebühr (Art. 95 Abs. 2 lit. b ZPO), den Beweisführungskosten (Art. 95 Abs. 2 lit. c ZPO) und den unnötigen Kosten (Entscheidgebühr für den Ausstandsentscheid) (Art. 108 ZPO). Der Grundansatz für die Entscheidgebühr beträgt bei einem Streitwert von Fr. 499'132.46 gemäss § 7 Abs. 1 Zeile 8 VKD gerundet Fr. 17'157.00. Bei ausserordentlichen Aufwendungen, wie dies beispielsweise bei umfangreichem Aktenmaterial der Fall ist, kann der Grundansatz um bis zu 50 % erhöht werden (§ 7 Abs. 3 VKD). Unter Berücksichtigung des Umstands, wonach das Aktendossier mittlerweile über 1'000 Seiten lang ist und die Beilagen mehrere Bundesordner umfassen, dass zwei Instruktionsverhandlungen sowie zwei Hauptverhandlungen stattfanden und dass zwei Entscheide gefällt wurden, erscheint eine Erhöhung um 50 % auf eine Entscheidgebühr von Fr. 25'735.50 als gerechtfertigt. Die Beweisführungskosten bestehen aus den Zeugenentschädigungen und betragen insgesamt Fr. 298.50 (Fr. 84.80 + Fr. 59.20 + Fr. 154.50). Die unnötigen Kosten (Entscheidgebühr für den Ausstandsentscheid) betragen Fr. 1'500.00. Insgesamt betragen die Gerichtskosten somit Fr. 27'534.00. Davon hat die Beklagte Fr. 6'298.50 (vgl. Zwischenentscheid vom 29. September 2021 Dispositiv-Ziff. 2) und die Klägerin Fr. 21'235.50 zu tragen. Der von der Klägerin geschuldete Betrag von Fr. 21'235.50 wird mit dem verbliebenen Gerichtskostenvorschuss der Klägerin von Fr. 9'358.50 (Fr. 17'157.00 - Fr. 6'298.50 - Fr. 1'500.00) verrechnet (Art. 111 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Die Klägerin hat den Restbetrag in der Höhe von Fr. 10'377.00 (Fr. 27'534.00 - Fr. 6'298.50 - Fr. 1'500.00 - Fr. 9'358.50) mit dem beiliegenden Einzahlungsschein der Gerichtskasse zu bezahlen (Art. 111 Abs. 1 Satz 2 ZPO).

5.2. Parteientschädigung

Die Parteientschädigung gemäss Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO besteht aus den Kosten der berufsmässigen Vertretung. In vermögensrechtlichen Streitsachen beträgt die Grundentschädigung bei einem Streitwert von Fr. 499'132.46 gemäss § 3 Abs. 1 lit. a Ziff. 8 AnwT Fr. 30'771.37. Dadurch sind die Instruktion, das Aktenstudium, rechtliche Abklärungen, die Korrespondenz und Telefongespräche sowie eine Rechtsschrift und die Teilnahme an einer behördlichen Verhandlung abgegolten (§ 6 Abs. 1 AnwT). Für die zusätzliche Rechtsschrift und die zwei zusätzlichen Verhandlungen im beschränkten Verfahren sind aufgrund des beschränkten Umfangs dieses Verfahrens Zuschläge von je 10 % und für die beiden in Z. _____ durchgeführten Zeugeneinvernahmen von je 5 % gerechtfertigt. Für die zusätzliche Rechtsschrift und die zusätzliche Verhandlung (Hauptverhandlung

vom 27. November 2023) im unbeschränkten Verfahren rechtfertigt sich ein wegen des bereits abgehandelten Streitpunkts der AGB leicht reduzierter Zuschlag von je 15 %. Aufgrund des ausserordentlich umfangreichen Aktenmaterials erscheint ferner eine Erhöhung der Parteientschädigung um 25 % angemessen (§ 7 Abs. 1 AnwT), sodass eine solche von gerundet Fr. 65'389.15 resultiert ($\text{Fr. } 30'771.37 * 1.7 * 1.25$). Mit der Kleinkostenpauschale von praxisgemäss 3 % (vgl. § 13 Abs. 1 AnwT) resultiert damit eine Parteientschädigung für das gesamte Verfahren in der Höhe von gerundet Fr. 67'350.00. Die Beklagte beantragt zu Recht keinen Mehrwertsteuerzuschlag, sodass ihr ein solcher auch nicht zuzusprechen ist.²²

Gemäss Zwischenentscheid vom 29. September 2021 beträgt die der Klägerin zugesprochene Parteientschädigung Fr. 16'900.00, sodass die Klägerin der Beklagten noch eine Parteientschädigung von Fr. 50'450.00 zu bezahlen hat.

²² Vgl. Merkblatt zur Frage der Berücksichtigung der Mehrwertsteuer bei der Bemessung der Parteientschädigung der Gerichte des Kantons Aargau vom 11. Januar 2016: <<https://www.ag.ch/media/kanton-aargau/jb/dokumente/obergericht/handelsgericht/merkblatt-mwst.pdf>> (zuletzt besucht am 27. November 2023).

Das Handelsgericht erkennt:

1.

Die Klage wird **abgewiesen**.

2.

Die Gerichtskosten betragen insgesamt Fr. 27'534.00. Davon haben die Beklagte Fr. 6'298.50 und die Klägerin Fr. 21'235.50 zu tragen. Der von der Klägerin geschuldete Betrag von Fr. 21'235.50 wird mit dem verbliebenen Gerichtskostenvorschuss der Klägerin von Fr. 9'358.50 (Fr. 17'157.00 - Fr. 6'298.50 - Fr. 1'500.00) verrechnet. Den Fehlbetrag in der Höhe von Fr. 10'377.00 (Fr. 27'534.00 - Fr. 6'298.50 - Fr. 1'500.00 - Fr. 9'358.50) hat die Klägerin mit dem beiliegenden Einzahlungsschein der Gerichtskasse zu bezahlen (Art. 111 Abs. 1 Satz 2 ZPO).

3.

Die Klägerin hat der Beklagten eine gerichtlich festgelegte Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 50'450.00 zu bezahlen.

Zustellung an:

- die Klägerin (Vertreter; zweifach mit Protokoll der Hauptverhandlung vom 27. November 2023 und Abrechnung)
- die Beklagte (Vertreter; zweifach mit Protokoll der Hauptverhandlung vom 27. November 2023)

Rechtsmittelbelehrung für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art. 90 ff. BGG)

Gegen diesen Entscheid kann **innert 30 Tagen**, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheides an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden.

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen. Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht (Art. 95 ff. BGG) verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG).

Aarau, 27. November 2023

Handelsgericht des Kantons Aargau

2. Kammer

Der Vizepräsident:

Der Gerichtsschreiber:

Vetter

Schneuwly

