



Mitwirkend: Oberrichter Dr. Stephan Mazan, Vizepräsident, und Oberrichterin Noëlle Kaiser Job, die Handelsrichterin Dr. Petra Ginter, die Handelsrichter Patrik Howald und Ulrich Ritter sowie die Gerichtsschreiberin Regula Blesi Keller

## Beschluss und Urteil vom 2. September 2024

in Sachen

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

Kläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. X.\_\_\_\_\_

gegen

**B1.**\_\_\_\_\_ **AG,**

Beklagte

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

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Y2.\_\_\_\_\_

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y3.\_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

### **Rechtsbegehren:**

*Gemäss Klageschrift (act. 1 S. 2):*

"Rechtsbegehren:

1. Die beklagte Partei sei zu verpflichten, der klagenden Partei den Betrag von CHF 30'484.20 nebst 5 % Zinsen seit 11.07.2014 zu bezahlen.

Kostenersatzbegehren:

2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7.7 % MwSt.) zu Lasten der beklagten Partei."

*Gemäss Replik (act. 35 S. 2):*

"Leistungsbegehren:

1. Die beklagte Partei sei zu verpflichten, der klagenden Partei den Betrag von CHF 30'484.20 nebst 5 % Zinsen seit 11.07.2014 zu bezahlen.

Feststellungsbegehren:

2. Es sei festzustellen, dass
  - a. das für den Pflichtrückruf ... von der Beklagten programmierte Software-Update widerrechtlich ist sowie das streitgegenständliche Fahrzeug C.\_\_\_\_\_, FIN: ... auch nach allfälliger Durchführung des Software-Updates widerrechtlich ist und die Voraussetzungen für die Verkehrszulassung nicht erfüllt;
  - b. die beklagte Partei der klagenden Partei für alle zukünftigen Schäden aus der Manipulation des Fahrzeugs C.\_\_\_\_\_, FIN: ... durch Verwendung von unzulässigen Abschaltseinrichtungen, haftet.

Beseitigungs- und Unterlassungsbegehren als Eventualbegehren zum Feststellungsbegehren Punkt 2.a:

2. a. Es sei der Beklagten zu verbieten, durch Anbieten des für den Pflichtrückruf ... programmierten Software-Updates implizit die unrichtige Behauptung zu verbreiten, dass das streitgegenständliche Fahrzeug C.\_\_\_\_\_, FIN: ... und der diesem zugrunde liegende Fahrzeugtyp mit der Typengenehmigungsnummer 1 nach allfälliger Durchführung des Software-Updates die Voraussetzungen für die Verkehrszulassung erfüllen würde.

Kostenersatzbegehren:

3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7.7 % MwSt.) zu Lasten der beklagten Partei."

### Inhaltsverzeichnis

A.	Sachverhaltsübersicht .....	4
a.	Parteien und ihre Stellung .....	4
b.	Prozessgegenstand .....	4
B.	Prozessverlauf .....	7
I.	Formelles .....	8
1.	Vorabbemerkungen .....	8
2.	Zuständigkeit .....	9
2.1.	Internationale und örtliche Zuständigkeit .....	9
2.1.1.	Deliktgerichtsstand nach LugÜ .....	9
2.1.2.	Hauptbegehren 1 (Leistungsbegehren) .....	10
2.1.3.	Hauptbegehren 2.a und 2.b (Feststellungsbegehren) sowie Eventualbegehren 2.a (Beseitigungs- und Unterlassungsbegehren) .....	11
2.2.	Sachliche Zuständigkeit .....	14
3.	Rechtsschutzinteresse .....	15
3.1.	Hauptbegehren 2.a und 2.b (Feststellungsbegehren) .....	15
3.1.1.	Parteistandpunkte .....	15
3.1.2.	Rechtliches .....	16
3.1.3.	Würdigung .....	18
3.1.4.	Fazit .....	20
3.2.	Eventualbegehren 2.a (Beseitigungs- und Unterlassungsbegehren) .....	20
3.2.1.	Parteistandpunkte .....	20
3.2.2.	Rechtliches .....	21
3.2.3.	Würdigung .....	21
4.	Übrige Prozessvoraussetzungen .....	22
5.	Klageänderung .....	22
6.	Gesamtfazit .....	23
II.	Materielles .....	23
1.	Anwendbares Recht .....	23
2.	Leistungsbegehren .....	23
2.1.	Schadenersatz .....	23
2.1.1.	Vorbemerkungen/Parteistandpunkte .....	23
2.1.2.	Rechtliches .....	24
2.1.3.	Würdigung .....	26
2.1.4.	Fazit .....	29
2.2.	Gewinnherausgabe/ungerechtfertigte Bereicherung .....	29
3.	Beseitigungsbegehren .....	30
3.1.	Parteistandpunkte .....	30
3.2.	Rechtliches .....	31
3.3.	Würdigung .....	31
4.	Gesamtfazit .....	32
III.	Kosten- und Entschädigungsfolgen .....	32

1. Verteilungsgrundsätze.....	32
2. Gerichtskosten .....	32
3. Parteientschädigung.....	32

## **Sachverhalt und Verfahren**

### **A. Sachverhaltsübersicht**

#### **a. Parteien und ihre Stellung**

Der Kläger ist eine natürliche Person mit Wohnsitz in D.\_\_\_\_\_ (Kanton Zürich). Er und seine Mutter, E.\_\_\_\_\_, sind Gesellschafter und Geschäftsführer der F.\_\_\_\_\_ GmbH mit Sitz in G.\_\_\_\_\_ (Kanton Zürich) (act. 1 Rz 26; act. 25 Rz 115; act. 35 Rz 5 und 9; act. 42 Rz 4 ff., 33 ff. und 145).

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft nach deutschem Recht mit Sitz in H.\_\_\_\_\_ (Deutschland). Sie ist eine 100%-ige Tochtergesellschaft der B2.\_\_\_\_\_ AG und damit Teil des B2.\_\_\_\_\_ -Konzerns.

Die Fahrzeuge der Marke B1.\_\_\_\_\_ werden von der I1.\_\_\_\_\_ AG (vormals I1'.\_\_\_\_\_ AG) als Generalimporteurin in die Schweiz importiert. Die in die Schweiz eingeführten Fahrzeuge werden durch die I2.\_\_\_\_\_ AG (vormals I2'.\_\_\_\_\_ AG) oder unabhängige Garagenbetriebe verkauft. Ebenfalls zur I.\_\_\_\_\_ Gruppe gehört die I3.\_\_\_\_\_ AG, welche als Leasinggeberin u.a. für die Marke B1.\_\_\_\_\_ auftritt (act. 25 Rz 7 ff.; act. 26/1+2; act. 35 Rz 13 ff. und 106).

#### **b. Prozessgegenstand**

Mit Leasingvertrag vom 11. Juli 2014 hat die F.\_\_\_\_\_ GmbH von der I3.\_\_\_\_\_ AG ein Fahrzeug C.\_\_\_\_\_ zur gewerblichen Verwendung geleast (act. 1 Rz 26; act. 3/2; act. 25 Rz 26). Die Beklagte ist die Herstellerin dieses Fahrzeugs. Halter des Fahrzeugs ist gemäss Fahrzeugausweis vom 19. September 2018 der Kläger (act. 3/3). Umstritten ist, wer Eigentümer des Fahrzeugs ist, wer die behaupteten Leasingraten von total CHF 121'936.80 und – nach Auslaufen des Leasingvertrags im Sommer 2018 – den Restwert von angeblich CHF 36'000.00 bezahlt hat (act. 25 Rz 25 ff.; act. 35 Rz 7 ff.; act. 42 Rz 33 ff.).

Für das streitgegenständliche Fahrzeug liegt eine verbindliche Anordnung des deutschen "Kraftfahrt-Bundesamts" (fortan KBA) zur Aktualisierung der Motorsteuerungssoftware vor (sog. Rückrufaktion ...). Gemäss dem KBA kommt im Fahrzeug eine unzulässige Abschaltvorrichtung zum Einsatz. Zur Aktualisierung bietet die Beklagte eine technische Massnahme (sog. Software-Update) an (vgl. act. 25 Rz 16 und 30). Mit Schreiben vom 18. März 2020 der 11.\_\_\_\_\_ AG wurde der Kläger aufgefordert, das Software-Update vorzunehmen (act. 3/4). Das Software-Update wurde bis heute am streitgegenständlichen Fahrzeug nicht durchgeführt. Die Rückrufaktion ... wird vom Bundesamt für Strassen (ASTRA) überwacht. Mit Verfügung vom 20. August 2021 hat das Strassenverkehrsamt Zürich dem Kläger für das streitgegenständliche Fahrzeug die unbefristete Zulassung entzogen (act. 36/46; act. 35 Rz 11).

Umstritten ist, ob das Fahrzeug über einen Motor des Typs 2 oder 3 verfügt (act. 25 Rz 22; act. 35 Rz 20). Beide Typen haben die Abgasnorm EU5 einzuhalten (act. 1 Rz 25; act. 25 Rz 23 und 25). Gemäss dem Kläger enthält das Fahrzeug, unabhängig davon, mit welchem Motorentyp es ausgestattet ist, vier bis fünf unzulässige Abschaltvorrichtungen, u.a. eine Prüfstanderkennung durch Aufheizstrategie und ein Thermofenster (act. 1 Rz 53 ff.; act. 35 Rz 18 ff.). Mit den Abschaltvorrichtungen sei erreicht worden, dass die Fahrzeuge die Abgasvorschriften (Stickoxid-Werte) während des normierten Tests auf dem Prüfstand eingehalten, im Normalbetrieb auf der Strasse aber weit erhöhte Abgaswerte aufgewiesen hätten (act. 1 Rz 32). Die Beklagte habe durch Falschangaben und Verschleierungen direkt oder indirekt (über verbundene Konzerngesellschaften oder Vertriebspartner) die EU-Behörden im Typengenehmigungsverfahren zur Erwirkung der EG-Typgenehmigung, die Schweizer Behörden zur Erwirkung der Schweizer Typengenehmigung bzw. des Datenblatts, die Behörden und Kunden durch das CoC (sog. Certificate of Conformity) und das "Formular 13.20 A" sowie die Kunden im Marketing, in der Werbung und im Verkauf der Fahrzeuge getäuscht (act. 1 Rz 64). Nach dem Kläger vermag das Software-Update die Unregelmässigkeiten der Motorsteuerungssoftware nicht zu beheben und den gesetzmässigen Zustand nicht herzustellen. Vielmehr bestehe der Verdacht, dass beim "2/4/5-Motor" mit dem Software-Update weitere unzulässige Abschaltvorrichtungen implementiert würden (act. 1 Rz 103). Die rechtswidri-

gen Handlungen würden nach wie vor andauern und die Beklagte täusche ihre Kunden noch immer über die wahren Eigenschaften der manipulierten Fahrzeuge (act. 1 Rz 112).

Mit der Klageschrift vom 29. August 2022 verlangte der Kläger Schadenersatz von CHF 30'484.20 (act. 1 S. 2, Hauptbegehren 1) wegen angeblicher unerlaubter Handlungen (Art. 41 ff. resp. Art. 55 OR i.V.m. mit lauterkeits- und strafrechtlichen Normen; vgl. act. 1 Rz 122 ff., 145 ff. und 156 ff.). In der vom 22. Mai 2023 datierenden Replik nahm der Kläger eine Klageänderung vor. Zusätzlich zur reparatorischen Klage gestützt auf Art. 9 Abs. 3 UWG macht er negatorische Ansprüche nach Lauterkeitsrecht geltend (Unterlassungs-, Beseitigungs- und Feststellungsklage nach Art. 9 Abs. 1 UWG, Art. 10 Abs. 1 UWG; vgl. act. 35 S. 2, Hauptbegehren 2.a+2.b und Eventualbegehren 2.a, sowie Rz 98 ff.). Weiter beruft sich der Kläger für den Fall, dass ihm kein Schadenersatz oder nicht in der angebehrten Höhe zugesprochen werde, neu auf einen Anspruch auf Gewinnherausgabe nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 9 Abs. 3 UWG, Art. 10 Abs. 1 UWG i.V.m. Art. 423 Abs. 1 OR), eventualiter aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 62 Abs. 1 OR; vgl. act. 35 Rz 93). Sodann macht er "eventualiter" einen reduzierten Schadenersatz "zwischen CHF 11'300.00 und CHF 19'775.00" geltend (act. 35 Rz 92). Die Beklagte beantragt die Abweisung des Hauptbegehrens 1. Auf die Hauptbegehren 2.a und 2.b sowie das Eventualbegehren 2.a sei nicht einzutreten, eventualiter seien sie ebenfalls abzuweisen (act. 25 S. 2; act. 42 S. 2).

Mit Abtretungsvereinbarung vom 15./16. Mai 2023 trat die F.\_\_\_\_\_ GmbH sämtliche gegenwärtigen und zukünftigen ausservertraglichen Ansprüche in Bezug auf das streitgegenständliche Fahrzeug an den Kläger ab (act. 35 Rz 12; act. 36/47). Gemäss dem Kläger beziehen sich denn seine Ausführungen, insoweit von seinen Ansprüchen die Rede sei bzw. davon, dass er getäuscht, geschädigt oder ähnliches worden sei, auch auf die F.\_\_\_\_\_ GmbH und die von dieser an ihn zum Inkasso abgetretenen und eventualiter für den Fall, dass das Gericht die Ansicht vertreten sollte, einzig die F.\_\_\_\_\_ GmbH sei in Bezug auf die Leasingraten geschädigt worden, geltend gemachten Ansprüche (act. 35 Rz 12).

## B. Prozessverlauf

Am 29. August 2022 reichte der Kläger hierorts Klage ein (act. 1). Mit Verfügung vom 31. August 2022 wurde ihm Frist angesetzt, um einen Gerichtskostenvorschuss von CHF 4'000.00 zu leisten (act. 4). Nachdem der Kläger den Vorschuss fristgerecht geleistet hatte (act. 7), wurde der Beklagten mit Verfügung vom 4. Oktober 2022 Frist zur Erstattung der Klageantwort sowie zur Bezeichnung eines Zustellungsempfängers in der Schweiz angesetzt (act. 8). Mit Eingabe vom 20. Dezember 2022 beantragte die Beklagte die Beschränkung des Verfahrens auf die Frage der Aktivlegitimation (act. 15). Der Antrag wurde mit Verfügung vom 21. Dezember 2022 abgewiesen (act. 17). Die Klageantwort vom 30. Januar 2023 ging rechtzeitig ein (act. 25). Mit Verfügung vom 3. Februar 2023 wurde das Doppel der Klageantwort (einschliesslich Beilagen) dem Kläger zugestellt und die Verfahrensleitung an Oberrichterin Noëlle Kaiser Job als Instruktionsrichterin delegiert (act. 28). Nachdem der Kläger kein Interesse an einer Vergleichsverhandlung bekundete (vgl. Prot. S. 10), wurde mit Verfügung vom 23. Februar 2023 ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet (act. 30). Die Replik erging fristgerecht am 22. Mai 2023 (act. 32; act. 33; act. 35). Mit Verfügung vom 30. Mai 2023 wurde dem Kläger Frist angesetzt, um einen zusätzlichen Kostenvorschuss von CHF 2'500.00 zu leisten (act. 37). Nach dem Eingang des Vorschusses wurde der Beklagten mit Verfügung vom 6. Juli 2023 Frist zur Erstattung der Duplik angesetzt (act. 39; act. 40). Die Duplik erging fristgerecht am 10. Oktober 2023 (act. 42). Sie wurde mit Verfügung vom 16. Oktober 2023 dem Kläger zugesandt und es wurde festgehalten, dass damit Aktenschluss sei (act. 45). Unter dem 22. November 2023 reichte der Kläger eine Stellungnahme ein (act. 47). Nachdem die Eingabe der Beklagten zur Kenntnis gebracht worden war (Prot. S. 19), reichte diese am 7. Dezember 2023 ebenfalls eine Stellungnahme ein (act. 49). Die Eingabe wurde dem Kläger mit Verfügung vom 8. Dezember 2023 zugestellt (act. 51). Am 10. Januar 2024 reichte der Kläger eine Noveneingabe ein (act. 53). Die Eingabe wurde der Beklagten (einschliesslich der neuen Beilagen) mit Verfügung vom 15. Januar 2024 zugestellt (act. 55), worauf die Beklagte mit Eingabe vom 25. Januar 2024 dazu Stellung nahm (act. 57). Diese Stellungnahme wurde mit Verfügung vom 25. Januar 2024 dem Kläger zugestellt (act. 59). Weitere Eingaben erfolgten nicht. Beide Parteien haben

auf die Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung verzichtet (act. 61; act. 63). Das Verfahren ist spruchreif.

## Erwägungen

### I. Formelles

#### 1. Vorabbemerkungen

Mit der Klageänderung wird nach Eintritt der Rechtshängigkeit ein geänderter oder neuer Anspruch geltend gemacht. Der Kläger stellt mit der Replik neu – neben dem bereits angehobenen Leistungsbegehren – Feststellungs-, Beseitigungs- und Unterlassungsbegehren (act. 1 S. 2; act. 35 S. 2). Die Voraussetzungen der Klageänderung sind auch im internationalen Verhältnis abschliessend nach der lex fori – damit vorliegend der ZPO – zu regeln (BK ZPO-Killias, Art. 227 N 5). Die Zulässigkeit der Klageänderung ist eine Prozessvoraussetzung. Das Gericht tritt auf eine Klage ein, sofern die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 59 Abs. 1 ZPO). Es hat die Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen zu prüfen (Art. 60 ZPO). Eine geänderte (insb. neue) Klage muss, um zulässig zu sein, auch die allgemeinen Prozessvoraussetzungen erfüllen (BSK ZPO-Willisegger, Art. 227 N 39), insbesondere wird vorausgesetzt, dass das angerufene Gericht auch für die geänderte oder neue Klage örtlich zuständig ist (BK ZPO-Killias, Art. 227 N 37; Pahud, DIKE-Komm-ZPO, Art. 227 N 11; BSK ZPO-Willisegger, Art. 227 N 40). Entsprechend sind vor der Prüfung der Zulässigkeitsvoraussetzungen nach Art. 227 ZPO betreffend sämtliche Rechtsbegehren die örtliche Zuständigkeit, das Vorliegen eines genügenden Rechtsschutzinteresses sowie die weiteren Prozessvoraussetzungen zu prüfen.

#### 2. Zuständigkeit

##### 2.1. Internationale und örtliche Zuständigkeit

##### 2.1.1. Deliktgerichtsstand nach LugÜ

Die Beklagte hat ihren Sitz in Deutschland. Der Kläger sowie die F. \_\_\_\_\_ AG haben ihren Wohnsitz bzw. Sitz in der Schweiz. Es liegt ein internationaler Sachverhalt

vor. Sowohl die Schweiz als auch Deutschland sind Vertragsstaaten des Lugano-Übereinkommens (LugÜ). Der sachliche Anwendungsbereich des LugÜ ist erfasst, da sowohl Ansprüche aus unerlaubtem Wettbewerb als auch aus unerlaubten Handlungen als Handelssache im Sinn von Art. 1 Ziff. 1 LugÜ zu qualifizieren sind. Entsprechend ist das LugÜ zur Ermittlung der internationalen Zuständigkeit anwendbar.

Der Kläger stützt sich sowohl für von ihm direkt geltend gemachte als auch ihm allenfalls von der F.\_\_\_\_\_ AG abgetretene Ansprüche auf den Gerichtsstand für unerlaubte Handlungen nach Art. 5 Ziff. 3 LugÜ (act. 35 Rz 5). Gemäss Art. 5 Ziff. 3 LugÜ kann eine Person mit Wohnsitz oder Sitz in einem Vertragsstaat in einem anderen Vertragsstaat verklagt werden, wenn eine unerlaubte Handlung oder eine Handlung, die einer unerlaubten Handlung gleichgestellt ist, oder wenn Ansprüche aus einer solchen Handlung den Gegenstand des Verfahrens bilden, vor dem Gericht des Ortes, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist oder einzutreten droht (sog. Deliktsgerichtsstand). Als eingetreten wird das schädigende Ereignis sowohl am Ort der Vornahme der deliktischen Handlung wie am Ort des Erfolgs anerkannt (BGE 145 III 303 E. 4). Auf den Deliktsgerichtsstand kann sich jeder berufen, der eine Haftung aus unerlaubter Handlung geltend macht, und der Gerichtsstand steht auch allfälligen Rechtsnachfolgern zur Verfügung (vgl. BSK LugÜ-Hofmann/Kunz, Art. 5 N 528 f. m.Hinw. auf die einschlägige Rechtsprechung). Art. 5 Ziff. 3 LugÜ bestimmt sowohl die internationale als auch die örtliche Zuständigkeit (Oberhammer, Stämpfli's Handkommentar, LugÜ Art. 5 N 6; BSK LugÜ-Hofmann/Kunz, Art. 5 Rz 544). Da das LugÜ keine objektive Klagenhäufung kennt (BSK LugÜ-Hofmann/Kunz, Art. 5 N 616), ist bezüglich jedes Rechtsbegehrens einzeln zu prüfen, ob die internationale und örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts Zürich gegeben ist.

#### 2.1.2. Hauptbegehren 1 (Leistungsbegehren)

Die Beklagte lässt sich bezüglich des Hauptbegehrens 1 auf das Verfahren am hiesigen Gericht ein, insoweit der Kläger seine Ansprüche auf die Bestimmungen über die unerlaubten Handlungen (Art. 41 ff. OR) und die Geschäftsherrenhaftung (Art. 55 OR) abstützt (Art. 24 LugÜ; act. 1 Rz 6 ff.; act. 25 Rz 13). Ein ausschliess-

licher Gerichtsstand gemäss Art. 22 LugÜ steht dieser Einlassung nicht entgegen. Gemäss der Beklagten fallen hingegen Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 423 OR) und aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 62 OR) nicht unter den Begriff der unerlaubten Handlung im Sinn von Art. 5 Ziff. 3 LugÜ. Folglich sei das Handelsgericht Zürich für die Beurteilung dieser Ansprüche international und örtlich nicht zuständig (act. 42 Rz 5).

Die Begriffe "unerlaubte Handlung" bzw. "einer unerlaubten Handlung gleichgestellt" sind übereinkommensautonom auszulegen und beziehen sich gemäss Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) sowie des Bundesgerichts auf alle Klagen, mit denen eine *Schadenshaftung* der beklagten Partei geltend gemacht wird und die nicht an einen Vertrag im Sinn von Art. 5 Ziff. 1 LugÜ knüpfen (BGE 133 III 282 E. 4; BGE 125 III 346 E. 4a; vgl. BSK LugÜ-Hofmann/Kunz, Art. 5 N 466 f. m.Hinw. auf die einschlägige Rechtsprechung des EuGH). Ansprüche, welche auf unlauterem Wettbewerb basieren, können am Deliktsgerichtsstand geltend gemacht werden (vgl. BGer 4C.329/2005 vom 5.5.2006 E. 2.1 [nicht publiziert in BGE 132 III 579]; HGer ZH HG190075 vom 31.8.2021 E. 1.1; BSK LugÜ-Hofmann/Kunz, Art. 5 N 479). Doch genügt es aufgrund der vorgenannten Rechtsprechung nicht, dass ein geltend gemachter Anspruch auf einer unerlaubten Handlung als Klagefundament basiert, vielmehr muss zur Begründung des Deliktsgerichtsstands gestützt auf die behauptete Verletzung eine Schadenshaftung geltend gemacht werden (vgl. obiter dictum in BGE 134 III 214 E. 2.3). Entsprechend fehlt dem hiesigen Gericht die Kognition zur Prüfung des Leistungsbegehrens, insoweit der Kläger die Bezahlung der CHF 30'484.20 auf einen Gewinnherausgabeanspruch bzw. eventualiter auf einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung stützt (vgl. act. 35 Rz 93 ff.).

2.1.3. Hauptbegehren 2.a und 2.b (Feststellungsbegehren) sowie Eventualbegehren 2.a (Beseitigungs- und Unterlassungsbegehren)

2.1.3.1. Die Beklagte erhebt gegen das vom Kläger mit der Replik neu erhobene Feststellungsbegehren 2.a (Widerrechtlichkeit) sowie das eventualiter erhobene Beseitigungs- und Unterlassungsbegehren 2.a die Einrede der örtlichen und internationalen Unzuständigkeit (act. 42 Rz 8 und 16). Keine Einwendungen macht die

Beklagte mit Bezug auf das Feststellungsbegehren 2.b (zukünftiger Schaden), weshalb diesbezüglich ebenfalls von einer Einlassung auszugehen ist.

Gemäss der Beklagten beziehen sich die "generische[n]" Feststellungsbegehren 2.a sowie Beseitigungs- und Unterlassungsbegehren 2.a, letzteres "zumindest im Kern: «durch Anbieten des für den Pflichtrückruf ... programmierten Software-Updates»", nicht direkt auf das Verhältnis zwischen den Parteien und auch nicht direkt auf das streitgegenständliche Fahrzeug. Das streitgegenständliche Fahrzeug habe das Software-Update gar nicht aufgespielt. Sodann sei ein die internationale Zuständigkeit im Sinn von Art. 5 Ziff. 3 LugÜ begründender Handlungs- oder Erfolgsort in der Schweiz weder ersichtlich noch vom Kläger dargetan (act. 42 Rz 8 und 16).

2.1.3.2. Ob eine unerlaubte Handlung oder eine einer solchen Handlung gleichgestellte Handlung im Sinn von Art. 5 Ziff. 3 LugÜ vorliegt, ist nicht nur für die Frage der Zuständigkeit, sondern auch für die Entscheidung in der Sache massgeblich. Sie stellt eine doppelrelevante Tatsache dar (BGE 141 III 294 E. 5.1. = Pra 106 [2017] Nr. 5; BGer 4P.17/2001 vom 18.4.2001 E. 3.c; BSK LugÜ-Hofmann/Kunz, Art. 5 N 636). Dies im Gegensatz zur Frage, wo diese Handlung begangen wurde oder ihren Erfolg zeitigte, da dies regelmässig bloss für die Zuständigkeit von Relevanz ist (BGer 4C.329/2005 vom 5.5.2006 E. 2.2 [Erwägung nicht publiziert in BGE 132 III 579]; BGer 4A\_703/2014 vom 5.6.2015 E. 5.2; BSK LugÜ-Hofmann/Kunz, Art. 5 N 636). In welchem Verfahrensstadium, wie und mit welchem Beweismass die einzelnen zuständigkeitsrelevanten Tatsachen zu prüfen sind, ergibt sich aus der lex fori (BSK LugÜ-Hofmann/Kunz, Art. 5 N 635). Nach Schweizer Recht ist im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung auf die Behauptungen der klagenden Partei abzustellen. Das angerufene Gericht prüft seine Zuständigkeit auf Grundlage des eingeklagten Anspruchs sowie seiner Begründung, ohne die Einwände der beklagten Partei zu prüfen (BGE 141 III 294 E. 5.2 = Pra 106 [2017] Nr. 5; BGE 136 III 486 E. 4 = Pra 100 [2011] Nr. 32). Insbesondere findet in diesem Stadium kein Beweisverfahren statt. Vielmehr genügt es, "wenn der Kläger Tatsachen vorträgt, aus welchen sich eine unerlaubte Handlung oder eine einer unerlaubten Handlung gleichgestellte Handlung sowie ein Deliktsort im Sprengel des

angerufenen Gerichts" ergeben (vgl. dazu BSK LugÜ-Hofmann/Kunz, Art. 5 N 637 f.).

Der Deliktsgerichtsstand steht unabhängig von der Klageform bzw. Klageart zur Verfügung. Es können Leistungs- und Feststellungsklagen erhoben werden. Unerheblich ist, ob das Begehren auf ein Tun, ein Unterlassen oder ein Dulden gerichtet ist. So können am Deliktsgerichtsstand auch Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche geltend gemacht werden (vgl. BSK LugÜ-Hofmann/Kunz, Art. 5 N 514 ff. m.Hinw. auf die einschlägige Rechtsprechung).

Der Deliktort gemäss Art. 5 Ziff. 3 LugÜ ist autonom zu bestimmen, wobei ein Wahlrecht besteht, wenn Handlungs- und Erfolgsort auseinander fallen. Die Wahl steht dem jeweiligen Kläger zu, unabhängig davon, ob es sich um den Geschädigten oder dessen Rechtsnachfolger handelt (BSK LugÜ-Hofmann/Kunz, Art. 5 Rz 557 f.). Der *Handlungsort* ist der Ort des ursächlichen Geschehens, d.h. der Ort an dem eine unerlaubte Handlung im Sinn von Art. 5 Ziff. 3 LugÜ ganz oder teilweise ausgeführt wird (vgl. BGE 145 III 303 E. 7.2 und Acocella, DIKE-Komm-LugÜ, Art. 5 Nr. 1 bis 3 N 234). Der EuGH hat einen Handlungsort dort anerkannt, wo Kraftfahrzeuge mit einer Manipulationssoftware ausgerüstet wurden (Urteil des EuGH vom 9.6.2020, C-343/19, Verein Für Konsumenteninformation gegen Volkswagen AG, Rz 24). Der *Erfolgort* ist der Ort, wo die schädigenden Auswirkungen des haftungsauslösenden Ereignisses zulasten des Betroffenen eintraten (BSK LugÜ-Hofmann/Kunz, Art. 5 N 568; Urteil des EuGH vom 16.7.2009, C-189/08, Zuid - Chemie BV gegen Philippo's Mineralenfabriek NV/SA, Rz 27), womit derjenige Ort gemeint ist, an dem das geschützte Rechtsgut verletzt wurde (BGE 125 III 103 2b/aa; BGer 4A\_294/2020 vom 14.07.2021 E. 4.1.2.1.4). Bei Unterlassungsansprüchen liegt der zuständigkeitsbegründende Ort dort, wo die Handlung droht oder bereits gehandelt wurde (Acocella, DIKE-Komm-LugÜ, Art. 5 Nr. 1 bis 3 N 239; Rauscher-Leible, EuZPR-EuIPR, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Kommentar, 5. Auflage, 2021, Art. 7 Brüssel IA-VO Rz 138; Urteil EuGH vom 5.2.2004, C-18/02, DFDS Torline gegen SEKO, Rz 41).

2.1.3.3. Der Kläger sieht die widerrechtliche Handlung, auf welche er sein Feststellungs- sowie sein (eventualiter gestelltes) Beseitigungs- und Unterlassungsbegeh-

ren stützt, darin, dass die Beklagte durch die Zurverfügungstellung des Software-Updates im Rahmen des Pflichtrückrufs ... die unrichtige Behauptung verbreite, das Software-Update würde den rechtmässigen Zustand herstellen, und dadurch die Marktgegenseite nach wie vor bzw. ein weiteres Mal über die wahren Eigenschaften und die Werthaltigkeit des streitgegenständlichen Fahrzeugtyps und des konkreten Fahrzeugs täusche (vgl. act. 1 Rz 36, act. 35 Rz 102). Gemäss dem Kläger vermag das Software-Update die Unregelmässigkeiten der Motorsteuerungssoftware nicht zu beheben und den gesetzmässigen Zustand nicht herzustellen. Vielmehr bestehe der Verdacht, dass mit dem Software-Update "beim 2/4/5-Motor" von der Beklagten weitere unzulässige Abschalteneinrichtungen implementiert worden seien (act. 1 Rz 103). Die rechtswidrigen Handlungen würden nach wie vor andauern und die Beklagte täusche ihre Kunden, darunter ihn, den Kläger, noch immer über die wahren Eigenschaften der manipulierten Fahrzeuge, insbesondere die selbst nach dem Software Update bestehende latente Gefahr des Zulassungsentzugs und die mangelnde Umweltfreundlichkeit (act. 1 Rz 112).

Vorliegend ist unbestritten, dass die Beklagte im Rahmen des Pflichtrückrufs ... eine für den Halter "kostenlose technische Massnahme" (das Software-Update) anbietet (vgl. act. 25 Rz 16). Der Kläger ist Halter des streitgegenständlichen Fahrzeugs. Er wohnt in D.\_\_\_\_\_ (Kanton Zürich). Mit Schreiben der I1.\_\_\_\_\_ AG ("Offizieller Importeur B1.\_\_\_\_\_") vom 18. März 2020 wurde er unter dem Titel "Diesel Emissionsminderung (Rückrufaktion ...)" darauf hingewiesen, dass der "Hersteller B1.\_\_\_\_\_" alle Diesel-Konzepte auf etwaige Unregelmässigkeiten und weitere Möglichkeiten, das Emissionsverhalten zu verbessern, untersuche. Dazu würden systematisch alle Motor- und Getriebevarianten in enger Zusammenarbeit mit den zuständigen Behörden überprüft. Auf Basis dieser Erkenntnisse sei für sein Fahrzeug eine technische Massnahme entwickelt worden, die ab sofort zur Verfügung stehe. Die technische Massnahme sei vom KBA überprüft und freigegeben worden. Der Kläger wurde darauf hingewiesen, dass die Rückrufaktion bis zum Abschluss vom ASTRA überwacht werde und eine Nachbesserung des Fahrzeugs zwingend erforderlich sei. Aus diesem Grund sei ein Update des Motorsteuergeräts erforderlich. Der Kläger wurde aufgefordert sich mit einem "B1.\_\_\_\_\_ Partner" seiner Wahl zur Terminvereinbarung in Verbindung zu setzen (act. 3/4). Gestützt auf diese Be-

gebenheiten ist davon auszugehen, dass die Beklagte dem Kläger das Software-Update in der Schweiz bzw. an seinem Wohnort angeboten hat und auch dessen Installation in der Schweiz erfolgen sollte. Damit ist die internationale und örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts Zürich für die vom Kläger geltend gemachten Täuschungen sowohl für das angehobene Feststellungsbegehren 2.a als auch das Unterlassungs- und Beseitigungsbegehren 2.a zu bejahen. Entgegen der Beklagten ist denn auch nicht von "generischen" Begehren auszugehen; sowohl im Feststellungs- als auch im Unterlassungs- und Beseitigungsbegehren wird Bezug auf das streitgegenständliche Fahrzeug genommen.

## 2.2. Sachliche Zuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ergibt sich aus Art. 5 Abs. 1 lit d. ZPO i.V.m. § 44 lit. a GOG sowie Art. 6 Abs. 2 und ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG.

## 3. Rechtenschutzinteresse

### 3.1. Hauptbegehren 2.a und 2.b (Feststellungsbegehren)

#### 3.1.1. Parteistandpunkte

Der Kläger verlangt die Feststellung, dass das für den Pflichtrückruf ... von der Beklagten programmierte Software-Update widerrechtlich sei, sowie, dass das streitgegenständliche Fahrzeug auch nach allfälliger Durchführung des Software-Updates widerrechtlich sei und die Voraussetzungen für die Verkehrszulassung nicht erfülle (act. 35 S. 2 Hauptbegehren 2.a). Sodann beantragt er, es sei festzustellen, dass die beklagte Partei der klagenden Partei für alle zukünftigen Schäden aus der Manipulation des streitgegenständlichen Fahrzeugs durch Verwendung von unzulässigen Abschalteneinrichtungen hafte (act. 35 S. 2 Hauptbegehren 2.b). Der Kläger stützt seine Begehren auf die "negatorischen Ansprüche" nach Art. 9 Abs. 1 UWG auf "Feststellung" und die allgemeine Feststellungsklage nach Art. 88 ZPO (vgl. act. 35 Rz 98 und 99). Er macht geltend, bei den auf Art. 41 und 55 OR i.V.m. UWG gestützten Ansprüchen auf Schadenersatz und Gewinnherausgabe drohe inhärent die Verjährung nach Art. 60 OR, gleichzeitig wirke der widerrechtli-

che Zustand nach wie vor fort und es bestehe das latente Risiko, dass sich sein Schaden noch weiter vergrössere. Das streitgegenständliche Fahrzeug verletze vor und nach allfälligem Software-Update die Emissionsvorschriften und sei nicht zulassungsfähig. Die Deutsche Umwelthilfe (DUH) klagt gegen die Typgenehmigung und die Genehmigung des Software-Updates des streitgegenständlichen Fahrzeugtyps und werde aller Voraussicht nach erfolgreich sein. Das Strassenverkehrsamt Zürich drohe mit dem Zulassungsentzug, sollte er, der Kläger, das widerrechtliche Software-Update nicht durchführen. In dieser Situation habe er ein schutzwürdiges Interesse an der gerichtlichen Feststellung der Widerrechtlichkeit des Software-Updates und der mangelnden Erfüllung der Zulassungsvoraussetzungen durch das streitgegenständliche Fahrzeug vor und nach allfälligem Software-Update sowie der gerichtlichen Feststellung der Haftpflicht der Beklagten auch für zukünftige Schäden (act. 35 Rz 101).

Gemäss der Beklagten fehlt es dem Kläger sowohl mit Bezug auf das Hauptbegehren 2.a. als auch das Begehren 2.b am notwendigen Rechtsschutzinteresse. So sei es unzulässig, auf die Feststellung einzelner Elemente im Rahmen von Rechtsverhältnissen zu klagen, soweit keine spezialgesetzliche Regelung angerufen werden könne. Eine "Musterfeststellungsklage" sei dem Schweizer Recht fremd. Das Feststellungsbegehren 2.a scheitere zudem am Grundsatz der Subsidiarität der Feststellungs- gegenüber der Leistungsklage. Den Bedenken des Verjährungseintritts und der Schadensvergrösserung wäre im Rahmen der erhobenen Leistungsklage Rechnung zu tragen gewesen. Sodann könnten zukünftige Rechtsverhältnisse nur dann Gegenstand einer Feststellungsklage sein, wenn sie einen ausreichenden Gegenwartsbezug aufweisen würden (act. 42 Rz 9 und 13 f.).

### 3.1.2. Rechtliches

Das LugÜ regelt die Frage des Rechtsschutzinteresses nicht. Sie ist nach Landesrecht zu beurteilen (BGE 144 III 175 E. 3.2). Das Erfordernis und die Voraussetzungen des Feststellungsinteresses als Prozessvoraussetzung ergeben sich nach der lex fori (vgl. BGE 144 III 175 E. 4.3.1; BSK ZPO-Weber, Art. 88 N 29).

3.1.2.1. Mit der allgemeinen Feststellungsklage kann die gerichtliche Feststellung, dass ein Recht oder ein Rechtsverhältnis besteht oder nicht, verlangt werden (Art. 88 ZPO). Als zulässig werden sodann Begehren auf Feststellung der Widerrechtlichkeit eines bestimmten Verhaltens sowie auf Feststellung, dass die beklagte Partei für künftig eintretende Schäden aus einem bestimmten schadensstiftenden Ereignis haftet, angesehen (vgl. BGE 118 II 254 E. 1c und BSK ZPO-Weber, Art. 88 N 7). Die Feststellungsklage ist hingegen nur zulässig, wenn die klagende Partei ein schutzwürdiges Interesse an der angebehrten Feststellung hat (BGer 4A\_464/2019 vom 30.4.2020 E. 1.1 m.Hinw. auf BGE 119 II 368 E. 2a).

Bei Leistungs- und Gestaltungsklagen (Art. 84 und Art. 87 ZPO) muss das Rechtsschutzinteresse in der Regel nicht speziell nachgewiesen werden. Hingegen bedarf das Feststellungsinteresse einer besonderen Begründung, welche sich aus einer spezialgesetzlichen Regelung oder anhand der in der Rechtsprechung und Lehre entwickelten Kriterien ergeben kann (BK ZPO-Zingg, Art. 59 N 39). Das Feststellungsinteresse ist von der klagenden Partei darzutun. Sie hat den hierfür relevanten Sachverhalt nachzuweisen (BGE 123 III 49 E. 1a; BGer 4A\_255/2021 vom 22.3.2022 E. 1.2.1). Ein Feststellungsinteresse ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zu bejahen, "wenn der Kläger an der sofortigen Feststellung ein erhebliches schutzwürdiges Interesse hat, welches kein rechtliches zu sein braucht, sondern auch bloss tatsächlicher Natur sein kann. Diese Voraussetzung ist namentlich gegeben, wenn die Rechtsbeziehungen der Parteien ungewiss sind und die Ungewissheit durch die gerichtliche Feststellung behoben werden kann. Dabei genügt nicht jede Ungewissheit; erforderlich ist vielmehr, dass ihre Fortdauer dem Kläger nicht mehr zugemutet werden darf, weil sie ihn in seiner Bewegungsfreiheit behindert" (BGE 144 III 175 E. 5 m.Hinw. auf BGE 136 III 523; BGer 4A\_464/2019 vom 30.4.2020 E. 1.2). Hingegen fehlt dem Inhaber eines Rechts in der Regel ein Feststellungsinteresse, wenn ihm eine Leistungs- oder Gestaltungsklage zur Verfügung steht, die sofort eingereicht werden kann und die es ihm erlauben würde, direkt die Beachtung seines Rechts oder die Erfüllung der Forderung zu erwirken (BGE 135 III 378 E. 2.2; BGer 4A\_255/2021 vom 22.3.2022 E. 1.2.1). Die Feststellungsklage ist aber nicht schlechthin als der Leistungs- oder Gestaltungsklage nachgehend zu betrachten, so dass sie immer ausgeschlossen wäre, wenn auf Leistung oder Ge-

staltung geklagt werden kann. So hat das Bundesgericht ein selbstständiges Feststellungsinteresse etwa dann bejaht, wenn es darum ging, nicht nur die fällige Leistung zu erhalten, sondern die Gültigkeit des ihr zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses auch für dessen künftige Abwicklung feststellen zu lassen. Ebenso wurde ein selbstständiges Feststellungsinteresse angenommen, wenn für längere Zeit nicht auf Leistung oder nicht auf vollen Schadenersatz geklagt werden kann (BGer 4A\_255/2021 vom 22.3.2022 E. 1.2.1 m.Hinw.). Die Ausnahmen vom Grundsatz der Subsidiarität der Feststellungsklage müssen dabei restriktiv ausgelegt werden. Nur ganz aussergewöhnliche Umstände können ein genügendes Interesse begründen, materiell auf die Feststellungsklage einzutreten (BGE 135 III 378 E. 2.4; BGer 4A\_255/2021 vom 22.3.2022 E. 1.2.1).

3.1.2.2. Gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. c UWG kann, wer durch unlauteren Wettbewerb in seiner Kundschaft, seinem Kredit oder beruflichen Ansehen, in seinem Geschäftsbetrieb oder sonst in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt wird, dem Richter beantragen, die Widerrechtlichkeit einer Verletzung festzustellen, wenn sich diese weiterhin störend auswirkt. Die Feststellungsklage nach Art. 9 Abs. 1 lit. c UWG enthält eine eigenständige Umschreibung des Feststellungsinteresses. Es wird verlangt, dass sich die (behauptete) Verletzung weiterhin störend auswirkt. Der Wortlaut der Bestimmung folgt jenem von Art. 28a Abs. 1 Ziff. 3 ZGB und die Voraussetzung ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung im Persönlichkeitsrecht des ZGB und im Bereich des UWG gleich auszulegen. So kommt der Feststellungsklage nach Art. 9 Abs. 1 lit. c UWG in erster Linie eine Beseitigungsfunktion zu, an der auch das Feststellungsinteresse der klagenden Partei zu messen ist: Entscheidend ist, ob eine Beeinträchtigung besteht, deren Beseitigung die beantragte gerichtliche Feststellung herbeizuführen geeignet ist. Im Gegensatz zur allgemeinen Feststellungsklage geht es bei der Klage nach Art. 9 Abs. 1 lit. c UWG weniger um den Schutz vor Rechtsgefährdung, als darum, einen durch wettbewerbsverletzende Äusserungen hervorgerufenen rechtswidrigen Dauerzustand zu beseitigen. Das Erfordernis der "weiterhin störenden Auswirkung" bedeutet in dem Sinne eine Einschränkung, als damit sichergestellt werden soll, dass die Feststellungsklage nur erhoben werden kann, wenn die klagende Partei einer anhaltenden Beeinträchtigung ausgesetzt ist, die mittels gerichtlicher Feststellung beseitigt wer-

den kann (BGer 4A\_483/2018 vom 8.2.2019 E. 3.2.1 m.Hinw.). Nach herrschender Meinung ist die Feststellungsklage auch im Lauterkeitsrecht subsidiär gegenüber der Leistungsklage. So ist eine Feststellungsklage insbesondere unzulässig, wenn das verfolgte Rechtsschutzziel auch mit einer Unterlassungs- oder Beseitigungsklage zur Gänze erreicht werden kann (Domej, DIKE-Komm-UWG, Art. 9 N 24).

### 3.1.3. Würdigung

Aus den Ausführungen des anwaltlich vertretenen Klägers erhellt nicht, inwiefern sich der angeblich von ihm erlittene Schaden noch vergrössern sollte bzw. welcher Art dieser Schaden sei soll. Dies ist hingegen vorliegend nicht von Relevanz, da gemäss dem Bundesgericht sich Art. 42 Abs. 2 OR, wonach der nicht ziffernmässig nachweisbare Schaden nach Ermessen des Richters mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen abzuschätzen ist, nicht nur auf den bereits eingetretenen Schaden, sondern auch auf Nachteile, die der Geschädigte voraussichtlich noch erleiden wird, bezieht (BGE 145 III 225 E. 4.1.3 m.Hinw. auf BGE 114 II 253 E. 2a; BK-Brehm, Art. 42 OR N 49). Folglich wäre es dem Kläger ohne weiteres sofort möglich gewesen, einen sich allenfalls inskünftig vergrössernden Schaden im Rahmen der von ihm erhobenen Leistungsklage (Hauptbegehren 1) geltend zu machen. Betreffend die angerufene Gewinnherausgabe fehlt es dem hiesigen Gericht - wie bereits dargelegt (vgl. vorne E. I.2.1.2.) - an der notwendigen Kognition. Sodann ist nicht ersichtlich und wird vom Kläger auch nicht dargelegt, inwiefern sich ein Gewinnherausgabeanspruch gestützt auf Art. 423 OR inskünftig vergrössern sollte. Ein rechtlich geschütztes Interesse des Klägers an der Beurteilung des Feststellungsbegehrens 2.b ist nicht gegeben. Offen bleiben kann diesfalls, ob der Kläger überhaupt ein genügend bestimmtes Rechtsbegehren gestellt hat (vgl. act. 42 Rz 11 f.).

Da der Kläger eine allfällige Vergrösserung des Schadens gestützt auf Art. 41 oder 55 OR im Rahmen seiner Leistungsklage geltend machen könnte, ist nicht ersichtlich, inwieweit er ein schutzwürdiges Interesse an der eigenständigen Feststellung haben könnte, dass das für den Pflichtrückruf ... von der Beklagten programmierte Software-Update widerrechtlich sowie das streitgegenständliche Fahrzeug auch nach allfälliger Durchführung des Software-Updates widerrechtlich sei und die Vor-

aussetzungen für die Verkehrszulassung nicht erfülle (Feststellungsbegehren 2.a). Sodann stellt der Kläger mit dem Eventualbegehren 2.a. ein Beseitigungs- und Unterlassungsbegehren im Sinn von Art. 9 Abs. 1 lit. a und b UWG. Das Begehren zielt darauf ab, der Beklagten mittels eines Verbots zu untersagen, durch das Anbieten des Software-Updates implizit die angeblich unrichtige Behauptung zu verbreiten, das streitgegenständliche Fahrzeug und der diesem zugrunde liegende Fahrzeugtyp erfülle nach allfälliger Durchführung des Software-Updates die Voraussetzungen für die Verkehrszulassung (act. 35 S. 2). Es ist nicht ersichtlich und wird vom Kläger auch nicht dargetan (vgl. act. 35 Rz 101), welcher anhaltenden Beeinträchtigung er nach ausgesprochenem Verbot ausgesetzt wäre, die mittels gerichtlicher Feststellung, beseitigt werden könnte. Damit liegt das bei der lauterkeitsrechtlichen Feststellungsklage zentrale Element der Beseitigungsfunktion nicht vor. Ein rechtlich geschütztes Feststellungsinteresse ist nicht ersichtlich.

#### 3.1.4. Fazit.

Auf die Feststellungsbegehren 2.a und 2.b ist mangels Rechtsschutzinteresse nicht einzutreten.

### 3.2. Eventualbegehren 2.a (Beseitigungs- und Unterlassungsbegehren)

#### 3.2.1. Parteistandpunkte

Eventualiter beantragt der Kläger, es sei der Beklagten zu verbieten, durch Anbieten des für den Pflichtrückruf ... programmierten Software-Updates implizit die unrichtige Behauptung zu verbreiten, dass das streitgegenständliche Fahrzeug und der diesem zugrunde liegende Fahrzeugtyp nach allfälliger Durchführung des Software-Updates die Voraussetzungen für die Verkehrszulassung erfüllen würden (act. 35 S. 2). Er beruft sich darauf, dass die Beklagte durch die Zurverfügungstellung des Software-Updates im Rahmen des Pflichtrückrufs ... implizit die unrichtige Behauptung verbreite, das Software-Update würde den rechtmässigen Zustand herstellen. Dadurch täusche sie die Marktgegenseite nach wie vor über die wahren Eigenschaften und die Werthaltigkeit des streitgegenständlichen Fahrzeugtyps und des konkreten Fahrzeugs. Er habe einen Anspruch auf Beseitigung und Unterlassung der Verbreitung dieser unrichtigen Behauptung (act. 35 Rz 102).

Die Beklagte beantragt, auf das Beseitigungs- und Unterlassungsbegehren 2.a sei mangels Rechtsschutzinteresse des Klägers nicht einzutreten. Sie beruft sich im Wesentlichen darauf, dass vorliegend eine weiterhin störende Auswirkung der behaupteten Täuschungshandlung ausgeschlossen sei. Ferner könne ein angeblicher Wertverlust des Fahrzeugs nicht mit einer Beseitigungsklage behoben werden (act. 42 Rz 17 ff.).

### 3.2.2. Rechtliches

Wer durch unlauteren Wettbewerb in seiner Kundschaft, seinem Kredit oder beruflichen Ansehen, in seinem Geschäftsbetrieb oder sonst in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt wird, kann dem Richter beantragen, eine drohende Verletzung zu verbieten (Art. 9 Abs. 1 lit. a UWG) oder eine bestehende Verletzung zu beseitigen (Art. 9 Abs. 1 lit. b UWG). Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche können nebeneinander bestehen und kumulativ geltend gemacht werden (Domej, DIKE-Komm-UWG, Art. 9 N 9).

Die Unterlassungsklage setzt eine Erstbegehungs- oder Wiederholungsgefahr voraus (BGE 124 III 72 E. 2a), was eine Frage des Rechtsschutzinteresses ist. Fehlt es daran, ist auf die Klage nicht einzutreten (Domej, DIKE-Komm-UWG, Art. 9 N 11). Der Beseitigungsanspruch verlangt eine fortdauernde Störung in Form einer andauernden Rechtsverletzung (Domej, DIKE-Komm-UWG, Art. 9 N 19). Folglich ist das rechtlich geschützte Interesse der klagenden Partei an der Beseitigung des (behaupteten) rechtswidrigen Zustandes immanent, sofern er noch andauert.

### 3.2.3. Würdigung

Wie bereits dargelegt (vgl. vorne E. I.2.1.3.3.), hat die Beklagte dem Kläger das Software-Update angeboten. Hingegen blieben die Behauptungen der Beklagten in der Duplik, dass sich das Angebot des Software-Updates im erwähnten Schreiben vom 18. März 2020 an die betroffenen Fahrzeughalter erschöpft habe und weitere Schreiben oder andere Formen proaktiver Angebote weder durch die I1.\_\_\_\_\_ AG, sie, die Beklagte, noch Drittpersonen erfolgt seien (act. 42 Rz 20), unwidersprochen (act. 47). Mit der Beklagten ist daher davon auszugehen, dass solche Angebote,

da sie gar nicht mehr erfolgen, nicht unterbunden werden können (act. 42 Rz 20). Ein Unterlassungsinteresse des Klägers ist mangels Wiederholungsgefahr nicht ersichtlich.

Hingegen zielt das Begehren des Klägers nicht nur auf eine (zukünftige) Unterlassung des Anbietens des Software-Updates, sondern auch auf eine Beseitigung des ihm gegenüber bereits ausgesprochenen Angebots. Das Angebot besteht nach wie vor bzw. es wird von der Beklagten aufrecht gehalten. So beruft sie sich auch im vorliegenden Verfahren darauf, dass das streitgegenständliche Fahrzeug vorbehältlich des Software-Updates uneingeschränkt zugelassen sei (vgl. act. 25 Rz 73 und act. 42 Rz 30). Damit kann aber - entgegen der Ansicht der Beklagten (act. 42 Rz 22) - ein hinreichender Bezug des gestellten Beseitigungsbegehrens zum streitgegenständlichen Fahrzeug nicht in Abrede gestellt werden. Es ist von einer fort-dauernden Störung auszugehen. Ein Interesse des Klägers an der Beseitigung dieser Störung ist gegeben.

#### 4. Übrige Prozessvoraussetzungen

Die übrigen Prozessvoraussetzungen geben - nebst der Zulässigkeit der Klageänderung mit Bezug auf das Eventualbegehren 2.a (Unterlassungs- und Beseitigungsbegehren) - zu keinen Bemerkungen Anlass.

#### 5. Klageänderung

Nach Art. 227 Abs. 1 ZPO ist eine Klageänderung zulässig, wenn der geänderte oder neue Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist und mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang steht.

Massgebend ist, ob nach der Klageänderung auf den geänderten oder neuen Anspruch die gleiche Verfahrensart anwendbar ist wie für den bisherigen Anspruch vor der Klageänderung (Pahud, DIKE-Komm-ZPO, Art. 227 N 7). Vorliegend hat die Leistungsklage (Hauptbegehren 1) einen Streitwert von CHF 30'484.20. Die Parteien beziffern den Streitwert des eventualiter zum Feststellungsbegehren Ziff. 2a gestellten Beseitigungs- und Unterlassungsbegehrens gemäss Ziff. 2a mit CHF 10'000.00. Richtet sich die Verfahrensart nach dem Streitwert (Art. 243 Abs.

1 ZPO), ist auf den Gesamtstreitwert nach der Erhöhung abzustellen (Art. 93 Abs. 1 und 2 ZPO e contrario) (Pahud, a.a.O.; vgl. auch BGE 142 III 788 E. 4.2.3). Somit unterstehen sowohl der bisherige als auch der geänderte Anspruch dem ordentlichen Verfahren. Da beide Begehren dasselbe Streitobjekt, das streitgegenständliche Fahrzeug, betreffen, ist auch der sachliche Zusammenhang ohne weiteres zu bejahen (vgl. BSK ZPO-Willisegger, Art. 227 N 31). Die Klageänderung ist zuzulassen.

## 6. Gesamtfazit

Auf das Hauptbegehren 1 (Leistungsbegehren) sowie das Eventualbegehren 2.a, insoweit damit ein Beseitigungsbegehren gestellt wird, ist einzutreten. Auf die Hauptbegehren 2.a und 2.b (Feststellungsbegehren) sowie das Eventualbegehren 2.a, insoweit damit ein Unterlassungsbegehren gestellt wird, ist nicht einzutreten. Auf die Parteibehauptungen wird nachfolgend, soweit für die Entscheidungsfindung notwendig, eingegangen.

## II. Materielles

### 1. Anwendbares Recht

Nach Art. 136 Abs. 1 IPRG bzw. Art. 133 Abs. 2 IPRG kommen für Ansprüche aus Lauterkeitsrecht (Schadenersatz und negatorische Klagen) und aus unerlaubten Handlungen Schweizer Recht zur Anwendung (vgl. hierzu HGer ZH HG200081 vom 24.11.2022 S. 12 ff. E. 2). Hiervon gehen übereinstimmend auch die Parteien aus (act. 1 Rz 119 ff. und 145 ff.; act. 25 Rz 143 und 150 f.).

### 2. Leistungsbegehren

#### 2.1. Schadenersatz

##### 2.1.1. Vorbemerkungen/Parteistandpunkte

Der Kläger verlangt Schadenersatz wegen angeblich unerlaubter Handlung (Art. 41 ff. resp. Art. 55 OR i.V.m. lauterkeits- und strafrechtlichen Normen). Art. 9 Abs. 3 UWG verweist auf die Bestimmungen des OR über Schadenersatz und Ge-

nugtung sowie hinsichtlich der Gewinnherausgabe auf die Regelungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag. Ferner können neben den in Abs. 3 ausdrücklich erwähnten Ansprüchen durch ein wettbewerbswidriges Verhalten bereicherungsrechtliche Ansprüche entstehen (Domej, DIKE-Komm-UWG, Art. 9 N 40). Die allgemeinen Voraussetzungen für einen deliktischen Schadenersatzanspruch gelten auch im Lauterkeitsrecht (Domej, DIKE-Komm-UWG, Art. 9 N 41). Haftungsvoraussetzung bilden dabei ein Schaden, ein (natürlicher und adäquater) Kausalzusammenhang, die Widerrechtlichkeit sowie das Verschulden.

Der Kläger berief sich in der Klagebegründung als Schaden auf die Differenz zwischen den von der F.\_\_\_\_\_ GmbH bzw. ihm für den Erwerb des streitgegenständlichen Fahrzeugs getätigten Aufwendungen von behaupteten CHF 121'936.80 und dem hypothetisch niedrigeren Preis, welcher bei wahrheitsgemässer Offenlegung aller Informationen über das betroffene Fahrzeug, insbesondere der mangelnden Zulassungsfähigkeit und dem ex ante zu beurteilenden Risiko der Ausserverkehrsetzung des Fahrzeugs, im "Zeitpunkt der Kaufpreiszahlung" am Markt erzielbar und tatsächlich bezahlt worden wäre (vom Kläger als "Overcharge" bezeichnet). Der Kläger geht von einem um (mindestens) 25 % zu hohen Kaufpreis aus und verlangt entsprechend CHF 30'484.20 (act. 1 Rz 39, 113 und 138 f.; act. 35 Rz 92). Eventualiter beruft sich der Kläger in der Replik auf "den heutigen Minderwert" des Fahrzeugs von zwischen CHF 11'300.00 und CHF 19'775.00 (act. 35 Rz 86 und 92). In beiden Fällen ersucht der Kläger um eine Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR (act. 35 Rz 92).

Die Beklagte bestreitet, dass sich das streitgegenständliche Fahrzeug im Zeitpunkt des Erwerbs als minderwertig erwiesen habe (act. 25 Rz 69 ff. und 82). Sie stellt einen rechtsrelevanten Schaden des Klägers oder der F.\_\_\_\_\_ GmbH in Abrede. Ein sog. "Overcharge" stelle nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung keinen Schaden im Sinne der Differenztheorie dar (act. 42 Rz 111). Auch der Eventualstandpunkt des Klägers, dass das streitgegenständliche Fahrzeug gegenwärtig einen Minderwert von zwischen CHF 11'300.00 und CHF 19'775.00 aufweise, sei "untauglich", da die klägerische Berechnung an einem angeblichen Ausserverkehrssetzungsrisiko anknüpfe, welches bei Aufspielen des Software-Updates nicht

bestehen würde. Ferner sei ein solches Risiko irrelevant, da es sich nicht im Vermögen niederschlage (act. 42 Rz 112).

### 2.1.2. Rechtliches

Das Bundesgericht stellt für den deliktsrechtlichen Schadensbegriff in ständiger Rechtsprechung auf die Differenztheorie ab. Demnach gilt als Schaden die ungewollte Verminderung des Reinvermögens, entsprechend der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem (hypothetischen) Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte. Der Schaden kann in einer Vermehrung der Passiven, einer Verminderung der Aktiven oder in entgangenem Gewinn bestehen. Es handelt sich somit um einen rein wirtschaftlichen, auf das Reinvermögen abstellenden Schadensbegriff. Beeinträchtigungen, welche nicht das Vermögen betreffen, sind keine haftpflichtrechtlich relevanten Schäden. Dies gilt namentlich auch dort, wo eine bestimmte Aufwendung ihren inneren Wert verliert, weil sich der mit ihr angestrebte Zweck nicht oder nicht vollständig einstellt. So stellt ein Nutzungsausfall respektive -entzug an sich keinen Schaden im Rechtssinn dar. Ersatz für normativen - nicht auf Vermögensverminderung beruhenden - Schaden wird nach der Rechtsprechung nur in zwei Konstellationen zugesprochen, nämlich für den Haushalt- und den Pflegeschaden. Einzig in diesen Fällen ist auch dann Schadenersatz zu leisten, wenn keine konkrete Vermögenseinbusse eintritt. Das Bundesgericht hat die Ersatzfähigkeit anderer normativer Schadensposten ausdrücklich abgelehnt (BGer 4A\_17/2023 und 4A\_18/2023 vom 9.5.2023 E. 7.3.1 und 5.3.1 je m.Hinw.). Sodann hat das Bundesgericht in eben diesen Urteilen explizit festgehalten, dass der vom EuGH im Entscheid C-100/21 vom 21. März 2023 vertretenen Ansicht, dass der Kauf eines vom "Diesel-Abgasskandal" betroffenen Automobils einen Schadenersatzanspruch gegen die Herstellerin aufgrund deliktischer Haftung begründe, für das schweizerische Recht nicht gefolgt werden könne (E. 7.2 und 5.2 je m.Hinw.; vgl. act. 47 Rz 5 ff.). Insbesondere stellt eine (allfällige) Enttäuschung des Käufervertrauens keinen ersatzfähigen Schaden im deliktsrechtlichen Sinn dar, weshalb auch die von der Beklagten angeführten Urteile des Deutschen Bundesgerichtshofs vom 26. Juni 2023 (VIa ZR 335/21, VIa ZR 533/21 und

Vla ZR 1031/22) nichts an den vorgenannten Erwägungen zu ändern vermögen (vgl. act. 47 Rz 9 ff.).

Unter einem merkantilen Minderwert ist gemäss Bundesgericht "die durch ein schädigendes Ereignis verursachte Minderung des Verkehrswertes einer Sache, die unabhängig von deren technischen bzw. funktionellen Beeinträchtigung eintritt", zu verstehen. "Dieser merkantile Minderwert orientiert sich am subjektiven Empfinden potenzieller Käufer, wobei der Grund, weshalb der Markt mit einem nicht technisch begründeten Preisabschlag reagiert, ohne Belang ist. Während diese Wertminderung sich regelmässig - etwa bei einer beschädigten Sache - mit dem Verdacht verborgener Mängel trotz technisch einwandfreier Instandsetzung der Sache erklären lässt, sind auch andere wertmindernde Faktoren rein psychologischer Art denkbar" (BGE 145 III 225 E. 3.1). In der Schweiz wird ein merkantiler Minderwert insbesondere bei reparierten (Unfall-)Motorfahrzeugen anerkannt. Dabei geht das Bundesgericht davon aus, dass ein erlittener Schaden aus merkantilem Minderwert regelmässig eine bleibende Vermögensverminderung darstellt. Ob bei einem reparierten Unfallfahrzeug ein merkantiler Minderwert vorliegt, ist jedoch in jedem konkreten Fall einzeln zu prüfen. Dabei sind insbesondere das Alter des Fahrzeugs und die Art der erfolgten Reparaturen zu berücksichtigen (BGE 145 III 225 E. 4.2.2)

### 2.1.3. Würdigung

Der Kläger behauptet nicht, dass ihm durch das potentiell haftungsbegründende Verhalten der Beklagten (Manipulation der Motorsteuerung sowie das Anbieten des Software-Updates) vermögensmässige Nachteile im Sinn der vorab dargestellten Art entstanden wären. Zwar erwähnt der Kläger zu "erwartende" "technische Nachteile", weil das Software-Update in eine bestehende Motorenstruktur eingreife (act. 35 Rz 113 und 123), was von der Beklagten bestritten wird (act. 42 Rz 183 und 188), indes ergibt sich aus diesen Behauptungen nicht, dass ihm bereits Kosten für Reparaturen oder Nachrüstungen oder sonstige Folgekosten wie ein erhöhter Kraftstoffverbrauch angefallen wären. Der Kläger macht auch nicht geltend, dass der hypothetische Verkehrswert des streitgegenständlichen Fahrzeugs ohne die angebliche Softwaremanipulation höher wäre als der gegenwärtige Verkehrswert

nach Implementierung des Software-Updates (vgl. BGer 4A\_17/2023 und 4A\_18/2023 vom 9.5.2023 E. 7.3.2 und 5.3.2 je m.Hinw.).

Ferner behauptet der Kläger keinen merkantilen Minderwert im Sinn der vorgeannten Rechtsprechung. So berief er sich in der Klagebegründung als Schaden auf die Differenz zwischen den von der F.\_\_\_\_\_ GmbH bzw. ihm für den Erwerb des Fahrzeugs getätigten Aufwendungen von total CHF 121'936.80 und dem hypothetischen niedrigeren Preis, welcher bei wahrheitsgemässer Offenlegung aller Informationen über das betroffene Fahrzeug, insbesondere der mangelnden Zulassungsfähigkeit und dem ex ante zu beurteilenden Risiko der Ausserverkehrsetzung des Fahrzeugs, im "*Zeitpunkt der Kaufpreiszahlung*" am Markt erzielbar und tatsächlich bezahlt worden wäre. Der Kläger ging von einem um (mindestens) 25 % zu hohen Kaufpreis (act. 1 Rz 4, 39, 113 und 138 f.; act. 35 Rz 92). Den Prozentsatz von 25 % stützte der Kläger u.a. auf die Behauptungen ab, dass ein Fahrzeug, das nicht für den Verkehr zugelassen werden dürfe, einen sehr geringen Wert habe, der einzig im reinen Materialwert des Fahrzeugs liege. Laut dem Institut für Automobilwirtschaft würden die Materialkosten bei einem durchschnittlichen Neuwagenpreis nur ca. 43.5 % des Netto-Listenpreises ausmachen. Daraus folge, dass die betroffenen Fahrzeugeigentümer einen um ca. 56.5 % überhöhten Kaufpreis für ihre Fahrzeuge bezahlt hätten, wenn sich das Risiko der Ausserverkehrsetzung materialisiere und das Fahrzeug nicht mehr nutzbar sei. Preise man ein Risiko ein, dass das Fahrzeug ex ante gesehen mit 50 % Wahrscheinlichkeit ausser Verkehr gesetzt werde, ergebe sich ein objektiver Minderwert von 28.25 % (= 56.5% / 2) (act. 1 Rz 115). In der Replik führte der Kläger an, der Diesellabgasskandal sei noch nicht überwunden und Eigentümer von Dieselfahrzeugen müssten mit überhöhten Wertverlusten rechnen. Unter Berufung auf eine Publikation der Webseite J.\_\_\_\_\_.org machte der Kläger geltend, dass der Wertverlust einerseits vom Dieselskandal an sich komme, da viele Menschen kein Vertrauen mehr in den Dieselantrieb hätten. Weit gravierender sei jedoch der Umstand, dass die Dieselfahrzeuge des B2.\_\_\_\_\_-Konzerns, darunter auch das streitgegenständliche Fahrzeug, nach wie vor nicht zulassungsfähig seien, zumal die Software-Updates untauglich seien, den rechtmässigen Zustand herzustellen. Das Risiko der Ausserverkehrsetzung sei heute höher denn je, da mittlerweile die Klagebefugnis der DUH gegen

rechtswidrige Typengenehmigungen durch den EuGH und nationale deutsche Gerichte bejaht worden sei. Die erste Typgenehmigung und die erste Genehmigung des KBA bzgl. eines Software-Updates des B2.\_\_\_\_\_-Konzerns sei schon als widerrechtlich aufgehoben worden und in Bezug auf eine Vielzahl von Typgenehmigungen und Software-Updates, darunter auch in Bezug auf den streitgegenständlichen Fahrzeugtyp, seien Klagen der DUH anhängig, welche zur Aufhebung der KBA-Genehmigungen führen würden. Das Risiko der Ausserverkehrssetzung und damit der weitestgehenden Wertlosigkeit des Fahrzeugs gehe somit heute gegen 100 %. Mit dem streitgegenständlichen Fahrzeug vergleichbare Fahrzeuge würden heute gemäss [www.autoscout24.ch](http://www.autoscout24.ch) - je nach Motorisierung, Ausstattung und Kilometerstand - zwischen rund CHF 20'000.00 und CHF 35'000.00 gehandelt. Der heutige "Minderwert von 56.5 %" bei Ausserverkehrssetzung liege somit zwischen CHF 11'300.00 (56.5 % von CHF 20'000.00) und CHF 19'775.00 (56.5% von CHF 35'000) (act. 35 Rz 86). Dabei ging der Kläger bei der Festsetzung des Minderwertes offensichtlich wieder von seiner Berechnung gemäss Klagebegründung aus: Einem um 56.5 % überhöhten Kaufpreis, welcher zufolge des momentanen angeblich 100 %-igen Risikos der Ausserverkehrssetzung nicht mehr zu reduzieren war. Hingegen setzte er nicht mehr beim ursprünglichen Kaufpreis, sondern beim aktuellen Fahrzeugpreis an. Noch immer sieht der Kläger den Schaden jedoch in der Differenz zwischen den für den Erwerb des Fahrzeugs tatsächlich zu tätigen Aufwendungen und dem hypothetischen Preis, welcher bei wahrheitsgemässer Offenlegung aller Informationen über das betroffene Fahrzeug, insbesondere der mangelnden Zulassungsfähigkeit und dem ex ante zu beurteilenden Risiko der Ausserverkehrssetzung des Fahrzeugs, erzielbar und tatsächlich bezahlt würde (vom Kläger als "Overcharge" bezeichnet). Diesen Schaden grenzt der Kläger explizit vom merkantilen Minderwert im Sinn der vorgenannten Rechtsprechung ab (vgl. act. 35 Rz 88). Gemäss dem Kläger würde denn das streitgegenständliche Fahrzeug nach erfolgtem Software-Update auch keinen einwandfreien Zustand im technischen Sinne aufweisen. Der Kläger hat - entgegen seiner Ansicht (vgl. act. 47 Rz 16) - im Eventualstandpunkt keinen merkantilen Minderwert im Sinn der bundesgerichtlichen Rechtsprechung behauptet. Etwas anders lässt sich auch der Noveneingabe vom 24. Januar 2024 und den neu als "Beweisurkunden" eingereichten

Gutachten des Sachverständigen Ing. Dr. K. \_\_\_\_\_ vom 4. und 5. Januar 2024 nicht entnehmen (vgl. act. 53).

Schliesslich behauptet der Kläger auch nicht, dass das Fahrzeug nur eingeschränkt funktioniert hätte *oder trotz Durchführung des Software-Updates* von behördlichen Zulassungsbeschränkungen tangiert gewesen wäre und er oder die F. \_\_\_\_\_ AG aus diesem Grund notwendige Auslagen zwecks Verkehrszulassung oder Beschaffung eines für sie erforderlichen Ersatzfahrzeugs hätte tätigen müssen (vgl. BGer 4A\_17/2023 und 4A\_18/2023 vom 9.5.2023 E. 7.3.2 und 5.3.2 je m.Hinw.).

#### 2.1.4. Fazit

Es liegt kein ersatzfähiger Schaden im Sinn von Art. 41 oder 55 OR vor. Entsprechend müssen die weiteren Haftungsvoraussetzungen nicht mehr geprüft werden.

#### 2.2. Gewinnherausgabe/ungerechtfertigte Bereicherung

Der Kläger macht die Herausgabe des Verletzergewinns im Sinn von Art. 9 Abs. 3, Art. 10 Abs. 1 UWG i.V.m. Art. 423 OR von CHF 30'484.20 geltend; eventualiter beruft er sich auf eine ungerechtfertigte Bereicherung nach Art. 62 Abs. 1 OR (act. 35 Rz 93). Wie bereits dargelegt, fehlt dem hiesigen Gericht die Kognition zur Prüfung dieser Ansprüche (vgl. E. I.2.1.2.). Doch selbst wenn eine Prüfung erfolgen könnte, wären die Ansprüche abzuweisen:

So kann gemäss Art. 9 Abs. 3 UWG die Herausgabe des Gewinns nach den Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag verlangt werden. Gewinn ist dabei die Differenz zwischen dem tatsächlichen Vermögen des Verletzers und dem Wert, den es ohne das unlautere Verhalten aufweisen würde. Herauszugeben ist der Nettogewinn; mithin der auf dem unlauteren Verhalten beruhende Ertrag minus die entsprechenden Kosten (BGE 134 III 306 E. 4.1.1). Abzugsfähig sind nur Kosten, die auf dem unlauteren Verhalten beruhen, d.h. diejenigen, die bei Wegdenken des unlauteren Verhaltens nicht angefallen wären (Spitz, Stämpfli Handkommentar, UWG Art. 9 N 198; BGE 134 III 306 E. 4.1.3). Zulässig ist eine Schätzung des Gewinns in analoger Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR, wobei die Voraussetzungen der Schätzung erfüllt sein müssen. So muss die beweisbelastete Partei, die

sich auf diese Erleichterung beruft, alle Umstände, die für die Erzielung eines Gewinnes oder für dessen Verminderung sprechen, soweit möglich und zumutbar behaupten und beweisen (vgl. BGE 133 III 153 E. 3.3 und BGE 122 III 219 E. 3a). Diesen Anforderungen genügt der Kläger nicht, indem er lediglich geltend macht, der Verletzergeprofit der Beklagten betrage gegenständlich mindestens 25 % der gesamten Entgelte von CHF 121'936.80, welche für das Fahrzeug geleistet worden seien, und um eine Abschätzung des Gewinns analog Art. 42 Abs. 2 OR ersucht (vgl. act. 35 Rz 97). Kommt hinzu, dass die CHF 121'936.80 nicht an die Beklagte, sondern an die I3. \_\_\_\_\_ AG, als Leasinggeberin, geleistet wurden. Für die Gewinnberechnung vom Gesamtleasingbetrag auszugehen, erscheint daher bereits im Ansatz falsch. Sodann fehlen jedwelche Ausführungen zu den bei der Beklagten angefallenen Kosten. Offen bleiben kann denn auch, ob ein Kunde überhaupt einen Gewinn herausverlangen kann, oder die Aktivlegitimation nur den Mitbewerbern zukommt (vgl. Spitz, Stämpfli Handkommentar, UWG 9 N 211).

Gemäss Art. 62 Abs. 1 OR hat, wer in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines anderen bereichert worden ist, die Bereicherung zurückzuerstatten. Der beweis- und behauptungspflichtige Kläger (Art. 8 ZGB) unterlässt es auch diesbezüglich, die angebliche Bereicherung der *Beklagten* rechtsgenügend zu behaupten. Offen bleiben kann auch hier, ob der Bereicherungsanspruch bei lauterkeitsrechtlichen Verletzungen nur den Mitbewerbern zusteht (vgl. Spitz, Stämpfli Handkommentar, UWG 9 N 218).

### 3. Beseitigungsbegehren

#### 3.1. Parteistandpunkte

Der Kläger macht geltend, die Beklagte verbreite durch die Zurverfügungstellung des Software-Updates im Rahmen des Pflichtrückrufs ... implizit die unrichtige Behauptung, das Software-Update würde den rechtmässigen Zustand herstellen, und täusche dadurch die Marktgegenseite nach wie vor über die wahren Eigenschaften und die Werthaltigkeit des streitgegenständlichen Fahrzeugtyps und des konkreten Fahrzeugs (act. 35 Rz 102). Gemäss der Beklagten stellt das Software-Update den rechtmässigen Zustand her. Die Zurverfügungstellung des Software-Updates stelle

keine unrichtige Behauptung dar. Der Kläger vermöge nicht darzulegen, dass über "wahre Eigenschaften" getäuscht würde, und könne keine Tatsachen nennen, welche auf fehlende Werthaltigkeit hinweisen würden. Sodann sei das Software-Update abgesehen von wenigen Einzelfällen durchgeführt worden. Vereinzelte Personen, welche das Software-Update noch nicht aufgespielt hätten (so wie anscheinend der Kläger), hätten sich bewusst gegen dieses entschieden. Damit könnten sie jedoch keiner Täuschung unterliegen, welche sich weiterhin störend auswirke (act. 42 Rz 20 f. und 136).

### 3.2. Rechtliches

Gemäss Art. 2 UWG ist unlauter und widerrechtlich jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebaren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst. Die Beispiele in den Art. 3 bis 8 UWG konkretisieren die Generalklausel von Art. 2 UWG. So handelt insbesondere unlauter, wer über seine Waren unrichtige oder irreführende Angaben macht oder in entsprechender Weise Dritte im Wettbewerb begünstigt (Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG), sowie, wer die Beschaffenheit, die Menge, den Verwendungszweck, den Nutzen oder die Gefährlichkeit von Waren verschleiert und dadurch den Kunden täuscht (Art. 3 Abs. 1 lit. i UWG).

Aus Art. 2 UWG erhellt, dass nur ein Verhalten als unlauter gilt, das aus objektiver Sicht geeignet ist, das Spiel des Wettbewerbs oder das Funktionieren des Markts zu beeinflussen (BGE 136 III 23 E. 9.1 m.Hinw.; BGE 132 III 414 E. 3.1 = Pra 96 [2007] Nr. 45 m.Hinw.). Untersagt sind gegen Treu und Glauben verstossende Verhaltensweisen, welche als Wettbewerbshandlungen zu qualifizieren sind, d.h. Handlungen, welche objektiv auf eine Beeinflussung der Wettbewerbsverhältnisse angelegt sind und nicht in einem völlig anderen Zusammenhang erfolgen (BGE 120 II 76 E. 3a).

### 3.3. Würdigung

Das Angebot an den Kläger betreffend die Installation des Software-Updates erfolgte am 18. März 2020 im Rahmen der "Rückrufaktion ..." (act. 3/4). Unwidersprochen blieb, dass es sich dabei um das einzige Angebot handelte (vgl. vorne E.1.3.2.3.). Der Pflichtrückruf ... ist eine verbindliche Anordnung des KBA, welche vom ASTRA überwacht wird (vgl. vorne E. A.b.). Gestützt auf diese Tatsachen ist nicht davon auszugehen, dass es sich beim Angebot um eine Handlung handelt, welche objektiv auf eine Beeinflussung der Wettbewerbsverhältnisse angelegt ist. Das Angebot ist nicht als Wettbewerbshandlung zu qualifizieren. Der Kläger stellt denn auch keine entsprechenden Behauptungen auf (act. 35 Rz 102). Damit fällt ein lauterkeitsrechtlicher Beseitigungsanspruch - gleich wie ein Unterlassungsanspruch, sofern auf das entsprechende Begehren einzutreten wäre (vgl. vorne E. I.3.2.3) - von vornherein ausser Betracht. Offen bleiben kann, ob die weiteren lauterkeitsrechtlichen Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt wären. Das Beseitigungsbegehren ist abzuweisen.

### 4. Gesamtfazit

Die Klage ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

## III. Kosten- und Entschädigungsfolgen

### 1. Verteilungsgrundsätze

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Kläger vollumfänglich kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 ZPO; Art. 95 Abs. 1 lit. b ZPO). Der Streitwert beträgt CHF 40'484.20 (act. 35 Rz 6; act. 42 Rz 6 ff. und 146).

### 2. Gerichtskosten

In Anwendung von § 2 Abs. 1 lit. a, c und d sowie § 4 Abs. 1 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf CHF 6'500.00 festzusetzen. Die Kosten sind mit den vom Kläger geleisteten Vorschüssen zu verrechnen.

### 3. Parteientschädigung

Die volle Parteientschädigung beträgt in Anwendung von § 2 Abs. 1 lit. a, c, d und e sowie § 4 Abs. 1 AnwGebV (gerundet) CHF 6'200.00. Für die Replik (act. 42) sowie die weiteren Eingaben (act. 49; act. 57) ist ein Zuschlag von total rund 45 % geschuldet (§ 11 Abs. 1 und 3 AnwGebV), womit eine angemessene Entschädigung von CHF 9'000.00 resultiert.

#### **Das Handelsgericht beschliesst:**

1. Auf die Feststellungsbegehren 2.a und 2.b sowie das Eventualbegehren 2.a., insoweit damit ein Unterlassungsbegehren gestellt wird, wird nicht eingetreten.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

#### **und erkennt sodann:**

1. Die Klage wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 6'500.00.
3. Die Kosten werden dem Kläger auferlegt und mit den von ihm geleisteten Kostenvorschüssen verrechnet.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 9'000.00 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 Bun-

desgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 40'484.20.

Zürich, 2. September 2024

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. Stephan Mazan

Regula Blesi Keller