



Mitwirkend: Oberrichter Dr. George Daetwyler, Präsident, und Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, die Handelsrichter Thomas Klein, Peter Leutenegger und Dr. Thomas Lörtscher sowie der Gerichtsschreiber Roman Kariya

## Beschluss vom 12. Juli 2018

in Sachen

**Stiftung A.\_\_\_\_\_**,  
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt X1.\_\_\_\_\_

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X2.\_\_\_\_\_

gegen

1. **B.\_\_\_\_\_ AG** (vormals: B1.\_\_\_\_\_ AG),

2. **C.\_\_\_\_\_ AG**,

Beklagte

1 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1.\_\_\_\_\_

1 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y2.\_\_\_\_\_

2 vertreten durch Fürsprecher Y3.\_\_\_\_\_

2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y4.\_\_\_\_\_

betreffend **Feststellungsklage (UWG)**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2 ff.)

**A. Hauptsachebegehren**

1. Es sei festzustellen, dass die Beklagten 1 und 2 unlauter und widerrechtlich gehandelt haben, indem sie gegenüber Konsumenten in der Schweiz im Zeitraum 01.01.2008 bis 18.09.2015 durch den Einsatz einer illegalen Abschaltvorrichtung die effektive Umweltfreundlichkeit, Konformität mit der Typengenehmigung und Werthaltigkeit der folgenden mit einem EA189 Dieselmotor ausgestatteten Fahrzeuge der Beklagten 2 und ihrer Tochtergesellschaften D. \_\_\_\_\_ AG, E. \_\_\_\_\_ SA, F. \_\_\_\_\_ a.s., der Modelljahre 2008-2015:
  - Audi: A1, A3, A4, A5, A6, Q3, Q5, TT;
  - SEAT: Ibiza, Leon, Exeo, Altea, Alhambra;
  - ŠKODA: Fabia, Yeti, Rapid, Roomster, Octavia, Superb;
  - VW: Polo, Golf, Passat, Touran, Tiguan, Beetle, Sharan, Amarok, Touareg, Caddy;verschleierten und dadurch die Konsumenten täuschten.
2. Es sei festzustellen, dass die Beklagten 1 und 2 unlauter und widerrechtlich gehandelt haben, indem sie Konsumenten in der Schweiz im Zeitraum 01.01.2008 bis 18.09.2015 durch unrichtige, zumindest aber irreführende Angaben über die effektive Umweltfreundlichkeit, die Übereinstimmung mit der Typengenehmigung und die Werthaltigkeit hinsichtlich der betroffenen Fahrzeugmarken und -modelle (Rechtsbegehren A.1.2) der Beklagten 2 und ihrer Tochtergesellschaften D. \_\_\_\_\_ AG, E. \_\_\_\_\_ SA, F. \_\_\_\_\_ a.s., täuschten.
3. Es sei festzustellen, dass folgende von den Beklagten 1 und 2 gemeinsam verwendete Angaben über die betroffenen Fahrzeugmarken und -modelle (Rechtsbegehren A.1.2) der Beklagten 2 und ihrer Tochtergesellschaften D. \_\_\_\_\_ AG, E. \_\_\_\_\_ SA, F. \_\_\_\_\_ a.s., unrichtig und irreführend waren:
  - 3.1. Der Werbeslogan "Clean Diesel";
  - 3.2. Der Werbeslogan "BlueMotion" als Synonym für sparsame und umweltfreundliche Fahrzeuge;
  - 3.3. Der Werbeslogan "Vorsprung durch Technik";
  - 3.4. Die Werbekampagne mit dem Slogan "umweltfreundlich bei dennoch hoher Leistung und grossem Fahrspass".

4. Alles unter Partei- und Gerichtskostenfolgen (zuzüglich 8% MwSt.) zu Lasten der Beklagten unter solidarischer Haftbarkeit.

## **B. Verfahrensanhträge**

1. Die Beklagten 1 und 2 seien zu verpflichten, folgende Unterlagen zu edieren:
  - 1.1. Beschluss des deutschen Kraftfahrt-Bundesamtes vom 14.10.2015.
  - 1.2. Sämtliche Werbeunterlagen für die Schweiz der betroffenen Fahrzeugmarken und -modelle (Rechtsbegehren A.1).
  - 1.3. Generalimporteurvertrag zwischen der Beklagten 1 und der Beklagten 2 samt Änderungen, Ergänzungen, Beilagen und Anhängen.
  - 1.4. Sämtliche Verträge und Weisungen zwischen der Beklagten 1 und der Beklagten 2 bezüglich Werbung.
2. Es sei durch das Gericht beim Bundesamt für Strassen (ASTRA) nach Art. 190 Abs. 1 ZPO eine schriftliche Auskunft zu folgenden Fragen einzuholen:
  - 2.1. Waren die Fahrzeugmarken und -modelle gemäss Rechtsbegehren A.1 vom durch das deutsche Kraftfahrt-Bundesamt mit Beschluss vom 14.10.2015 angeordneten und vom ASTRA gebilligten Rückruf betroffen?
  - 2.2. Welche Massnahmen wurden nach Erlass des Beschlusses vom 14.10.2015 des deutschen Kraftfahrt-Bundesamtes angeordnet?
  - 2.3. Wie wäre die Zulassungsfähigkeit der betroffenen Fahrzeuge bei Nichtdurchführung der angeordneten Massnahmen zu beurteilen?
3. Die Beklagten 1 und 2 seien gemäss Art. 13a UWG zu verpflichten, die Richtigkeit folgender (wenn auch implizit erhobener) Tatsachenbehauptungen nachzuweisen:
  - 3.1. Die betroffenen Fahrzeugmarken und -modelle (Rechtsbegehren A.1) waren zum jeweiligen Zeitpunkt des Inverkehrbringens in der Schweiz und sind bis heute von hoher Qualität und einwandfrei ("Qualitätsprodukte deutscher Ingenieurkunst"). Sie halten mindestens die EU und in der Schweiz vorgeschriebenen Abgasgrenzwerte, welche zur Zulassungsfähigkeit erforderlich waren und sind, ein.
  - 3.2. Die Werbeaussagen "CleanDiesel", "BlueMotion", "Vorsprung durch Technik", "umweltfreundlich bei dennoch hoher Leistung und grossem Fahrspass" entsprachen und entsprechen den wahren Eigenschaften der betroffenen Fahrzeugmarken und -modelle (Rechtsbegehren A.1).
4. Sollten sich die Parteien nicht auf einen Streitwert einigen können, sei der Streitwert durch das angerufene Gericht festzulegen.

## **Sachverhalt und Verfahrensgang**

### A. Sachverhaltsübersicht

#### a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist eine Stiftung nach schweizerischem Recht mit Sitz in Bern und bezweckt die Wahrung der Interessen der Konsumentinnen und Konsumenten (act. 3/2).

Die Beklagte 1 ist eine Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht mit Sitz in Zürich und bezweckt den Handel mit und den Import von Automobilen, Motoren und Automobilersatzteilen aller Art sowie den Betrieb von Garagen mit den verwandten Geschäftsbereichen (act. 3/3).

Die Beklagte 2 ist eine Aktiengesellschaft nach deutschem Recht mit Sitz in Wolfsburg (Deutschland) und bezweckt die Herstellung und den Vertrieb von Fahrzeugen und Motoren aller Art, deren Zubehör sowie aller Anlagen, Maschinen, Werkzeuge und sonstigen technischen Erzeugnisse (act. 3/5).

#### b. Prozessgegenstand

Der vorliegende Prozess dreht sich um den im Herbst 2015 publik gewordenen und als allgemein bekannt geltenden "VW-Abgasskandal". Gegenstand ist der von der Beklagten 2 hergestellte EA189 Dieselmotor, welcher mithilfe einer Software derart manipuliert worden sein soll, dass die entsprechenden Fahrzeuge auf dem Prüfstand weniger Stickoxide emittierten als im Normalbetrieb.

Die Klägerin klagt auf Feststellung der Widerrechtlichkeit des Verhaltens der Beklagten 1 und 2 (gemäss Rechtsbegehren).

### B. Prozessverlauf

Die Klägerin reichte am 7. September 2017 (Datum Poststempel) die vorliegende Klage samt Beilagen ein (act. 1; act. 3/2-51). Mit Verfügung vom 8. September 2017 wurde ihr Frist zur Leistung des Kostenvorschusses angesetzt, ausgehend

von einem einstweilen vom Gericht geschätzten Streitwert von CHF 200'000.–. Den Parteien wurde die Möglichkeit gegeben, zum Streitwert Stellung zu nehmen (act. 4). Der Kostenvorschuss wurde rechtzeitig geleistet (act. 6), und die Stellungnahmen der Parteien zur Höhe des Streitwerts wurden fristgerecht erstattet (act. 7 und act. 8/52-57; act. 9 und act. 11/1-2; act. 12 und act. 14/1-2). Beide Beklagten 1 und 2 stellten zudem den Antrag auf Beschränkung des Verfahrens auf die Frage des schutzwürdigen Interesses (act. 9 S. 2; act. 12 S. 3). Nachdem sich die Klägerin hierzu geäußert hatte (act. 17; act. 19; act. 24), wurde das Verfahren mit Verfügung vom 24. November 2017 einstweilen auf das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen, insbesondere die Frage des Vorliegens eines hinreichenden Feststellungs-/Rechtsschutzinteresses der Klägerin, beschränkt, und den Beklagten 1 und 2 wurde je Frist zur Erstattung der beschränkten Klageantwort angesetzt (act. 25).

Beide Beklagten 1 und 2 reichten ihre jeweiligen beschränkten Klageantworten, je datiert vom 15. Januar 2018, rechtzeitig ein (act. 27; act. 28/3-12; act. 29; act. 30/1-15). Die Klägerin ersuchte mit Eingabe vom 19. Januar 2018 um Ansetzung einer Frist zur Erstattung der beschränkten Replik (act. 33). Mit Verfügung vom 22. Januar 2018 wurde dieses Gesuch, unter Hinweis auf die Möglichkeit zur Stellungnahme bis zum 7. Februar 2018 ("Replikrecht"), abgewiesen (act. 34). Mit Eingabe vom 5. bzw. 6. Februar 2018 reichte die Klägerin eine als beschränkte Replik zu den Prozessvoraussetzungen bezeichnete Eingabe ein (act. 37-39). Hierzu nahmen beide Beklagten 1 und 2 Stellung (act. 46 und act. 47/13-14; act. 48 und act. 49/16-20). Alsdann erging eine weitere Stellungnahme der Klägerin (act. 52; act. 53/87-88). Die daraufhin von den beiden Beklagten 1 und 2 eingereichten Stellungnahmen (act. 56; act. 57; act. 58/21), wurden mit Verfügung vom 9. April 2018 der Klägerin zugestellt (act. 59). Weitere Eingaben ergingen nicht.

## Erwägungen

### 1. Zuständigkeit

1.1. Es liegt ein internationaler Sachverhalt vor, da die Parteien ihren jeweiligen statutarischen Sitz in zwei unterschiedlichen Ländern haben und der vorliegende Sachverhalt den grenzübergreifenden sogenannten "VW-Abgasskandal" betrifft.

Im internationalen Verhältnis wird die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte durch das Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) geregelt, wobei völkerrechtliche Verträge vorbehalten sind (Art. 1 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 IPRG). Am 1. Januar 2011 ist das revidierte Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (LugÜ) in Kraft getreten. Die Vorschriften des revidierten Übereinkommens sind auf die vorliegende, nach dessen Inkrafttreten erhobene Klage anwendbar (vgl. Art. 63 Abs. 1 LugÜ; OETIKER/WEIBEL, in: OETIKER/WEIBEL [HRSG.], Basler Kommentar Lugano Übereinkommen, 2. Aufl., Basel 2015, Art. 63 N 3 ff.), da sowohl die Schweiz als auch Deutschland Signatarstaaten des LugÜ sind. Der Streit ist ferner als Zivil- und Handelssache im Sinne von Art. 1 LugÜ zu qualifizieren, weshalb er auch in den sachlichen Zuständigkeitsbereich des LugÜ fällt.

Gemäss Art. 2 Nr. 1 LugÜ und Art. 129 Abs. 1 i.V.m. Art. 21 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG) sind angesichts des Sitzes der Beklagten 1 die Gerichte in Zürich zuständig. Betreffend die Beklagte 2 gilt Art. 6 Nr. 1 LugÜ. Eine enge Beziehung ist gegeben und im Übrigen auch nicht bestritten (act. 1 Rz. 13 ff.; act. 9 S. 3 Rz. 1 ff.; act. 12 S. 3 Rz. 1 ff.).

1.2. Sodann ist das Handelsgericht des Kantons Zürich für die vorliegende Streitigkeit, welche den Streitwert von CHF 30'000.– übersteigt, sachlich zuständig (Art. 5 Abs. 1 lit. d und Art. 6 Abs. 4 ZPO sowie § 44 lit. b GOG).

## 2. Verfahren zur Prüfung der Prozessvoraussetzungen

2.1. Die Klägerin beanstandet, dass das Handelsgericht hinsichtlich der Frage des Vorliegens der Prozessvoraussetzungen, auf welche es das Verfahren beschränkte, keinen zweiten Schriftenwechsel angeordnet habe (act. 39 Rz. 9).

2.2. Für das Verfahren der Prüfung der Zuständigkeit und der übrigen Prozessvoraussetzungen ist – auch bei internationalen Verhältnissen – das nationale Zivilprozessrecht des Forums massgebend (BGE 141 III 294, E. 4 = Pra 106 [2017] Nr. 5; BGE 139 III 278, E. 4.2). Folglich richtet sich das Verfahren nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO).

2.3. Hinsichtlich des Verfahrens zur Prüfung der Prozessvoraussetzungen ist die ZPO lückenhaft. Art. 60 ZPO hält hierzu lediglich den Grundsatz der amtswegigen Prüfung der Prozessvoraussetzungen fest. Darüber hinaus enthält sie jedoch keine ausdrücklichen Bestimmungen zum Prüfungsverfahren (vgl. Botschaft zur Zivilprozessordnung, S. 7276).

Soweit ersichtlich gibt das Verfahren zur Prüfung der Prozessvoraussetzungen in der Lehre nicht zu kontroversen Diskussionen Anlass. Auch in der Rechtsprechung führte diese Thematik bis anhin offenbar nicht sehr oft zu Auseinandersetzungen. Nach überzeugender – wohl einziger, mit dieser Thematik eingehend befassten – Lehrmeinung (PAHUD, in: BRUNNER/GASSER/SCHWANDER [HRSG.], Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], 2. Aufl., Zürich/St.Gallen 2016, Art. 219 N. 5, mit Hinweisen) sowie – verbreiteter – kantonaler Praxis (vgl. etwa Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich LB130054-O vom 23. April 2014, E. 6; Beschluss HG 16 23 vom 16. Januar 2017 des Handelsgerichts des Kantons Bern, wiedergegeben im Urteil des Bundesgerichts 5A\_157/2017 vom 16. Oktober 2017, E. 2.3.2.) ergeht ein Zwischenentscheid über eine Prozessvoraussetzung nicht nach denjenigen Regeln, welche für die Entscheidungsfindung in der Sache massgebend sind. Dies folgt bereits daraus, dass die Prüfung der Prozessvoraussetzungen möglichst frühzeitig erfolgt (SIMON ZINGG, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2012, Art. 60 N. 33; ZÜRCHER, in:

BRUNNER/GASSER/SCHWANDER [HRSG.], Kommentar ZPO, a.a.O., Art. 60 N. 13) und zur Sache (Begründetheit der Klage) erst dann verhandelt werden soll, wenn alle Prozessvoraussetzungen gegeben sind (MYRIAM GEHRI, in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER [HRSG.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, Art. 60 N. 2). Im Lichte dieser Ausführungen erhellt denn auch, dass der gesetzlich vorgesehene zweifache Schriftenwechsel, welcher der Vorbereitung der Hauptverhandlung dient und aus welchem sich die Eventualmaxime (d.h. der Zeitpunkt, bis zu dem die Parteien spätestens Tatsachen behaupten und Beweismittel zu bezeichnen haben) ergibt, kein Erfordernis bei der Prüfung der Prozessvoraussetzungen darstellen kann. Eine Partei darf bei fehlenden Prozessvoraussetzungen deshalb nicht mit der vollständigen Durchführung des Verfahrens rechnen und darauf vertrauen, diese würden sich in dessen Verlauf ergeben. Auch der Blick auf die früheren kantonalen Prozessordnungen zeigt das Bedürfnis nach einem raschen Vorabentscheid (vgl. § 108 ZPO/ZH: "Nach Eingang der Klage werden [...] von Amtes wegen geprüft"; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. Aufl., Bern 2000: "Die Prozessvoraussetzungen müssen feststehen, bevor auf die Sache eingetreten wird [Art. 191 ZPO/BE N. 3a], "zu Beginn der Verhandlung über die Sache" [Art. 195 ZPO/BE N. 1a]).

Damit bleibt das konkrete Vorgehen zur Prüfung der Prozessvoraussetzungen – selbstverständlich unter Beachtung der allgemeinen Verfahrensgrundsätze (etwa gegebenenfalls Gewährung des rechtlichen Gehörs der Parteien) – dem Ermessen des Gerichts überlassen.

2.4. Für die Prüfung der Prozessvoraussetzungen war somit – entgegen der Klägerin – kein zweiter Schriftenwechsel anzuordnen. Nachdem sich die Parteien zudem ohnehin mehrfach zum Vorliegen der Prozessvoraussetzungen äussern konnten, und der Klägerin letztlich die Möglichkeit des "letzten Wortes" ("Replikrecht") eingeräumt wurde, ist den zivilprozessualen Vorgaben vollumfänglich Rechnung getragen worden. Die klägerische Beanstandung erweist sich damit als unbegründet.

### 3. Feststellungsinteresse

3.1. Die Klägerin stützt ihre Klageberechtigung auf Art. 10 Abs. 2 lit. b i.V.m. Art. 9 Abs. 1 des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Als Konsumentenschutzorganisation (wozu auch Stiftungen zu zählen sind; DOMEJ, in: HEIZMANN/LOACKER [HRSG.], UWG Kommentar, Zürich/St.Gallen 2018, Art. 10 N. 26) ist die Klägerin folglich zur vorliegenden Klage berechtigt, was im Übrigen auch unbestritten ist (act. 9 Rz. 23 f.; act. 12 Rz. 9 ff.).

3.2. Voraussetzung der Feststellungsklage gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. c UWG ist das Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses in Gestalt eines Feststellungsinteresses. Beide Beklagten 1 und 2 bestreiten, dass ein solches bestehen soll (act. 9 Rz. 23 f.; act. 12 Rz. 9 ff.).

3.2.1. Auch bei internationalen Verhältnissen im Rahmen des LugÜ ist die Frage des Vorliegens eines Feststellungsinteresses nach Schweizer Recht zu beurteilen. Das LugÜ enthält keine eigenständige Definition des schutzwürdigen Interesses (Rechtsschutz- bzw. Feststellungsinteresses) für Klagen, deren Zuständigkeit sich aus seinen Normen ergibt (BGE 136 III 523, E. 6; Urteil des Bundesgerichts 4A\_417/2017 vom 14. März 2018, E. 4.3). Gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung ist das Vorliegen eines Feststellungsinteresses als Prozessvoraussetzung prozessrechtlicher Natur, weshalb die *lex fori*, mithin Schweizer Recht, anwendbar ist (Urteil des Bundesgerichts 4A\_417/2017 vom 14. März 2018, E. 4.3; Urteil des Bundesgerichts 5A\_88/2011 vom 23. September 2011, E. 4).

Der Vollständigkeit halber ist zu erwähnen, dass die im Urteil des Bundesgerichts 4A\_417/2017 vom 14. März 2018 enthaltenen Ausführungen hinsichtlich des *effet-utile*-Prinzips im LugÜ vorliegend nicht einschlägig sind. Aus der vom LugÜ zuständigkeitsrechtlich gewährleisteten Gleichrangigkeit von Leistungs- und negativer Feststellungsklage lässt sich für die vorliegende Klage nichts ableiten (siehe E. 5, mit Hinweisen zur entsprechenden EuGH-Rechtsprechung).

Das Feststellungsinteresse als Prozessvoraussetzung (Art. 59 Abs. 1 und Abs. 2 lit. b ZPO) ist – wie erwähnt – von Amtes wegen zu prüfen (Art. 60 ZPO). Würde es verneint, wäre auf die Klage nicht einzutreten (Art. 59 ZPO *e contrario*).

3.2.2. Im Lauterkeitsrecht zu beachten ist Art. 9 Abs. 1 lit. c UWG, der eine eigenständige Umschreibung des Feststellungsinteresses enthält. Die für die "allgemeine" Feststellungsklage (Art. 88 ZPO) geltenden Voraussetzungen sind nicht massgebend. Verlangt wird vielmehr, dass sich die (behauptete) Verletzung weiterhin störend auswirkt (DOMEJ, UWG Kommentar, a.a.O., Art. 9 Rz. 23; RÜETSCHI/ROTH, in: HILTY/ARPAGAUS [HRSG.], Basler Kommentar UWG, Basel 2013, Art. 9 N. 49). Dieser Wortlaut folgt jenem von Art. 28 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB, weshalb diese beiden Bestimmungen entsprechend gleich auszulegen sind (BGE 123 III 354, E. 1b). Das Bundesgericht stellt regelmässig darauf ab, ob eine anhaltende Beeinträchtigung [...] der Klägerin vorliegt, die mit der gerichtlichen Feststellung der Widerrechtlichkeit beseitigt werden kann (BGE 123 III 354, E. 1c, mit Verweisen). Der Feststellungsklage kommt im Lauterkeitsrecht somit nicht nur (und auch nicht in erster Linie) die Funktion zu, einer unzumutbaren Rechtsunsicherheit abzuhelfen oder die Klägerin vor einer Rechtsgefährdung zu schützen; vielmehr hat sie Beseitigungsfunktion (BGE 127 III 481, E. 1c aa; DOMEJ, UWG Kommentar, a.a.O., Art. 9 N. 22; RÜETSCHI/ROTH, Basler Kommentar UWG, a.a.O., Art. 9 N. 51).

Namentlich bei wettbewerbswidrigen Äusserungen soll die Feststellung der Widerrechtlichkeit dafür sorgen, dass der bei den Adressaten hervorgerufene falsche Eindruck vom Verletzten zurechtgerückt und dessen wirtschaftliche Ehre wiederhergestellt wird (BGE 123 III 354, E. 1c; BGE 104 II 225, E. 5a; BGE 101 II 177, E. 4b; BGE 95 II 481, E. 9). Massgebliches Ziel der im UWG vorgesehenen Feststellungsklage ist damit die Rehabilitation des Verletzten. An der Beseitigungsfunktion ist deshalb auch das Feststellungsinteresse der Klägerin zu messen (BGE 123 III 354, E. 1c, mit Verweisen).

In Anbetracht dessen wird die Feststellungsklage in die Nähe einer Leistungsklage gerückt bzw. als "Leistungs-(Beseitigungs-)klage im Gewande einer Feststel-

lungsklage" charakterisiert (BGE 127 III 481, E. 1c aa). Demgegenüber tritt die Genugtuungsfunktion im Lauterkeitsrecht in den Hintergrund (BGE 123 III 354, E. 1c, mit weiteren Hinweisen; DOMEJ, UWG Kommentar, a.a.O., Art. 9 Rz. 22).

3.2.3. Es ist unbestritten, dass die behauptete Verletzungshandlung seit dem 18. September 2015 beendet ist, der vorliegend relevante EA189 Dieselmotor nur bis zum Modelljahr 2015 verbaut wurde und in der Schweiz keine mit diesem Motor ausgestatteten Neufahrzeuge mehr in Verkehr gesetzt werden. Auch gehen die Parteien übereinstimmend davon aus, dass die betreffenden Fahrzeuge mit EA189 Dieselmotoren nicht mehr in der von der Klägerin behaupteten täuschen- den Weise beworben werden (act. 1 Rz. 149; act. 9 Rz. 39; act. 12 Rz. 13 und Rz. 22 f.; act. 39 Rz. 10).

Die Klägerin macht aber geltend, dass sich die Verletzungshandlung weiterhin störend auswirke. Im Wesentlichen führt sie aus, die betroffenen Fahrzeuge würden durch die angebotenen Software-Updates nicht gänzlich instand gestellt, sondern es seien Langzeitprobleme vorprogrammiert. Die entsprechenden Fahrzeugbesitzer müssten mit erheblichen Einschränkungen in den Nutzungsmöglichkeiten ihrer Fahrzeuge mit einem EA189 Dieselmotor rechnen. Fahrverbote für entsprechende Fahrzeuge seien bereits erlassen und würden aller Wahrscheinlichkeit nach auch in der Schweiz erfolgen. Der "VW-Abgasskandal" habe zu einer nachhaltigen Beeinträchtigung des Werts der betroffenen Fahrzeuge und zu einem erheblichen Vertrauensverlust in Dieselfahrzeuge und die gesamte Automobilbranche geführt. Selbst wenn die betroffenen Fahrzeuge nicht mehr neu in Verkehr gesetzt würden, mithin die inkriminierten Täuschungshandlungen nicht mehr selbst setzten, würden die Wirkungen dieser Verschleierungen und Täuschungen weitergehen. Ein Grossteil der fast 180'000 betroffenen Fahrzeuge befinde sich nach wie vor im Verkehr in der Schweiz, und ein einmal durch Verschleierungen und Täuschungen gezeichnetes Bild eines Produkts wirke jedenfalls solange weiter, wie sich das Produkt noch im Verkehr befinde. Im Weiteren befänden sich sowohl die zum Vertrieb und zur Bewerbung der betroffenen Fahrzeuge verwendeten Marken – allen voran "Clean Diesel", "Blue Motion" und "Audi Vorsprung durch Technik" –, Werbeaussagen und Slogans, Marketingmassnahmen und

Werbeunterlagen, nach wie vor im Geschäftsverkehr (act. 1 Rz. 149; act. 39 Rz. 25 ff.; act. 52 Rz. 5 f.).

3.3. Das von der Klägerin geltend gemachte unlautere Verhalten liegt in der von ihr behaupteten Täuschung der Konsumenten durch den Einsatz einer Abschaltvorrichtung beim EA189 Dieselmotor (Rechtsbegehren Ziff. 1) und durch diesbezügliche irreführende Angaben sowie Werbung (Rechtsbegehren Ziff. 2 und 3). Ersteres Verhalten liegt nach klägerischer Darstellung nicht mehr vor. Betreffend die behauptete Täuschung durch irreführende Angaben sowie Werbung bringt die Klägerin selber vor, dass der "VW-Abgasskandal" zu einer nachhaltigen Beeinträchtigung des Werts der betroffenen Fahrzeuge und zu einem erheblichen Vertrauensverlust in Dieselfahrzeuge und die gesamte Automobilbranche geführt habe. Die Klägerin behauptet nicht, dass die Konsumenten nach wie vor von der effektiven Umweltfreundlichkeit, Konformität mit der Typengenehmigung und Werthaltigkeit der mit dem EA189 Dieselmotor ausgestatteten Fahrzeug ausgehen würden. Angesichts der hohen medialen Aufmerksamkeit, der Rückrufaktion sowie des Zulassungsstopps entsprechender Fahrzeuge durch die entsprechenden Ämter/Stellen würde eine derartige Behauptung auch nicht überzeugen. Die Verhältnisse rund um den EA189 Dieselmotor (und nur um diesen geht es vorliegend), mithin die damit allenfalls verbundenen "positiven" Assoziationen, haben sich seit Herbst 2015 derart ins Negative gewandelt, dass eine Fortsetzung der behaupteten Täuschung als ausgeschlossen bezeichnet werden muss.

Sodann liessen sich die von der Klägerin angeführten Beeinträchtigungen mit der vorliegenden Feststellungsklage auch nicht beseitigen. Die von der Klägerin behaupteten Beeinträchtigungen, insbesondere der Wertverlust der betroffenen Fahrzeuge, der Reputationsverlust der Dieselmotortechnologie sowie die erwähnten Fahrverbote in gewissen Städten, können mit der vorliegenden Feststellungsklage gar nicht erst behoben werden. Damit liegt auch das bei der lauterkeitsrechtlichen Feststellungsklage zentrale Element der Beseitigungsfunktion nicht vor.

Ebenso vermögen die weiteren klägerischen Vorbringen kein Feststellungsinteresse zu begründen. Insbesondere das Argument, wonach sich

die einzelnen Konsumenten bei der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen auf ein (guteisendes Feststellungs-)Urteil stützen könnten (act. 1 Rz. 46 und Rz. 148), geht fehl, nur schon mangels Parteiidentität. Eine sogenannte "Musterfeststellungsklage" ist dem Schweizer Recht fremd. Bereits deshalb erübrigen sich weitere Ausführungen hierzu.

3.4. Demnach liegt kein Feststellungsinteresse vor. Mangels schutzwürdigem Interesse mangelt es folglich an einer Prozessvoraussetzung. Auf die Klage ist daher nicht einzutreten.

Unter diesen Umständen erübrigt sich eine Prüfung der weiteren Prozessvoraussetzungen und der Verfahrensanhänge; insbesondere ist damit der klägerische Antrag auf Verfahrensvereinigung mit dem Verfahren Geschäfts-Nr. HG170257-O obsolet geworden.

#### 4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Klägerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 95 Abs. 1 ZPO; Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 105 ZPO).

Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Mit den Parteien ist von einer vermögensrechtlichen Streitigkeit auszugehen. Massgebend ist nämlich, dass der Rechtsgrund des streitigen Anspruchs letzten Endes im Vermögen ruht (BGE 82 II 77). Vorliegend geht es um den Schutz von Vermögensinteressen von Teilnehmern am Wirtschaftsverkehr. Auch wenn die Klägerin letztlich nicht ihr eigenes Vermögen schützen will, stehen dahinter dennoch wirtschaftliche Interessen.

Die Klägerin hat den Streitwert auf CHF 40'000.– beziffert. Das Gericht setzt den Streitwert dann selber fest, wenn sich die Parteien hierzu nicht einigen oder wenn ihre Angaben offensichtlich unrichtig sind (Art. 91 Abs. 2 ZPO). Vorliegend ist die Festlegung des Streitwerts durch die Klägerin mit CHF 40'000.– offensichtlich zu

tief angesetzt. Die Streitsache betrifft eine erhebliche Anzahl von Konsumentinnen und Konsumenten (nach Angaben der Klägerin ca. 180'000) eines Produkts von erheblicher Marktrelevanz, und eines behaupteten Schadens in Millionenhöhe. Das für die Streitwertbemessung massgebliche wirtschaftliche Interesse, welches dem Kollektivinteresse der betroffenen Konsumentinnen und Konsumenten der Klägerin am begehrten Rechtsschutz entspricht (JOHANN ZÜRCHER, Der Streitwert im Immaterialgüter- und Wettbewerbsprozess, in: sic! 7/8 2002, S. 493 ff., S. 505), dürfte damit wesentlich höher sein. Ein für die vorliegende Klage realistischer Streitwert, der die Wichtigkeit der beantragten Feststellung widerspiegeln soll, dürfte sich damit im Bereich von CHF 200'000.– bewegen.

Nicht von Relevanz können die klägerischen Vorbringen hinsichtlich der für Verbände und Stiftungen in entsprechenden Prozessen tiefer anzusetzenden Streitwerte bei lauterkeitsrechtlichen Streitigkeiten im Ausland sein (act. 7 Rz. 9 ff.). Für derartige Kompromisslösungen lässt das Gesetz – auch bei Klagen des UWG – keinen Raum zu. Der Gesetzgeber hielt es offenbar nicht für angezeigt, diesbezüglich eine entsprechende Sonderregelung vorzusehen.

Ausgehend von einem Streitwert von CHF 200'000.– ist die Gerichtsgebühr – in Anwendung von § 4 Abs. 1 und Abs. 2 i.V.m. § 10 Abs. 1 GebV OG – unter Berücksichtigung des entstandenen Aufwands und der Komplexität der Fragestellungen – auf CHF 10'000.– festzusetzen.

4.2. Die Parteienschädigung ist nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren zu bemessen (Art. 105 Abs. 2 ZPO). Grundlage ist auch hier der Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Bei der Festsetzung der Parteienschädigung ist vorliegend zu berücksichtigen, dass sich beide Beklagten 1 und 2 mehrfach zum thematisch beschränkten Verfahren geäußert haben. Unter Berücksichtigung der Schwierigkeit des Falles sowie des Zeitaufwands der Beklagten 1 und 2 erscheint es angemessen, beiden Beklagten je eine Parteienschädigung von CHF 7'500.– zuzusprechen (§ 11 Abs. 1 und Abs. 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und Abs. 2 AnwGebV).

**Das Handelsgericht beschliesst:**

1. Auf die Klage wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 10'000.–.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss gedeckt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, den Beklagten 1 und 2 je eine Parteientschädigung von CHF 7'500.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 200'000.–.

Zürich, 12. Juli 2018

Handelsgericht des Kantons Zürich

Der Gerichtsschreiber:

Roman Kariya