



Mitwirkend: Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, Vizepräsidentin, und Oberrichterin Nicole Klausner, die Handelsrichter Patrik Howald, Ulrich Ritter und Dr. Petra Ginter sowie die Gerichtsschreiberin Dr. Isabel Geissberger

Beschluss und Urteil vom 24. November 2022

in Sachen

A._____,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. X._____,

gegen

B._____ **AG,**
Beklagte

vertreten durch Fürsprecher Y1._____,
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y2._____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

" 1. Die beklagte Partei sei zu verpflichten, der klagenden Partei den Betrag von CHF 33'102.00 nebst 5 % Zinsen seit Erwerb des betroffenen Fahrzeugs C._____ Kombi ..., ... (i.d.F. "betroffenes Fahrzeug") am 09.12.2010 sowie EUR 3'357.39 nebst 5 % Zinsen seit 27.05.2016 zu bezahlen, dies Zug-um-Zug gegen Rückgabe des betroffenen Fahrzeugs.

Eventualbegehren zu Rechtsbegehren 1:

1. Die beklagte Partei sei zu verpflichten, der klagenden Partei den Betrag von CHF 8'275.50 nebst 5 % Zinsen seit Erwerb des betroffenen Fahrzeugs am 09.12.2010 zu bezahlen.

Kostenersatzbegehren:

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

Sachverhaltsübersicht und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist eine natürliche Person, die in den Jahren 2010 und 2011 Wohnsitz in der Gemeinde D._____ im Kanton Zürich hatte (act. 1 Rz. 37; act. 19 Rz. 6; act. 31 Rz. 85; act. 20/1) und am 13. April 2011 zur Finanzierung eines C._____ Kombi ... (fortan: "Fahrzeug") einen Leasingvertrag mit der E._____ AG mit damaligem Sitz in F._____ im Kanton Aargau abgeschlossen hatte. Das streitgegenständliche Fahrzeug wurde von C'._____ Auto a.s. (fortan: "C'._____") hergestellt (act. 1 Rz. 40; act. 19 Rz. 40; act. 31 Rz. 86; act. 35 Rz. 427).

Die Beklagte ist eine deutsche Aktiengesellschaft mit Sitz in G._____ (Deutschland). Sie ist die Muttergesellschaft diverser Tochter- und Enkelgesellschaften, insbesondere auch der H._____ C'._____. Die Beklagte und ihre Tochtergesellschaften bringen die von ihnen hergestellten Fahrzeuge über konzerninterne und -externe Vertriebsstrukturen weltweit in Verkehr (act. 1 Rz. 40; act. 19 Rz. 7 f.).

b. Prozessgegenstand

Die Klägerin macht geltend, im von ihr geleasteten Fahrzeug seien im Rahmen von Manipulationen durch die Beklagte unzulässige Abschaltvorrichtungen wie Umschaltlogiken und Thermofenster angewendet worden, um die Abgasvorschriften während der normierten Tests auf dem Prüfstand einzuhalten. Im Normalbetrieb auf der Strasse hingegen hätten die von diesen Vorkehrungen betroffenen Fahrzeuge weit erhöhte Abgaswerte aufgewiesen (act. 1 Rz. 43 ff., Rz. 65 ff.; act. 31 Rz. 97 ff.). Zudem habe die Beklagte hinsichtlich Umweltfreundlichkeit und Effizienz der Fahrzeuge irreführende und täuschende Werbemaassnahmen sowie gegenüber Behörden und Kunden konkrete Täuschungen durch Falschangaben und Verschleierungen vorgenommen (act. 1 Rz. 75 ff.; act. 31 Rz. 110 ff.). Aus Lauterkeitsrecht und aus ausservertraglicher Haftung nach Art. 41 ff. OR leitet die Klägerin daher einen Anspruch auf Rückzahlung aller Aufwendungen für den Erwerb des Fahrzeugs, nämlich des Brutto-Kaufpreises in der Höhe von CHF 33'102.–, Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs ab (act. 1 Rz. 132 ff.; act. 31 Rz. 177 ff.). Auch die Reparaturkosten für einen Getriebeschaden des Fahrzeugs in der Höhe von EUR 3'357.39 klagt die Klägerin im vorliegenden Verfahren ein (act. 1 Rz. 39; act. 31 Rz. 88, Rz. 290). Eventualiter macht sie einen Anspruch auf Ersatz des merkantilen Minderwerts des Fahrzeugs in der Höhe von 25% des Neupreises aufgrund der Auswirkungen der Handlungen (Manipulationen und Verschleierungen) der Beklagten auf die Fahrzeuge und auf das Vermögen der betroffenen Fahrzeugeigentümer und Leasingnehmer geltend (act. 1 Rz. 113 ff.; act. 31 Rz. 141).

Die Beklagte beantragt Nichteintreten auf die Klage im Umfang von EUR 3'357.39 nebst Zinsen, eventualiter und im Übrigen Klageabweisung. Sie ist der Auffassung, das angerufene Gericht sei örtlich unzuständig in Bezug auf den geltend gemachten Anspruch auf Ersatz der Reparaturkosten (act. 19 Rz. 18 ff.). Sodann bestreitet die Beklagte das Vorliegen der Voraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch der Klägerin sowohl aus Lauterkeitsrecht als auch aus ausservertraglicher Haftung. Ferner erhebt sie die Einrede der Verjährung (act. 19 Rz. 169 ff.; act. 35 Rz. 15 ff., Rz. 152 ff.).

B. Prozessverlauf

a. Klageeinleitung

Am 15. Mai 2020 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin hierorts die Klage ein.

b. Wesentliche Verfahrensschritte

Mit Verfügung vom 19. Mai 2020 wurde den Parteien der Eingang der Klage bestätigt und der Klägerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses in der Höhe von CHF 4'500.– sowie zur Ergänzung der Personalien angesetzt (act. 5). Mit Eingabe vom 27. Mai 2020 ergänzte die Klägerin ihre Personalien und leistete gleichentags den Kostenvorschuss fristgerecht (act. 7, 8). Mit Verfügung vom 4. Juni 2020 wurde der Beklagten Frist zur Einreichung einer Klageantwort angesetzt (act. 10). Mit Eingabe vom 5. November 2020 reichte sie die Klageantwort innert Nachfrist ein (act. 16–19). Mit Verfügung vom 24. November 2020 wurde der Klägerin das Doppel der Klageantwort zugestellt und die Verfahrensleitung an Oberrichterin Nicole Klausner als Instruktionsrichterin delegiert (act. 21). Am 20. April 2021 teilte die Klägerin mit, dass sie kein Interesse an einer Vergleichsverhandlung habe und ersuchte um einen zweiten Schriftenwechsel (act. 24). Hierauf wurde mit Verfügung vom 3. Mai 2021 ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet sowie der Klägerin Frist zur Leistung eines zusätzlichen Kostenvorschusses in der Höhe von CHF 4'500.– und zur Einreichung der Replik angesetzt (act. 26). Innert Frist leistete die Klägerin den weiteren Kostenvorschuss (act. 28) und erstattete am 23. August 2021 (Datum Poststempel) innert ihr erstreckter Frist ihre Replik (act. 31). Mit Verfügung vom 26. August 2021 wurde der Beklagten das Doppel der Replik zugestellt und Frist zur Einreichung einer Duplik angesetzt (act. 33), welche sie mit Eingabe vom 1. November 2021 fristgerecht einreichte (act. 35). Mit Verfügung vom 22. November 2021 wurde der Klägerin die Duplik zugestellt und den Parteien der Aktenschluss bekannt gegeben (act. 37). Am 3. Dezember 2021 reichte die Klägerin eine Stellungnahme ein (act. 39), wozu wiederum die Beklagte mit Eingabe vom 21. Dezember 2021 Stellung nahm (act. 41). Diese Eingabe wurde der Klägerin zugestellt. Weitere Eingaben erfolgten nicht.

Mit Verfügung vom 25. Oktober 2022 (act. 42) wurde den Parteien Frist angesetzt, um zu erklären, ob sie – unter Vorbehalt eines allfälligen Beweisverfahrens – auf die Durchführung der mündlichen Hauptverhandlung (Parteivorträge, Schlussvorträge) verzichten. In der Folge erklärte die Beklagte ihren Verzicht (act. 44). Die Klägerin liess sich nicht vernehmen. Weitere Eingaben gingen nicht ein. Das Verfahren erweist sich als spruchreif, weshalb ein Urteil zu fällen ist (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

Auf die einzelnen Parteivorbringen und Beweisofferten ist im Folgenden nur soweit für die Entscheidungsfindung notwendig einzugehen.

Erwägungen

1. Formelles

1.1 Zuständigkeit

1.1.1 Internationale und örtliche Zuständigkeit

1.1.1.1 Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommens

Bereits aufgrund des Sitzes der Beklagten in Deutschland liegt ein internationaler Sachverhalt vor. Die Schweiz und Deutschland sind Vertragsstaaten des Lugano-Übereinkommens (fortan: "LugÜ"); der räumlich-persönliche Anwendungsbereich ist daher eröffnet. Auch der sachliche Anwendungsbereich des LugÜ ist erfasst, weil sowohl Ansprüche aus unerlaubter Handlung als auch Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb als Zivil- und Handelssache im Sinne von Art. 1 Ziff. 1 LugÜ zu qualifizieren sind. Zur Ermittlung der internationalen Zuständigkeit ist folglich das LugÜ, insbesondere Art. 5 Ziff. 3 LugÜ, anwendbar (vgl. GROLIMUND PASCAL, in: Jung/Spitz [Hrsg.], Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Stämpflis Handkommentar, 2. A., Bern 2016, Einleitung, Rz. 125 f.).

1.1.1.2 Einlassung / Unbestrittenes

Die Ausführungen der Beklagten sind mit Bezug auf die Forderung von CHF 33'102.– nebst Zinsen gegen Rückgabe des Fahrzeugs als vorbehaltlose

Einlassung im Sinne von Art. 24 LugÜ zu qualifizieren (vgl. act. 19 Rz. 16, Rz. 195). Dem steht auch kein ausschliesslicher Gerichtsstand nach Art. 22 LugÜ entgegen. Im Hinblick auf den Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises gegen Rückgabe des Fahrzeugs ist somit die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts gegeben.

Unbestritten ist, dass es am 27. Mai 2016 in Deutschland zu einem Getriebebeschaden am Fahrzeug kam und in dessen Folge Reparaturkosten entstanden sind (act. 1 Rz. 39, Rz. 154; act. 19 Rz. 19; act. 31 Rz. 88).

1.1.1.3 Streitpunkte

Die internationale Zuständigkeit mit Bezug auf den Anspruch auf Erstattung der Reparaturkosten von EUR 3'357.45 nebst Zinsen ist strittig. Die Klägerin führt aus, der Getriebebeschaden wäre ihr nicht entstanden, wenn die Beklagte wahrheitsgemässe Angaben über das Fahrzeug gemacht und über das Verwenden einer (unzulässigen) Abschaltvorrichtung informiert hätte; zumal sie dann das Fahrzeug gar nicht gekauft hätte. Es handle sich somit um einen aus dem ursprünglichen Schadensereignis resultierenden Schaden (act. 31 Rz. 11, Rz. 236).

Die Beklagte bestreitet das Vorliegen einer internationalen und örtlichen Zuständigkeit des angerufenen Gerichts zur Beurteilung der geltend gemachten Reparaturkosten (act. 19 Rz. 17, Rz. 195; act. 35 Rz. 4 ff., Rz. 235). Der angebliche Getriebebeschaden und die Reparatur seien anscheinend nicht in der Schweiz erfolgt, weshalb kein Handlungs- oder Erfolgsort in der Schweiz liege (act. 19 Rz. 19). Weiter bringt die Beklagte vor, es liege kein Kausalzusammenhang zwischen der von der Klägerin vorgeworfenen Täuschung über die Umschaltlogik einerseits und den angeblichen Reparaturkosten andererseits vor; der Getriebebeschaden habe sich erst Jahre nach dem Kauf ereignet (act. 35 Rz. 5).

Schliesslich wird auch ein Gerichtsstand am Ort der Niederlassung von der Beklagten bestritten. Zusammengefasst bringt sie vor, dass die E'._____ -Gruppe oder deren Gruppengesellschaften keine Niederlassung der Beklagten darstellten, weshalb der Sitz einzelner E'._____ -Gesellschaften nicht als Anknüpfungspunkt

für eine Zuständigkeit Zürcher Gerichte zur Beurteilung einer Klage gegen sie dienen könne. Nicht jede engere Zusammenarbeit zwischen zwei Gesellschaften führe zur Anwendbarkeit des Niederlassungsgerichtsstands (act. 19 Rz. 21 ff.).

1.1.1.4 Rechtliches

1.1.1.4.1 Die Prozessvoraussetzungen sind nach Art. 60 ZPO von Amtes wegen zu prüfen. Dabei hat die klagende Partei die Tatsachen vorzutragen und zu belegen, welche die Zulässigkeit ihrer Klage begründen, die beklagte Partei diejenigen Tatsachen, welche sie angreift (Urteil des BGer 4A_229/2017 vom 7. Dezember 2017 E. 3.1.; BGE 139 III 278 E. 4.3.).

1.1.1.4.2 Eine doppelrelevante Tatsache liegt vor, wenn dieselbe Tatsache sowohl für die Frage der Zuständigkeit als auch für die Frage der Begründetheit der Klage relevant ist (BGE 141 III 294 E. 5.1. = Pra 106 [2017] Nr. 5; vgl. im Detail HOFFMANN-NOWOTNY URS HENRYK, Doppelrelevante Tatsachen in Zivilprozess und Schiedsverfahren, Diss., Zürich 2010, Rz. 10 ff. m.w.H.). Im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung ist 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; HOFFMANN-NOWOTNY, a.a.O., Rz. 85 ff.).

1.1.1.4.3 Streitigkeiten über unerlaubte Handlungen können nach Art. 5 Ziff. 3 LugÜ am Ort, an welchem das schädigende Ereignis eingetreten ist oder einzutreten droht, vor Gericht gebracht werden. Die Norm bestimmt sowohl die internationale als auch die örtliche Zuständigkeit (OBERHAMMER PAUL, in: Dasser/Oberhammer [Hrsg.], Lugano-Übereinkommen, Stämpflis Handkommentar, 3. A., Bern 2021, Rz. 6 zu Art. 5 LugÜ; HOFMANN DIETER A./KUNZ OLIVER M., in: Oetiker/Weibel [Hrsg.], Basler Kommentar zum Lugano-Übereinkommen, 2. A., Basel 2016, Rz. 544 zu Art. 5 LugÜ). Für die Anwendbarkeit von Art. 5 Ziff. 3 LugÜ wird verlangt, dass die beklagte Partei Wohnsitz in einem Vertragsstaat hat (HOFMANN/KUNZ, a.a.O., Rz. 523 zu Art. 5 LugÜ). Der Begriff der unerlaubten

Handlung wird autonom ausgelegt und umfasst jegliche ausservertragliche Schadenshaftung. Insbesondere zählen dazu auch Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb (OBERHAMMER, a.a.O., Rz. 103 und Rz. 109 zu Art. 5 Ziff. 3 LugÜ). Auch der Deliktort ist autonom zu bestimmen, wobei ein Wahlrecht besteht, wenn Handlungs- und Erfolgsort auseinander fallen (OBERHAMMER, a.a.O., Rz. 114 zu Art. 5 LugÜ; HOFMANN/KUNZ, a.a.O., Rz. 557 zu Art. 5 LugÜ).

1.1.1.4.4 Der Handlungsort gemäss Art. 5 Ziff. 3 LugÜ ist der Ort des ursächlichen Geschehens (BGE 145 III 303 E. 7.2). Jede Tathandlung kann dabei zur Begründung der Zuständigkeit für den ganzen Schaden führen (BGE 131 III 153 E. 6.2. = Pra 94 [2005] Nr. 150; HOFMANN/KUNZ, a.a.O., Rz. 562 zu Art. 5 LugÜ). Aus der Rechtsprechung des EuGH ergibt sich zudem, dass ein zuständigkeitsbegründender Handlungsort nach Art. 5 Ziff. 3 LugÜ lediglich an denjenigen Orten vorliegt, an denen die beklagte Partei selbst gehandelt hat (Urteil des EuGH vom 16. Mai 2013, C-228/11, Melzer ggn. MF Global UK Ltd, Rz. 31 ff.; Urteil des EuGH vom 5. Juni 2014, C-360/12, Coty Germany GmbH ggn. First Note Perfumes NV, Rz. 34 ff.; HOFMANN/KUNZ, a.a.O., Rz. 561 zu Art. 5 LugÜ).

1.1.1.4.5 Als Erfolgsort gilt derjenige Ort, an dem das geschützte Rechtsgut verletzt wurde bzw. an dem das auslösende Ereignis seine schädigende Wirkung entfaltete. Dieser muss nicht notwendigerweise mit dem Ort des Schadenseintritts übereinstimmen (HOFMANN/KUNZ, a.a.O., Rz. 569 zu Art. 5 LugÜ). Schadenseintrittsort ist lediglich der Ort, an dem das haftungsauslösende Ereignis den unmittelbar Betroffenen direkt geschädigt hat. Der Eintritt einer bloss mittelbaren oder indirekten Schädigung reicht somit zur Begründung der Zuständigkeit nicht aus. Unbeachtlich ist, wo ein Folgeschaden eintrat, d.h. wo bloss Effekte der Primärschädigung spürbar wurden. Beachtlich ist nur der Ort des Erstschadens (HOFMANN/KUNZ, a.a.O., Rz. 572 f. zu Art. 5 LugÜ).

1.1.1.5 Würdigung

1.1.1.5.1 Bei der strittigen Frage, ob sich die Beklagte wettbewerbswidriger, strafbarer oder sonst rechtswidriger Praktiken bedient hat, handelt es sich um ei-

ne doppelrelevante Tatsache. Folglich rechtfertigt es sich, für die hier relevante Beurteilung der Zuständigkeit von der Darstellung der Klägerin und damit vom behaupteten rechtswidrigen Verhalten der Beklagten auszugehen (vgl. vorstehend Ziff. 1.1.1.4.2). Für die Zuständigkeitsprüfung ist ausserdem relevant, dass die Klägerin einzig ausservertragliche bzw. lauterkeitsrechtliche Ansprüche geltend macht.

1.1.1.5.2 Aus dem Tatsachenvortrag der Klägerin ergibt sich nicht, aufgrund welcher Gegebenheiten sie einen zuständigkeitsbegründenden Handlungs- bzw. Erfolgsort für den Anspruch auf Reparaturkosten von EUR 3'357.39 ableiten will. Die pauschale Verweisung, das Handelsgericht Zürich sei gestützt auf Art. 5 Ziff. 3 LugÜ für die Beurteilung sämtlicher deliktsrechtlicher Ansprüche international und örtlich zuständig, genügt nicht (vgl. act. 1 Rz. 26). Auch die replicando rudimentär ausgeführten Behauptungen, es handle sich beim Getriebeschaden um einen aus dem ursprünglichen Schadensereignis resultierenden Schaden, überzeugen nicht (vgl. act. 31 Rz. 11, Rz. 88, Rz. 290). Dass ohne den Kauf des streitgegenständlichen Fahrzeugs kein Getriebeschaden an selbigem Fahrzeug und damit auch keine Reparaturkosten entstanden wären, liegt in der Natur der Sache, führt aber – wie die Beklagte zu Recht ausführt (vgl. act. 35 Rz. 5 ff.) – nicht zu einer ursächlichen Tathandlung der Beklagten, die einen Handlungs- bzw. Erfolgsort in der Schweiz bzw. im Kanton Zürich in Bezug auf einen angeblichen Anspruch auf Reparaturkosten begründet. Ferner ergibt sich aus den klägerischen Behauptungen nicht, inwiefern die Beklagte selbst andere schädigende und somit zuständigkeitsbegründende Handlungen in der Schweiz bzw. im Kanton Zürich vorgenommen haben soll, die kausal für den in Deutschland eingetretenen Getriebeschaden hätten sein sollen. Nur schon deshalb handelt es sich entgegen den Ausführungen der Klägerin beim Anspruch auf Reparaturkosten nicht um einen deliktischen Anspruch aus dem gleichen Lebenssachverhalt, wie der Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises aufgrund der angeblichen Täuschung und Irreführung durch die Beklagte. Ausserdem entstand der Getriebeschaden unbestrittenermassen einige Jahre nach dem Erwerb des Fahrzeugs (vgl. act. 35 Rz. 5).

1.1.1.5.3 Somit liegt weder ein Handlungs- noch ein Erfolgsort für den Anspruch auf Reparaturkosten in der Schweiz bzw. im Kanton Zürich vor. Da das LugÜ keinen allgemeinen Gerichtsstand der objektiven Klagehäufung vorsieht (vgl. DROESE LORENZ, in: Grolimund/Loacker/Schnyder [Hrsg.], Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht, 4. A., Basel 2021, Rz. 20 zu Art. 8a IPRG), ist das angerufene Gericht für den Anspruch auf Reparaturkosten international und örtlich nicht zuständig. Es bleibt kein Raum für die Anwendung von innerstaatlichem Gerichtsstandsrecht im Sinne von Art. 8a IPRG oder Art. 15 ZPO zur Begründung einer örtlichen Zuständigkeit für den Anspruch auf Reparaturkosten aufgrund eines sachlichen Zusammenhangs.

1.1.1.5.4 Ebenso wenig vermag sich die Klägerin auf den ebenfalls angerufenen Gerichtsstand der Niederlassung zu stützen (act. 1 Rz. 27). Für die Zuständigkeit nach Art. 5 Ziff. 5 LugÜ wird vorausgesetzt, dass (1.) eine Niederlassung der Beklagten am Ort der Klage besteht und dass (2.) die Streitsache aus dem Betrieb der Niederlassung resultiert (OBERHAMMER, a.a.O., Rz. 132 zu Art. 5 LugÜ). Die Auslegung des Begriffs der Niederlassung erfolgt autonom und ist eher weit zu fassen (OBERHAMMER, a.a.O., Rz. 134 zu Art. 5 LugÜ). Eine Niederlassung kann auch eine selbstständige juristische Person sein, wenn diese einen Mittelpunkt der geschäftlichen Tätigkeit darstellt sowie auf Dauer als Aussenstelle des Stammhauses angelegt und diesem unterstellt ist (OBERHAMMER, a.a.O., Rz. 135 zu Art. 5 LugÜ; HOFMANN/KUNZ, a.a.O., Rz. 702 ff. zu Art. 5 LugÜ; SIEHR KURT, in: Schnyder [Hrsg.], Lugano-Übereinkommen zum internationalen Zivilverfahrensrecht, Zürich/St. Gallen 2011, Rz. 5 ff. zu Art. 5 Nr. 5 LugÜ; Urteil des EuGH vom 18. Mai 2017, C-617/15, Hummel Holding A/S ggn. Nike Inc., Rz. 37 ff.). Selbstständige Vertriebshändler und Handelsvertreter, welche ihre Tätigkeit im Wesentlichen frei gestalten können, fallen daher nicht unter Art. 5 Ziff. 5 LugÜ (Urteil des EuGH vom 18. März 1981, Blanckaert&Willems PVBA ggn. Luise Trost, C-139/80, Rz. 13; Urteil des EuGH vom 6. Oktober 1976, C-14/76, De Bloos ggn. Bouyer, Rz. 23).

1.1.1.5.5 Die Klägerin erwähnt zur Begründung einer internationalen bzw. örtlichen Zuständigkeit nach Art. 5 Ziff. 5 LugÜ lediglich, dass auch ein Gerichtsstand

am Sitz des inländischen Generalimporteurs liege (vgl. act. 1 Rz. 27). Weshalb es sich beim Generalimporteur um eine Niederlassung und nicht bloss um einen selbständigen Vertriebs Händler bzw. Handelsvertreter handelt, lässt sie offen, obwohl es an ihr läge, die Tatsachen darzulegen, aufgrund welcher auf eine zuständigkeitsbegründende Niederlassung als Sitz eines Generalimporteurs geschlossen werden könnte. Selbständige Vertriebs Händler fallen nach der vorstehend erwähnten Rechtsprechung des EuGH aber gerade nicht in den Anwendungsbereich von Art. 5 Ziff. 5 LugÜ, weshalb kein Gerichtsstand der Niederlassung vorliegt.

1.1.2 Sachliche Zuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich wird von der Beklagten nicht bestritten und gründet einerseits auf Art. 5 Abs. 1 lit. d ZPO i.V.m. § 44 lit. a GOG und andererseits auf Art. 6 Abs. 2 und Abs. 3 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG.

1.2 Fazit

In Bezug auf die Forderung von CHF 33'102.– nebst Zinsen gegen Rückgabe des Fahrzeugs Zug um Zug ist auf die Klage einzutreten (act. 1 S. 2). Dagegen ist mangels internationaler und örtlicher Zuständigkeit auf die Klage im Umfang von EUR 3'357.39 nebst Zinsen (Erstattung von Reparaturkosten) nicht einzutreten.

2. Anwendbares Recht

2.1 Vorbemerkungen

In Fällen mit Auslandsbezug ist regelmässig zu entscheiden, welche Rechtsordnung zur Anwendung gelangt. Die Klägerin bringt vor, bei gezieltem Import, Inverkehrbringen und Vertrieb manipulierter Fahrzeuge liege sowohl der Markttort nach Art. 136 Abs. 1 IPRG als auch der Erfolgsort für deliktische Handlungen in der Schweiz, weshalb Schweizer Recht anwendbar sei (act. 1 Rz. 133 f.; act. 31 Rz. 276). Die Beklagte wendet ein, die tatsächlichen Voraussetzungen – nämlich

Auswirkungen auf den Schweizer Markt bzw. Erfolgsort in der Schweiz – für eine Anwendung des Schweizer Rechts lägen nicht vor (act. 19 Rz. 127).

2.2 Rechtliches

2.2.1 Innerstaatlich enthält das Bundesgesetz über das internationale Privatrecht Normen zur Bestimmung des anwendbaren Rechts. Diesem gemäss gehen Staatsverträge den Vorschriften des IPRG vor (Art. 1 Abs. 2 IPRG). In den Rechtsschriften werden lauterkeitsrechtliche und deliktsrechtliche Grundlagen diskutiert. Im Lauterkeitsrecht ist die Schweiz an keine kollisionsrechtlichen Staatsverträge gebunden.

2.2.2 Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb unterstehen dem Recht des Staates, auf dessen Markt die unlautere Handlung ihre Wirkung entfaltet (sog. Marktauswirkungsprinzip; Art. 136 Abs. 1 IPRG; BGE 136 III 23 E. 6.1.; Urteil des BGer 4A_616/2009 vom 11. Mai 2010 E. 7.1.). Für marktbezogene, publikumswirksame Verstösse ist der Marktstaat der typisierte Deliktort (DASSER FELIX, in: Grolimund/Loacker/Schnyder [Hrsg.], Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht, 4. A., Basel 2021, Rz. 14 zu Art. 136 IPRG). Für die Anknüpfung gemäss Art. 136 IPRG müssen die Handlungen jedoch nicht tatsächlich Auswirkungen auf dem Zielmarkt entfalten; ihre objektive Eignung dazu genügt (DASSER, a.a.O., Rz. 19 zu Art. 136 IPRG; BUHR AXEL/GABRIEL SIMON/SCHRAMM DOROTHÉE, in: Furrer/Girsberger/Müller-Chen [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 3. A., Zürich 2016, Rz. 16 zu Art. 136 IPRG; HILTY RETO M., in: Hilty/Arpagaus [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 1. A., Basel 2013, Rz. 33 und Rz. 127 zu Art. 1 UWG).

2.2.3 Art. 133 IPRG kommt zur Anwendung, soweit keine Sonderregelung gemäss Art. 134–139 IPRG greift (RODRIGUEZ RODRIGO/KRÜSI MELANIE/UMBRIGHT ROBERT, in: Grolimund/Loacker/Schnyder [Hrsg.], Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht, 4. A., Basel 2021, Rz. 1 zu Art. 133 IPRG). Haben ersatzpflichtige und geschädigte Person ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht im gleichen Staat, so ist gemäss Art. 133 Abs. 2 Satz 1 IPRG das Recht des Staates

anzuwenden, in welchem die unerlaubte Handlung begangen worden ist. Tritt der Erfolg nicht in dem Staat ein, in dem die unerlaubte Handlung begangen worden ist, so ist nach Art. 133 Abs. 2 Satz 2 IPRG das Recht des Staates anzuwenden, in dem der Erfolg eintritt, wenn die ersatzpflichtige Person mit dem Eintritt des Erfolgs in diesem Staat rechnen musste. Die Begriffe des Handlungs- und Erfolgsortes sind gleich auszulegen wie in Art. 129 Abs. 1 IPRG betreffend internationale Zuständigkeit. Handlungsort ist der Ort, an dem eine unerlaubte Handlung ganz oder teilweise ausgeführt wird, also ein für den Schaden ursächliches Geschehen stattfindet (RODRIGUEZ/KRÜSI/UMBRICHT, a.a.O., Rz. 19 zu Art. 129 IPRG). Erfolgsort ist derjenige Ort, an dem das unmittelbar betroffene Rechtsgut sich zur Zeit der Verletzung befindet, also "wo die erste, unmittelbare Einwirkung auf das durch den Tatbestand einer Deliktsnorm geschützte Rechtsgut stattgefunden hat" (BGE 125 III 103 E. 2a; BGE 113 II 479 E. 3a; RODRIGUEZ/KRÜSI/UMBRICHT, a.a.O., Rz. 26 zu Art. 129 IPRG).

2.3 Würdigung

Zwar legt die Klägerin in (nur) rudimentärer Art und Weise dar, inwiefern der Marktort im Sinne von Art. 136 Abs. 1 IPRG in der Schweiz liegen soll (vgl. act. 1 Rz. 133), indes werden die klägerischen Ausführungen von der Beklagten auch nur pauschal bestritten (vgl. act. 19 Rz. 127). Es liegt denn auch auf der Hand, dass die angeblich von der Beklagten vorgenommenen, unlauteren Handlungen Wirkungen auf den Schweizer Automobilmarkt hätten zeitigen können. So sind der angebliche Vertrieb und das Inverkehrbringen des streitgegenständlichen Fahrzeugs objektiv geeignet, Auswirkungen auf den Schweizer Markt zu haben, was auch für damit allenfalls verbundene unerlaubte Handlungen gelten muss. Vorliegend ist demnach aufgrund des Marktauswirkungsprinzips nach Art. 136 Abs. 1 IPRG Schweizer Recht anwendbar. Wäre das Verhalten der Beklagten als unerlaubte Handlung im Sinne von Art. 41 bzw. Art. 55 OR zu betrachten, wäre ebenfalls Schweizer Recht anwendbar, da der von der Klägerin behauptete Schaden mit Erwerb des Fahrzeugs eingetreten wäre und sich das Fahrzeug zur Zeit der geltend gemachten unerlaubten Handlung in der Schweiz befand. Die Beklag-

te hätte in einer solchen Situation damit rechnen müssen, dass ein Erfolg auch in der Schweiz eintreten könnte. Es liegt damit ein Erfolgsort in der Schweiz vor.

2.4 Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass gestützt auf Art. 136 Abs. 1 und Art. 133 Abs. 2 IPRG Schweizer Recht anwendbar ist.

3. Verjährung

3.1 Vorbemerkungen

Die Beklagte erhebt die Einrede der Verjährung. Der Eintritt der Verjährung führt nicht zum Untergang der Forderung, steht jedoch deren Durchsetzbarkeit entgegen (GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 11. A., Zürich 2020, Rz. 3276). Sie darf nur auf Einrede des Schuldners berücksichtigt werden (Art. 142 OR). Ist die Verjährungseinrede begründet, ist die Klage durch Sachurteil abzuweisen. Zweckmässigerweise erfolgt die Prüfung der Verjährungseinrede vorab, denn sollte der Anspruch auf Schadenersatz der Klägerin verjährt sein, erübrigt sich die Prüfung der weiteren Anspruchsvoraussetzungen.

3.2 Unbestrittenes

Unbestritten ist, dass die Klägerin am 13. April 2011 den Leasingvertrag mit der E._____ AG zur Finanzierung des Fahrzeugs abgeschlossen hat (act. 1 Rz. 36; act. 19 Rz. 38; act. 31 Rz. 158; act. 35 Rz. 344; act. 3/3). Im weiteren ist unbestritten, dass die Beklagte am tt. September 2015 eine Pressemitteilung und eine Ad-hoc-Mitteilung veröffentlichte, in welcher sie darüber informierte, dass ... (act. 19 Rz. 171 f.; act. 31 Rz. 202, Rz. 206; act. 35 Rz. 16; act. 20/14–15).

Die Klägerin äussert sich in ihrer Stellungnahme zur Duplik (act. 39) nicht zu den von der Beklagten duplicando vorgebrachten neuen Tatsachen bezüglich des Beginns der Verjährungsfrist (act. 35 Rz. 15 ff.), weshalb diese als unbestritten gelten und dem Entscheid ohne Beweisverfahren zugrunde gelegt werden können (vgl. SUTTER-SOMM/SEILER, in: Sutter-Somm/Seiler [Hrsg.], Handkommentar zur

Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2021, Rz. 27 zu Art. 55 ZPO und Rz. 5 zu Art. 222 ZPO). Konkret führt die Beklagte in der Duplik aus, dass die Klägerin spätestens seit dem 26. Mai 2016 bzw. allerspätestens seit dem 6. Januar 2018 sichere Kenntnis des angeblichen Schadens und der Person des Ersatzpflichtigen gehabt habe, da sie sich mit verschiedenen Schreiben an die E'._____ gewandt und darin Schadenersatz bzw. Ersatz resp. Kaufpreisminderung gefordert sowie ausgeführt habe, die Schadenersatzpflicht werde nun mit einer Verbandsklage ermittelt. Daher laufe seit diesen Schreiben die Verjährungsfrist, welche spätestens im September 2016, allerspätestens aber am 6. Januar 2019 geendet habe, womit die geltend gemachten Schadenersatzansprüche im Zeitpunkt der Klageanhebung am 15. Mai 2020 verjährt seien (act. 35 Rz. 18 f., Rz. 22 f.; act. 36/16; act. 36/20). Weiter führt die Beklagte aus, dass es nie zu einer Unterbrechung der Verjährung gegenüber ihr (der Beklagten) gekommen sei. Die im Schreiben vom 6. Januar 2018 erwähnte Klagebewilligung sei nicht gegen die Beklagte (oder den B._____Konzern) gerichtet gewesen, sondern gegen die Garage F._____ AG, bei welcher die Klägerin das Fahrzeug erworben habe (act. 35 Rz. 24, Rz. 155; act. 36/20–21).

3.3 Streitpunkte

Mit Bezug auf eine mögliche Anwendung der strafrechtlichen Verfolgungsverjährung bestreitet die Beklagte zwar, dass eine vorsätzlich unlautere Handlung vorliege; aber selbst wenn eine Strafbarkeit nach Art. 23 UWG angenommen würde, wäre die angebliche Tathandlung gegenüber der Klägerin spätestens im Zeitpunkt des Abschlusses des Leasingvertrags am 13. April 2011 vollendet gewesen und daher die Ansprüche sieben Jahre später am 13. April 2018 verjährt (act. 19 Rz. 177; act. 35 Rz. 160).

Die Klägerin bringt dagegen vor, der Beklagten sei eine vorsätzliche Verletzung des Lauterkeitsrechts vorzuwerfen, weshalb die zehnjährige Verjährungsfrist von Art. 97 Abs. 1 lit. c StGB zu beachten sei, welche nach Art. 98 lit. c StGB mit dem Tag beginne, an dem das strafbare Verhalten aufhöre. Die Beklagte habe bis mindestens zum tt. September 2015 Millionen von Kunden getäuscht. Darüber hinaus täusche die Beklagte ihre Kunden durch das Software-Update nach wie

vor über die Produkteigenschaften, weshalb das strafbare Verhalten der Beklagten nach wie vor andauere (act. 31 Rz. 199 ff.). In ihrer Stellungnahme zur Duplik äussert sich die Klägerin nicht zur Verjährung.

3.4 Rechtliches

3.4.1 Die Verjährung eines Schadenersatzanspruchs aus Art. 9 Abs. 3 UWG ist nach den obligationenrechtlichen Vorschriften in Art. 60 Abs. 1 und Abs. 2 OR zu beurteilen (HEIZMANN RETO, in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II, Kommentar, 2. A., Zürich 2021, Rz. 75 zu Art. 9 UWG; DOMEJ TANJA, in: Heizmann/Loacker [Hrsg.], UWG Kommentar, Zürich/St. Gallen 2017, Rz. 111 zu Art. 9 UWG).

3.4.2 Das geltende Recht sieht eine relative Verjährungsfrist von drei Jahren ab Kenntnis des Schadens und der ersatzpflichtigen Person vor sowie eine absolute Frist von zehn Jahren ab Beendigung des schädigenden Verhaltens (Art. 60 Abs. 1 OR). Nach altem Recht – also vor dem 1. Januar 2020 – sah Art. 60 Abs. 1 aOR eine relative Verjährungsfrist von einem Jahr ab Kenntnis des Schadens und der ersatzpflichtigen Person sowie eine absolute Frist von zehn Jahren ab der schädigenden Handlung vor. Bestimmt das neue Recht eine längere Frist als das bisherige Recht, so gilt das neue Recht, sofern die Verjährung nach bisherigem Recht noch nicht eingetreten ist (Art. 49 Abs. 1 SchIT ZGB). Um zu beurteilen, welches Recht also anwendbar ist, gilt es zu prüfen, ob die Verjährung nach altem Recht im Zeitpunkt der verjährungsunterbrechenden Handlung der Klageeinleitung noch nicht eingetreten war. Diese Beurteilung hängt davon ab, ab welchem Zeitpunkt die Verjährungsfrist zu laufen anfängt. Die relative Frist beginnt sowohl nach altem als auch nach neuem Recht mit der Kenntnis des Schadens und der ersatzpflichtigen Person durch die geschädigte Person. Beruft sich eine beklagte Partei auf die Einrede der Verjährung, so trägt sie die Beweislast dafür, dass die Forderung verjährt ist (Urteil des BGer 5A_563/2009 vom 29. Januar 2010 E. 3.; BGE 111 II 55 E. 3. = Pra 74 [1985] Nr. 129; LARDELLI FLAVIO/VETTER MEINRAD, in: Geiser/Fountoulakis [Hrsg.], Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 6. A., Basel 2018, Rz. 58 zu Art. 8 ZGB; WALTER HANS PETER, in: Hausheer/Walter [Hrsg.],

Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Bern 2012, Rz. 287 zu Art. 8 ZGB). Es obliegt ihr sowohl zu beweisen, ab welchem Tag diese Frist zu laufen beginnt, als auch wann die geschädigte Person vom Umfang ihres Schadens genügende Kenntnis haben konnte (BREHM ROLAND, in: Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 5. A., Bern 2021, Rz. 20a zu Art. 60 OR).

3.4.3 Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung liegt Kenntnis des Schadens vor, wenn die wesentlichen Elemente des Schadens zumindest in groben Zügen bekannt sind. Die geschädigte Person braucht nicht genau zu wissen, wie hoch der Schaden ziffernmässig ist (Urteil des BGer 2C_707/2010 vom 15. April 2011 E. 4.4.; BGE 126 III 161 E. 3c.; BGE 112 II 118 E. 4.). Sie hat genügend Kenntnis vom Schaden, wenn sie dessen Existenz, Beschaffenheit und Merkmale in einer Weise kennt, dass eine gerichtliche Klage begründet werden kann (BGE 136 III 322 E. 4.1. [allerdings betreffend Art. 760 OR]; BGE 131 III 61 E. 3.1.1. = Pra 94 [2005] Nr. 121; BGE 114 II 253 E. 2a. = Pra 78 [1989] Nr. 73; BGE 112 II 118 E. 4.; BGE 111 II 55 E. 3a. = Pra 74 [1985] Nr. 129). Kennt sie die wesentlichen Elemente des Schadens, so kann von ihr erwartet werden, dass sie sich die weiteren Informationen beschafft, die für die Erhebung einer Klage notwendig sind (Urteil des BGer 4A_576/2010 vom 7. Juni 2011 E. 3.2.; BGE 109 II 433 E. 2. = Pra 73 [1984] Nr. 78). Von der geschädigten Person wird ein Verhalten nach Treu und Glauben verlangt (vgl. Art. 2 ZGB; Urteil des BGer 4A_454/2010 vom 6. Januar 2011 E. 3.1.). Die Kenntnis muss genügende Genauigkeit aufweisen, um ihr die Einreichung der Schadenersatzklage zu ermöglichen. Einen solchen Grad an Gewissheit über den Anspruch hat die geschädigte Person erlangt, wenn nach Treu und Glauben gesagt werden kann, sie habe nunmehr keinen Anlass oder keine Möglichkeit mehr zu weiterer Abklärung und genügend Unterlagen zur Klageeinreichung, sodass ihr eine solche vernünftigerweise zugemutet werden dürfte (Urteil des BGer 5A_563/2009 vom 29. Januar 2010 E. 4.1.; Urteil des BGer 4A_489/2008 vom 23. Dezember 2008 E. 2.; BGE 129 III 503 E. 3.4. [allerdings betreffend Art. 67 OR]). Die Frist von Art. 60 Abs. 1 OR beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem die geschädigte Person vom Schaden in obengenanntem

Sinn tatsächlich Kenntnis hat, und nicht mit demjenigen, in welchem sie bei Anwendung der nach den Umständen gebotenen Aufmerksamkeit die Höhe ihrer Forderung hätte kennen können (Urteil des BGer 4C.182/2004 vom 23. August 2004 E. 5.2.1.; Urteil des BGer 4C.135/2003 vom 26. September 2003 E. 4.2.1.; Urteil des BGer 4C.234/1999 vom 12. Januar 2000 E. 5c/cc; BGE 111 II 55 E. 3a = Pra 74 [1985] Nr. 129; BGE 109 II 434 E. 1. = Pra 73 [1984] Nr. 78).

3.4.4 Nach Art. 60 Abs. 2 aOR bzw. nach Art. 60 Abs. 2 OR verjährt der auf einer strafbaren Handlung beruhende Anspruch auf Schadenersatz nach der strafrechtlichen Verfolgungsverjährung. Bei einer vorsätzlichen Verletzung von Art. 3 UWG liegt gemäss Art. 23 UWG eine strafbare Handlung vor, sodass sich die Verjährung des Zivilanspruchs auch nach strafrechtlichen Verjährungsfristen richtet. Da es sich bei Art. 23 UWG um ein Vergehen handelt (Art. 10 Abs. 3 StGB), beträgt die Frist für die Verfolgungsverjährung gemäss Art. 97 Abs. 1 lit. c aStGB sieben bzw., wenn die Tat nach dem 1. Januar 2014 begangen wurde, zehn Jahre (vgl. Art. 389 Abs. 1 StGB e contrario; BBI 2012 S. 9253 ff., S. 9270; DOMEJ, a.a.O., Rz. 111 zu Art. 9 UWG). Die Frist nach Art. 98 lit. a StGB beginnt am Tag, an welchem der Täter die strafbare Handlung ausführt (BGE 107 Ib 74 E. 3a.; RÜETSCHI DAVID/ROTH SIMON/FRICK MARKUS R., in: Hilty/Arpagaus [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 1. A., Basel 2013, Rz. 108 zu Art. 9 UWG). Massgeblich ist der Zeitpunkt, in welchem der Täter das ausführt, was nach der sinngemäss ausgelegten gesetzlichen Umschreibung das strafbare Verhalten ausmacht (BGE 102 IV 80 E. III.6a.; BGE 101 IV 20 E. 3b.). Fristauslösend wirkt somit das Handlungsunrecht, während es auf den Eintritt des Erfolgs nicht ankommt (TRECHSEL STEFAN/SCHULTZE MARLEN, in: Trechsel/Pieth [Hrsg.], Praxiskommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, 4. A., Zürich 2021, Rz. 1 zu Art. 98 StGB). Art. 98 lit. a StGB regelt den Beginn der Verjährung für Zustandsdelikte. Zustandsdelikte stellen einen rechtswidrigen Sachverhalt her, der ohne weiteres Zutun des Täters anhält (TRECHSEL/SCHULTZE, a.a.O., Rz. 6 zu Art. 98 StGB). Der Betrug gemäss Art. 146 StGB ist als Zustandsdelikt zu qualifizieren, da die zeitliche Fortdauer eines rechtswidrigen Zustandes oder Verhaltens kein tatbestandsmässiges Unrecht bildet. Ferner können

die einzelnen strafbaren Handlungen eines gewerbsmässigen Betrugs auch keine verjährungsrechtliche Einheit bilden (BGE 124 IV 59 E. 3b/bb = Pra 87 [1998] Nr. 76). Demgegenüber regelt Art. 98 lit. c StGB den Beginn der Verjährung bei Dauerdelikten. Ein Dauerdelikt liegt gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung dann vor, wenn die Begründung des rechtswidrigen Zustandes mit den Handlungen, die zu seiner Aufrechterhaltung vorgenommen werden eine Einheit bildet, und das auf Perpetuierung des deliktischen Erfolges gerichtete Verhalten vom betreffenden Straftatbestand ausdrücklich oder sinngemäss mitumfasst wird (BGE 132 IV 49 E. 3.1.2.2. = Pra 96 [2007] Nr. 12; BGE 131 IV 83 E. 2.1.2.; BGE 84 IV 17 E. 2.).

3.5 Würdigung

3.5.1 Um zu beurteilen, ob ein allfälliger Schadenersatzanspruch aus Art. 10 Abs. 1 i.V.m. Art. 9 Abs. 3 i.V.m. Art. 3 lit. b und lit. i UWG i.V.m. Art. 41 ff. OR verjährt ist, ist Art. 60 Abs. 1 OR bzw. Art. 60 Abs. 1 aOR massgebend. Auch für Ansprüche aus Geschäftsherrenhaftung nach Art. 3 Abs. 1 lit. b und lit. i UWG i.V.m. Art. 55 OR und Art. 146 StGB ist Art. 60 Abs. 1 bzw. Art. 60 Abs. 1 aOR anwendbar. Die längere strafrechtliche Verfolgungsverjährung nach Art. 60 Abs. 2 OR bzw. nach Art. 60 Abs. 2 aOR ist dagegen für Ansprüche direkt gegen den Täter (BGE 133 III 6 E. 5.1. = Pra 96 [2007] Nr. 104; BGE 122 III 225 E. 5.; BREHM, a.a.O., Rz. 100 f. zu Art. 60 OR; DÄPPEN ROBERT K., in: Widmer Lüchinger/Oser [Hrsg.], Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, 7. A., Basel 2020, Rz. 12a zu Art. 60 OR) und bei Vorliegen strafbaren unlauteren Wettbewerbs-handlungen nach Art. 23 UWG anwendbar. Folglich gilt es zu prüfen, wann die Klägerin im verjährungsrechtlich relevanten Sinn Kenntnis des Schadens und der ersatzpflichtigen Person erhalten hat bzw. wann die Verfolgungsverjährung der angeblich strafbaren Handlungen der Beklagten eingetreten ist.

3.5.2 Aus den substantiierten und unbestrittenen Behauptungen der Beklagten ergibt sich, dass die Klägerin spätestens am 10. Juli 2017 aufgrund ihres Schreibens an die E'._____ AG Kenntnis der ersatzpflichtigen Person – nämlich des "B._____-Konzerns" – hatte (act. 35 Rz. 20; act. 36/18 S. 1). Zudem führt die Klä-

gerin im vorgenannten Schreiben vom 10. Juli 2017 ausdrücklich aus: "*Der B._____ -Konzern hat die Manipulationen der Software eingeräumt.*" und "*Es ist daher davon auszugehen, dass mein Auto mangelhaft ist.*" (act. 35 Rz. 20; act. 36/18 S. 1). Die Klägerin hatte somit bereits am 10. Juli 2017 Kenntnis der Softwaremanipulation und von einem entsprechenden Mangel ihres Fahrzeugs. Bereits mit einem Schreiben vom 26. Mai 2016 – nachdem sie über die Rückrufaktion informiert worden war – forderte sie Schadenersatz, indem sie an die E'._____ AG schrieb: "*[...] fordere ich Sie erneut auf, meinen Schadenersatz wohlwollend zu prüfen*". Im gleichen Schreiben hält die Klägerin ferner fest, dass eine Beteiligung an einer Sammelklage umgehend veranlasst worden sei (act. 35 Rz. 18; act. 36/16). Auch im Schreiben vom 6. Januar 2018 erwähnt die Klägerin die "*[...] Verbandsklage vor dem Handelsgericht [...]*" (act. 35 Rz. 22; act. 36/20 S. 1). Aufgrund der damaligen Formulierungen erweist sich die Argumentation der Klägerin, sie habe als Laiin nicht gewusst, welche Motoren genau manipuliert worden seien und welcher Motor in ihrem Fahrzeug verbaut worden sei (vgl. act. 31 Rz. 203), als falsch. Ferner kann aus dem schlüssigen Tatsachenvortrag der Beklagten in der Duplik erstellt werden, dass die Klägerin mit den vorgenannten Schreiben vom 26. Mai 2016 sowie vom 6. Januar 2018 eine Beteiligung an einer Sammel- bzw. Verbandsklage veranlasst hatte (vgl. act. 35 Rz. 18, Rz. 22). Dies steht im Widerspruch zur klägerischen Behauptung, es sei ihr aufgrund der unsicheren Rechtslage vor dem Jahr 2020 nicht zumutbar gewesen, eine Klage gegen die Beklagte einzubringen (vgl. act. 31 Rz. 204). Es ist nicht einzusehen, weshalb die Beteiligung an einer Verbandsklage möglich war, eine eigene Klage jedoch nicht. Ohnehin kommt es nicht darauf an, ob eine Klageeinleitung zumutbar ist, sondern lediglich ob die geschädigte Person und damit die Klägerin tatsächlich Kenntnis vom Schaden und der ersatzpflichtigen Person hat. Wie die Beklagte aufgrund der Schreiben der Klägerin zu Recht ausführt, erlangte diese bereits im Zeitraum zwischen Mai 2016 und Januar 2018 in groben Zügen Kenntnis der wesentlichen Elemente des Schadens. Die Klägerin wusste damals von der Existenz eines Schadens und hatte bereits Vorkehrungen für die gerichtliche Durchsetzung getroffen. Sie hatte damit genügende Kenntnis über die relevanten Faktoren, um eine Schadenersatzklage einzureichen. Zudem hatte die Klägerin

Kenntnis der Schadensursache, nämlich Softwaremanipulationen. Damit wusste sie auch von der massgeblichen natürlichen Kausalität. Daraus ergibt sich, dass die Klägerin spätestens am 6. Januar 2018 Kenntnis vom Schaden und von der ersatzpflichtigen Person hatte. Wie die Beklagte vorbringt und von der Klägerin unbestritten bleibt, ist es vor Einleitung der Klage zu keinem Zeitpunkt zu einer Unterbrechung der Verjährung gekommen (vgl. act. 35 Rz. 24). Gemäss Gesetzeswortlaut wird die Frist ab demjenigen Tage gerechnet, an welchem die geschädigte Person Kenntnis erlangte. Daher lief die relative Verjährungsfrist nach Art. 49 Abs. 1 SchlT ZGB i.V.m. Art. 60 Abs. 1 aOR für den von der Klägerin behaupteten Anspruch aus Art. 10 Abs. 1 i.V.m. Art. 9 Abs. 3 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. b und lit. i UWG i.V.m. Art. 41 ff. OR bzw. aus Art. 3 Abs. 1 lit. b und lit. i UWG i.V.m. Art. 55 OR spätestens am 6. Januar 2019 – und damit über ein Jahr vor Klageeinreichung am 15. Mai 2020 – ab. Die Verjährung ist somit gemäss Inkrafttreten der neuen Verjährungsregeln (am 1.1.2020) und vor Klageeinleitung bereits eingetreten. Die absolute Verjährungsfrist ist daher unbeachtlich (vgl. BREHM, a.a.O., Rz. 64a zu Art. 60 OR). Insofern erweist sich der Schadenersatzanspruch der Klägerin nach Art. 60 Abs. 1 aOR als verjährt.

3.5.3 Wäre der Beklagten ein strafbares Verhalten vorzuwerfen, wäre für den daraus resultierenden zivilrechtlichen Schadenersatzanspruch die längere strafrechtliche Verfolgungsverjährungsfrist nach Art. 60 Abs. 2 aOR bzw. nach Art. 60 Abs. 2 OR anwendbar (vgl. vorstehend Ziffer 3.4.4). Die angeblich strafbare Tathandlung muss kausal für den Schaden gewesen sein. Die Klägerin bringt zusammengefasst vor, ihr sei durch Abschluss des Kaufvertrags über das Fahrzeug ein Schaden entstanden, wobei der Erwerb aufgrund täuschender Handlungen der Beklagten im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. b und lit. i UWG erfolgt sei (act. 1 Rz. 153; act. 31 Rz. 140, Rz. 160, Rz. 177 ff., Rz. 182 ff., Rz. 187). Kausal für den angeblichen Schaden, nämlich den Bruttokaufpreis in der Höhe von CHF 33'102.– (vgl. act. 1 Rz. 153), wären indes nur strafrechtlich relevante Handlungen der Beklagten vor bzw. im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Weitere Tathandlungen der Beklagten nach Vertragsschluss hätten für den Kaufentschluss der Klägerin naturgemäss nicht mehr kausal gewesen sein können und können bei der Beur-

teilung, wann die strafrechtliche Verfolgungsverjährung beginnt, nicht berücksichtigt werden. Wie die Beklagte daher zutreffend behauptet, wären nur allfällig vorsätzliche unlautere Handlungen bis zum Vertragsschluss verjährungsrechtlich relevant gewesen. Weshalb allfällige Tathandlungen der Beklagten bis zur Ad-Hoc-Mitteilung am tt. September 2015 oder andauernde Täuschungen durch das Software-Update für den abgeschlossenen Kaufvertrag hätten kausal gewesen sein sollen, erschliesst sich entgegen der Behauptungen der Klägerin nicht. Die systematische Täuschung von Millionen von Kunden und eine angebliche Täuschung bezüglich des Software-Updates nach Vertragsschluss konnten nicht kausal für den Abschluss des Kaufvertrags gewesen sein.

3.5.4 Demnach ist auf vermeintlich täuschende und verschleiende Handlungen der Beklagten vor bzw. im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abzustellen. Der Leasingvertrag wurde unbestrittenermassen am 13. April 2011 abgeschlossen (vgl. vorstehend Ziff. 3.2; vgl. act. 1 Rz. 36; act. 19 Rz. 38; act. 31 Rz. 158; act. 35 Rz. 344). Die Verjährungsfrist nach Art. 98 lit. a StGB begann folglich am 14. April 2011 und betrug nach Art. 97 Abs. 1 lit. c aStGB sieben Jahre, weil die behaupteten strafbaren Tathandlungen vor dem 1. Januar 2014 erfolgt wären. Ein angeblicher Anspruch der Klägerin aus Lauterkeitsrecht verjährte daher am 14. April 2018; mithin rund zwei Jahre vor Klageeinreichung am 15. Mai 2020. Es kann offen bleiben, ob es sich bei Art. 3 Abs. 1 lit. b und lit. i UWG um ein Zustands- oder um ein Dauerdelikt handelt, weil in beiden Fällen der Verjährungsbeginn spätestens mit Vertragsschluss festzulegen ist und daher ein Anspruch aufgrund eines strafbaren Verhaltens der Beklagten aus Art. 23 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. b und lit. i i.V.m. Art. 10 Abs. 1 i.V.m. Art. 9 Abs. 3 UWG spätestens am 14. April 2018 verjährte.

3.5.5 Sollten betrügerische Handlungen der Beklagten im Sinne von Art. 146 StGB vorliegen, wäre die Verfolgungsverjährung nach Art. 97 Abs. 1 lit. b aStGB zu bestimmen, wobei die Verjährungsfrist 15 Jahre betragen würde. Dabei wäre der Beginn der Verjährungsfrist auch auf den 14. April 2011 festzulegen, weil es sich beim Betrug um ein Zustandsdelikt handelt, bei welchem sich der Beginn der Verjährungsfrist nach Art. 98 lit. a StGB richtet (vgl. vorstehend Ziff. 3.4.4). Allfälli-

ge strafbare betrügerische Tathandlungen der Beklagten sowie der daraus resultierende Schadenersatzanspruch gemäss Art. 41 ff. OR i.V.m. Art. 146 StGB wären daher erst am 14. April 2026 verjährt.

3.6 Fazit

Der Anspruch auf Erstattung des Bruttokaufpreises bzw. der Anspruch auf Ersatz des Minderwerts ist nach Art. 60 Abs. 1 aOR verjährt. Läge eine strafbare Handlung nach Art. 23 UWG vor, wäre ein Schadenersatzanspruch nach Art. 60 Abs. 2 aOR verjährt. Bei Vorliegen eines Betruges nach Art. 146 StGB wäre ein Schadenersatzanspruch nach Art. 60 Abs. 2 aOR noch nicht verjährt. Wie nachfolgend aufzuzeigen ist, wäre ein allfälliger – noch nicht verjährter – Schadenersatzanspruch aus Art. 41 ff. OR i.V.m. Art. 146 StGB aber mangels Nachweises des Schadens abzuweisen. Ebenso der eventualiter geltend gemachte Anspruch auf den Minderwert des Fahrzeugs.

4. Schaden

4.1 Unbestrittenes

Unbestritten ist, dass die Klägerin mit der Garage F._____ AG am 9. Dezember 2010 einen Kaufvertrag über das Fahrzeug abgeschlossen hat (act. 1 Rz. 35; act. 19 Rz. 12, Rz. 24, Rz. 99, Rz. 159; act. 3/2). Ferner ist auch der Abschluss des Leasingvertrags am 13. April 2011 unbestritten (vgl. vorstehend Ziff. 3.2). Weiter ist unbestritten, dass das Fahrzeug am 14. April 2011 in Verkehr gesetzt wurde, am 5. Oktober 2018 mit einer Sperrung belegt und am 30. Januar 2019 durch Hinterlegung der Kontrollschilder ausser Verkehr gesetzt wurde (act. 1 Rz. 38; act. 31 Rz. 89; act. 35 Rz. 59; act. 32/92). Die Parteien sind sich zudem einig, dass der Leasingvertrag am 13. April 2013 abgelaufen ist und die Klägerin das Fahrzeug am 28. März 2013 erwarb (act. 19 Rz. 38; act. 31 Rz. 244). Schliesslich ist auch unbestritten, dass die Klägerin das Software-Update nicht aufgespielt hat (act. 1 Rz. 38; act. 19 Rz. 133).

4.2 Streitpunkte

4.2.1 Eigentumsverhältnisse

Strittig sind die aktuellen Eigentumsverhältnisse des Fahrzeugs. Die Klägerin bringt vor, sie sei Besitzerin und Eigentümerin des Fahrzeugs. Aufgrund des Drucks der Behörden habe sie ihr Fahrzeug aus dem Verkehr nehmen müssen und könne dieses nicht mehr benützen (act. 1 Rz. 38; act. 31 Rz. 89, Rz. 187; act. 3/2–5; act. 32/92). In ihrer Stellungnahme zur Duplik führt die Klägerin darüber hinaus aus (act. 39 Rz. 5 f.), dass der vorliegend geltend gemachte Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs mit einem massiven Prozessrisiko verbunden wäre, wenn sich das Fahrzeug nicht mehr in ihrem Besitz und Eigentum befinden würde. Dazu reicht sie zwei Fotos eines Fahrzeugs in einer Tiefgarage (von hinten und von der Seite) der Marke C'._____ ohne Nummernschild (act. 40/115) und zwei Fotos eines Tachometers mit Kilometerzähler ein (act. 40/116).

Die Beklagte bestreitet das Vorliegen eines Schadens in der Sphäre der Klägerin. Zusammengefasst führt sie aus, dass begründete Zweifel am Eigentum des Fahrzeugs bestünden, und verweist dazu auf den von der Klägerin eingereichten und für ungültig erklärten Fahrzeugausweis sowie auf die fehlende Angabe des konkreten Kilometerstands (act. 19 Rz. 82, Rz. 88, Rz. 128; act. 35 Rz. 9 ff., Rz. 41, Rz. 272; act. 3/5).

4.2.2 Kaufpreis als Schaden (Hauptstandpunkt der Klägerin)

Hinsichtlich des Schadens begründet die Klägerin ihren Hauptstandpunkt damit, dass sie bei Kenntnis der tatsächlichen Eigenschaften das Fahrzeug nicht erworben hätte und der Schaden durch den Erwerb des in Wahrheit nicht gewollten Fahrzeugs eingetreten sei (act. 1 Rz. 153; act. 31 Rz. 140, Rz. 160, Rz. 187 ff.). Überdies führt sie aus, dass sie das Fahrzeug bei Kenntnis der wahren Sachlage nicht bzw. nicht zum tatsächlichen Preis erworben hätte und die Beklagte den zu viel bezahlten Kaufpreis zu ersetzen habe (act. 31 Rz. 187, Rz. 194).

Die Beklagte bestreitet, dass ein Schaden im Sinne der Differenztheorie vorliege. Die Klägerin müsse sich die Nutzung des Fahrzeugs während rund zehn Jahren an einen allfälligen Schadenersatzanspruch anrechnen lassen, weshalb dieser aufgrund der langen Nutzungsdauer aufgezehrt sei (act. 19 Rz. 131; act. 35 Rz. 40 ff.).

4.2.3 Minderwert als Schaden (Eventualstandpunkt der Klägerin)

Die Klägerin behauptet, ihr Fahrzeug habe aufgrund des Bekanntwerdens des Diesel-Abgasskandals eine Wertminderung von 25% des Neupreises, somit CHF 8'275.50, erlitten (25% von CHF 33'102.-; act. 1 Rz. 120, Rz. 156). Es sei der Wert des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Vertragsschlusses am 9. Dezember 2010 bzw. am 13. April 2011 mit dem hypothetisch niedrigeren Preis, welcher bei wahrheitsgemässer Offenlegung aller Informationen über das Fahrzeug am Markt erzielbar und tatsächlich bezahlt worden wäre, zu vergleichen. Der Schaden liege in der überhöhten Kaufpreiszahlung der Klägerin im Vergleich zum objektiven Minderwert des Fahrzeugs im Zeitpunkt der Kaufpreiszahlung (act. 31 Rz. 141).

Die Beklagte führt dazu aus, es komme auf den tatsächlichen Wert des Fahrzeugs zum heutigen Zeitpunkt und nicht im Zeitpunkt des Vertragsschlusses an. Im heutigen Zeitpunkt liege jedoch kein Minderwert vor, weil es der Klägerin zumutbar gewesen wäre, das Software-Update aufzuspielen. Nachteilige Folgen aus der Nichtaufspielung des Software-Updates habe sie selber gestützt auf die Schadensminderungsobliegenheit zu tragen. Der aktuelle Wert des Fahrzeug bemesse sich so, wie wenn das Software-Update ausgeführt worden wäre. Ein merkantiler Minderwert würde zudem im Laufe der Zeit abnehmen, und bei einem wie vorliegend rund zehnjährigen Fahrzeug liege kein Minderwert mehr vor (act. 19 Rz. 132 ff.; act. 35 Rz. 163 ff.).

4.3 Rechtliches

4.3.1 Die Klägerin stützt die von ihr geltend gemachten Ansprüche auf Art. 9 Abs. 3 UWG sowie auf Art. 41 und Art. 55 OR. Wichtige Voraussetzung ist dabei unter anderem das Vorliegen eines Schadens. Nach der Rechtsprechung gilt als

Schaden die ungewollte Verminderung des Reinvermögens. Der Schaden entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem (hypothetischen) Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte. Er kann in einer Vermehrung der Passiven, einer Verminderung der Aktiven oder in entgangenem Gewinn bestehen (statt vieler BGE 145 III 225 E. 4.1.1.). Ein rechtlich relevanter Schaden liegt zudem nur vor, wenn sich dieser im Vermögen der geschädigten Person niederschlägt (HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Zürich 2019, Rz. 1847).

4.3.2 In ihrem Eventualstandpunkt macht die Klägerin einen Schadenersatzanspruch im Sinne eines merkantilen Minderwerts geltend. Unter dem merkantilen Minderwert versteht man die durch ein schädigendes Ereignis verursachte Minderung des Verkehrswertes einer Sache, die unabhängig von deren technischen bzw. funktionellen Beeinträchtigung eintritt. 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. Die Wertminderung lässt sich zudem mit dem Verdacht auf verborgene Mängel trotz technisch einwandfreier Instandsetzung der Sache erklären (BGE 145 III 225 E. 3.1.). Der merkantile Minderwert nimmt infolge Zeitablaufs ab (BGE 145 III 225 E. 3.2.1.).

4.3.3 Nach Aktenschluss ist die Einbringung von Noven nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 229 ZPO zulässig. Vorliegend wurde den Parteien mit Verfügung vom 22. November 2021 nach dem zweiten Schriftenwechsel der Aktenschluss bekannt gegeben (act. 37). Unechte Noven können nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und ein früheres Vorbringen trotz zumutbarer Sorgfalt nicht möglich war (Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO).

4.4 Würdigung

4.4.1 Eigentumsverhältnisse

4.4.1.1 Die Beklagte bestreitet bereits in ihrer Klageantwort substantiiert, dass die Klägerin noch Eigentümerin des Fahrzeugs ist (vgl. act. 19 Rz. 82, Rz. 88,

Rz. 128). Daher wäre es an der Klägerin gewesen, in ihrer Replik die Bestreitungen der Beklagten substantiiert zu widerlegen und die dazu erforderlichen Beweise zu erbringen. Es wäre ihr zumutbar gewesen, die erst mit der Stellungnahme zur Duplik eingereichten Bilder bereits in der Replik zu offerieren. Bei diesen Bildern handelt es sich um Fotos, die grundsätzlich jederzeit hätten gemacht werden können. Gegenteiliges bringt die Klägerin nicht vor. Die von der Klägerin mit ihrer Dupliknovenstellungnahme eingereichten Fotos eines Fahrzeugs und eines Tachometers mit sichtbarem Kilometerstand (act. 40/115–116) sind entsprechend verspätete und unzulässige Noven. Aufgrund der unsubstantiierten Behauptungen in der Replik und der substantiierten Bestreitungen der Beklagten ist somit nicht erstellt, dass die Klägerin zurzeit noch Eigentümerin des Fahrzeugs ist. Eine bestehende, aktuelle Vermögensminderung im Vermögen der Klägerin kann demnach nicht dargetan werden.

4.4.1.2 Selbst wenn die besagten Fotos von der Klägerin nicht verspätet eingereicht worden wären, wären sie nicht zum Beweis ihres aktuellen Eigentums am Fahrzeug tauglich gewesen. Die Bilder weisen weder ein Datum aus noch lassen sie in anderer Weise erkennen, wann sie erstellt wurden. Diesbezügliche klägerische Behauptungen liegen auch nicht vor. Auf den Bildern ist ein Fahrzeug der Marke C'._____ vom Typ C._____ ... 4x4 abgebildet (act. 40/115), was zwar dem Fahrzeugtyp des vorliegend relevanten Fahrzeugs entspricht. Dass die Klägerin diesen Fahrzeugtyp einmal erworben und deshalb im Eigentum hatte, ist von den Parteien grundsätzlich unbestritten (vgl. act. 1 Rz. 35; act. 19 Rz. 38; act. 3/2–3). Vorliegend relevant ist indes, ob die Klägerin nach wie vor Eigentümerin des Fahrzeugs ist. Dieser Umstand ergibt sich aus den eingereichten Bildern nicht. Im Übrigen liesse sich auch aus der Abbildung des Tachometers nicht schliessen, dass die Klägerin noch Eigentümerin des Fahrzeugs ist, da auch diese Fotos ohne Datumsangabe eingereicht wurden (act. 40/116). Die massgeblichen aktuellen Eigentumsverhältnisse könnten also mit den angebotenen Beweismitteln auch nicht bewiesen werden, wenn die Klägerin die Fotos rechtzeitig in den Prozess eingebracht hätte. Folglich wäre auch bei Zulassung der Noven nicht auf eine Vermögensminderung der Klägerin zuerkennen.

Zusammengefasst fehlt es demzufolge schon an einer Minderung des Vermögens der Klägerin, weshalb bereits deshalb die Klage sowohl im Haupt- als auch im Eventualstandpunkt abzuweisen ist. Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, liegt aber auch kein Schaden vor, wenn davon ausgegangen würde, die Klägerin wäre noch Eigentümerin des Fahrzeugs.

4.4.2 Kaufpreis als Schaden (Hauptstandpunkt der Klägerin)

4.4.2.1 Mit dem Hauptrechtsbegehren macht die Klägerin streng genommen nicht Schadenersatz geltend, sondern verlangt im Ergebnis wie im Fall der Ungültigkeit eines Vertrages wegen Willensmängeln (Irrtum nach Art. 23 f. OR und/oder Täuschung nach Art. 28 OR) die Rückzahlung der von ihr erbrachten Vertragsleistung. Eine Rückforderung wegen Ungültigkeit des Vertrages scheitert aber bereits daran, dass zwischen den Prozessparteien nie ein Vertrag bestand. Der seinerzeitige Kauf- bzw. Leasingvertrag wurde zwischen der Klägerin und der Garage F. _____ AG bzw. der E. _____ AG und nicht zwischen der Klägerin und der Beklagten abgeschlossen (act. 1 Rz. 35 f.; act. 3/2–3). Der eingeklagte Anspruch hätte also nur gegen die Vertragsparteien geltend gemacht werden können. Da die Klägerin innert Frist nicht gegen ihre Vertragspartnerinnen vorgegangen ist, gilt der Vertrag unterdessen als genehmigt (Art. 31 OR).

4.4.2.2 Selbst wenn aber der Meinung der Klägerin gefolgt würde, ihr stehe im Verhältnis zur Beklagten, mit welcher sie keine Vertragsbeziehung hat, aufgrund ausservertraglicher Schädigung nicht nur Geldersatz, sondern Naturalrestitution im Sinn einer Rückabwicklung eines Rechtsgeschäftes zu (vgl. act. 1 Rz. 153), wären die Voraussetzungen dafür nicht erfüllt. Eine solche Naturalrestitution käme nur in Betracht, wenn davon auszugehen wäre, dass die Klägerin anstelle des streitgegenständlichen Fahrzeuges gar kein Auto gekauft hätte. Mit anderen Worten könnte nur dann vom Vorliegen eines Schadens in der Höhe von CHF 33'102.– ausgegangen werden, wenn die Klägerin ohne das angeblich unerlaubte Handeln der Beklagten überhaupt kein Fahrzeug gekauft hätte. Nur in diesem Fall wäre nach der massgebenden Differenztheorie davon auszugehen, dass die Klägerin ohne das schädigende Ereignis (Kauf eines angeblich vom Diesels-

kandal betroffenen Autos) im aktuellen Vermögen immer noch über den Betrag von CHF 33'102.– verfügen könnte. Im vorliegenden Fall behauptet die Klägerin jedoch nicht, und es ist auch nicht ersichtlich, dass sie gar kein Fahrzeug gekauft hätte. Vielmehr behauptet sie nur, sie hätte das Fahrzeug bei Kenntnis der behaupteten Manipulationen nicht erworben und der Schaden bestünde im Kauf des minderwertigen Fahrzeugs (vgl. act. 1 Rz. 153; act. 31 Rz. 140, Rz. 160, Rz. 187). Aber selbst wenn die Klägerin behauptet hätte, ohne die angeblich täuschenden Handlungen der Beklagten überhaupt kein Fahrzeug gekauft zu haben, wäre einem solchem Standpunkt mangels Überzeugungskraft nicht zu folgen. Nach der allgemeinen Lebenserfahrung wäre zu erwarten, dass die Klägerin ein alternatives Fahrzeug angeschafft hätte, wenn sie Kenntnis von der unzulässigen Abschaltvorrichtung gehabt und deshalb das streitgegenständliche Fahrzeug nicht gekauft hätte. So betrug nach eigener Darstellung der Klägerin in ihrer Replik der Kilometerstand des Fahrzeugs seit seiner Inverkehrsetzung am 14. April 2011 bis zu seiner Ausserverkehrsetzung am 30. Januar 2019 rund 130'000 Kilometer (act. 31 Rz. 89; act. 3/5; act. 32/92). Würde die Klägerin nun den von ihr geleisteten Kaufpreis als Schadenersatz erhalten, hätte sie die Kosten für die intensive Nutzung eines Fahrzeugs während mehr als sieben Jahren gespart. Die Klägerin hat nicht dargetan, dass ihr heutiger Vermögensstand ohne den Kauf des Fahrzeugs höher gewesen wäre. Mithin liegt kein Schaden vor, weshalb Ziff. 1 abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten werden kann.

4.4.3 Minderwert als Schaden (Eventualbegehren)

4.4.3.1 Mit ihrem Eventualbegehren macht die Klägerin im eigentlichen Sinn die Minderungsklage aus kaufrechtlicher Sachgewährleistung geltend (Art. 205 OR). Ein solcher Minderungsanspruch scheidet aber bereits daran, dass die Klägerin weder Vertragspartnerin der Beklagten (vgl. vorstehend Ziff. 4.4.2.1) noch Eigentümerin des Fahrzeugs ist (vgl. vorstehend Ziff. 4.4.1).

4.4.3.2 Aber selbst wenn man davon ausginge, der Klägerin stehe im Verhältnis zur Beklagten, mit welcher sie keine Vertragsbeziehung hat, aufgrund ausservertraglicher Haftung ein Anspruch auf den merkantilen Minderwert zu, wären die Vo-

raussetzungen dafür nicht erfüllt. Entgegen den Ausführungen der Klägerin ist nämlich für die Schadensermittlung nicht die Differenz zwischen dem tatsächlichen Kaufpreis und dem hypothetischen Wert des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses am 9. Dezember 2010 bzw. am 13. April 2011 relevant (vgl. act. 31 Rz. 141), sondern der Wert des Fahrzeugs im Urteilszeitpunkt, und zwar unter Berücksichtigung der zwischenzeitlichen, intensiven Nutzung und weiterer wertmindernder Faktoren wie Alter und Laufleistung (vgl. statt vieler BGE 145 III 225 E. 4.1.2.2.). Wie die Klägerin selbst ausführt und bereits vorstehend dargelegt wurde (vgl. Ziff. 4.4.2.2), nutzte sie das Fahrzeug seit seiner Inverkehrsetzung am 14. April 2011 bis zu seiner Ausserverkehrsetzung am 30. Januar 2019 intensiv und legte rund 130'000 Kilometer zurück (act. 31 Rz. 89; act. 3/5; act. 32/92). Diese Nutzung wäre bei der Ermittlung des aktuellen Fahrzeugwerts wertmindernd zu berücksichtigen. Zudem handelt es sich vorliegend nicht um ein technisch einwandfrei instandgesetztes Fahrzeug, was für die Geltendmachung des merkantilen Minderwerts vorausgesetzt wäre (vgl. vorstehend Ziff. 4.3.2). Gemäss eigener und unbestrittener Darstellung der Klägerin ist das Fahrzeug seit dem 30. Januar 2019 nämlich ausser Verkehr gesetzt, weil sie das Software-Update nicht aufspielen liess (act. 31 Rz. 89; act. 32/92). Ein angeblicher Minderwert des Fahrzeugs nach Durchführung des Software-Updates behauptet die Klägerin dagegen nicht. Ein merkantiler Minderwert würde aber nur vorliegen, wenn eine Differenz zwischen dem Wert des Fahrzeugs mit aufgespieltem Software-Update (technisch einwandfreies Fahrzeug) unter Berücksichtigung von Alter, Laufleistung und Abnahme des merkantilen Minderwerts infolge Zeitablaufs und dem Wert den ein Dieselfahrzeug vom gleichen Typ, das nicht vom Dieselskandal betroffen ist, mit gleicher Laufleistung und Alter hätte, bestünde. Die Klägerin stellt indes keine entsprechenden Behauptungen auf.

Ein merkantiler Minderwert wird demnach nicht dargetan und das Eventualbegehren wäre auch abzuweisen, wenn erwiesen wäre, dass die Klägerin (noch) Eigentümerin des Fahrzeugs ist und eine Vertragsbeziehung zwischen der Klägerin und der Beklagten bestehen würde.

4.5 Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass kein Schaden im Vermögen der Klägerin vorliegt. Zunächst misslingt ihr der Nachweis, (noch) Eigentümerin des Fahrzeugs zu sein. Selbst wenn sich das Fahrzeug (noch) im Eigentum der Klägerin befände und daher ein allfälliger Schaden im Vermögen der Klägerin anzusiedeln wäre, läge kein Schaden vor, weil sich die Klägerin ein alternatives Fahrzeug angeschafft hätte. Auch der im Eventualstandpunkt geforderte merkantile Minderwert könnte nicht gegen die Beklagte geltend gemacht werden, weil diese nicht Vertragspartei der Klägerin ist. Von einem merkantiler Minderwert kann aber auch nicht ausgegangen werden, weil es die Klägerin unterlässt, die Differenz zwischen dem Wert des Fahrzeugs nach Aufspielen des Software-Updates und dem Wert eines Fahrzeugs, das nicht vom "... " betroffen ist, darzulegen. Demnach liegt kein Schaden im Sinne der Differenztheorie vor, soweit ein Schadenersatzanspruch aus Art. 41 ff. OR i.V.m. Art. 146 StGB aufgrund von allfällig betrügerischen Handlungen der Beklagten mangels Verjährung noch zu prüfen ist (vgl. vorstehend Ziff. 3.5.5). Die Klage ist daher sowohl gemäss Hauptbegehren als auch gemäss Eventualbegehren abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1 Verteilungsgrundsätze

Die Prozesskosten bestehen aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Sie werden der unterliegenden Partei auferlegt. Bei Nichteintreten gilt die klagende Partei als unterliegend (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Da auf die Klage teilweise nicht eingetreten werden kann, und sie im Übrigen abzuweisen ist, unterliegt die Klägerin vollständig. Ausgangsgemäss wird daher die Klägerin kostenpflichtig.

5.2 Gerichtskosten

Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebVOG; Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsäch-

lichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebVOG). Wird auf Zahlung einer Geldsumme in ausländischer Währung geklagt, so ist die Forderung zwecks Bestimmung des Streitwerts auf das Datum der Begründung der Rechtshängigkeit in Schweizer Franken umzurechnen (Urteil des BGer 4A_274/2011 vom 3. November 2011 E. 1.; SUTTER-SOMM/SEILER, a.a.O., Rz. 10 zu Art. 91 ZPO; STEIN-WIGGER MATTHIAS, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 2016, Rz. 22 zu Art. 91 ZPO). Die Klage wurde am 15. Mai 2020 rechtshängig. In diesem Zeitpunkt entsprach die Teilforderung von EUR 3'357.39 einem Betrag von CHF 3'529.42 (vgl. <www.oanda.com>), womit der Streitwert insgesamt CHF 36'631.40 beträgt. Die Grundgebühr von rund CHF 4'500.– ist aufgrund des Aufwandes auf CHF 6'000.– zu erhöhen. Die Gerichtsgebühr ist ausgangsgemäss der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und aus den von ihr geleisteten Vorschüssen zu beziehen (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

5.3 Parteientschädigung

Ausgangsgemäss wird die Klägerin entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Die Höhe der Parteientschädigung ist nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 zu bemessen (AnwGebV; Art. 105 Abs. 2 ZPO). Grundlage ist auch hier der Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Die Grundgebühr ist mit der Begründung bzw. Beantwortung der Klage verdient und deckt auch den Aufwand für die Teilnahme an einer allfälligen Hauptverhandlung ab. Die Grundgebühr beträgt vorliegend rund CHF 5'700.–. Für die Teilnahme an zusätzlichen Verhandlungen und für weitere notwendige Rechtsschriften wird ein Zuschlag von je höchstens der Hälfte der Grundgebühr berechnet (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV i.V.m. § 4 Abs. 1 AnwGebV). Bei der Festsetzung der Parteientschädigung ist zu berücksichtigen, dass die Beklagte eine zweite Rechtsschrift und eine Stellungnahme verfasste, aber keine Vergleichsverhandlung durchgeführt wurde (vgl. act. 24). In Anwendung von § 11 Abs. 2 AnwGebV ist der Beklagten eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 7'700.– zuzusprechen. Die Klägerin ist zu verpflichten, der Beklagten eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 7'700.– zu bezahlen.

Das Handelsgericht beschliesst:

1. Auf die Klage wird im Umfang von EUR 3'357.39 nebst 5% Zinsen seit dem 27.05.2016 nicht eingetreten.
2. Kosten- und Entschädigungsfolgen gemäss nachfolgendem Erkenntnis.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

und erkennt sodann:

1. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 6'000.–.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt und aus den von ihr geleisteten Kostenvorschüssen bezogen.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 7'700.– 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 36'631.40.

Zürich, 24. November 2022

Handelsgericht des Kantons Zürich

Die Vizepräsidentin:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. Claudia Bühler

Dr. Isabel Geissberger