



Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Vizepräsident, und Oberrichterin
Dr. Claudia Bühler, die Handelsrichter Peter Leutenegger,
Peter Schweizer und Hans-Jürg Roth sowie der Gerichtsschreiber
Jan Busslinger

Beschluss und Urteil vom 16. Mai 2017

in Sachen

A._____,

Kläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____,

Beklagte

betreffend **UWG**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- 1) Es sei festzustellen,
 - a. dass die von der Beklagten in Betreuung gesetzte Forderung gegen den Kläger in der Höhe von CHF 48'000.00 nebst Zins zu 5% seit 17. Februar 2015, Zahlungsbefehl vom 13. Juni 2016 in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Pfäffikon ZH, verjährt ist;
 - b. eventualiter dass die Aufschaltung der Webseite unter der auf den Namen der C._____ AG lautenden Domain http://f D._____ .ch vom 20. Januar 2015 bis 15. März 2015 keinen unlauteren Wettbewerb seitens des Klägers gegenüber der Beklagten darstellt und demzufolge der Kläger der Beklagten den in Betreuung gesetzten Betrag von CHF 48'000.00 nebst Zins zu 5% seit 17. Februar 2015 (Zahlungsbefehl vom 13. Juni 2016 in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Pfäffikon ZH) nicht schuldet;
 - c. dass im Übrigen zwischen dem Kläger und der Beklagten auch sonst kein Rechts- und Schuldverhältnis besteht und demzufolge der Kläger der Beklagten den in Betreuung gesetzten Betrag von CHF 48'000.00 nebst Zins zu 5% seit 17. Februar 2015 (Zahlungsbefehl vom 13. Juni 2016 in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Pfäffikon ZH) nicht schuldet.
- 2) Schliesslich sei das Betreibungsamt Pfäffikon ZH anzuweisen, die Betreuung Nr. ... der Beklagten gegen den Kläger, Zahlungsbefehl vom 13. Juni 2016, keinem Dritten bekannt zu geben (Art. 8a SchKG).
- 3) Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhalt

a. Parteien und ihre Stellung

Der Kläger ist eine natürliche Person mit Wohnsitz in ... ZH (act. 1 S. 1; act. 3/2). Er ist Verwaltungsrat der E._____ AG sowie Verwaltungsrat und Geschäftsführer der C._____ AG, beide mit Sitz in ... ZH (act. 1 Rz. 1, 42; act. 3/7; act. 3/8).

Die Beklagte ist eine natürliche Person mit unbekanntem Wohnsitz (act. 1 S. 1). Sie war vom 4. August 2011 bis 29. Juni 2015 als Einzelunternehmen unter der Firma "BF._____" im Handelsregister eingetragen (act. 1 Rz. 2, 43; act. 3/19). Seit 29. Juni 2015 ist sie einzige Gesellschafterin der F._____ GmbH mit Sitz in ... LU, welche mit Sacheinlage- und Sachübernahmevertrag vom 24. Juni 2015 die

Aktiven und Passiven des Einzelunternehmens übernommen hat (act. 1 Rz. 43; act. 3/20).

b. Prozessgegenstand

Die Behauptungen des Klägers sind unbestritten geblieben und decken sich, soweit vorhanden, mit den ins Recht gelegten Urkunden. Daraus ergibt sich der folgende Sachverhalt:

Die Beklagte betrieb seit 2012 in der Schweiz einen Online-Shop für ...partyartikel zunächst unter der Domain <www.F.____.ch>, später unter der Domain <www.G.____.ch> (act. 1 Rz. 2, 43, 75). Im September 2014 beauftragte sie die E.____ AG mit der Fertigstellung einer neuen Version ihres Online-Shops basierend auf dem kommerziellen, modularen Online-Shopsystem "Shopware" (act. 1 Rz. 4, 44; act. 3/21). Die Arbeiten führte die E.____ AG zwischen November 2014 und Februar 2015 aus, und die Beklagte bezahlte sämtliche Rechnungen ohne Beanstandungen oder Vorbehalte (act. 1 Rz. 3, 46; act. 3/22-26).

Am 6. November 2014 gründete der Kläger als alleiniger Verwaltungsrat die Firma C.____ AG (act. 1 Rz. 4, 47; act. 3/8). Diese schaltete am 20. Januar 2015 unter der Domain <D.____.ch> einen Online-Shop für den Vertrieb von ...partyartikeln auf, welcher auf einer eingekauften kommerziellen Shopware basierte (act. 1 Rz. 4, 47) und zwischen dem 20. Januar 2015 und dem 15. März 2015 in der Schweiz abrufbar war (act. 1 Rz. 6, 47, 48). Nach der Onlineschaltung mahnte die Beklagte die C.____ AG mit Schreiben vom 16. Februar 2015 ab, da sie der Ansicht war, diese habe gegen das UWG verstossen (act. 1 Rz. 5, 49; act. 3/5). Die C.____ AG, die E.____ AG und der Kläger haben eine Rechtsverletzung ihrerseits stets bestritten (act. 1 Rz. 50; act. 3/33; act. 3/9). Die C.____ AG stellte jedoch den Online-Shop nach acht Wochen unpräjudiziell und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht wieder ein (act. 1 Rz. 6, 52; act. 3/32; s. auch act. 3/9; act. 3/38). Vergleichsgespräche führten zu keiner Einigung (act. 1 Rz. 6, 53; act. 3/3; act. 3/9; act. 3/10). Eine Strafanzeige der Beklagten vom 13. Mai 2015 nahm die Staatsanwaltschaft Zug mit Verfügung vom 30. September 2015 nicht anhand (act. 1 Rz. 7, 54, 55; act. 3/6; act. 3/39).

Im Juni 2016 leitete die Beklagte gegen die E._____ AG, die C._____ AG und den Kläger gleichzeitig Betreibungen über je CHF 48'000.00 zuzüglich Zins zu 5 % seit 17. Februar 2015 ein (act. 1 Rz. 8, 33, 56; act. 3/2; act. 3/11; act. 3/12). Dagegen erhob der Kläger rechtzeitig Rechtsvorschlag (act. 1 Rz. 33, 58; act. 3/2; act. 3/11; act. 3/12).

B. Prozessverlauf

Mit Klageschrift vom 8. Dezember 2016 erhob der Kläger unter dem eingangs genannten Rechtsbegehren Klage gegen die Beklagte (act. 1; act. 3/2-39). Da von der Beklagten keine aktuelle zustellungsfähige Adresse bekannt war, wurde dem Kläger mit Verfügung vom 12. Dezember 2016 gleichzeitig mit der Fristansetzung zur Leistung eines Kostenvorschusses aufgetragen, eine aktuelle Adresse der Beklagten einzureichen oder den Nachweis zu erbringen, dass er keine aktuelle Adresse habe ausfindig machen können (act. 5). Mit Eingabe vom 22. Dezember 2015 nahm der Kläger auf die Vollmacht der Beklagten vom 13. Mai 2015 (act. 8/40) und vorprozessuale schriftliche und mündliche Korrespondenz Bezug (act. 7). Den Kostenvorschuss leistete er innerhalb der Frist (act. 9). Daraufhin wurde der Beklagten mit Verfügung vom 4. Januar 2017 durch Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt Frist zur Klageantwort angesetzt (act. 10; act. 12). Nachdem die Beklagte innerhalb der Frist weder eine Klageantwort eingereicht noch um Fristerstreckung nachgesucht hatte, wurde ihr mit Verfügung vom 15. März 2017 durch Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt eine kurze Nachfrist zur Einreichung einer Klageantwort angesetzt mit der Androhung, bei Säumnis werde das Gericht entweder einen Endentscheid treffen, sofern die Angelegenheit spruchreif sei, oder zur Hauptverhandlung vorladen (act. 14; act. 16; act. 17). Auch innerhalb dieser Nachfrist reagierte die Beklagte nicht.

Das Verfahren ist spruchreif, weshalb es durch Entscheid abzuschliessen ist (Art. 223 Abs. 2 Satz 1, Art. 236 Abs. 1 ZPO).

Erwägungen

1. Formelles

1.1. Publikation

Bei einer vertretenen Partei erfolgen Zustellungen an die Vertretung (Art. 137 ZPO). Hat ein Anwalt einer Partei noch keine Vollmacht eingereicht, so ist er zur Einreichung einer solchen aufzufordern (ALFRED BÜHLER, in: Alfred Bühler/Andreas Edelmann/Albert Killer, Kommentar zur Aargauischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Aarau/Frankfurt a.M./Salzburg 1998, N.2 zu § 91 ZPO/AG m.Nw.). Besteht kein Vertretungsverhältnis, so ist an die Partei zuzustellen. Ist deren Aufenthaltsort unbekannt und kann dieser trotz zumutbarer Nachforschungen nicht ermittelt werden, so erfolgt die Zustellung durch Publikation im kantonalen Amtsblatt oder im Schweizerischen Handelsamtsblatt (Art. 141 Abs. 1 lit. a ZPO).

Gemäss Auszug aus dem Betreibungsregister Horgen vom 21. November 2016 und Auskunft der Einwohnerkontrolle Horgen vom 14. Dezember 2016 hat sich die Beklagte am 31. August 2015 in das Vereinigte Königreich abgemeldet (act. 3/4; Prot. S. 2). Auf telefonische Nachfrage erklärte der vom Kläger in der Klageschrift aufgeführte Rechtsvertreter der Beklagten am 16. Dezember 2016, er vertrete die Beklagte nicht und habe auch keine aktuelle Adresse von ihr (act. 4). Im Handelsregistereintrag der F._____ GmbH, deren Gesellschafterin die Beklagte ist, war sie am 3. Dezember 2016 immer noch mit Wohnsitz in Horgen eingetragen (act. 3/20).

Die Konsultation der verfügbaren Register ergab keine gültige Adresse der Beklagten. Die Zustellungen erfolgten deshalb durch Publikation. Damit gelten sie am Tag der Publikation als erfolgt (Art. 141 Abs. 2 ZPO).

1.2. Säumnisurteil

Reicht die beklagte Partei auch innerhalb der Nachfrist keine Klageantwort ein, so trifft das Gericht einen Endentscheid, sofern die Angelegenheit spruchreif ist

(Art. 223 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Auf die Säumnisfolgen ist die Partei hinzuweisen (Art. 147 Abs. 3 ZPO).

Die Ansetzung der Frist zur Erstattung einer Klageantwort erfolgte durch Publikation am 9. Januar 2017 (act. 12) und lief dementsprechend am 10. März 2017 ungenutzt ab. Daraufhin erfolgt die Publikation der Ansetzung der Nachfrist mit Säumnisandrohung am 22. März 2017 (act. 17) und lief – unter Berücksichtigung der Gerichtsferien um Ostern (Art. 145 Abs. 1 lit. a ZPO) – am 26. April 2017 ab. Die Beklagte hat trotz Fristansetzung und Hinweis auf die Säumnisfolgen keine Klageantwort eingereicht.

Wie die nachfolgenden Ausführungen aufzeigen, erweist sich die Angelegenheit als spruchreif. Die Voraussetzungen für den Erlass eines Säumnisurteils sind somit erfüllt.

1.3. Internationale und örtliche Zuständigkeit

Nachdem die Beklagte Wohnsitz im Vereinigten Königreich hat (Ziffer 1.1 oben), besteht die internationale und örtliche Zuständigkeit gestützt auf Art. 5 Abs. 3 LugÜ.

1.4. Sachliche Zuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit stützt sich auf § 44 lit. a GOG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 lit. d ZPO.

1.5. Bestimmtheit des Rechtsbegehrens

Mit Rechtsbegehren Ziffer 1 lit. c verlangt der Kläger die Feststellung, dass zwischen dem Kläger und der Beklagten auch sonst kein Rechts- und Schuldverhältnis bestehe (act. 1 S. 2). Da auch die Feststellungsklage einen Streitgegenstand hat, muss sie dem Bestimmtheitsgebot genügen. Das Rechtsbegehren Ziffer 1 lit. c bezieht sich weder auf ein bestimmtes noch auf ein bestimmbares rechtliches Verhältnis. Auf Rechtsbegehren Ziffer 1 lit. c ist deshalb nicht einzutreten.

1.6. Rechtsschutzinteresse

Mit Rechtsbegehren Ziffer 1 beantragt der Kläger im Übrigen die Feststellung, dass die in Betreuung gesetzte Forderung verjährt sei (lit. a), eventualiter, dass keine Verletzung des UWG vorliege und die Forderung folglich nicht bestehe (lit. b).

Will sich ein Betriebener gegen den Eintrag im Betreibungsregister wehren, so steht ihm nach (noch) geltendem Recht (vgl. demgegenüber Änderung des SchKG vom 16. Dezember 2016, BBI 2016 8897), wenn er rechtzeitig Rechtsvorschlag erhoben hat (Rechtsprechung zu Art. 85a SchKG; BGE 125 III 149 E. 2c S. 152-153) und nicht den urkundlichen Nachweis der Tilgung oder Stundung erbringen kann (Art. 85 SchKG), nur die allgemeine Feststellungsklage zur Verfügung. Art. 8a Abs. 3 lit. a SchKG verlangt, dass die Betreuung nichtig ist oder aufgrund einer Beschwerde oder eines gerichtlichen Entscheids aufgehoben worden ist, damit das Betreibungsamt Dritten keine Kenntnis mehr von dieser gibt. Nach der Rechtsprechung hat das Urteilsdispositiv dazu die Betreuung nicht zwingend förmlich aufzuheben, jedoch muss sich "aus dem Ergebnis des Verfahrens ohne weiteres ergeben, dass die Betreuung bei ihrer Einleitung ungerechtfertigt gewesen und damit 'festgestelltermassen zu Unrecht' erfolgt" ist (BGE 125 III 334 E. 3 S. 336 unter Bezugnahme auf die Gesetzesmotive). Für die Begründung eines Feststellungsinteresses (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO) genügt dabei der Eintrag im Betreibungsregister, sofern die Betreuung nicht nachweislich einzig zur Unterbrechung der Verjährung einer Forderung eingeleitet worden ist, nachdem der Schuldner die Unterzeichnung einer Verjährungsverzichtserklärung verweigert hat (BGE 141 III 68 E. 2.7 S. 78-79; in Bezug auf namhafte Beträge auch schon BGE 120 II 20 E. 3c S. 25).

Die Beklagte leitete am 13. Juni 2016 eine Betreuung über CHF 48'000.00 gegen den Kläger ein (act. 1 Rz. 8, 33, 56; act. 3/2). Am 15. Juni 2016 erhob der Kläger dagegen Rechtsvorschlag (act. 1 Rz. 33, 58; act. 3/2).

Unter Hinweis auf die deutsche Rechtsprechung (dort zu § 256 Abs. 1 erste Variante deutsche ZPO: BGH, Urt. v. 26.09.2012 – VIII ZR 279/11, NJW 2013, 1077,

Tz. 39 m.Nw.; Urt. v. 10.11.1982 – VIII ZR 156/81, NJW 1983, 392, unter II.3) stellt die Berechtigung zur Erhebung der Verjährungseinrede auch nach Art. 88 ZPO ein der Feststellungsklage zugängliches Rechtsverhältnis dar. Die Verjährung hindert jedoch lediglich die zwangsweise Durchsetzbarkeit einer Forderung, ohne an deren Bestand etwas zu ändern. Die Klage auf Feststellung des Bestehens der Einrede der Verjährung setzt den Bestand der Forderung voraus, weshalb auch die aufgeführten Beispiele aus der deutschen Rechtsprechung in Reaktion auf eine positive Feststellungsklage erhobene Feststellungswiderklagen betreffen. Vorliegend fehlt es jedoch bereits an einem hinreichenden Rechtsschutzinteresse. Die Betreibung einer verjährten Forderung lässt sich trotz deren Belastung mit einer Einrede nicht als unberechtigt bezeichnen. Deshalb ist zu bezweifeln, ob die blosser Feststellung der Verjährung einer Mitteilung der Betreibung an Dritte entgegen stünde. So hat das Bundesgericht einen Klagerückzug nicht als ausreichenden Nachweis für die Ungerechtfertigkeit einer Betreibung anerkannt, selbst wenn diesem – wie heute nach Art. 65 und Art. 241 Abs. 2 ZPO – materielle Rechtskraft zukommen würde (BGE 125 III 334 E. 3 S. 336-337).

Hinsichtlich Rechtsbegehren Ziffer 1 lit. a ist deshalb die Vermutung eines hinreichenden Feststellungsinteresses widerlegt. Insoweit ist auf die Klage nicht einzutreten. Dagegen ist das Feststellungsinteresse des Klägers hinsichtlich Rechtsbegehren Ziffer 1 lit. b zu bejahen.

1.7. Fehlende Weisungskompetenz

Der Kläger beantragt in Ziffer 2 des Rechtsbegehrens, das Betreibungsamt anzuweisen, die Betreibung keinem Dritten bekannt zu geben. In rechtlicher Hinsicht stützt er sich auf das Urteil des Bundesgerichts 4A_440/2014 vom 27. November 2014 (act. 1 Rz. 91).

Gemäss Art. 8 Abs. 1 SchKG erfolgt die Führung des Betreibungsregisters durch die Betreibungsämter. Gegen deren Verfügung ist die Beschwerde an die Aufsichtsbehörde zulässig mit Ausnahme der Fälle, in denen der Weg der gerichtlichen Klage vorgeschrieben ist (Art. 17 Abs. 1 SchKG). Die Kompetenz der Gerichte bedarf deshalb einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage (BGE 139 III

444 E. 4.1 S. 446; KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl. 2013, § 4 N 42). Im Gegensatz zu Art. 85 SchKG und Art. 85a Abs. 3 SchKG besteht für das mit einer allgemeinen negativen Feststellungsklage befasste Gericht keine Annexkompetenz zu einem Eingriff in das Betreibungsverfahren.

Eine Kompetenz zur Erteilung von Anweisungen an das Betreibungsamt ergibt sich auch nicht aus dem vom Kläger angeführten Urteil des Bundesgerichts. Im Gegenteil wird darin die fehlende Kompetenz des Zivilgerichts bestätigt. In diesem Zusammenhang sei auf die dortigen Erwägungen verwiesen, welche das Ergebnis nochmals zusammenfassen (Urteil des Bundesgerichts 4A_440/2014 vom 27. November 2014 E. 4.2):

"[...] Art. 8 Abs. 3 lit. a SchKG bildet keine gesetzliche Grundlage, gestützt auf welche die Zivilgerichte den Betreibungsämtern Anweisungen geben könnten, wie sie der Beschwerdeführer hier widerklageweise verlangte. Indessen ergibt sich aus dieser Bestimmung, dass die Betreibungsämter (auf entsprechende Mitteilung von sich aus) Dritten von einer Betreibung u.a. dann keine Kenntnis geben, wenn die Betreibung aufgrund eines gerichtlichen Entscheids aufgehoben oder deren Nichtigkeit festgestellt wurde (vgl. Erwägung 2). Die Anwendung von Art. 8 Abs. 3 lit. a SchKG steht in der ausschliesslichen Kompetenz der Betreibungsbehörde, die das Register führt (Art. 8 SchKG), nicht in derjenigen der Zivilgerichte, selbst wenn diese mit einer negativen Feststellungsklage über die Betreibungsforderung befasst sind (s. zur Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen den Zivilgerichten und den Betreibungsbehörden: BGE 139 III 444). Ein Begehren um "Löschung" eines Betreibungsregistereintrags, d.h. um Kennzeichnung des Eintrags mit einem entsprechenden Vermerk (BGE 121 III 81 E. 4a S. 83 f.) bzw. um Nichtmitteilung eines Eintrags an Dritte, muss deshalb beim zuständigen Betreibungsamt gestellt werden. Gegen dessen Entscheid ist einzig die Beschwerde an die kantonale Aufsichtsbehörde (Art. 17 SchKG), an eine allfällige (Art. 13 SchKG; AMONN/WALTHER, a.a.O., S. 24) obere kantonale Aufsichtsbehörde nach Art. 18 SchKG und schliesslich an das Bundesgericht nach Art. 19 SchKG i.V.m. Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG zulässig (s. dazu PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, 1999, N. 33 und 64 zu Art. 8a SchKG; vgl. auch PETER, a.a.O., N. 36 zu Art. 8a SchKG)."

Aufgrund fehlender gerichtlicher Zuständigkeit ist auf Rechtsbegehren Ziffer 2 nicht einzutreten.

1.8. Übrige Sachurteilsvoraussetzungen

Hinsichtlich Rechtsbegehren Ziffer 1 lit. b sind auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt, weshalb auf dieses einzutreten ist.

2. Feststellungsbegehren

Wer durch unlauteren Wettbewerb in seiner Kundschaft, seinem Kredit oder beruflichen Ansehen, in seinem Geschäftsbetrieb oder sonst in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt wird, kann nach Deliktsrecht Schadenersatz und Genugtuung sowie nach Geschäftsführung ohne Auftrag die Herausgabe eines Gewinnes verlangen (Art. 9 Abs. 1 und 3 UWG i.V.m. Art. 41 Abs. 1 und Art. 49 OR sowie Art. 423 Abs. 1 OR).

Die Beweislastregeln gelten unabhängig von der Verteilung der Parteirollen. Bei der negativen Feststellungsklage trägt entsprechend Art. 8 ZGB die Beklagte die Beweislast für die den Bestand der streitigen Forderung begründenden Sachumstände (HANS PETER WALTER, in: Berner Kommentar, 2012, N. 487 zu Art. 8 ZGB).

Gemäss Zahlungsbefehl vom 13. Juni 2016 stützt die Beklagte ihre Forderung von CHF 48'000.00 auf "Vertragsverletzung, Verstoss gegen das UWG" (act. 1 Rz. 8, 56; act. 3/2). Einen Verstoss gegen das UWG führte sie auch in der Abmahnung vom 16. Februar 2015 auf (act. 1 Rz. 22; act. 3/5), und denselben Betrag liess sie bereits mit Schreiben vom 9. April 2015 durch ihren Rechtsvertreter geltend machen (act. 1 Rz. 52, 53; act. 3/3). Demnach soll sich die Forderung aus CHF 8'000.00 für eine Rückforderung des Honorars der E._____ AG sowie aus CHF 40'000.00 "für den unrechtmässigen Wettbewerbsvorteil (kurze Aufbauphase der Website resp. der C._____ AG und entsprechend raschere Gewinne; Entschädigung für unrechtmässig erlangte Daten, Konzepte, Kontakte; Entschädigung anwaltliche Abmahnung etc.)" zusammensetzen (act. 3/3).

Der Kläger bestreitet den Schaden sowohl im Grund als auch im Quantitativ (act. 1 Rz. 8, 11, 51-53) sowie insbesondere das Vorliegen eines Vertragsverhältnisses mit der Beklagten (act. 1 Rz. 8, 49, 57, 60, 85). In tatsächlicher Hinsicht bringt er vor, das Layout des Online-Shops der C._____ AG habe auf einer ein-

gekauften, kommerziell durch jedermann erwerbbaaren Vorlage beruht (act. 1 Rz. 4, 47). Im Rahmen der Tätigkeit der E._____ AG habe die Beklagte dieser weder Informationen anvertraut, noch seien solche Informationen später von der C._____ AG verwertet worden (act. 1 Rz. 51).

Zufolge Säumnis ist die tatsächliche Darstellung seitens der Beklagten unbestritten geblieben. Abbilder des Online-Shops der C._____ AG finden sich in den Akten nicht. Die Beklagte war auch bei der Staatsanwaltschaft Zug nicht in der Lage, entsprechendes Vergleichsmaterial zu liefern, was zur Nichtanhandnahme der Strafanzeige führte (Nichtanhandnahmeverfügung vom 30. September 2016; act. 3/39 S. 2). Ein hinreichend substantiiertes Sachverhalt ist weder bewiesen noch dargetan. Nach den Regeln der Beweislast wirkt sich dies zu Lasten der Beklagten aus. Das Bestehen von Ansprüchen der Beklagten aus dem Streitverhältnis ist somit nicht erstellt.

Im Ergebnis ist festzustellen, dass die die von der Beklagten gegen den Kläger in Betreuung gesetzte Forderung von CHF 48'000.00 zuzüglich Zins zu 5 % seit 17. Februar 2015, Betreuung Nr. ..., Betreibungsamt Pfäffikon ZH, Zahlungsbe-
fehl vom 13. Juni 2016, nicht besteht

3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

3.1. Kostenaufgabe

Der Kläger unterliegt im Umfang des Nichteintretens auf die Klage (Art. 106 Abs. 1 S. 2 ZPO), die Beklagte dagegen im Umfang der Gutheissung des Feststellungsbegehrens. Es rechtfertigt sich daher, die Prozesskosten den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 2 ZPO).

3.2. Gerichtskosten

Die Höhe der Gerichtskosten bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG; Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG). Sie richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Dieser beträgt CHF 48'000.00 (Art. 91 Abs. 1 ZPO).

Die nach § 4 Abs. 1 GebV OG ermittelte ordentliche Gerichtsgebühr beträgt CHF 5'390.00. Da das Verfahren nach Säumnis erledigt werden kann, rechtfertigt sich eine Reduktion der Grundgebühr nach § 4 Abs. 2 i.V.m. § 10 Abs. 1 GebV OG, zumal für Streitigkeiten dieser Art nach dem zukünftigen Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG in Kürze eine raschere und günstigere Methode zur Verfügung stehen wird, um die Mitteilung verwaister Betreibungsbegehren zu verhindern (s. Ziffer 1.6 oben). Angesichts des mit dem vorliegenden Verfahren verbundenen Aufwands (verschiedene prozessuale Fragen; Publikationen) ist die Reduktionsmöglichkeit jedoch nicht vollständig auszuschöpfen.

Die Gerichtsgebühr ist auf CHF 4'000.00 festzusetzen und ausgangsgemäss den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen. Diese Kosten sind aus dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss zu decken (Art. 111 Abs. 1 S. 1 ZPO). Für die der Beklagten auferlegten Kosten ist dem Kläger das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen (Art. 111 Abs. 2 ZPO).

3.3. Parteientschädigung

Bei berufsmässig vertretenen Parteien bestimmt sich der Kostenersatz nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV; Art. 95 Abs. 3 lit. b und 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003). Er richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Dieser beträgt CHF 48'000.00 (Art. 91 Abs. 1 ZPO; s. bereits Ziffer 3.2 oben).

Die nach § 4 Abs. 1 AnwGebV ermittelte Grundgebühr beträgt CHF 6'820.00. Der Anspruch auf die Grundgebühr ist mit der Erarbeitung der Klagebegründung entstanden (§ 11 Abs. 1 Satz 1 AnwGebV). Gründe für Zuschläge oder Reduktionen bestehen nicht.

Die Beklagte ist ausgangsgemäss zur Zahlung einer reduzierten Parteientschädigung von CHF 3'410.00 an den Kläger zu verpflichten.

Das Handelsgericht beschliesst:

1. Auf die Rechtsbegehren Ziffer 1 lit. a, Ziffer 1 lit. c und Ziffer 2 wird nicht eingetreten.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

und erkennt sodann:

1. Es wird festgestellt, dass die von der Beklagten gegen den Kläger in Betreuung gesetzte Forderung von CHF 48'000.00 zuzüglich Zins zu 5 % seit 17. Februar 2015, Betreuung Nr. ..., Betreibungsamt Pfäffikon ZH, Zahlungsbefehl vom 13. Juni 2016, nicht besteht.
2. Die Gerichtsgebühr wird auf CHF 4'000.00 festgesetzt.
3. Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt und aus dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Im Umfang des der Beklagten auferlegten Kostenanteils wird dem Kläger das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 3'410.00 zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte durch Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt.
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 48'000.00.

Zürich, 16. Mai 2017

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vizepräsident:

Gerichtsschreiber:

Oberrichter Roland Schmid

Jan Busslinger