



Mitwirkend: Obergerichter Dr. George Daetwyler, Präsident, Ersatzoberrichterin Nicole Klausner, Handelsrichterin Dr. Myriam Gehri, Handelsrichter Thomas Klein und Handelsrichter Peter Leutenegger sowie der Gerichtsschreiber Christian Markutt

**Beschluss und Urteil vom 17. August 2017**

in Sachen

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

Kläger

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

gegen

**B.**\_\_\_\_\_ ag,

Beklagte

betreffend **Feststellung**

### **Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei gerichtlich festzustellen, dass der Kläger nicht Schuldner, der von der Beklagten in Betreuung gesetzten Forderung von CHF 93'168.45 zuzüglich 5% Zins seit 30.01.2015 ist; eventualiter es sei festzustellen, dass diese vorerwähnte Forderung nicht besteht.
2. Es sei sodann festzustellen, dass das Betreibungsverfahren Nr. ... beim Betreuungspfannenstiel ungerechtfertigt eingeleitet worden ist, weshalb Nichtigkeit besteht, bzw. die Aufhebung der vorerwähnten Betreuung zu erklären ist.
3. Das Betreibungsamt Pfannenstiel, Bahnhofstrasse 6, 8708 Männedorf, sei anzuweisen, den Registereintrag zu löschen bzw. den Eintrag keinen Dritten mitzuteilen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

### **Sachverhalt und Verfahren**

#### A. Sachverhaltsübersicht

##### a. Parteien und ihre Stellung

Der Kläger, türkischer Staatsangehöriger mit Wohnsitz in C.\_\_\_\_\_, ist ein ehemaliges Verwaltungsratsmitglied der D.\_\_\_\_\_ AG in Liquidation, eine Gesellschaft mit der wesentlichen Zweckumschreibung: Erwerb, Entwicklung, Realisierung, Bewirtschaftung und Nutzung von Immobilien.

Bei der Beklagten handelt es sich um eine Aktiengesellschaft mit Sitz in E.\_\_\_\_\_, welche u.a. den Betrieb eines Baugeschäftes für Hoch- und Tiefbau sowie Baumeisterarbeiten, Handel mit Baumaterialien, Handel mit sowie die Vermittlung, den Verkauf und die Verwertung von Liegenschaften, die Planung und Durchführung von Bauten aller Art sowie die Erstellung von Bauten als General- oder Totalunternehmerin bezweckt.

b. Prozessgegenstand

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet das von der Beklagten gegen den Kläger angestrengte Betreibungsverfahren vom 8. April 2016 für einen Betrag von CHF 93'166.45 (act. 1 Ziff. 4 [S. 5]; act. 3/7). Der Kläger verlangt zur Hauptsache die Feststellung, dass (sinngemäss) seine Passivlegitimation für die betriebene Forderung nicht gegeben sei, eventualiter die Forderung nicht bestehe. Weiter wird von ihm die Feststellung der Nichtigkeit der Betreuung bzw. deren Aufhebung beantragt sowie schliesslich, dass der entsprechende Registereintrag zu löschen bzw. keinen Dritten mitzuteilen sei (act. 1 S. 2).

B. Prozessverlauf

Am 13. Februar 2017 (Datum Poststempel) reichte der Kläger hierorts die Klage ein (act. 1). Mit Verfügung vom 17. Februar 2017 (act. 5) wurde dem Kläger Frist zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses angesetzt, welcher rechtzeitig geleistet wurde (act. 7). Gleichzeitig wurde dem Kläger eine Nachfrist angesetzt, um ein Beweismittelverzeichnis sowie eine aktuelle Vollmacht einzureichen (act. 5), welche er mit Eingabe vom 20. März 2017 fristgerecht nachreichte (act. 8-11). Mit Verfügung vom 23. März 2017 wurde der Beklagten Frist für die Erstattung der Klageantwort bis zum 12. Juni 2017 angesetzt (act. 12). Obwohl die Beklagte die Verfügung vom 23. März 2017 (act. 12) entgegengenommen hatte (act. 13/2), reichte sie innert Frist weder eine Klageantwort ein noch ersuchte sie rechtzeitig um eine Fristerstreckung. Mit Verfügung vom 19. Juni 2017 wurde der Beklagten in Anwendung von Art. 223 Abs. 1 ZPO – und unter Hinweis auf die Säumnisfolgen – eine kurze Nachfrist zur Erstattung der Klageantwort bis zum 11. Juli 2017 angesetzt (act. 14). Obwohl auch diese Verfügung von der Beklagten entgegengenommen wurde (act. 15/2), reichte sie innert Nachfrist keine Klageantwort ein.

Da sich die Angelegenheit – wie nachfolgend dargelegt – als spruchreif erweist, ist androhungsgemäss darüber zu entscheiden (Art. 223 Abs. 2 ZPO).

## Erwägungen

### 1. Formelles

#### 1.1. Versäumte Klageantwort

Gemäss Art. 223 Abs. 2 ZPO trifft das Gericht bei definitiv versäumter Klageantwort einen Endentscheid, sofern die Angelegenheit spruchreif ist. Hierzu muss die Klage soweit geklärt sein, dass darauf entweder mangels Prozessvoraussetzungen nicht eingetreten oder sie durch Sachurteil erledigt werden kann. Steht dem Eintreten auf die Klage nichts entgegen, bedeutet Spruchreife, dass der Klagegrund im Hinblick auf die anwendbaren Rechtsnormen hinreichend substantiiert ist und – darüber hinaus – dass das Gericht an der Richtigkeit der klägerischen Tatsachenbehauptungen keine erheblichen Zweifel hat (Art. 153 Abs. 2 ZPO). Unter den gegebenen Umständen ist, wenn es die klägerische Sachdarstellung erlaubt, nach dem Klagebegehren zu erkennen, andernfalls ist die Klage abzuweisen. Dabei hat das Gericht auch rechtshemmende, rechtshindernde und rechtsaufhebende Tatsachen zu berücksichtigen, soweit sie in der Klage selbst angeführt sind. Andere Tatsachen, die aus den Akten ersichtlich sind, dürfen nur insoweit berücksichtigt werden, als es für das Vorhandensein der von Amtes wegen zu prüfenden Prozessvoraussetzungen von Bedeutung ist (Art. 60 ZPO). An der erforderlichen Spruchreife fehlt es – zur Hauptsache –, wenn das Klagebegehren oder die Begründung der Klage (noch) unklar, unbestimmt oder offensichtlich unvollständig ist (Art. 56 ZPO) oder dem Gericht die Klagebegründung in erheblichem Mass als unglaubhaft erscheint und es darüber Beweis erheben will (Art. 153 Abs. 2 ZPO; BSK ZPO-WILLISEGGER, 3. Aufl. 2017, Art. 223 N. 17 ff.; ERIC PAHUD, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 223 N. 3 ff.).

#### 1.2. Prozessvoraussetzungen (Art. 59 Abs. 2 ZPO)

Das Gericht prüft von Amtes wegen, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 60 Abs. 1 ZPO). Prozessvoraussetzungen sind insbesondere das schutzwürdige Interesse (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO) sowie die sachliche und örtliche Zuständigkeit (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO). Da die Parteien beide ihren Sitz bzw.

Wohnsitz im Kanton Zürich haben, ist die örtliche Zuständigkeit gegeben und gibt zu keinen Bemerkungen Anlass. Nachdem sich die vorliegend im Zentrum stehende und in Betreuung gesetzte Forderung der Beklagten auf Werkverträge stützt (vgl. act. 1 S. 3 f.; act. 3/7), ist offensichtlich die geschäftliche Tätigkeit der Parteien (Bauwesen) betroffen; dies gilt auch bei einer Abtretung der ursprünglichen Ansprüche (vgl. DAETWYLER/STALDER, in Brunner/Nobel [Hrsg.], Handelsgericht Zürich 1866-2016, Festschrift zum 150. Jubiläum, Zürich 2016, S. 173 f.). Weiter ist die beklagte Partei im schweizerischen Handelsregister eingetragen (Art. 6 Abs. 3 ZPO) und der Streitwert übersteigt CHF 30'000.–. Abgesehen von den spezifischen Zuständigkeitsfragen im Zusammenhang mit dem SchKG (hierzu sogleich Ziff. 1.2.1. ff.) wären damit insoweit die Voraussetzungen der sachlichen Zuständigkeit gemäss Art. 6 Abs. 2 und 3 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG gegeben.

#### 1.2.1. Rechtsbegehren Ziffer 1

Zu unterscheiden ist grundlegend zwischen betreibungsrechtlichen bzw. vollstreckungsrechtlichen Streitigkeiten einerseits und materiellrechtlichen Streitigkeiten andererseits (BGE 140 III 355 E. 2.3.3). Dabei hat das Bundesgericht entschieden, dass es sich sowohl bei rein betreibungsrechtlichen Streitigkeiten als auch bei betreibungsrechtlichen Klagen mit Reflexwirkung auf das materielle Recht grundsätzlich nicht um handelsgerichtliche Streitigkeiten handelt (BGE 140 III 355). Nach der Auffassung des Handelsgerichts des Kantons Zürich fällt überdies auch die handelsgerichtliche Zuständigkeit für die betreibungsrechtliche negative Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG ausser Betracht (DAETWYLER/STALDER, a.a.O., S. 182 ff.).

Wie erwähnt, macht der Kläger mit seinem Rechtsbegehren Ziffer 1 geltend, dass er in der fraglichen Betreuung nicht passivlegitimiert sei, eventualiter verlangt er die Feststellung des Nichtbestands der Forderung. Eine unmittelbar betreibungsrechtliche Wirkung besteht hier nicht; es handelt sich um ein rein materiellrechtliches Begehren. In Übereinstimmung mit der klägerischen Begründung ist somit von einer (negativen) Feststellungsklage gemäss Art. 88 ZPO auszugehen, für welche grundsätzlich die handelsgerichtliche Zuständigkeit

gegeben ist. Bei der allgemeinen Klage auf Feststellung des Nichtbestehens der in Betreuung gesetzten Forderung handelt es sich – neben der Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG – um den primären Rechtsbehelf, damit gestützt auf ein Urteil die Betreuung Dritten im Sinne von Art. 8a Abs. 3 lit. a SchKG nicht zur Kenntnis gebracht werden darf (BGE 141 III 68 E. 2.2; BGE 128 III 334 = PRA 91 [2002] Nr. 195; vgl. KREN KOSTKIEWICZ, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 2. Aufl. 2014, N. 157; KUKO SchKG-BRÖNNIMANN, 2. Aufl. 2014, Art. 85a N. 29). Die Annahme einer Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG fällt ausser Betracht, da gemäss unbestrittenem Sachverhalt kein rechtskräftiger Zahlungsbefehl vorliegt, da der Kläger einen Rechtsvorschlag erhob (act. 3/7), (vgl. act. 1 Ziff. 4 [S. 5]; act. 3/7), was indessen deren Voraussetzung wäre (BGE 141 III 68 E. 2.6.1.2; BGE 140 III 41 E. 3.2.2; BGE 125 III 149 E. 2c).

Als weitere Prozessvoraussetzung bedarf bei Feststellungsklagen das *schutzwürdige Interesse* (sog. Feststellungsinteresse) einer besonderen Begründung. Ein schutzwürdiges Interesse besteht im Allgemeinen, wenn (i) die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien ungewiss (oder gefährdet) sind, (ii) die Fortdauer dieser Rechtsungewissheit der klagenden Partei nicht zugemutet werden kann und (iii) diese Ungewissheit auf keinem anderen Weg als durch die gerichtliche Feststellung beseitigt werden kann (ZÜRCHER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], ZPO Komm., 3. Aufl. 2016, Art. 59 N. 13 m.w.H.). Für das schutzwürdige Interesse des betriebenen Schuldners, der Rechtsvorschlag erhoben hat, gilt nach neuerer bundesgerichtlicher Rechtsprechung, dass ein Feststellungsinteresse am Nichtbestand der Forderung grundsätzlich besteht, sobald die Forderung in Betreuung gesetzt wurde, ohne dass der Feststellungskläger konkret nachweisen muss, dass er wegen der Betreuung in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit empfindlich beeinträchtigt wird (BGE 141 III 68 E. 2.7). Vorzubehalten ist lediglich noch der – vorliegend nicht gegebene – Fall, dass die Betreuung nachweislich einzig zur Verjährungsunterbrechung nach Art. 135 Ziff. 2 OR eingeleitet werden musste (vgl. BGE 141 III 68 E. 2.7 unter Hinweis auf BGE 132 III 226).

Nachdem der Kläger diese Voraussetzungen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gehörig dargetan hat (act. 1 Ziff. 4 [S. 5]; act. 3/7), was unbestritten blieb, und keine Konstellation bezüglich Verjährungsunterbrechung gegeben ist, ist auf Rechtsbegehren Ziffer 1 einzutreten.

#### 1.2.2. Rechtsbegehren Ziffer 2

Im Gegensatz zum Rechtsbegehren Ziffer 1 beschlägt das Rechtsbegehren Ziffer 2 in erster Linie betreibungsrechtliche Sachverhalte, indem der Kläger einerseits die Feststellung darüber begehrt, das Betreibungsverfahren sei *ungerechtfertigt eingeleitet* worden, andererseits die Feststellung der *Nichtigkeit* der Betreuung bzw. die *Aufhebung* der Betreuung verlangt. Aufgrund des Rechtsbegehrens Ziffer 1 mangelt es dem Kläger in Bezug auf das Rechtsbegehren Ziffer 2 bereits an einem schutzwürdigen Interesse, womit offen bleiben kann, inwiefern generell darauf eingetreten werden könnte: In Übereinstimmung mit der Klagebegründung geht es dem Kläger im Wesentlichen darum, dass Dritten im Sinne von Art. 8a Abs. 3 SchKG von der Betreuung keine Kenntnis gegeben wird. Wie dargelegt (vgl. oben Ziff. 1.2.1.), führt aber bereits eine Gutheissung der allgemeinen negativen Feststellungsklage gemäss Rechtsbegehren Ziffer 1 dazu, dass die Kenntnisgabe an Dritte verweigert werden kann (vgl. BSK SchKG-STAEHELIN, Ergänzungsband zur 2. Aufl. 2017, Art. 8a ad N. 19 SchKG). Demzufolge fehlt es hinsichtlich Rechtsbegehren Ziffer 2 am notwendigen schutzwürdigen Interesse einer solchen (zusätzlichen) Feststellung.

#### 1.2.3. Rechtsbegehren Ziffer 3

Mit seinem Rechtsbegehren Ziffer 3 verlangt der Kläger, es sei das Betreibungsamt anzuweisen, den Registereintrag zu löschen bzw. – sinngemäss – Dritten gestützt auf Art. 8a Abs. 3 SchKG keine Kenntnis von der Betreuung zu geben. Nach der diesbezüglich klaren neuen Rechtsprechung steht allerdings die Anwendung von Art. 8a Abs. 3 lit. a SchKG in der alleinigen Kompetenz der Betreibungsbehörde, welche das Register führt (Art. 8 SchKG); in dieser Hinsicht besteht explizit *keine Weisungskompetenz der Zivilgerichte an die Betreibungsämter* (Urteil des Bundesgerichts 4A\_440/ 2014 vom 27. November

2014 E. 4.2.; Beschluss und Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich RU150069 vom 1. Februar 2016 E. 5.2.).

#### 1.2.4. Fazit zu den Prozessvoraussetzungen

In Bezug auf das Rechtsbegehren Ziffer 1 ist das Handelsgericht des Kantons Zürich örtlich wie auch sachlich zuständig; ebenso sind die weiteren Prozessvoraussetzungen gegeben, womit darauf einzutreten ist. Auf die Rechtsbegehren Ziffer 2 und 3 ist dagegen nicht einzutreten.

## 2. Unbestrittener Sachverhalt

### 2.1. Zugrundeliegende Geschäftsverhältnisse

Gemäss den unbestritten gebliebenen Darstellungen des Klägers, an deren Richtigkeit zu zweifeln kein Anlass besteht (Art. 153 Abs. 2 ZPO), und in Übereinstimmung mit den von ihm eingereichten Unterlagen, ist von folgenden vertraglichen Grundlagen bzw. Geschäftsverhältnissen zwischen den Parteien auszugehen:

Die *D.\_\_\_\_\_ AG* hatte mit der *F.\_\_\_\_\_ AG* am 19. Dezember 2013 bzw. 26. Februar 2014 Werkverträge betreffend Abbruch-/Aushub-/Baumeister- und Kanalisationsarbeiten hinsichtlich der Liegenschaften *G.\_\_\_\_\_ -Strasse ...* und ... (Zürich) abgeschlossen (act. 1 Ziff. 1 [S. 6]; act. 3/8 und act. 3/9). Am 2. April 2014 wurde vereinbart, dass die *B.\_\_\_\_\_ AG* als neue Vertragspartnerin in die erwähnten Werkverträge eintritt. Ein Konkursverfahren über die ursprüngliche Vertragspartnerin *F.\_\_\_\_\_ AG* wurde mit Urteil vom 30. April 2014 mangels Aktiven eingestellt und die Gesellschaft im Sinne von Art. 159 Abs. 5 lit. a HRegV gelöscht (act. 1 Ziff. 1 [S. 6 f.]; act. 3/10 und act. 3/11). Mit Schreiben vom 17. Juli 2014 hat der Kläger namens der *D.\_\_\_\_\_ AG* – u.a. infolge vertragswidrigem Bezug sowie der Nichtbezahlung von Subunternehmern – die Verträge per sofort beendet (act. 1 Ziff. 1 [S. 7]; act. 3/12). Am 5. Januar 2015 ist der Kläger (bisher Verwaltungsratsmitglied mit Einzelzeichnungsberechtigung) aus der *D.\_\_\_\_\_ AG* ausgeschieden. Mit Urteil vom 4. März 2015 wurde über die *D.\_\_\_\_\_ AG* der



Konkurs eröffnet; das Konkursverfahren wurde sodann mit Urteil vom 2. Juli 2015 mangels Aktiven eingestellt (act. 1 Ziff. 1 [S. 8]; act. 3/13).

## 2.2. Forderung gegen den Kläger

Die behauptete und in Betreuung gesetzte Forderung der B.\_\_\_\_\_ AG von insgesamt CHF 93'168.45 stützt sich auf folgende Rechnungen (act. 1 Ziff. 1 [S. 8]):

- Rechnung Nr. 001.02.2014.002 vom 27.02.2014; CHF 15'000.–; act. 3/2
- Rechnung Nr. 100.06.2014.005 vom 02.06.2014; CHF 5'130.–; act. 3/3
- Rechnung Nr. 100.06.2014.006 vom 02.06.2014; CHF 7'020.–; act. 3/4
- Rechnung Nr. 100.06.2014.013 vom 17.06.2014; CHF 16'005.60; act. 3/5
- Rechnung Nr. 100.06.2014.004 vom 16.07.2014; CHF 50'010.85; act. 3/6

Gemäss Schlussrechnung vom 27. Februar 2014 hatte die D.\_\_\_\_\_ AG der B.\_\_\_\_\_ AG Akontozahlungen in Höhe von CHF 95'000.–, sowie CHF 130'000.– an Subunternehmer, geleistet (act. 1 Ziff. 1 [S. 9]). Gemäss der unbestritten gebliebenen Sachverhaltsdarstellung des Klägers sind die von der Beklagten geltend gemachten einzelnen Forderungen im Wesentlichen entweder schon abgegolten worden oder ungerechtfertigt (act. 1 Ziff. 1 [S. 9 ff.]).

## 3. Würdigung

Gemäss den soweit schlüssigen und unbestrittenen Darstellungen des Klägers besteht die von der Beklagten geltend gemachte und in Betreuung gesetzte (Gesamt-)Forderung aus Werkvertrag nicht. Selbst wenn der Nichtbestand der fraglichen Forderungen noch zweifelhaft wäre, so ist jedenfalls nicht ersichtlich, weshalb der Kläger persönlich und nicht die D.\_\_\_\_\_ AG als Vertragspartnerin (vgl. act. 3/8 und act. 3/9) ins Recht gefasst werden sollte. Abgesehen von Durchgriffskonstellationen (vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Aufl. 2012, § 2 N. 43 ff.) ist grundsätzlich, insbesondere auch im Konkurs, die Selbständigkeit der juristischen Person zu beachten (Art. 620 Abs. 2 OR; Urteil des Bundesgerichts 4D\_137/2008 vom 16. Februar 2009 E. 2.2). Die Pas-

sivlegitimation des Klägers für die Forderungen ist nicht gegeben, womit die Feststellungsklage gemäss Rechtsbegehren Ziffer 1 [erster Teilsatz] gutzuheissen ist; für die lediglich eventualiter beehrte Feststellung des Nichtbestandes der Forderung verbleibt aufgrund der Gutheissung des Hauptbegehrens kein Raum (vgl. STAEHELIN/STAE-HELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2013, § 10 N. 44).

#### 4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

##### 4.1. Gerichtskosten

Die Kosten- und Entschädigungsfolgen sind nach Obsiegen und Unterliegen der Parteien im Prozess festzulegen; bei Nichteintreten gilt die klagende Partei als unterliegend (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Die Regelung räumt dem Gericht bei der Kostenverteilung ein weites Ermessen ein, insbesondere kann dabei auch das Gewicht der einzelnen Rechtsbegehren innerhalb eines Rechtsstreits berücksichtigt werden (Urteil des Bundesgerichts 4A\_207/2015 vom 2. September 2015 E. 3.1. m.w.H.; URWYLER/GRÜTTER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 106 N. 6). In der Praxis wird in der Regel ein geringfügiges Unterliegen (im Umfang von einigen Prozenten) nicht berücksichtigt (Urteil des Bundesgerichts 4A\_364/2013 vom 5. März 2014 E. 18). Eventualbegehren fallen nicht in Betracht, sofern das Hauptbegehren geschützt wird (BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, 3. Aufl. 2017, Art. 106 N. 3).

Der Kläger obsiegt im Hauptpunkt (Rechtsbegehren Ziffer 1) seiner Klage; das Eventualbegehren gemäss Rechtsbegehren Ziffer 1 [zweiter Teilsatz] ist dabei nicht zu beachten. Auf die beiden Rechtsbegehren Ziffer 2 und 3 ist nicht einzutreten, womit der Kläger diesbezüglich als unterliegend gilt. Der Kläger obsiegt zwar mit seinem zentralen Begehren (Nichtbestand der Forderung), dem weitaus bedeutendsten Punkt, wobei das Unterliegen in den Nebenpunkten gerade noch nicht so geringfügig ist, als dass dies überhaupt nicht berücksichtigt werden könnte. Dementsprechend scheint gerechtfertigt, die Kosten des Verfahrens zu rund 80 % der Beklagten sowie zu rund 20 % dem Kläger aufzuerlegen. Die Kosten sind aus dem vom Kläger geleisteten Vorschuss zu decken. Für die der Beklagten

aufgelegten und aus dem klägerischen Vorschuss bezogenen Kosten ist dem Kläger das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen (Art. 111 Abs. 1 und 2 ZPO).

Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG). Die Gerichtsgebühr richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Der massgebende Streitwert beträgt CHF 93'168.45. In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG sowie § 10 Abs. 1 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf rund CHF 6'500.– festzusetzen und demnach der Beklagten im Umfang von CHF 5'200.– (80%) und dem Kläger im Umfang von CHF 1'300.– (20%) aufzuerlegen.

#### 4.2. Parteientschädigung

Ausgangsgemäss wird die Beklagte – im Umfang von 60 Prozent – entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Höhe der Parteientschädigung ist gemäss der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 festzusetzen (Art. 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003). Aufgrund des Streitwerts von CHF 93'168.45 sowie in Anwendung von § 4 Abs. 1 i.V.m. § 11 Abs. 1 AnwGebV ist die Parteientschädigung auf rund CHF 10'500.– festzusetzen und der Beklagten im Umfang von CHF 6'300.– (60%) aufzuerlegen.

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

1. Auf die beiden Rechtsbegehren Ziffer 2 und 3 wird nicht eingetreten.
2. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen richten sich nach dem nachfolgenden Erkenntnis.
3. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

**und erkennt sodann:**

1. Es wird festgestellt, dass der Kläger nicht Schuldner der von der Beklagten in Betreuung gesetzten Forderung von CHF 93'168.45 [Betreibung Nr. ...; Betreibungsamt Pfannenstiel] ist.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 6'500.–.
3. Die Kosten werden zu 80 % (CHF 5'200.–) der Beklagten und zu 20 % (CHF 1'300.–) dem Kläger auferlegt und vorab gänzlich aus dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Für die der Beklagten auferlegten und aus dem vom klägerischen Vorschuss bezogenen Kosten (CHF 5'200.–) wird dem Kläger das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 6'300.– 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 93'168.45.

Zürich, 17. August 2017

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Gerichtsschreiber:

Dr. George Daetwyler

Christian Markutt