Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer

als obere kantonale Aufsichtsbehörde
in Schuldbetreibungs- und Konkurssachen

Geschäfts-Nr.: PS120160-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler.

Urteil vom 23. Oktober 2012

in Sachen

A._____ AG,
Beschwerdeführerin (vor Obergericht),

gegen

B._____,
Beschwerdegegner (vor Obergericht),

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

betreffend **Betreibung Nr. …**
(Beschwerde über das Betreibungsamt C._____)

Beschwerde gegen einen Beschluss der 4. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom 28. August 2012 (CB120083)

Erwägungen:

I.

1. Mit Zahlungsbefehl vom 25. Mai 2012 des Betreibungsamts C._____, Betreibung Nr. …, setzte die Beschwerdeführerin (vor Obergericht, nachfolgend Beschwerdeführerin) eine Forderung von Fr. 8'798'523.65 gegen den Beschwerdegegner (vor Obergericht, nachfolgend Beschwerdegegner) in Betreibung. Als Forderungsgrund wird "Schadenersatzforderung für entgangene, vertraglich vereinbarte Umsätze, verursacht durch rechtswidrige Anwendungen des Betreibungsrechts der D._____ AG (…) als solidarhaftender Geschäftsherr nach Art. 55 OR i.V.m. Art. 55 ZGB" angegeben.

Der Zahlungsbefehl wurde dem Beschwerdegegner am 19. Juni 2012 zugestellt (act. 3/2).

2. Der Beschwerdegegner erhob am 21. Juni 2012 vor der Vorinstanz Beschwerde gegen den Zahlungsbefehl vom 25. Mai 2012 und beantragte, die amtliche Zustellung der Betreibung Nr. … (Zahlungsbefehl vom 25. Mai 2012) sei als rechtsmissbräuchlich und damit als nichtig zu erklären. Ferner beantragte er, die Betreibung Nr. … sei im Rahmen des Einsichtsrechts von Art. 8a SchKG zu unterdrücken (act. 1 S. 2).

3. Mit Zirkulationsbeschluss vom 28. August 2012 hiess die Vorinstanz die Beschwerde des Beschwerdegegners gut und stellte fest, dass die Betreibung Nr. … des Betreibungsamtes C._____ (inkl. des erwähnten Zahlungsbefehls vom 25. Mai 2012) nichtig sei, und wies das Betreibungsamt an, diese Betreibung im Betreibungsregister zu löschen (act. 16 = act. 21).

4. Mit Eingabe vom 10. September 2012 (Datum Poststempel) erhob die Beschwerdeführerin Beschwerde gegen den Beschluss vom 28. August 2012 und stellte die folgenden Anträge (act. 20 S. 2 f.):

"1. Es sei der Zirkulationsbeschluss vom 28. August 2012 des Bezirksgerichts Zürich aufzuheben.

2. Es sei die amtliche Wieder-Inkraftsetzung der Betreibung Nr. … (Zahlungsbefehl vom 25. Mai 2012) des Betreibungsamts C._____ zu erklären.

3. Es sei die Beschwerde gutzuheissen und die bereits erteilte aufschiebende Wirkung aufzuheben."

5. Auf die Einholung einer Beschwerdeantwort wurde verzichtet (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 1-17). Das Verfahren ist spruchreif.

II.

1. Das Verfahren der Beschwerde in Schuldbetreibungs- und Konkurssachen richtet sich nach den Bestimmungen von Art. 20a Abs. 2 SchKG. Soweit das SchKG keine Bestimmungen enthält, regeln die Kantone das Verfahren (Art. 20a Abs. 3 SchKG). Im Kanton Zürich wird in § 84 GOG auf Art. 319 ff. ZPO (Beschwerde) verwiesen.

Die vorliegende Beschwerde wurde rechtzeitig schriftlich und begründet erhoben (Art. 321 Abs. 1 ZPO, Art. 18 SchKG). Daher ist darauf einzutreten.

2. Der Beschwerdegegner wurde anlässlich der Generalversammlung der D._____ AG vom tt. Mai 2012 in den Verwaltungsrat der D._____ AG gewählt und gleich anschliessend zu dessen Präsidenten ernannt. Er ist seit dem tt. Mai 2012 in dieser Funktion im Handelsregister eingetragen (act. 3/8, 3/9).

3. Die Vorinstanz bejahte die vom Beschwerdegegner geltend gemachte Nichtigkeit der Betreibung aus den nachfolgend kurz zusammengefassten Gründen (act. 19 S. 5 ff.):

3.1 Aufgrund Geldwäschereiverdachts im Zusammenhang mit einer Überweisung von Euro 2'224'975.00 von einer Drittperson von der E._____ [Bank] auf das Konto der Beschwerdeführerin bei der D._____ AG vom 2. Oktober 2006 habe die D._____ AG dieses Konto gesperrt und habe am 6. Oktober 2006 eine

Geldwäschereimeldung bei der Meldestelle für Geldwäscherei in Bern erstattet. Dies habe zu einer strafrechtlichen Kontosperre einerseits und zu einer rechtshilfeweisen Sperrung der Vermögenswerte andererseits geführt. In der Folge sei in F._____ [Staat in Europa] ein rechtskräftiges Urteil ergangen, welches befunden habe, dass das Konto der Beschwerdeführerin bei der D._____ AG zur Geldwäscherei hätte benutzt werden sollen, und welches die Beschwerdeführerin verpflichtet habe, das empfangene Geld der E._____ zurückzuerstatten.

Betreffend die erwähnte Überweisung habe die D._____ AG hernach gestützt auf ihren Rückforderungsanspruch zwecks Verjährungsunterbrechung Betreibungen gegen die Beschwerdeführerin eingeleitet. Diese habe ihrerseits gegenüber der D._____ AG mit Zahlungsbefehl vom 6./8. Dezember 2011 einen Betrag von Fr. 8'798'523.65 zuzüglich Zins zu 5 % seit 12. Oktober 2006 in Betreibung gesetzt, worauf die D._____ AG Rechtsvorschlag erhoben habe. Zudem habe die Beschwerdeführerin denselben Forderungsbetrag am 25. Mai 2012 gegenüber G._____, CEO der D._____ AG, sowie gegenüber dem Beschwerdegegner in Betreibung gesetzt.

3.2 Zur geltend gemachten Schadenersatzforderung erwog die Vorinstanz sodann, die Beschwerdeführerin habe nicht belegt bzw. substantiiert dargetan, weshalb der Beschwerdegegner persönlich für die gegen die D._____ AG gerichteten Forderungen haften solle. Der Beschwerdegegner sei seit dem tt.mm.2012 Verwaltungsrat der D._____ AG, doch dem vorgetragenen Forderungsgrund würden Umstände zugrunde liegen, die sich unbestrittenermassen vor Amtsantritt des Beschwerdegegners zugetragen hätten. Persönliche Handlungen oder Unterlassungen des Beschwerdegegners könnten daher nicht betroffen sein. Offensichtlich sei einzig die heutige Position des Beschwerdegegners als Präsident des Verwaltungsrats der D._____ AG Anlass für die Betreibung gegen ihn. In Übereinstimmung mit seinem Standpunkt sei davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin damit bezwecke, die höchsten Chargen der D._____ AG in den Streit mit der Bank hineinzuziehen und dadurch Druck auszuüben. Hierfür das Mittel der Betreibung einzusetzen, sei rechtsmissbräuchlich.

Die Beschwerdeführerin habe es zudem in der Beschwerdeantwort (vor der Vorinstanz) unterlassen, auf die Forderungshöhe von Fr. 8'798'523.65 nebst Zins zu 5 % seit 12. Oktober 2006 auch nur ansatzweise einzugehen. Daher sei nicht nachvollziehbar, weshalb der Beschwerdegegner gerade für die in Betreibung gesetzte, sehr hohe Forderung haften sollte. Deshalb sei von einer Fantasieforderung auszugehen.

Überdies sei mit Blick auf die von der D._____ AG gegen die Beschwerdeführerin wiederholt zur Verjährungsunterbrechung erhobenen Betreibungen (was durchaus zulässig sei) ein Racheakt der Beschwerdeführerin gegenüber der D._____ AG bzw. gegenüber deren Verwaltungsratspräsidenten nicht auszuschliessen.

3.3 Die Forderung der Beschwerdeführerin erscheine damit nicht ansatzweise plausibel. Gesamthaft betrachtet verfolge die Beschwerdeführerin mit der Betreibung gegen den Beschwerdegegner Ziele, die offensichtlich nicht das Geringste mit der Zwangsvollstreckung zu tun hätten. Dieses Verhalten sei schikanös bzw. rechtsmissbräuchlich nach Art. 2 Abs. 2 ZGB.

4. Die Beschwerdeführerin hält dem entgegen, die Vorinstanz habe verkannt, dass der Beschwerdegegner als Verwaltungsratspräsident der D._____ AG als geschäftsführendes Organ nach Art. 55 OR i.V.m. Art. 55 ZGB gelte und damit als solidarhaftender Geschäftsherr, der in das Verfahren einzubeziehen sei. Es sei nicht erkenntlich, weshalb er anders zu behandeln sei als ein "normales" geschäftsführendes Organ. Es stelle sich die Frage, wer in dieser Sache der eigentliche Geschäftsherr sei (act. 20 S. 8 f.).

Im Übrigen seien in diesem Verfahren keine materiellrechtlichen Forderungen zu behandeln. Ihr sei daher nicht zur Last zu legen, dass sie auf die geltend gemachte Forderungshöhe nicht eingegangen sei. Zu diesem Zweck stehe dem Beschwerdegegner die Aberkennungsklage zur Verfügung, mit welcher er die Beschwerdeführerin an der Fortsetzung der Betreibung hindern könne. Erst in diesem materiellrechtlichen Verfahren, allenfalls nach Durchführung eines Beweisverfahrens, würde über das Bestehen der eingeklagten Forderung befunden wer-

den. Die Verweigerung des Betreibungsrechts – so die Beschwerdeführerin weiter – verunmögliche ihr den Weg des ordentlichen Forderungsprozesses (Anerkennungs- bzw. Aberkennungsverfahren; vgl. act. 20 S. 10).

Weiter sieht die Beschwerdeführerin einen Widerspruch darin, dass die Vorinstanz zu den Betreibungen der D._____ AG gegen sie, die Beschwerdeführerin, ausführte, dass Betreibungen zur Verjährungsunterbrechung durchaus zulässig seien, während ihre eigene Betreibung als rechtsmissbräuchlich qualifiziert worden sei. Zu den Betreibungen der D._____ AG seien [ebenfalls] keine materiellrechtliche Begründungen gemacht worden. Dennoch habe die Vorinstanz diese nicht als schikanös bzw. rechtsmissbräuchlich qualifiziert (act. 20 S. 11 f.).

Schliesslich seien Verfügungen nach Art. 22 Abs. 1 SchKG dann nichtig, wenn sie gegen Vorschriften verstossen würden, welche im öffentlichen Interesse oder im Interesse von am Verfahren nicht beteiligten Personen erlassen worden seien. Die Anwendung dieser Bestimmung müsse vorliegend daran scheitern, dass der Beschwerdegegner als Verwaltungsratspräsident der D._____ AG und damit als deren oberstes Organ und als Geschäftsherr am Verfahren zu beteiligen sei (act. 20 S. 12 f.).

5. Die Ansicht der Beschwerdeführerin vermag aus den nachfolgend geschilderten Gründen insgesamt nicht zu überzeugen:

5.1 Unverständlich ist zunächst, wie die Beschwerdeführerin zum Schluss kommen kann, die Verweigerung des Betreibungsrechts verunmögliche ihr die Geltendmachung ihrer Forderung im ordentlichen Prozess. Der Beschwerdeführerin steht es jederzeit frei, eine Klage gegen den Beschwerdegegner zu erheben, allerdings mit höherem Kostenaufwand und -risiko als die Betreibung mit sich bringt.

5.2 Mit Blick auf die Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 OR bei juristischen Personen ist zwischen dem Geschäftsherrn und den Organen der juristischen Person zu unterscheiden.

Eine wesentliche Voraussetzung der Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 OR ist das Über- bzw. Unterordnungsverhältnis, das zwischen Geschäftsherr und Hilfsperson bestehen muss. Bei mehrstufigen Über- bzw. Unterordnungsverhältnis ist immer die hierarchisch höchststehende Person Geschäftsherr (BSK OR I-Heierli/Schnyder, 5. Auflage 2011, Art. 55 N 10). Auch juristische Personen können bei gegebenen Voraussetzungen Subjekte der Geschäftsherrenhaftung sein (vgl. Rey, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 3. Auflage 2003, N 911). Steht zuoberst auf der Hierarchie eine juristische Person, so ist daher diese Geschäftsherrin.

Zwischen der juristischen Person einerseits und ihren Organen andererseits besteht dagegen kein Über- bzw. Unterordnungsverhältnis im Sinne der Geschäftsherrenhaftung. Das Organ ist keine Hilfsperson der juristischen Person (Rey, a.a.O., N 911), umgekehrt ist aber auch die juristische Person nicht Hilfsperson der Organe. Organe geben dem Willen der juristischen Person Ausdruck (Art. 55 Abs. 1 ZGB). Dies ist klar abzugrenzen von der Verwirklichung des eigenen Willens eines Geschäftsherrn, der dazu Hilfspersonen beizieht, die seinen Willen realisieren. Das körperschaftsrechtliche Verhältnis zwischen der juristischen Person und ihren Organen ist von einem Subordinationsverhältnis nach Art. 55 OR zu unterscheiden. Die Organe geben dem Willen der juristischen Person Ausdruck, nicht ihrem eigenen (zu dessen Verwirklichung sie die juristische Person gleichsam als Hilfsperson beiziehen würden). Die Haftung im Rahmen des Verhältnisses zwischen der juristischen Person und ihren Organen ist entsprechend in Art. 55 Abs. 2 ZGB (Haftung der juristischen Person für Handlungen des Organs) bzw. Art. 55 Abs. 3 ZGB (Haftung der Organe für eigenes Verschulden) sowie im jeweiligen Verantwortlichkeitsrecht (etwa Art. 752 ff., insb. Art. 754 OR) geregelt. Die Hilfspersonenhaftung ist auf dieses Rechtsverhältnis, das weder als Über- noch als Unterordnungsverhältnis gewertet werden kann, nicht anwendbar. Die Organperson kann daher auch nicht "oberster Geschäftsherr" sein.

5.3 Eine Haftung des Beschwerdegegners als Organ der D._____ AG steht mithin unter den Voraussetzungen, dass ihm selbst ein Verschulden bzw. zumindest eine Pflichtverletzung (vgl. BSK ZGB I-Huguenin, 4. Auflage 2010, Art. 55

N 31) zur Last zu legen ist. Dass dem im Zusammenhang mit den Jahre zurück liegenden Sachverhalten, welche zum geltend gemachten Anspruch führen sollen, nicht der Fall sein kann, erscheint angesichts der erst kurzen Zeit, während welcher der Beschwerdegegner Organ der D._____ AG ist, völlig offensichtlich.

Selbst wenn der Beschwerdegegner als Organ der D._____ AG auch als Geschäftsherr nach Art. 55 OR haften würde, könnte die Beschwerdeführerin daraus nichts für sich ableiten. Auch dann würde der Beschwerdegegner nicht ohne weiteres für sämtliche in den Hierarchiestufen der D._____ AG vorgefallenen Pflichtverletzungen haften. Die Haftung nach Art. 55 OR ist eine Haftung für eigene Unsorgfalt. Diese wird zwar vermutet, aber dem Geschäftsherr steht der Entlastungsbeweis nach Art. 55 Abs. 1 OR offen. Auch im Rahmen der Geschäftsherrenhaftung kann eine haftungsbegründende Unsorgfalt des erst seit Mai 2012 als Organ der D._____ AG amtierenden Beschwerdegegners mit Blick auf die massgeblichen, Jahre zurückliegenden Vorgänge ausgeschlossen werden.

5.4 Zutreffend ist, dass das Betreibungsamt und die Aufsichtsbehörden grundsätzlich nicht befugt sind, die materielle Begründetheit der Betreibungsforderung zu prüfen. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist aber dessen ungeachtet eine Betreibung nichtig, wenn damit offensichtlich sachfremde Ziele verfolgt werden, die mit der Zwangsvollstreckung nicht das Geringste zu tun haben. Wird bloss zu Schikanezwecken ein völlig übersetzter Betrag in Betreibung gesetzt, oder ist offensichtlich, dass ein Gläubiger mit seiner Betreibung den Schuldner zu schikanieren bezweckt, so ist die Betreibung wegen Rechtsmissbrauchs nichtig. Dies kann jedenfalls dann von der Aufsichtsbehörde festgestellt werden, wenn (wie hier) mangels rechtskräftiger Beseitigung des Rechtsvorschlags die Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG nicht offen steht (BGer 5A_588/2011 vom 18. November 2011, E. 3.2).

5.5 Nach dem Gesagten ist offensichtlich, dass die Beschwerdeführerin ihre Betreibung gegen den Beschwerdegegner lediglich erhob, um Druck auf die D._____ AG auszuüben. Auch vor dieser Instanz vermochte die Beschwerdeführerin keinerlei auch nur im Ansatz plausible Hinweise auf eine Forderung gegen den Beschwerdegegner darzulegen, umso weniger im geltend gemachten Um-

fang. Die Vorinstanz sprach damit zu Recht von einer reinen Fantasieforderung (vgl. vorne II./3.2). Die Berufung auf die Unzulässigkeit der materiellen Prüfung der Betreibungsforderung durch Betreibungsamt und Aufsichtsbehörde muss in dieser Situation scheitern. Eine derartige Schikanebetreibung verfolgt sachfremde Zwecke, die mit der Zwangsvollstreckung offensichtlich nichts zu tun haben. Sie (bzw. der Zahlungsbefehl vom 25. Mai 2012) ist daher nichtig.

5.6 Unbehelflich ist auch der Hinweis der Beschwerdeführerin auf Art. 22 Abs. 1 SchKG. Nach dieser Bestimmung sind Verfügungen nichtig, wenn sie gegen Vorschriften verstossen, die im öffentlichen Interesse oder im Interesse von nicht am Verfahren beteiligten Personen erlassen worden sind.

Die vorliegende Betreibung ist indes nicht deshalb nichtig, weil sie gegen eine Bestimmung verstossen würde, welche im Interesse von am Verfahren nicht beteiligten Personen erlassen wurde. Vielmehr geht es wie geschildert um Nichtigkeit aufgrund eines Verstosses gegen das Rechtsmissbrauchsverbot. Dieses, Art. 2 Abs. 2 ZGB, dient einem öffentlichen Interesse. Ob der Beschwerdegegner als Organ der betriebenen D._____ AG als "am Verfahren beteiligt" zu betrachten ist, ist daher ohne Belang.

5.7 Betreibungen der D._____ AG gegen die Beschwerdeführerin sind nicht Gegenstand dieses Verfahrens. Darauf ist daher nicht weiter einzugehen.

6. Zusammenfassend hat die Vorinstanz zu Recht die Nichtigkeit der Betreibung Nr. … und des Zahlungsbefehls vom 25. Mai 2012 festgestellt, und hat dementsprechend auch das Betreibungsamt angewiesen, die Betreibung im Betreibungsregister zu löschen. Die Beschwerde ist damit abzuweisen.

7. Der Antrag auf Entzug der von der Vorinstanz gewährten aufschiebenden Wirkung wird mit der Beendigung des Beschwerdeverfahrens gegenstandslos.

III.

Das Verfahren vor den kantonalen Aufsichtsbehörden in Schuldbetreibungs- und Konkurssachen ist grundsätzlich kostenlos (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG), und es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen. Dem Beschwerdegegner entstanden im vorliegenden Verfahren keine relevanten Aufwendungen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde der Beschwerdeführerin gegen den Beschluss vom 28. August 2012 (CB120083) wird abgewiesen.

2. Es werden keine Kosten erhoben.

3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beschwerdegegner unter Beilage eines Doppels von act. 20, sowie an das Betreibungsamt C._____ und – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.

5. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 10 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 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

   Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

   Es handelt sich um einen Entscheid der kantonalen Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkurssachen im Sinne von Art. 74 Abs. 2 lit. c BGG.

   Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. T. Engler

versandt am: