

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde
über Schuldbetreibung und Konkurs



Geschäfts-Nr.: PS180144-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwan-
den sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Isler

Urteil vom 1. Februar 2019

in Sachen

A. _____ AG,

Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____,

Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

betreffend

Anzeige nichtiger Betreibung / Betreibung Nr. ...
(Beschwerde über das Betreibungsamt Zürich 11)

Beschwerde gegen einen Beschluss der 1. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich
vom 27. Juli 2018 (CB180022)

Erwägungen:

I.

1.

Mit Generalunternehmer-Werkvertrag vom 8. September 2004 übertrug die B._____ der A._____ AG mit Sitz in Zürich (damals A'._____ AG) die Erstellung des Wohn- und Geschäftshauses C._____ sowie den Umbau des D._____ -hotels und des Hotels E._____ in F._____. Die Abnahme des Werks erfolgte am 2. Februar 2006. Die C._____ ging in das Eigentum von Stockwerkeigentümern über (Stockwerkeigentümergeinschaft ...) (act. 1 Rz. 5 f., act. 7 Rz. 4 f.).

Mit Schreiben vom 19. August 2009 informierte die Bauherrin die Generalunternehmerin (und auch die Architekten) darüber, dass sich die Eigentümer einer benachbarten Liegenschaft beim Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden erfolgreich gegen die Erstellung einer Abluftanlage und einer Ausfahrtsrampe der Einstellhalle der C._____ gewehrt hätten (act. 1 Rz. 7; act. 7 Rz. 5). Es gelte nun, den Schaden wegen der Planungsfehler für die Bauherrin möglichst gering zu halten und mit der Gemeinde und der Nachbarschaft eine befriedigende Lösung anzustreben (act. 2/5). Die Generalunternehmerin erwiderte, sie werde, da es um einen Planungsfehler gehe, zu einer Streitbeilegung zwischen Bauherrschaft und Nachbarn keinen Beitrag leisten können (act. 2/6). Mit Schreiben vom 24. November 2010 stellten die Eigentümer der C._____ (Stockwerkeigentümergeinschaft, Stockwerkeigentümer, Miteigentümergeinschaft Autoeinstellhalle, Miteigentümer) beim Kreispräsidenten Oberengadin (ohne Rechtsbegehren) ein Vermittlungsbegehren gegen die Parteien des vorliegenden Verfahrens betreffend "Haftung für Rechts- und Sachmängel aus Kaufverträgen, Mängel aus Werkverträgen und andere Ansprüche im Zusammenhang mit der Projektierung und Ueberbauung der Parzelle ... (C._____) in F._____ " (act. 10/3). Der Verlauf des Verfahrens ist nicht aktenkundig (vgl. dazu act. 20 Ziff. 1, act. 2/8). Das Verwaltungsgericht hatte, wie einem Schreiben des Vertreters der Bauherrin an die Generalunternehmerin vom 17. Juli 2012 zu entnehmen ist, in seinen Entscheiden

festgehalten, die Entlüftung der unterirdischen Autoeinstellhalle müsse durch Kamine bzw. Abluftkanäle über Dach erfolgen; bei der Rampe sei der Grenzabstand verletzt, weshalb die Gemeinde zu prüfen habe, ob eine Wiederherstellungsverfügung oder die Sanktionierung aufgrund einer gütlichen Einigung im Quartierplanverfahren in Frage komme (act. 10/4; vgl. act. 2/8).

2.

Im Dezember 2010 leitete die Bauherrin beim Betreibungsamt Zürich 11 gegen die Generalunternehmerin eine Betreibung ein für eine Forderung von 5 Mio. Franken zuzüglich 5 % Zins seit 1. Juli 2010. Als Forderungsgrund gab sie an: "Fehlerhafte Ausfahrtsrampe und Entlüftung der Tiefgarage, ..., F._____". Ende November 2015 leitete sie für dieselbe Forderung eine zweite Betreibung ein. Die Angabe des Forderungsgrundes ergänzte sie mit dem Hinweis, die Betreibung diene auch der Unterbrechung der Verjährung. Die Generalunternehmerin erhob gegen beide Betreibungen Rechtsvorschlag (act. 2/7, 2/2, 6; act. 1 Rz. 10 ff.).

Mit Eingabe vom 14. Februar 2018 beantragte die Generalunternehmerin beim Bezirksgericht Zürich als unterer kantonaler Aufsichtsbehörde über die Betreibungsämter die Feststellung der Nichtigkeit der zweiten Betreibung (Nr. ... [richtig: ...], Zahlungsbefehl vom 27. November 2015) und die Anweisung an das Betreibungsamt, die Betreibung Dritten nicht mehr mitzuteilen. Sie machte geltend, die Betreibung sei rechtsmissbräuchlich (act. 1 S. 2 und Rz. 18 ff.).

Das Bezirksgericht wies die Beschwerde mit Beschluss vom 27. Juli 2018 ab (act. 26). Mit Eingabe vom 8. August 2018 erhob die Generalunternehmerin beim Obergericht rechtzeitig Beschwerde (act. 27; vgl. act. 24/1). Sie beantragt die Aufhebung des Beschlusses und hält an den erstinstanzlichen Anträgen fest. Die Kammer zog die Akten des erstinstanzlichen Verfahrens bei (act. 1–24).

II.

1.

Das SchKG erlaubt die Einleitung eines Betreibungsverfahrens, ohne dass der Betreibende den Bestand seiner Forderung nachweisen muss. Ein Zahlungsbe-
fehl als Grundlage des Vollstreckungsverfahrens kann grundsätzlich gegenüber
jedermann erwirkt werden, unabhängig davon, ob tatsächlich eine Schuld besteht
oder nicht. Die Schwelle zum Rechtsmissbrauch ist nach der ständigen Recht-
sprechung des Bundesgerichts erst dann überschritten, wenn mit der Betreibung
offensichtlich Ziele verfolgt werden, die mit der Zwangsvollstreckung nicht das
Geringste zu tun haben. Nichtigkeit wegen Rechtsmissbrauchs kann etwa vorlie-
gen, wenn bloss die Kreditwürdigkeit des (angeblichen) Schuldners geschädigt
werden soll oder wenn zwecks Schikane ein völlig übersetzter Betrag in Betrei-
bung gesetzt wird. Da es weder dem Betreibungsamt noch der Aufsichtsbehörde
zusteht, über die Begründetheit der in Betreibung gesetzten Forderung zu ent-
scheiden, darf sich der Vorwurf des Betriebenen nicht darauf beschränken, der
umstrittene *Anspruch* werde rechtsmissbräuchlich erhoben. Solange der Betrei-
bende mit der Betreibung tatsächlich die Einforderung eines von ihm behaupteten
Anspruchs bezweckt, ist Rechtsmissbrauch weitgehend ausgeschlossen (BGer
5A_838/2016 vom 13. März 2017, Erw. 2.1 mit Hinweisen).

2.

Die Vorinstanz erwog im Wesentlichen, es stehe fest, dass zwischen den Parteien
eine vertragliche Beziehung bestehe. Der Einwand der Generalunternehmerin, für
allfällige Mängel der Tiefgarage nicht verantwortlich zu sein, sei materiell-rechtli-
cher Natur und könne im Beschwerdeverfahren nicht geprüft werden. Dass die
Bauherrin offensichtlich mit schikanöser Absicht handle und mit der Betreibung
Ziele verfolge, die mit der Zwangsvollstreckung nichts zu tun hätten, lasse sich
aus den Umständen nicht schliessen (act. 26 Erw. 6.1).

Dem Argument der Generalunternehmerin, die Bauherrin sei nicht auf ihr Angebot
eingegangen, die Betreibung gegen eine Verjährungseinredeverzichtserklärung

zurückzuziehen, und habe schliesslich verlauten lassen, abwarten zu wollen, wie sich die Quartierplanung entwickle und wie weit die Generalunternehmerin der Stockwerkeigentümergeinschaft ... im Zusammenhang mit Mängeln am Dach entgegenkomme (act. 1 Rz. 13 f., 21 ff., 30), hielt die Vorinstanz entgegen, es liege im Ermessen des Gläubigers, mit welcher gesetzlich vorgesehenen Massnahme er die Verjährung unterbreche. Was die behauptete Verknüpfung der Betreuung mit der Mängelbehebung am Dach anbelange, so würde diese nichts daran ändern, dass es zulässig sei, zwecks Verjährungsunterbrechung eine Betreuung einzuleiten. Nur der Vollständigkeit halber sei festzuhalten, dass der Verweis der Bauherrin auf ein Entgegenkommen der Generalunternehmerin beim Dach über ein halbes Jahr nach Einleitung der (zweiten) Betreuung erfolgt sei (act. 26 Erw. 6.2). Allein deswegen, weil sie die Bonität des Schuldners schmälere, sei eine Betreuung schliesslich nicht rechtsmissbräuchlich (act. 26 Erw. 6.3).

3.

3.1.

3.1.1. Mit der vorliegenden Beschwerde wirft die Generalunternehmerin der Vorinstanz vor, unbeachtet gelassen zu haben, dass die Bauherrin ihre ausserordentlich hohe Forderung nicht ansatzweise plausibel gemacht habe. Sie habe pauschal "Schadenersatzansprüche", aber auch Ansprüche aus Konstruktions- und "planerischen" Fehlern, aus "Solidarität für die Behebungskosten" sowie aus der Verletzung von "Prüfungs- und Abmahnungspflichten" geltend gemacht. Sie habe sich darauf beschränkt, pauschal eine "Auswahlsendung" möglicher, rein theoretischer und sich teilweise widersprechender Haftungsgrundlagen zu liefern. Sie habe kein einziges Mal behauptet, dass die Generalunternehmerin *tatsächlich* ein mangelhaftes Werk abgeliefert, *tatsächlich* mangelhafte Pläne erstellt oder *tatsächlich* die Prüfung und Abmahnung von Plänen unterlassen habe. Das genüge zur Plausibilisierung der Forderung nicht. Die Fehlerhaftigkeit der Ausfahrtsrampe und der Entlüftung der Tiefgarage sei nicht auf Baumängel, sondern auf Planungsfehler zurückzuführen. Wie sich aus dem Werkvertrag ergebe, sei die Generalunternehmerin für die Planung nicht verantwortlich. Planprüfungs- und Abmahnungspflichten hätten nicht bestanden. Werkmängel (wie auch Planungs-

mängel) habe die Bauherrin nie gerügt. Ansprüche aus Werkmängeln beständen zudem vorerst ausschliesslich in einem Nachbesserungsanspruch, dessen Verjährung sich nicht durch Betreibung unterbrechen lasse. Schliesslich habe die Bauherrin dem substantiierten Einwand der Generalunternehmerin, ihre Haftung für Bau- und Planungsmängel und die Verletzung angeblicher Prüfungs- und Abmahnungspflichten sei ausgeschlossen, nichts entgegengesetzt. Sie habe eine Fantasieforderung in Betreibung gesetzt. Die Betreibung sei reine Schikane (act. 27 Rz. 8–12, 25).

3.1.2. Es stellt ein gewichtiges Indiz für die Missbräuchlichkeit einer Betreibung dar, wenn der Gläubiger die in Betreibung gesetzte Forderung nicht im Ansatz zu plausibilisieren vermag und deren Bestand daher ausgeschlossen erscheint. Insofern kann die Frage nach dem Bestand einer Forderung im Rahmen der Prüfung der Missbräuchlichkeit einer Betreibung nicht ausgeblendet werden (Engler, Die nichtige Betreibung, in ZZZ 2016 S. 44 Ziff. VII/B/2 mit Hinw.; OGer PS150061 vom 20. Mai 2015, Erw. 3.4). Die Bestreitung der Forderung durch den Schuldner führt aber, wenn sie vom Gläubiger nicht entkräftet wird, nicht zwingend zur Nichtigkeit der Betreibung; eine Betreibung ist nur in Ausnahmefällen aufgrund offenbaren Rechtsmissbrauchs nichtig (vgl. Engler, a.a.O., Ziff. VII/B/2 am Ende).

Der Vorwurf der Generalunternehmerin, die Bauherrin habe die Betreibungsforderung nicht ansatzweise plausibel gemacht, ist nicht berechtigt. Zwischen den Parteien besteht, wie die Vorinstanz zurecht festgehalten hat, ein Generalunternehmer-Werkvertrag und die Generalunternehmerin räumt ein, dass die Ausfahrtsrampe und die Entlüftung – Teile des von ihr erstellten Bauwerks – nicht den einschlägigen baurechtlichen Normen entsprechen mögen (act. 1 Rz. 20). Damit ist eine Forderung der Bauherrin gegen die Generalunternehmerin nachvollziehbar. Die Frage, ob der Werkvertrag als Grundlage für eine Haftung der Generalunternehmerin ausgeschlossen werden kann, zumal keine Anhaltspunkte für Bau- oder Ausführungsfehler bestehen, ist von den betreibungsrechtlichen Aufsichtsbehörden nicht zu prüfen. Anlass zur Annahme, die Bauherrin habe die Betreibung aus sachfremden Gründen eingeleitet, besteht nicht. Namentlich ist der Umstand,

dass die Bauherrin sich nicht bereit erklärte, die Betreuung gegen eine Verjährungseinredeverzichtserklärung zurückzuziehen, und dabei auch noch auf Mängel am Dach hinwies (vgl. act. 27 Ziff. 19 S. 8 unten), kein genügendes Indiz. Kein genügendes Indiz ist auch der Umstand, dass die Bauherrin seit der Abnahme des Werks am 2. Februar 2006 nicht aufgezeigt habe, inwiefern die Generalunternehmerin den Werkvertrag tatsächlich verletzt haben sollte (act. 27 Rz. 20 f.).

Die Generalunternehmerin hebt hervor, dass die Bauherrin auch den Forderungsbetrag nicht ansatzweise plausibilisiere, was ihr angesichts dessen ausserordentlicher Höhe obliegen hätte (act. 27 Ziff. 7, 11). Die Bauherrin macht geltend, es sei noch offen, wie die baurechtswidrigen Elemente der Einstellhalle neu gestaltet werden sollten. Es hänge vom Quartierplan ab, der noch nicht existiere. Die Kosten könnten deshalb nicht angegeben werden. Unbekannt sei auch, welche Ansprüche die Werkeigentümer ihr gegenüber allenfalls stellten (act. 17 Ziff. II/A/5 S. 3, act. 7 Ziff. II/A/9 S. 5). Das hindert die Bauherrin grundsätzlich nicht offenzulegen, wie sie auf den in Betreuung gesetzten Betrag von 5 Mio. Franken gekommen ist. Der Betrag muss aber in Relation zur Bedeutung der der Forderung zugrunde liegenden Mängel gesehen werden, welche die Generalunternehmerin nicht herunterspielt. Es versteht sich, dass die Bauherrin die Betreuungsforderung in der gegebenen Situation so hoch ansetzte, dass ein allfälliger Anspruch auch im schlimmsten Fall gedeckt wäre. Unter den gegebenen Umständen lässt deshalb die mangelnde Substantiierung der Forderungshöhe den Schluss auf eine rechtsmissbräuchliche Einleitung der Betreuung nicht zu. Ein Motiv für schikanöses Verhalten ist schliesslich auch nicht ersichtlich.

3.2.

Die Generalunternehmerin macht geltend, wenn die Betreuung nicht zur Verfolgung sachfremder Ziele eingeleitet worden wäre, sei jedenfalls das Festhalten an der Betreuung bzw. die nachträgliche Weigerung, die Betreuung zurückzuziehen, rechtsmissbräuchlich. Die Bauherrin habe in der Generalunternehmerin die Erwartung geweckt, die Betreuung gegen Abgabe einer Verjährungseinredeverzichtserklärung zurückzuziehen, diese Erwartung aber enttäuscht, indem sie den Rückzug nachträglich von einer (erst noch sachfremden) Bedingung, einem Ent-

gegenkommen beim Dach, abhängig gemacht habe (act. 27 Ziff. 19, 25). Die Argumentation ist von vornherein unbehelflich. Eine Verpflichtung der Bauherrin, die Betreuung zurückzuziehen, hätte nicht deren Nichtigkeit zur Folge. Zudem fielen der Entscheid über eine solche Verpflichtung nicht in die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde über die Betreibungsämter. Der von der Generalunternehmerin angerufene BGE 140 III 481 (act. 27 Ziff. 15) ist in diesem Zusammenhang nicht einschlägig. Es geht darin um die Missbräuchlichkeit eines Betreibungsbegehrens wegen widersprüchlichen Verhaltens des Gläubigers mit der Folge der (anfänglichen) Nichtigkeit der Betreuung, nicht um einen Anspruch auf Rückzug einer Betreuung.

3.3.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde unbegründet und deshalb abzuweisen ist. Der Antrag, das Betreibungsamt sei anzuweisen, die Betreuung Dritten nicht mehr mitzuteilen, teilt das Schicksal des Antrages auf Nichtigerklärung der Betreuung. Ein Gesuch im Sinne des am 1. Januar 2019 in Kraft getretenen Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG wäre beim Betreibungsamt zu stellen.

Das Beschwerdeverfahren vor den kantonalen Behörden ist grundsätzlich kostenlos (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG; Art. 61 Abs. 2 lit. a GebV SchKG); Prozessschädigungen sind nicht zuzusprechen (Art. 62 GebV SchKG).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage des Doppels von act. 27 samt Beilagenverzeichnis, unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz sowie an das Betreibungsamt Zürich 11, je gegen Empfangsschein.

4. 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 Konkursachen 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. M. Isler

versandt am: