

ZH_OBERGERICHT PS180144 vom 1. Februar 2019

ZH Obergericht, 2019-02-01, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PS180144

FR: ZH_OBERGERICHT PS180144 du 1 février 2019

IT: ZH_OBERGERICHT PS180144 del 1 febbraio 2019

Erwägungen

E. 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

E. 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-rechtlicher 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 - 5 - 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 Betreibung mit der Mängelbehebung am Dach anbelange, so würde diese nichts daran ändern, dass es zulässig sei, zwecks Verjährungsunterbrechung eine Betreibung 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) Betreibung erfolgt sei (act. 26 Erw. 6.2). Allein deswegen, weil sie die Bonität des Schuldners schmälere, sei eine Betreibung schliesslich nicht rechtsmissbräuchlich (act. 26 Erw. 6.3).

E. 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 "Auswahlendung" 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-
- 6 - 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).

E. 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,

- 7 - dass die Bauherrin sich nicht bereit erklärte, die Betreibung 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 solle (act. 27 Rz. 20 f.). Die Generalunternehmerin hebt hervor, dass die Bauherrin auch den Forderungsbetrag nicht ansatzweise plausibilisiere, was ihr angesichts dessen ausserordentlicher Höhe oblegen 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.

E. 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-

- 8 - 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 fiele 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.

E. 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); Prozessentschädigungen sind nicht zuzusprechen (Art. 62 GebV SchKG). Es wird erkannt:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.