

Art. 67 SchKG, Anheben der Betreuung; Art. 2 Abs. 2 ZGB, Rechtsmissbrauch. *Eine offenkundig rein schikanöse Betreuung ist rechtsmissbräuchlich. Nimmt das Betreibungsamt ein entsprechendes Begehren entgegen, wird auf Beschwerde hin die Nichtigkeit der Betreuung festgestellt und das Amt angewiesen, den Registereintrag zu löschen.*

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

3.1 Aufgrund Geldwäschereiverdachts im Zusammenhang mit einer Überweisung von Euro 2'224'975.00 von einer Drittperson von der Bank B. auf das Konto der Beschwerdeführerin bei der Bank A. vom 2. Oktober 2006 habe die Bank A. dieses Konto gesperrt und habe am 6. Oktober 2006 eine Geldwäschereimeldung bei der Meldestelle für Geldwäscherei in Bern erstattet. Dies habe zu einer strafrechtlichen Kontosperrung einerseits und zu einer rechtshilfeweisen Sperrung der Vermögenswerte andererseits geführt. In der Folge sei in England ein rechtskräftiges Urteil ergangen, welches befunden habe, dass das Konto der Beschwerdeführerin bei der Bank A. zur Geldwäscherei hätte benutzt werden sollen, und welches die Beschwerdeführerin verpflichtet habe, das empfangene Geld der Bank B. zurückzuerstatten.

Betreffend die erwähnte Überweisung habe die Bank A. hernach gestützt auf ihren Rückforderungsanspruch zwecks Verjährungsunterbrechung Betreibungen gegen die Beschwerdeführerin eingeleitet. Diese habe ihrerseits gegenüber der Bank A. mit Zahlungsbefehl vom 6./8. Dezember 2011 einen Betrag von Fr. 8'798'523.65 zuzüglich Zins zu 5 % seit 12. Oktober 2006 in Betreuung gesetzt, worauf die Bank A. Rechtsvorschlag erhoben habe. Zudem habe die Beschwerdeführerin denselben Forderungsbetrag am 25. Mai 2012 gegenüber E. CEO der Bank A., sowie gegenüber dem Beschwerdegegner in Betreuung 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 Bank A. gerichteten Forderungen haften solle. Der Beschwerdegegner sei seit dem 3. Mai 2012 Verwaltungsrat der Bank A., 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 Bank A. Anlass für die Betreibung gegen ihn. In Übereinstimmung mit seinem Standpunkt sei davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin damit bezwecke, die höchsten Chargen der Bank A. 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 Bank A. gegen die Beschwerdeführerin wiederholt zur Verjährungsunterbrechung erhobenen Beteiligungen (was durchaus zulässig sei) ein Racheakt der Beschwerdeführerin gegenüber der Bank A. 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 BANK A. 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 werden. 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 Bank A. 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 Bank A. 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 BANK A. 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 Bank A. 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 Bank A. ist, völlig offensichtlich.

Selbst wenn der Beschwerdegegner als Organ der Bank A. 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 Bank A. 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 Bank A. 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 Bank A. 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 Umfang. 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 Bank A. als "am Verfahren beteiligt" zu betrachten ist, ist daher ohne Belang.

5.7 Betreibungen der Bank A. 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.

Obergericht, II. Zivilkammer

Urteil vom 23. Oktober 2012

Geschäfts-Nr.: PS120160-O/U