

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde
über Schuldbetreibung und Konkurs



Geschäfts-Nr.: PS120247-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-
Sørensen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Muraro-Sigalas.

Urteil vom 13. Mai 2013

in Sachen

A._____ Ltd.,

Drittansprecherin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____,

gegen

1. **B._____ LLC,**

2. **C._____ L.P.,**

Arrest-, Pfändungsgläubiger und Beschwerdegegner Nr. 1 und 2,

Nr. 1 und 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1._____ und Rechtsanwalt lic.
iur. Y2._____,

sowie

D._____,

Arrest-, Betreuungsschuldner und Beschwerdegegner Nr. 3,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Z._____,

betreffend

**Fristansetzung an Drittsprecher zur Klage
gemäss Art. 107 Abs. 5 SchKG / Arrest Nrn. .../.../
Betreibung Nrn. .../... / Pfändung Nr. ...
(Beschwerde über Betreibungsamt E._____)**

Beschwerde gegen einen Beschluss der 7. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom 6. Dezember 2012 (CB120134)

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Dem vorliegenden Verfahren ging im Wesentlichen folgender unbestrittener Sachverhalt voraus (vgl. act. 15/20 S. 8 ff.):

Die Beschwerdegegner Nr. 1 und Nr. 2 haben zusammen mit anderen Investoren in eine Mantelgesellschaft namens F._____ Inc. (F._____) einen Betrag von USD 12'522'933.21 investiert. Der Beschwerdegegner Nr. 1 erwarb einen Aktienanteil an der F._____ von 15.3%, der Beschwerdegegner Nr. 2 einen solchen von 7%. Ausserdem wurde am selben Tag ein Aktientauschvertrag zwischen der F._____, der vom Schuldner kontrollierten G._____ Ltd. (G._____) und der Beschwerdeführerin (A._____) abgeschlossen, bei dem G._____ 66.9% an der F._____ erwarb und im Gegenzug 100% ihrer Tochter A._____ an die F._____ abtrat. Die Absicht der Investoren war, im ... [des Staates H._____] Markt zu investieren. Der Grund für die komplizierte Struktur lag in den Restriktionen des ... [des Staates H._____] Rechts begründet, wonach Ausländer nicht direkt ... [des Staates H._____] Produktionsgesellschaften beherrschen dürfen. Die Zahlungen der Investoren erfolgten zunächst im Umfang von USD 12.5 Millionen an die I._____ und J._____ LLC und gingen (nach Abzug von Kosten und Gebühren) in der Höhe von USD 10.13 Millionen von dort auf das Bankkonto der Beschwerdeführerin (A._____) in O._____. Gemäss Vereinbarung hätten die Gelder von der Beschwerdeführerin (A._____) über die K._____ (K._____) in den ... [des Staates H._____] Markt investiert werden sollen. Stattdessen verfügte der damalige Direktor der A._____, D._____ (Beschwerdegegner Nr. 3) mit Einzelzeichnungsberechtigung, über das Konto der A._____, sodass das Geld auf ein auf ihn lautendes

Konto bei der L. _____ AG (L. _____) in M. _____ überwiesen wurde. Zwei Tage nach der Gutschrift der insgesamt USD 6.9 Millionen auf das Privatkonto von D. _____ in M. _____ wurde dieser Betrag auf ein Konto der N. _____ Ltd. bei der L. _____ (Schweiz) AG übertragen. Auf das dort befindliche Konto, lautend auf N. _____ Ltd., erwirkten die Beschwerdegegner Nr. 1 und Nr. 2 Mitte April 2009 einen Arrest (vgl. act. 12 N. 3 ff.).

Aus der Arresturkunde ergibt sich, dass als Vermögenswerte Geldmarktforderungen (money market), Anleihen (bonds) und Aktien (equities) verarrestiert wurden (act. 3/19).

1.2. Mit Eingabe vom 11. Oktober 2012 erhob die Drittsprecherin und heutige Beschwerdeführerin in den Arrest Nrn. ... und ..., Betreibungen Nrn. ... und ..., Pfändung Nr. ... des Betreibungsamtes E. _____ (act. 3/19) bei der Vorinstanz Beschwerde gegen die Verfügung des Betreibungsamtes E. _____ vom 27. September 2012 betreffend "Fristansetzung an den Drittsprecher zur Klage gemäss Art. 107 Abs. 5 SchKG" (act. 3/3) mit folgendem

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 3)

- "1. Die Verfügung des Betreibungsamtes E. _____ vom 27. September 2012 sei teilweise im Sinne nachstehender Anträge und Erwägungen aufzuheben.

2. Es sei das Betreibungsamt E._____ abweichend von der Verfügung vom 27. September 2012 anzuweisen, den Gläubigern in Bezug auf die verarrestierten Forderungen (Geldmarktinvestitionen) Frist zur Klage nach Art. 107 SchKG (recte: Art. 108 SchKG) anzusetzen.
3. Eventualiter sei den Gläubigern von der Aufsichtsbehörde selbst Frist zur Klage nach Art. 107 SchKG (recte: Art. 108 SchKG) anzusetzen.
4. Es sei der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu erteilen."

Zur Begründung brachte die Beschwerdeführerin im Wesentlichen vor, zwischen den Parteien, insbesondere zwischen den Gläubigern (Beschwerdegegner Nr. 1 und Nr. 2), dem Schuldner (Beschwerdegegner Nr. 3) und der Beschwerdeführerin sei unbestritten, dass das verarrestierte Geld ursprünglich vom Konto der Beschwerdeführerin in O._____ durch den Schuldner über M._____ auf das Konto der N._____ Ltd. bei der L._____ (Schweiz) AG abdisponiert worden sei und zwar ohne vertragliche Grundlage. Es sei auch unbestritten, dass diese Gelder der Beschwerdeführerin zustünden, da diese der Beschwerdeführerin ursprünglich rechtmässig zugeflossen seien. Es werde auch weder durch die Gläubiger und Beschwerdeführerin noch durch den Schuldner und die N._____ Ltd. bestritten, dass es keinen Rechtsgrund für diese Abhebung gegeben habe. Das Geld habe sich rechtmässig auf dem Konto der Beschwerdeführerin befunden. Weiter sei zwischen den Parteien unbestritten, dass die L._____ (Schweiz) AG – als Vierte – an den entsprechenden Vermögenswerten des Schuldners Gewahrsam ausübe, da sie die kontenführende Bank sei. In casu übe diese Vierte, rein formal, den Gewahrsam sogar zu Gunsten einer "Fünften" aus. Hierbei handle es sich um die formelle Kontoinhaberin N._____ Ltd., die in einem früheren Verfahren ohne Erfolg Drittsprache gemacht habe. Die Vierte (L._____ [Schweiz] AG) halte zwar formell die Werte für die N._____ Ltd., materiell aber für den Schuldner. Damit komme Art. 107 Abs. 1 lit. (recte: Ziff.) 1 SchKG betreffend diese Wertpapiere zur Anwendung. Was für Wertpapiere gelte, gelte aber nicht für Forderungen, d.h. insbesondere nicht für die verarrestierten und gepfändeten Geldmarktforderungen. Vorliegend sei auf die bessere Berechtigung im Verhältnis von Schuldner und Drittsprecher abzustellen, weshalb – entgegen der Auffassung des Betreibungsamtes – Art. 108 Abs. 1 lit. (recte Ziff.) 2 SchKG zur Anwendung gelange.

Die Beschwerdeführerin rügt somit die Verteilung der Parteirollen im Widerspruchsverfahren bezüglich der *verarrestierten und gepfändeten Geldmarktforderungen* (act. 1 und 3/3-20). Der Gegenstand des vorliegenden Verfahrens beschränkt sich somit auf diesen Teil der verarrestierten Vermögenswerte.

1.3. Eine Vernehmlassung des betroffenen Betreibungsamtes E. _____ sowie allfällige Beschwerdeantworten holte die Vorinstanz nicht ein, da sich die Beschwerde ihrer Ansicht nach sofort als unbegründet erwies (act. 11 S. 3 E. 1.2.).

1.4. Die Vorinstanz erwog im Wesentlichen Folgendes zur Gewahrsamsausübung und damit zur Parteirollenverteilung (vgl. act. 11 S. 6 f. E. 2.2.2.-2.2.3. und E. 3):

Bei der L. _____ (Schweiz) AG handle es sich um eine Vierte, da sie als Bank ein Konto für eine andere Person verwalte. Das Konto, auf welchem sich die verarrestierten Geldmarktforderungen befänden, laute auf die N. _____ Ltd. Somit übe die L. _____ (Schweiz) AG den Gewahrsam für die N. _____ Ltd. aus. In ihrer Beschwerdeschrift führe die Beschwerdeführerin diesbezüglich aus, es gelte als etabliert, dass die Vierte (die L. _____ [Schweiz] AG) zwar formell die Werte für die N. _____ Ltd., materiell aber für den Schuldner halte. Auch die N. _____ Ltd. habe in der Arresteinsprache vom 30. August 2010 ausdrücklich anerkannt, dass es sich beim Betreuungsschuldner um den "beneficial owner" der N. _____ Ltd. handle. Das Bezirksgericht Zürich habe in seinem Urteil vom 27. April 2012 betreffend Eigentumsansprache der N. _____ Ltd. ebenfalls ausgeführt, dass die N. _____ Ltd. reine Fassade des Betreuungsschuldners sei. Entsprechend sei durch das Bezirksgericht Zürich ein Durchgriff auf den Betreuungsschuldner bejaht worden. Demzufolge sei die N. _____ Ltd. als faktisch identisch mit dem Betreuungsschuldner und heutigen Beschwerdegegner 3 zu betrachten, d.h. die L. _____ (Schweiz) AG übe den Gewahrsam ausschliesslich für den Schuldner aus und damit habe das Betreibungsamt E. _____ zu Recht der Drittansprecherin und heutigen Beschwerdeführerin Frist zur Klage gemäss Art. 107 Abs. 5 SchKG angesetzt.

Daran ändere auch der von der Beschwerdeführerin in der Beschwerdeschrift aufgezeigte Geldfluss der verarrestierten und gepfändeten Gelder nichts. Die Darstellung des Geldflusses genüge nicht, um irgendwelche Rechte an einem auf einen Dritten lautenden Konto oder auch nur die bessere Berechtigung daran glaubhaft zu machen. Ob die Geldflüsse tatsächlich in der durch die Beschwerdeführerin geltend gemachten Form stattgefunden hätten bzw. wer materiell Berechtigter der Vermögenswerte sei, sei im Rahmen des Widerspruchsverfahrens zu prüfen.

Zusammengefasst könne festgehalten werden, dass im Rahmen einer summarischen Prüfung kein besseres Recht der Drittsprecherin und heutigen Beschwerdeführerin, sondern des Schuldners und heutigen Beschwerdegegners 3 an den verarrestierten und gepfändeten Geldmarktforderungen ersichtlich sei, weshalb der Entscheid des Betreibungsamtes E._____ zur Fristansetzung an die Beschwerdeführerin zur Klage gemäss Art. 107 Abs. 5 SchKG (act. 3/3) zu stützen und die Beschwerde abzuweisen sei.

1.5. Die Vorinstanz wies die Beschwerde der Beschwerdeführerin mit Zirkulationsbeschluss vom 6. Dezember 2012 ab (act. 11 = act. 8). Der Beschwerdeführerin wurde der Beschluss am 10. Dezember 2012 zugestellt (act. 9/1).

1.6. Mit Eingabe vom 20. Dezember 2012 erhob die Beschwerdeführerin rechtzeitig Beschwerde gegen den vorinstanzlichen Beschluss und beantragte Folgendes (act. 12):

- "1. Der Zirkulationsbeschluss vom 6. Dezember 2012 sei im Sinne nachfolgender Erwägungen aufzuheben.
2. Dementsprechend sei der Entscheid des ... Betreibungsamtes E._____ vom 27. September 2012 ebenfalls aufzuheben.
3. Es sei das Betreibungsamt E._____ abweichend von der Verfügung vom 27. September 2012 anzuweisen, den Gläubigern in Bezug auf die verarrestierte Forderung (Geldmarktinvestitionen) Frist zur Klage anzusetzen.
4. Eventualiter sei den Gläubigern von der Aufsichtsbehörde selbst Frist zur Klage nach Art. 108 SchKG anzusetzen.
5. Es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen."

1.7. Mit Verfügung vom 31. Dezember 2012 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung erteilt in dem Sinne, als dass im Verfahren FO120011 des Einzelgerichts für SchKG-Klagen des Bezirksgerichts Zürich (Widerspruchsprozess) bis zum Entscheid der vorliegenden Beschwerde keine weitere Frist für die Leistung des Kostenvorschusses anzusetzen oder eine entsprechende Frist abzunehmen sei (act. 16).

1.8. Mit Verfügung vom 10. Januar 2013 wurde den Beschwerdegegnern Frist angesetzt, um die Beschwerde zu beantworten (act. 18).

1.9. Der Beschwerdegegner Nr. 3 erstattete keine Beschwerdeantwort.

1.10. Mit Eingabe vom 24. Januar 2013 erstatteten die Beschwerdegegner Nr. 1 und Nr. 2 fristgerecht die Beschwerdeantwort und stellten das folgende Rechtsbegehren (act. 20):

- "1. Es sei festzustellen, dass das Recht zur Geltendmachung der Drittsprache durch die A. _____ Ltd. verwirkt ist und die Beschwerde sei, soweit darauf eingetreten werden kann, abzuweisen.
2. Das Gesuch um aufschiebende Wirkung sei abzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge gemäss Gesetz."

Die Beschwerdegegner Nr. 1 und Nr. 2 stellten in ihrer Beschwerdeantwort unter anderem die Richtigkeit des Certificate of Incumbency der Beschwerdeführerin vom 17. Mai 2012 sowie die auf P. _____ ausgestellte und von ihm unterzeichnete Vollmacht der Beschwerdeführerin vom 18. Mai 2012 (act. 14) in Frage (vgl. act. 20 N. 19).

1.11. Mit Verfügung vom 1. Februar 2013 wurde der Beschwerdeführerin deshalb Frist angesetzt, um das für die Wahl von P. _____ und die Vertretung der Beschwerdeführerin durch P. _____ anwendbare Recht sowie die dabei massgebenden Belege darzustellen sowie die erforderlichen Belege für die Wahl und die Vertretungsbefugnis von P. _____ lückenlos einzureichen. Das Gesuch, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung wieder zu entziehen, wurde abgewiesen. Ausserdem wurde die Prozessleitung delegiert. Ferner wurden der Beschwerde-

führerin und dem Beschwerdegegner Nr. 3 je ein Doppel der Beschwerdeantwort zugestellt (act. 22 A).

1.12. Nach einmalig erstreckter Frist (vgl. act. 24) erstattete die Beschwerdeführerin rechtzeitig ihre Stellungnahme (act. 26) und reichte diverse Beilagen zum Vertretungsverhältnis ein (act. 27). Diese Unterlagen wurden den Beschwerdegegnern am 5. März 2013 zugestellt (act. act. 28/1 und act. 28/2).

1.13. Mit Eingabe vom 6. März 2013 erstatteten die Beschwerdegegner Nr. 1 und Nr. 2 ihrerseits eine Stellungnahme (act. 29). Diese wurde der Beschwerdeführerin und dem Beschwerdegegner Nr. 3 am 8. März 2013 zugestellt (act. 30).

1.14. Mit Eingabe vom 13. März 2013 äusserte sich der Beschwerdegegner Nr. 3 zur Eingabe der Beschwerdegegner Nr. 1 und Nr. 2 vom 6. März 2013 (act. 31). Die Eingabe des Beschwerdegegners Nr. 3 wurde der Beschwerdeführerin sowie den Beschwerdegegnern Nr. 1 und Nr. 2 am 18. März 2013 zugestellt (act. 33).

1.15. Das Verfahren ist spruchreif.

2. Vollmacht der Beschwerdeführerin

2.1. Die Beschwerdegegner Nr. 1 und Nr. 2 stellten anfänglich die Richtigkeit des Certificate of Incumbency der Beschwerdeführerin vom 17. Mai 2012 sowie die Vollmacht der Beschwerdeführerin vom 18. Mai 2012, welche von P._____ unterzeichnet wurde (act. 14), in Frage. Sie gingen von der Nichtigkeit der Wahl bzw. der Vollmacht von P._____ aus (act. 20 N. 19). Nach Einreichung diverser Unterlagen der Beschwerdeführerin gingen die Beschwerdegegner Nr. 1 und Nr. 2 in ihrer Stellungnahme vom 6. März 2013 nicht mehr davon aus, die Vollmacht sei nichtig. Sie brachten einzig noch vor, bei P._____ handle es sich um den verlängerten Arm von D._____ (act. 29). Die Gültigkeit der Vollmacht ist dennoch von Amtes wegen zu prüfen.

2.2. Die Beschwerdeführerin verweist auf die Art. 84 bis 88 ihrer "articles of association" (act. 26 und act. 27/E S. 15). Demnach gilt, dass mindestens ein Direktor gewählt sein muss (Art. 84: "The minimum number of directors shall be one

and the maximum number shall be 12"), dass dieser mit schriftlicher Anzeige an die Gesellschaft zurücktreten (Art. 87: "A director may resign his office by giving written notice of his resignation to the Company...") und an seiner statt einen neuen Direktor einsetzen kann (Art. 88: "The directors may at any time appoint any person to be a director either to fill a vacancy or as an addition to the existing directors. A vacancy occurs through the death, resignation or removal of a director but a vacancy or vacancies shall not be deemed to exist where one or more directors shall resign after having appointed his or their successor or successors"). Die Beschwerdeführerin reicht als Belege für die Wahl von P. _____ das "register of directors" (act. 27/A1), die "written resolution of the sole director" (act. 27/B) sowie den "consent to act as director" ein (act. 27/C). Gemäss dem "written resolution of the sole director" ernannte D. _____ am 16. Mai 2012 P. _____ als Direktor der Beschwerdeführerin. Im "consent to act as director" vom 16. Mai 2012 bestätigte P. _____, als Direktor qualifiziert zu sein. Demgemäss ist er seit dem 16. Mai 2012 im "register of directors" als einziger Direktor aufgeführt. Die Beschwerdeführerin weist zudem auf die legal opinion des Anwaltsbüros Q. _____ hin (act. 26 und act. 27/D), wonach sie (die Beschwerdeführerin) existiert und sich nicht in Liquidation befindet. Die Vollmacht der Beschwerdeführerin, unterzeichnet von P. _____, ist damit als gültig zu betrachten.

3. Zulässigkeit des Widerspruchsverfahrens

3.1. Die Beschwerdegegner Nr. 1 und Nr. 2 bringen in ihrer Beschwerdeantwort vor, bei den Ansprüchen, welche die Beschwerdeführerin geltend mache, handle es sich um Schadenersatzforderungen, mithin um obligatorische Ansprüche. Solche Ansprüche könnten nicht Gegenstand eines Widerspruchsverfahrens sein (unter Hinweis auf BSK SchKG I-Staehelin, Art. 107 N. 20). Das Widerspruchsverfahren sei durch das Betreibungsamt E. _____ zu Unrecht eingeleitet worden (act. 20 N. 9 f.).

3.2. Der Anspruch der Beschwerdeführerin bezieht sich auf eine Forderung (das Guthaben auf einem Bank-Kontokorrent), welche sehr wohl Gegenstand eines Widerspruchsverfahrens sein kann (vgl. BSK SchKG I-Staehelin, 2. Aufl. 2010, Art. 106 N. 13; vgl. auch Art. 107 Abs. 1 Ziff. 2 oder Art. 108 Abs. 1 Ziff. 2

SchKG). Der Ausschluss der obligatorischen Rechte bezieht sich nicht auf Forderungen (vgl. BSK SchKG I-Staehelin, 2. Aufl. 2010, Art. 106 N. 17 mit Beispielen). Das Widerspruchsverfahren ist somit zulässig.

4. Verwirkung der Drittsprache

4.1. Die Beschwerdegegner Nr. 1 und 2 machen geltend, die Beschwerdeführerin habe ihre Drittsprache zu spät geltend gemacht und damit verwirkt (vgl. act. 20 N. 11 ff.). Dies hätten sie bereits beim Betreibungsamt E. _____ geltend gemacht (act. 20 N. 4 ff. mit Verweis auf act. 21/5).

4.1.1. Das Widerspruchsverfahren gliedert sich in das Vorverfahren vor dem Betreibungsamt und den Widerspruchsprozess vor Gericht (SchKG I-Karl Spühler, 5. Aufl., Zürich 2011, N. 492). Nach Anmeldung des Drittanspruchs merkt das Betreibungsamt in einer *ersten Phase* des Vorverfahrens den geltend gemachten Anspruch in der Pfändungsurkunde vor und zeigt ihn, sofern die Pfändungsurkunde bereits zugestellt ist, den Parteien besonders an. Das Betreibungsamt setzt den Parteien des Schuldbetreibungsverfahrens eine Frist von zehn Tagen, um den Anspruch des Dritten beim Betreibungsamt zu bestreiten. Wird der Anspruch von einer Partei bestritten, tritt das Vorverfahren in seine *zweite Phase*. Das Betreibungsamt setzt dem Drittsprecher eine Frist von 20 Tagen zur Anhebung der Widerspruchsklage gegen diejenige Person, die den Drittanspruch bestreitet (Art. 106 ff. SchKG; SchKG I-Karl Spühler, 5. Aufl., Zürich 2011, N. 501 ff.). Die Fristansetzung gemäss Art. 107 Abs. 5 SchKG unterliegt als Verfügung der betreibungsrechtlichen Beschwerde gemäss Art. 17 ff. SchKG. Die im SchKG enthaltenen Klagefristen gehören wie die Klagefristen des Privatrechts nicht zum nachfolgenden Gerichtsverfahren (vgl. ZK ZPO-Staehelin, Art. 142 N. 7). Damit ist die Einrede, eine Drittsprache sei verspätet erfolgt und damit verwirkt (weshalb auch keine Klagefrist hätte angesetzt werden dürfen), nicht im Widerspruchsprozess, sondern – zutreffend – im betreibungsrechtlichen Beschwerdeverfahren vorzubringen (vgl. auch BISchK 1983 [Bd. 47] Nr. 80 S. 75).

4.1.2. Es fragt sich, ob die Beschwerdegegner Nr. 1 und Nr. 2 innerhalb der zehntägigen Beschwerdefrist ab *Kenntnisnahme* der Fristansetzung durch das Betrei-

bungsamt E._____ hätten vorbringen müssen, der Drittspruch sei verwirkt. Dann wäre auch nicht über die Parteirollenverteilung zu befinden. Die Beschwerdegegner Nr. 1 und Nr. 2 machten bereits anlässlich ihrer Bestreitung des Drittspruchs beim Betreibungsamt E._____ geltend, der Drittspruch sei verwirkt (vgl. act. 21/5). Das Betreibungsamt E._____ setzte der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 27. September 2012 Frist zur Klage gemäss Art. 107 Abs. 5 SchKG an (vgl. act. 3/3) und brachte damit zum Ausdruck, dass es – entgegen der Ansicht der Beschwerdegegner Nr. 1 und Nr. 2 – von der Rechtzeitigkeit des Drittspruchs ausging. Die Verfügung vom 27. September 2012 wurde aber nur der Beschwerdeführerin zugestellt und nicht auch den Beschwerdegegnern Nr. 1 und Nr. 2 (act. 3/3 und act. 22). Damit konnten die Beschwerdegegner Nr. 1 und Nr. 2 zu diesem Zeitpunkt noch keine Kenntnis von der Fristansetzung nehmen.

4.1.3. Im vorinstanzlichen Verfahren wurde den Beschwerdegegnern Nr. 1 und Nr. 2 am 18. Oktober 2012 je ein Doppel / eine Kopie der Beschwerde der Beschwerdeführerin inklusive Beilagen zugestellt (act. 4). Es wurden von ihnen aber keine Beschwerdeantworten eingeholt, womit es bei der formlosen Zustellung der Beschwerdeschrift inkl. Beilagen blieb (vgl. Ziff. 3.5.). Damit nahmen die Beschwerdegegner Nr. 1 und Nr. 2 nachträglich zwar indirekt von der Fristansetzung des Betreibungsamtes E._____ und vom Inhalt des Beschwerdeverfahrens, nämlich der Frage der Parteirollenverteilung, Kenntnis. Diese Kenntnisnahme konnte jedoch für die Einrede der Verwirkung der Drittsprache im bereits hängigen betreibungsrechtlichen Beschwerdeverfahren nicht fristauslösend sein.

4.1.4. Da die Vorinstanz von den Beschwerdegegnern Nr. 1 und Nr. 2 keine Beschwerdeantwort einholte, kommt der Novenausschluss gemäss § 84 GOG i.V.m. Art. 326 Abs. 1 ZPO (vgl. act. 20 N. 4 ff.) im zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahren nicht zum Tragen. Die Beschwerdegegner Nr. 1 und Nr. 2 haben vor der oberen Aufsichtsbehörde das erste Mal die Gelegenheit, sich zum Beschwerdeverfahren zu äussern. Die Beschwerdegegner Nr. 1 und Nr. 2 sind deshalb mit ihrem Einwand, die Drittsprache sei verwirkt, zu hören (vgl. act. 20 N. 11-17).

4.1.5. Folgender Hinweis für das Betreibungsamt drängt sich auf: Ist eine Drittsprache verwirkt, ist kein Widerspruchsprozess mehr durchzuführen. Wird eine

Drittansprache mit dem Argument der Verwirkung beim Betreibungsamt bestritten, ist es sinnvoll, wenn dieses die Klagefristansetzung nicht nur dem Drittansprecher, sondern auch demjenigen zustellt, der die Verwirkung des Drittanspruchs geltend gemacht hat. So kann Klarheit geschaffen werden.

4.2. Die Beschwerdegegner Nr. 1 und 2 bringen vor, der Arrestschuldner D._____, welcher bis zum 16. Mai 2012 Direktor der Beschwerdeführerin gewesen sei, habe spätestens mit den am 22. Januar 2010 erfolgten öffentlichen Publikationen Kenntnis vom Arrest erhalten. Dies sei vom Arrestrichter des Bezirksgerichts Zürich in den Verfügungen vom 13. Januar 2011 betreffend Arresteinsprache der N.____ Ltd. gegen die Beschwerdegegner Nr. 1 und Nr. 2 festgehalten worden. Gemäss Einzelrichter sei dem Arrestschuldner von den Arresten genügend Kenntnis gegeben worden, so dass für ihn damals die Einsprachefristen gegen die Arreste zu laufen begonnen hätten. Gleiches müsse in Bezug auf den Zeitpunkt der Kenntnisnahme und den Lauf der Frist für das Widerspruchsverfahren gelten (act. 20 N. 14 unter Verweis auf act. 21/6 und act. 21/7). Die Beschwerdeführerin müsse sich das Wissen von D._____, welcher einziges Organ bzw. einziger Direktor gewesen sei, anrechnen lassen. Nachdem D._____ erwiesenermassen am 22. Januar 2010 Kenntnis von den Arresten erlangt habe und zu jenem Zeitpunkt bis zur Ablösung durch P._____ einziger Direktor gewesen sei, sei erstellt, dass die Beschwerdeführerin von den Arresten am 22. Januar 2010 Kenntnis erlangt habe (act. 20 N. 15). Seit dem Zeitpunkt der Kenntnisnahme von den Arresten am 22. Januar 2010 bis zur Anmeldung der Drittansprache am 4. Juni 2012 lägen somit mehr als 28 Monate. Bei einem so langen Zuwarten sei der Anspruch auf Anmeldung des Drittanspruchs verwirkt (act. 20 N. 16). Es ergebe sich, dass die Beschwerdeführerin mit der Anmeldung der Drittansprache zugewartet habe, bis das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 27. April 2012 vorgelegen habe – im besagten Urteil erkannte das Bezirksgericht Zürich, der von der N.____ Ltd. behauptete Drittanspruch an den Arrestgegenständen werde aberkannt (act. 15/20 S. 22). Der Arrestschuldner D._____, als einziger wirtschaftlich Berechtigter der N.____ Ltd., habe versucht, über letztere an die verarrestierten und gepfändeten Vermögenswerte zu gelangen. Erst als D._____ und die N.____ Ltd. zur Kenntnis genommen hätten, dass ihr Vorgehen gescheitert

sei, habe D._____ über die Beschwerdeführerin einen weiteren Versuch unternommen, um die Verwertung der Vermögenswerte zugunsten der Beschwerdegegner Nr. 1 und Nr. 2 zu verhindern. Um die Beschwerdeführerin zu instrumentalisieren, habe D._____ in rechtswidriger Weise an seiner Stelle einen neuen Direktor eingesetzt (act. 20 N. 17).

4.3. Die Beschwerdeführerin hatte in ihrer Anmeldung der Drittsprache beim Betreibungsamt E._____ vom 4. Juni 2012 vorgebracht, sie habe erst Mitte Mai 2012 vom Rechtsvertreter der N._____ Ltd. über die in der Schweiz offenbar laufenden Auseinandersetzungen sowie die erfolgte Verarrestierung und Pfändung der Vermögenswerte erfahren (act. 3/20 S. 1 f.). Der Beschwerdegegner Nr. 3 bringt in seiner Stellungnahme vom 13. März 2013 vor, es möge zwar zutreffen, dass er sich die Publikation vom 22. Januar 2010 anrechnen lassen müsse. Dass sich dies eine Drittperson mit Sitz in R._____ (damit meint er die Beschwerdeführerin), an die sich diese öffentliche Publikation nicht gerichtet habe, anrechnen lassen müsse, sei dagegen kaum nachzuvollziehen, zumal eine Frist für dieses Widerspruchsverfahren nicht bestehe und dieses angestrengt werden könne, solange das verarrestierte und gepfändete Objekt noch nicht verwertet worden sei (act. 31 N. 4).

4.4. Der Dritte verwirkt seinen Anspruch am Pfändungsobjekt im hängigen Verfahren, wenn er die Anmeldung des Anspruchs rechtsmissbräuchlich verzögert. Der Dritte, der von der Pfändung Kenntnis erhält, ist daher gehalten, seinen Anspruch binnen angemessener Frist anzumelden. Wer erst nach längerem Zuwarten einen Anspruch geltend macht, muss die Gründe seines Verhaltens angeben und glaubhaft machen (BSK SchKG I-Staehelin, 2. Aufl. 2010, Art. 106 N. 23). Grund zur Anmeldung seines Rechts besteht für den Drittsprecher jedoch erst, wenn die Pfändung oder der Arrestvollzug rechtswirksam geworden ist, da der Drittsprecher vor diesem Zeitpunkt nicht mit einer Verwertung der betroffenen Vermögenswerte und damit mit einem allfälligen Verlust seiner Rechte rechnen muss (BSK SchKG I-Staehelin, 2. Aufl. 2010, Art. 106 N. 24).

4.5. Es trifft zwar zu, dass in den Prozessen der Beschwerdegegner Nr. 1 und Nr. 2 gegen die N._____ Ltd. betreffend Arresteinsprache der Einzelrichter des

Bezirksgerichts Zürich (EQ100157 und EQ100158) festhielt, mit den Publikationen vom 22. Januar 2010 sei dem Arrestschuldner vom Arrest im Sinne von Art. 278 Abs. 1 SchKG genügend Kenntnis gegeben worden (vgl. act. 21/6 S. 6 und act. 21/7 S. 6). Dies genügt als Grund für die Anmeldung der Drittsprache jedoch noch nicht. Der Pfändungsvollzug erfolgte erst am 19. April 2010 in Abwesenheit des Schuldners D.____ (vgl. act. 3/19). Ausserdem wurde der Arrestvollzug erst mit Abschluss der beiden Arresteinspracheverfahren EQ100157 und EQ100158 des Bezirksgerichts Zürich rechtswirksam. Diese Verfahren wurden jeweils mit Verfügung vom 13. Januar 2011 abgeschlossen (act. 21/6 und act. 21/7), und es erfolgte kein Weiterzug an die obere Instanz. Die N.____ Ltd. anerkannte in den genannten Arresteinspracheverfahren, dass der Arrestschuldner D.____ seit dem 6. August 2010 ihr Direktor sei (vgl. act. 21/6 und act. 21/7, jeweils S. 6). Er unterzeichnete am 18. August 2010 als neuer Direktor der N.____ Ltd. denn auch die Vollmacht für die Prozesse (vgl. act. 15/17 Ziff. 12 ff.; act. 21/6 S. 4 und act. 21/7 S. 4). Damit nahm D.____ mit Zustellung der beiden Verfügungen vom 13. Januar 2011 auch vom rechtswirksamen Arrestvollzug Kenntnis.

4.6. Die Beschwerdeführerin muss sich trotz eigener Rechtspersönlichkeit (vgl. act. 27/D Ziff. 4a) das Wissen ihres einzigen Direktors anrechnen lassen. Gemäss Art. 93 der "articles of association" der Beschwerdeführerin (act. 27/E S. 15) werden das Geschäft und die Angelegenheiten der A.____ durch die Direktoren erledigt ("The business and affairs of the Company shall be managed by the directors..."). Ausnahmen davon sind zwar möglich, solche wurden von der Beschwerdeführerin aber nicht erwähnt und ergeben sich auch nicht aus den Unterlagen. Es ist deshalb nicht nachvollziehbar, weshalb die Stellung von P.____ als Direktor anders sein sollte als diejenige von D.____. Es gilt für beide dasselbe: ihr Wissen ist der Beschwerdeführerin anzurechnen. Damit ist bereits auf den Kenntnisstand des Direktors D.____ im Januar 2011 abzustellen, und nicht erst auf den Kenntnisstand des per 16. Mai 2012 neu gewählten Direktors P.____.

4.7. Damit verstrichen zwischen der Kenntnisnahme des Arrestvollzuges durch die Beschwerdeführerin (im Januar 2011) und ihrer Drittsprache (4. Juni 2012)

mehr als ein Jahr. Weshalb die Beschwerdeführerin solange mit ihrer Drittsprache zuwartete, wurde nicht schlüssig erklärt und ist auch nicht nachvollziehbar. Es ist daher von einer verspäteten und damit verwirkten Drittsprache auszugehen.

4.8. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Betreibungsamt richtigerweise die Fristansetzung für das Widerspruchsverfahren auch den Beschwerdegegnern hätte zustellen und dass die Vorinstanz die betreibungsamtlichen Akten hätte beiziehen sollen. Daraus hätte sich die Problematik der Verwirkung ergeben und der Streit um die Parteirollenverteilung wäre damit bereits vor Vorinstanz obsolet geworden.

4.9. Die Fristansetzung des Betreibungsamtes E._____ vom 27. September 2012 an die Beschwerdeführerin ist deshalb aufzuheben, soweit sie die im Widerspruchsverfahren streitgegenständlichen Geldmarktinvestitionen betrifft (vgl. act. 3/19; vgl. act. 15/19 S. 12 Ziff. 29 und act. 12 S. 11 Ziff. 27). Dies ist auch dem für die Widerspruchsklage zuständigen Einzelgericht für SchKG-Klagen des Bezirksgerichts Zürich (Verfahren FO120011) mitzuteilen. Die übrigen verarrestierten Vermögenswerte (Anleihen und Aktien) sind nicht Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens (vgl. act. 3/19).

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Das Verfahren vor den kantonalen Aufsichtsbehörden in Schuldbetreibungs- und Konkursachen ist kostenlos (vgl. Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG). Es sind daher keine Kosten zu erheben. Parteienschädigungen dürfen nicht zugesprochen werden (Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG).

Es wird erkannt:

1. Dispositiv-Ziff. 1 des vorinstanzlichen Entscheides wird aufgehoben.
2. Die Fristansetzung des Betreibungsamtes E._____ vom 27. September 2012 wird aufgehoben, soweit sie die im Widerspruchsverfahren streitgegenständlichen Geldmarktinvestitionen betrifft.

3. Im Übrigen wird auf die Beschwerde nicht eingetreten.
4. Es werden keine Kosten erhoben und keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die 7. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich, unter Hinweis auf Ziff. 4.1.5. der Erwägungen an das Betreibungsamt E._____ und unter Hinweis auf Ziff. 4.9. der Erwägungen an das Einzelgericht für SchKG-Klagen des Bezirksgerichts Zürich (Verfahren FO120011), je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

6. 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

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Muraro-Sigalas

versandt am: