

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS130014-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter
Dr. P. Higi und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach sowie Gerichtsschreiberin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen.

Urteil vom 25. Februar 2013

in Sachen

A. _____,

Beklagte und Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____ **S.A.**,

Klägerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Fürsprecher Dr. iur. X1. _____ und / oder Rechtsanwalt Dr. iur.

X2. _____,

betreffend **Arresteinsprache**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes
Zürich vom 30. März 2012 (EQ120061)

Erwägungen:

I.

1. Die Klägerin B. _____ S.A. aus Kolumbien liess Vermögenswerte von A. _____, ebenfalls aus Kolumbien, verarrestieren. Die Arresturkunde wurde der Beklagten auf dem Rechtshilfeweg zugestellt. Aus dem Empfangsschein vom 18. Januar 2012 ergaben sich Einwendungen gegen die Arrestlegung, welche die Vorinstanz im Einspracheverfahren prüfte und die Einsprache mit Urteil vom 30. März 2012 abwies (act. 24 = act. 10a). Das Urteil wurde der Beklagten wiederum nach Kolumbien, wo sie inhaftiert ist, zugestellt (act. 14, 18, 19; vgl. auch act. 25).

2. Auf der retournierten Empfangsbescheinigung im Verfahren EQ120061 in der Rubrik "Datum der Zustellung und Unterschrift des Empfängers" steht ein schwer lesbarer handschriftlicher Vermerk in italienischer Sprache (die Beklagte ist italienische Staatsangehörige): "Faccio uso del ricorso di legge ... per non assistita di avvocato" (act. 25 unten, Original in act. 19 Blatt 18 [Zustellakten]). Bei den Zustellakten gibt es eine fast gleich lautende Erklärung, unterzeichnet von der Beklagten, ebenfalls datiert vom 30. August 2012, adressiert an "C. _____" (act. 19 Blatt 41), worin die Beklagte erklärt, dass sie nicht zur Zustellung erschienen sei, weil ihr "apoderado" nicht benachrichtigt worden sei. Dass sie mit "apoderado" einen Anwalt meint, ergibt sich aus dem Text der italienischen Erklärung.

Act. 25 enthält weiter eine Kopie einer "NOTIFICACION PERSONAL" (Original in act. 19 Blatt 42). Das Dokument betrifft die Zustellung durch D. _____, ... [Adresse] vom 30. August 2012 und es wird festgehalten, dass die Beklagte, die im Gefängnis "E. _____" in F. _____ [Stadt in Kolumbien] inhaftiert sei, sich geweigert habe, in das für die Übergabe vorgesehene Lokal verbracht zu werden. Deshalb habe sich der unterzeichnende Beamte in die Haftanstalt begeben, wo er die Beklagte direkt und persönlich über den Inhalt der Zustellung informiert habe. Die

Inhaftierte habe die Entscheidungen der Schweizer Behörden gelesen und erklärt, von deren Inhalt Kenntnis genommen zu haben. Unterhalb der Unterschrift der Beklagten stehen handschriftliche Vermerke, die von zwei verschiedenen Personen stammen. Der eine betrifft die Übergabe und erwähnt die Prozessnummern der übergebenen Dokumente aus diesem und einem Parallelverfahren (EQ120060, 120061, WB120518 und 120519). Der andere Vermerk ist auf Grund des Schriftbildes der Beklagten zuzuordnen: Sie teilt – diesmal in spanischer Sprache – mit, dass ihr die Mitteilung des Arrestes zugegangen sei, ohne dass ein Anwalt anwesend gewesen sei. Ausserdem sei der Arrest auf Grund eines erstinstanzlichen Urteils erfolgt, das angefochten und daher nicht in Rechtskraft erwachsen sei. Sie sei im Verfahren in Zürich nicht gesetzlich vertreten gewesen und habe nicht auf die gesetzlich vorgeschriebene professionelle Hilfe zählen können. Im Verfahren, das in Kolumbien gegen sie geführt werde, seien keine (schweizerischen) vorsorglichen Massnahmen ("medidas cautelares") auf schweizerischen Bankkonten bei G._____ [Bank] und H._____ [Bank] zulässig.

3. Bereits im vorinstanzlichen Einspracheverfahren hat sich die Beklagte v.a. mit folgenden Argumenten zur Wehr gesetzt: Die Entscheidung sei noch nicht rechtskräftig. Sie wisse nicht, ob ein Rechtsmittel noch möglich sei. Der Entscheid sei ans Appellationsgericht geschickt worden (act. 1/2a mit Übersetzung in act. 1/2b).

4. Die Vorinstanz ging nach Abklärung der zeitlichen Verhältnisse davon aus, dass die Arresteinsprache rechtzeitig erhoben worden sei (act. 10a S. 3). Die Beklagte habe geltend gemacht, dass sie das Strafurteil vom 8. April 2010 an die obere Instanz weitergezogen habe (act. 10a S. 2). Das sei aber nicht massgeblich, weil es genüge, dass die Arrestforderungen glaubhaft gemacht worden seien: Die Beklagte sei erstinstanzlich wegen Urkundenfälschung, Verschwörung und widerrechtlicher Bereicherung verurteilt worden, was für eine aus diesen Delikten abgeleitete Forderung genüge. Das führte zur Abweisung der Arresteinsprache. Mit Blick auf die Zustellung wurde der Entscheid auf Spanisch übersetzt (act. 11 bis 13). Das Zustellungsersuchen datiert vom 18. April 2012 (act. 14) bzw. vom 24. April 2012.

5. Zunächst stellen sich verfahrensrechtliche Fragen, nämlich ob die Zustellung des Arresteinsprache-Entscheides der Vorinstanz rechtsgültig erfolgte und ob die Beschwerde rechtzeitig erhoben wurde.

a) Die Beklagte bestreitet die Rechtsgültigkeit der Zustellung des Arresteinsprache-Entscheides am 30. August 2012 und weist darauf hin, dass bei der Übergabe kein Rechtsanwalt zugegen war. Tatsächlich ist auf Grund der Akten anzunehmen, dass die Übergabe ohne einen Rechtsbeistand erfolgte. Der Kammer ist bekannt, dass es Länder gibt, in denen Zustellungen an Gefängnisinsassen im Beisein eines Anwalts erfolgen müssen. Dabei handelt es sich jedoch, soweit bekannt, um Strafurteile. Der Arresteinsprache-Entscheid, der der Beklagten übergeben wurde, ist jedoch eine vorsorgliche Massnahme zur Sicherung einer späteren Vollstreckung, der in keinem Zusammenhang mit einem Strafverfahren steht. Dass geltend gemacht wird, die Arrestforderung gehe auf strafbares Verhalten zurück, ändert nichts an dieser rechtlichen Qualifikation. Daher ist nicht davon auszugehen, dass die von der Beklagten angerufene Regel bei der Zustellung des Arresteinsprache-Entscheides vom 30. August 2012 anwendbar war. Art. 313 ff. des kolumbianischen Código de Procedimiento Civil (www.cancelleria.gov.co) (zitiert als ZPO/CO) regelt die Zustellungen im Anwendungsbereich der Zivilprozessordnung sehr umfassend im 15. Titel "Notificaciones", aus der keine solche Vorschrift ersichtlich ist. Damit ist die Zustellung an die Beklagte nicht zu beanstanden.

b) Von Amtes wegen zu klären ist die Frage, ob die Beschwerde rechtzeitig erhoben wurde. Auf Grund der "NOTIFICACION PERSONAL" ist davon auszugehen, dass der Entscheid betreffend Arresteinsprache der Beklagten am 30. August 2012 übergeben wurde (act. 25 Blatt 2) und aus den Akten (act. 19, 25) ergibt sich, dass die Beklagte den "Rekurs" sowie ihre Einwendungen gegen den Einspracheentscheid unverzüglich gegenüber dem Überbringer angebracht hat. Zur Rück-Übermittlung der Zustellunterlagen in die Schweiz ist ersichtlich, dass die Amtsperson 209, die die rechtshilfweise Zustellung an die Beklagte ausführte, am 30. August 2012 die Zustellung gegenüber der "I._____" bestätigte und die Zustellakten übermittelte (es handelt sich um das braune Kartonmappchen, das

als act. 19 bei den Akten liegt). Von dort wurden die Zustellakten am 11. September 2012 an das J. _____ weitergeleitet. Wann die Weiterleitung von dort an die Schweizer Botschaft in F. _____ erfolgte, ist nicht ersichtlich. Fest steht erst wieder, dass die Botschaft in F. _____ die Sendung am 3. Januar 2013 an das EJPD in Bern übermittelte, von wo sie am 14. Januar 2013 an die Rechtshilfeabteilung des Obergerichts des Kantons Zürich versandt wurde.

Trotz der langen Zeitdauer, die seit der Übergabe des Entscheides am 30. August 2012 vergangen ist, ist davon auszugehen, dass die vorliegende Beschwerde rechtzeitig erfolgt ist. Unstreitig hat die Beklagte unmittelbar bei der Übergabe ein Rechtsmittel eingelegt ("faccio uso del ricorso ..." [act. 25]). In Art. 315 Abs. 3 ZPO/CO ist vorgesehen, dass anlässlich der persönlichen Zustellung Rechtsmittel eingelegt werden können ("Al notificado no se le admitirán otras manifestaciones que la de asentimiento a lo resuelto, la convalidación de lo actuado, el nombramiento prevenido en la providencia **y la interposición de los recursos de apelación o casación**" [Hervorhebung durch die Kammer]). Bei der internationalen Rechtshilfe richtet sich die Zustellung im ersuchten Land nach dem dortigen Recht. Zwar ist – genau genommen – die Erhebung von Rechtsmitteln anlässlich der Zustellung nicht Teil der Zustellung, sondern eine Folge davon. Ohne dass dies ausdrücklich erwähnt ist, muss davon ausgegangen werden, dass der Zustellbeamte diese Erklärung dann auch weiterzuleiten hat. Das ist vorliegend denn auch geschehen, sind doch der "ricorso" und die Erklärungen der Beklagten zusammen mit den Zustelldokumenten in die Schweizer Botschaft und von dort an den Absender in der Schweiz weitergeleitet worden. Angesichts dieser Regelung im kolumbianischen Recht darf es der Beklagten nach Treu und Glauben i.S.v. Art. 52 ZPO (und Art. 9 BV; vgl. KuKo ZPO-Oberhammer, N. 1 zu Art. 52) nicht zum Nachteil gereichen, dass sie ihr Rechtsmittel ("ricorso") anlässlich der Zustellung eingelegt hat, wie ihr dies nach Art. 315 Abs. 3 ZPO/CO offen steht. Daher ist die vorliegende Beschwerde als rechtzeitig erfolgt entgegen zu nehmen, und zwar ohne dass geklärt werden muss, wann die Dokumente, welche den "ricorso" enthalten, bei der Schweizerischen Botschaft in F. _____ eingegangen sind, was – wie erwähnt – aus den Zustellakten nicht ersichtlich ist. Wollte man die Beschwerde wegen der vorgenannten Tatsachen nicht als rechtzeitig an-

sehen, wäre der Beklagten die Frist i.S.v. Art. 148 Abs. 1 ZPO gegebenenfalls wieder herzustellen, weil die Zeitdauer der Übermittlung offensichtlich ihrem Einfluss entzogen war. Auf die Beschwerde der Beklagten ist demnach einzutreten.

6. Grundsätzlich hat eine Beschwerde einen Antrag zu enthalten, was vorliegend nicht der Fall ist. Die Beklagte erhebt indessen "ricorso" und aus der Begründung ist ersichtlich, dass sie den Arrest für unzulässig hält und welche Gründe sie dafür anführt. Für eine Laien-Beschwerde ist dies ausreichend (vgl. Entscheidung der Kammer vom 22. August 2011, PF110034, publiziert unter www.gerichte-zh.ch).

7. Wie sogleich zu zeigen sein wird, ist die Beschwerde aber offensichtlich aussichtslos (Art. 322 Abs. 1 ZPO), so dass auch keine Beschwerdeantwort einzuholen ist.

II.

1. Die Beklagte macht geltend, sie sei im Verfahren in der Schweiz nicht gesetzlich vertreten gewesen. Zutreffend ist, dass die Beklagte im Arresteinspracheverfahren und auch im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht vertreten ist (im Arrestbewilligungsverfahren wird die beklagte Partei, weil es sich um eine superprovisorische Massnahme handelt, ohnehin nicht angehört). Das Fehlen einer Vertretung ist auch der Grund dafür, dass ihr die Entscheidungen ins Ausland zugestellt werden müssen; andernfalls wären die Zustellungen an den schweizerischen Rechtsvertreter erfolgt.

Nach schweizerischem Zivilprozessrecht gilt der Grundsatz, dass die Parteien selber prozessieren können und müssen, wenn sie nicht von sich aus einen Vertreter beauftragen (KuKo ZPO-Domej, N. 1 zu Art. 67). Vorbehältlich der Partei, die offensichtlich nicht in der Lage ist, einen Prozess selber zu führen (Art. 69 ZPO), obliegt es den Prozessparteien, wenn sie vertreten sein wollen, einen Vertreter zu bestellen (Art. 68 ZPO). Die Beklagte hat nicht geltend gemacht, dass es ihr – z.B. wegen ihres Aufenthaltes im Gefängnis – unmöglich wäre, einen

Rechtsvertreter zu beauftragen. Sie hat sich mit der Erhebung des "ricorso" zur Sache geäußert, wenn auch nur sehr summarisch, und sie hat nicht geltend gemacht, dass es ihr verwehrt sein werde, eine den "ricorso" ergänzende Eingabe aus dem Gefängnis heraus zu versenden. Ausserdem hat sie nicht einmal angedeutet, dass sie nicht in der Lage wäre, einen allfälligen selbst bestellten Rechtsvertreter zu entschädigen. Nur wenn die Mittel zur Prozessführung und zur Entschädigung der Vertretung durch einen Rechtsanwalt fehlen, kann das Gericht um unentgeltliche Rechtspflege ersucht werden; diese wird unter den Bedingungen bewilligt, dass erstens die Partei mittellos ist, das Verfahren zweitens nicht aussichtslos erscheint sowie drittens eine Vertretung zur Rechtswahrung erforderlich ist (Art. 29 Abs. 3 BV; Art. 117 ff. ZPO). All das gilt grundsätzlich auch für eine ausländische Partei, allerdings ist es ebenfalls an ihr, die Voraussetzungen für die Bewilligung unentgeltlicher Rechtspflege im Einzelnen darzulegen. Das hat die Beklagte nicht getan und ein förmlich gestelltes Gesuch wäre abzuweisen, weil der Standpunkt der Beklagten – wie sogleich zu zeigen sein wird – aussichtslos ist.

2. In der Sache weist die Beklagte darauf hin, dass der Entscheid ans Appellationsgericht gezogen wurde und dass er damit nicht rechtskräftig sei. Um welches Verfahren und um welchen Entscheid es sich handelt, ist auf Grund dieser Äusserung nicht restlos klar, ergibt sich aber aus der Arrestbewilligung (Verfahren EQ110050, act. 1 S. 2 und act. 3 S. 9, 10, 11) sowie aus dem vorinstanzlichen Einspracheverfahren (act. 10a S. 2). Die Vorinstanz hat sich mit diesem Argument bereits auseinandergesetzt: Im Strafurteil des Juzgado Octavo Penal del Circuito Especializado de F._____ vom 8. April 2010 sei die Beklagte wegen Urkundenfälschung, wegen Anstiftung zum Betrug und wegen unrechtmässiger Bereicherung schuldig befunden worden. Weil die aus diesen Vermögensdelikten abgeleitete Arrestforderung ohne weiteres glaubhaft sei, ändere auch die blosser Einlegung eines Rechtsmittels nichts (act. 10a S. 2).

Diese Sichtweise ist nicht zu beanstanden. Der Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG verlangt kein Urteil, mit dem die Arrestforderung rechtskräftig zugesprochen wurde; im Gegenteil ist umstritten, inwiefern ausländische Urteile

überhaupt unter die neue Fassung von Ziff. 4 zu subsumieren sind, weil sie in der letzten SchKG-Teilrevision ungeschickt herausgestrichen wurden (vgl. BSK SchKG II-Stoffel, N. 87 zu Art. 271; Hans Reiser/Ingrid Jent-Sørensen, Exequatur und Arrest im Zusammenhang mit dem revLugÜ, SJZ 107/2011, S. 244 bei Anm. 20). Ausserdem geht es im vorliegenden Fall um ein Strafurteil, das nur dann ein Vollstreckungstitel sein könnte, wenn adhäsionsweise Schadenersatz zugesprochen worden wäre, und das ist nicht ersichtlich. Immerhin kann aber ein Strafurteil durchaus auch zur Glaubhaftmachung der Arrestforderung dienen. Und das ist – wie auch die Vorinstanz ausgeführt hat – hier gegeben. Einzig die Tatsache, dass seitens der Beklagten ein Rechtsmittel eingelegt wurde, beeinflusst die Glaubhaftigkeit nicht. Und die Beklagte hat zu den Gründen, warum sie appelliert hat, nichts aufgeführt, so dass die Angelegenheit deswegen nicht in einem anderen Licht erscheint.

3. Schliesslich macht die Beklagte geltend, dass im Zusammenhang mit einem Strafverfahren in Kolumbien in der Schweiz keine vorsorglichen Massnahmen (medidas cautelares) zulässig seien. Der schweizerische Arrest ist eine provisorische Sicherungsmassnahme für Geldforderungen im Hinblick auf eine spätere Zwangsvollstreckung (BSK SchKG II-Stoffel, N. 1 zu Art. 271) und steht in keinem Zusammenhang mit dem kolumbianischen Strafverfahren, auch wenn es der Klägerin um eine Forderung aus unerlaubten Handlungen der Beklagten geht, die als Delikte im genannten Strafverfahren beurteilt werden.

4. Die Beschwerde der Beklagten erweist sich damit als unbegründet und ist abzuweisen.

III.

1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beklagte kostenpflichtig (Art. 1 lit. c. i.V.m. 96 und Art. 106 Abs. 1 ZPO; § 4 Abs. 1 i.V.m. § 8 ZPO). Der Klägerin ist mangels Umtrieben im Beschwerdeverfahren keine Entschädigung zuzusprechen.

2. Die Frist für den Weiterzug ans Bundesgericht beträgt 30 Tage. Die Beklagte wird darauf hingewiesen, dass es für die Ergreifung eines Rechtsmittels vor einem schweizerischen Gericht nicht ausreicht, dass bei der Zustellung des vorliegenden schweizerischen Entscheides "Rekurs, Berufung oder Beschwerde" erklärt wird, wie dies in Art. 315 Abs. 3 ZPO/CO vorgesehen ist. Die Beklagte hat eine allfällige Beschwerde innert 30 Tagen beim Schweizerischen Bundesgericht zu erheben oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung (Embajada de Suiza en Colombia) zu übergeben (Art. 48 BGG). Bei Einreichung der Beschwerde bei einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung muss die 30-tägige Frist ebenfalls gewahrt sein (Übergabe am letzten Tag der Frist). Ob es der Beklagten, wenn sie sich nach wie vor im Gefängnis aufhält, möglich ist, die 30-tägige Frist für die eine oder andere Zustellung zu wahren, kann nicht beurteilt werden. Wenn es ihr trotz zumutbarer Bemühungen nicht möglich sein sollte, ist ihr zu empfehlen, dass sie gleichzeitig ein Fristerstreckungsgesuch stellt und in ihrer Beschwerde genau erklärt und (soweit möglich) auch belegt, warum ihr die Fristwahrung nicht möglich gewesen ist (Art. 50 Abs. 1 BGG).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.-- festgesetzt. Die weiteren Kosten betragen:

Fr. Barauslagen (noch ausstehend).
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten auferlegt.
4. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage eines Doppels von act. 25, an die Beklagte auf dem Rechtshilfeweg mit Überset-

zung, an das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Audienz, sowie an das Betreibungsamt K._____, 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 30 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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 14 Mio.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

Prof. Dr. I. Jent-Sørensen

versandt am: