

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS140036-O/ U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Graf

## Urteil vom 19. Juni 2014

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Beklagter, Arrestschuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1. \_\_\_\_\_, substituiert durch Rechtsanwalt lic. iur. X2. \_\_\_\_\_,

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Kläger, Arrestgläubiger und Beschwerdegegner,

betreffend

**Arresteinsprache / Arrestkaution / Wiedererwägung**  
(Kosten- und Entschädigungsfolgen)

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 10. Januar 2014 (EQ120101)

## Erwägungen:

### I.

1. Mit Urteil vom 7. Mai 2012 erliess die Arrestrichterin den Arrestbefehl gegen den Beschwerdeführer (Geschäfts-Nr. EQ120087, act. 3/7). Der Arrest wurde am 8. Mai 2012 durch das zuständige Betreibungsamt vollzogen. Die Arresturkunde wurde dem Beschwerdeführer am 13. Juni 2012 zugestellt (act. 5). Mit Eingabe vom 25. Juni 2012 erhob der Beschwerdeführer nach erfolgter Akteneinsicht rechtzeitig Einsprache gegen den Arrestbefehl (act. 1). Er stellte den Antrag, der Arrest sei aufzuheben und es sei der Beschwerdegegner zu verpflichten, eine Sicherheitsleistung in der Höhe von Fr. 47'551.80 zu leisten. Mit Urteil vom 12. Juli 2012 wurden die Arretesteinsprache und der Kautionsantrag von der Vorinstanz abgewiesen (act. 6). Mit Eingabe vom 25. Juni 2013 stellte der Beschwerdeführer ein Wiedererwägungsgesuch (act. 10). Mit Verfügung vom 5. Juli 2013 wurde dem Beschwerdegegner Frist zur Stellungnahme angesetzt (act. 15a). Der Beschwerdegegner beantragte in seiner Stellungnahme vom 18. Juli 2013 die Abweisung des Wiedererwägungsgesuchs (act. 16). Mit Verfügung des Einzelgerichts Audienz des Bezirksgerichts Zürich vom 10. Januar 2014 wurde das Wiedererwägungsgesuch vom 25. Juni 2013 als gegenstandslos geworden abgeschrieben (Dispositivziffer 1). Die Spruchgebühr von Fr. 1'200.– wurde dem Beschwerdeführer auferlegt (Dispositivziffer 2); sodann wurde er verpflichtet, dem Beschwerdegegner eine Parteientschädigung von Fr. 7'500.– zu bezahlen (Dispositivziffer 3, act. 18 = act. 22).

2. Dagegen richtet sich die mit Eingabe vom 3. Februar 2014 vom Beschwerdeführer rechtzeitig (vgl. act. 19) erhobene Beschwerde; sie richtet sich einzig gegen die Verteilung der Prozesskosten. Der Beschwerdeführer beantragt Folgendes (act. 23 S. 2):

" Es seien Dispositiv Ziffern 2 und 3 des Urteils des Bezirksgerichtes Zürich, Einzelgericht Audienz, vom 10. Januar 2014 aufzuheben und die Spruchgebühr von CHF 1'200.– dem Beschwerdegegner aufzuerlegen sowie dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von CHF 7'500.– zuzusprechen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer von 8% zu Lasten des Beschwerdegegners."

Mit Verfügung vom 17. Februar 2014 wurde dem Beschwerdeführer Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 450.– für das Beschwerdeverfahren angesetzt (act. 27). Der Vorschuss ging am 24. Februar 2014 bei der Obergerichtskasse ein (act. 30).

3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-20). Von der Einholung einer Beschwerdeantwort und einer Vernehmlassung der Vorinstanz wurde abgesehen (Art. 322 und 324 ZPO). Die Sache ist spruchreif.

## II.

### 1. Verletzung des rechtlichen Gehörs

1.1 Der Beschwerdeführer macht unter anderem eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend. Er begründet dies damit, dass ihm die Stellungnahme des Beschwerdegegners samt Beilagen (insbesondere das Schreiben vom 17. Juli 2013) nicht zugestellt worden sei. Weiter moniert er, vor Fällung des Entscheids über die Kostenauflegung nicht angehört worden zu sein (act. 23 S. 3, 6 und 10).

1.2 Das Recht, angehört zu werden, ist formeller Natur. Seine Verletzung führt grundsätzlich ungeachtet der Erfolgsaussichten des Rechtsmittels in der Sache selbst zur Gutheissung desselben und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Die Garantie umfasst auch das Recht, von den beim Gericht eingereichten Stellungnahmen Kenntnis zu erhalten und sich dazu äussern zu können (sog. Replikrecht). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann jedoch eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz mit voller Kognition zu äussern und wenn ihr kein Nachteil erwächst. Unter dieser Voraussetzung ist darüber hinaus – im Sinne einer Heilung des Mangels – selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruches auf rechtliches Gehör von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der

Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGer 5A\_296/2013 vom 9. Juli 2013 mit Hinweis auf BGE 137 I 195 E. 2.3.2, BGE 136 V 117 E. 4.2.2.2, BGE 133 I 201 E. 2.2).

1.3 Vorliegend hat die Vorinstanz den Beschwerdeführer über die Stellungnahme samt Beilagen des Beschwerdegegners (act. 16 und 17/1-6) nicht orientiert. Diese wurde dem Beschwerdeführer erst mit Verfügung vom 10. Januar 2014 zugestellt (vgl. act. 22 Dispositivziffer 4). Es trifft auch zu, dass die Vorinstanz die Parteien vorgängig nicht zur Verteilung der Prozesskosten anhörte. Dem Beschwerdeführer ist beizupflichten, dass die Vorinstanz damit seinen Anspruch auf rechtliches Gehör, insbesondere sein Replikrecht, verletzte.

Wie vorstehend ausgeführt, kommt bei einer (schwerwiegenden) Verletzung des rechtlichen Gehörs die Heilung des Mangels vor der Rechtsmittelinstanz nur in seltenen Ausnahmefällen in Betracht. Bei der vorliegenden Sachlage erschiene eine Rückweisung zu neuem Entscheid – ungeachtet der grundsätzlich eingeschränkten Kognition der Beschwerdeinstanz – als formalistischer Leerlauf. Dem Beschwerdeführer wurden die Stellungnahme und die Beilagen des Beschwerdegegners (act. 16 und 17/1-6) mit der angefochtenen Verfügung zugestellt. Er hatte damit die Möglichkeit, sich mit Erhebung der Beschwerde dazu zu äussern, was er auch tat (vgl. act. 23). Zudem äusserte er sich in seiner Beschwerdeschrift ebenfalls klar zur (von ihm aus gesehen anders) vorzunehmenden Kostenverteilung der Abschreibungsverfügung. Der vorliegende Mangel kann somit im obergerichtlichen Verfahren geheilt werden, indem der Beschwerdeführer trotz der im Beschwerdeverfahren sonst geltenden Novenbeschränkung (Art. 326 ZPO) umfassend anzuhören ist (vgl. OGerZH RU130042 vom 10. Juli 2013). Ferner lassen das Rechtsbegehren und die Ausführungen des (anwaltlich vertretenen) Beschwerdeführers unverkennbar darauf schliessen, dass dieser einen Entscheid in der Sache und damit keine weitere unnötige zeitliche Verzögerung bzw. Rückweisung zu neuem Entscheid wünscht (vgl. act. 23 S. 2 und S. 3 N 6). Anzufügen bleibt, dass nicht anzunehmen ist, dass die Vorinstanz bei einer erneuten Über-

prüfung der Kostenverteilung zu einem anderen Schluss kommen würde. Auf eine Rückweisung ist demzufolge zu verzichten.

## 2. Materielles

2.1 Die Vorinstanz führte aus, der Beschwerdegegner habe in Prosequierung des Arrests beim Betreibungsamt ein Betreibungsverfahren gegen den Beschwerdeführer eingeleitet. Nachdem der Beschwerdeführer rechtzeitig Rechtsvorschlag erhoben habe, habe der Beschwerdegegner beim zuständigen Rechtsöffnungsgericht ein Gesuch um Erteilung der Rechtsöffnung gestellt. Das Gesuch sei in der Folge mit Entscheid vom 16. Dezember 2013 abgewiesen worden (der Entscheid sei den Parteien am 6. Januar 2014 zugestellt worden), womit das Arrestgut vom Betreibungsamt freizugeben sei. Damit sei das Rechtsschutzinteresse des Beschwerdeführers an der Leistung einer Arrestkaution (Art. 273 Abs. 1 SchKG) weggefallen. Das Wiedererwägungsgesuch sei daher als gegenstandslos geworden abzuschreiben (act. 22 S. 2 f.).

2.2 Die Abschreibung des Wiedererwägungsgesuchs wird vom Beschwerdeführer nicht angefochten. Er beanstandet indes die ihm auferlegten Prozesskosten. Die Vorinstanz begründete dies wie folgt (act. 22 S. 3 ff.): Der Beschwerdeführer habe im Wiedererwägungsgesuch zwei Schadensposten geltend gemacht. Zum einen ein drohender Verlust, weil er nicht über die vom Arrestbeschluss erfassten 475'000 UBS-Namenaktien verfügen könne. Am 8. Mai 2013 habe er bei einem Kurswert von Fr. 16.97 den sofortigen Verkauf der Aktien angeordnet. Die Bank habe jedoch den Auftrag infolge der Arrestlegung nicht ausführen können. Am 22. Mai 2013 habe die UBS-Aktie mit Fr. 18.00 pro Titel ihren Höchststand erreicht. Seit diesem Zeitpunkt habe die Aktie eine Kurskorrektur nach unten erfahren. Zum anderen entstehe ihm ein Schaden, weil er sich im Arrestprosequierungs- und im Einspracheverfahren gegen die ungerechtfertigte Arrestlegung habe zur Wehr setzen müssen. Die Kosten für das Arrest- und das Rechtsöffnungsverfahren beliefen sich inzwischen auf rund Fr. 75'000.–.

2.3 Bezüglich des ersten Schadenspostens (der UBS Namenaktien) kam die Vorinstanz zum Schluss, dass das Wiedererwägungsgesuch ohnehin abzuweisen

gewesen wäre. Der Beschwerdeführer habe die Möglichkeit gehabt, den durch die Verfügungssperre angeblich drohenden Verlust abzuwenden, indem er mit Zustimmung des Beschwerdegegners beim Betreibungsamt den Verkauf der Namenaktien beantragt hätte. Der Beschwerdeführer habe davon ausgehen dürfen, dass der Beschwerdegegner dem Verkauf der Aktien zustimmen werde, da dieser kein Interesse daran gehabt haben könne, dass durch drohende Kursverluste das potentielle Verwertungssubstrat geschmälert würde. Der Beschwerdeführer hätte demzufolge zunächst den Beschwerdegegner um Zustimmung zum Aktienverkauf ersuchen müssen. Hätte dieser in den Verkauf eingewilligt, wäre das vorliegende Wiedererwägungsgesuch grösstenteils (zumindest hinsichtlich der UBS Aktien) obsolet gewesen. Bei dieser Sachlage brauche nicht geprüft zu werden, ob es allgemein sinnvoll sei, auf sinkende Aktienkurse (unverzüglich) mit einem Verkauf zu reagieren. Die gegenwärtige Kursentwicklung der UBS-Aktie spreche dagegen (act. 22 S. 3).

Im Zusammenhang mit den verarrestierten UBS-Aktien habe der Beschwerdeführer den angeblich drohenden Verlust je nach Wahl des Referenzwerts zwischen Fr. 1'204'125.– bis Fr. 2'726'500.– beziffert. Die angeführten Verteidigungskosten von Fr. 75'000.– würden nur einen Bruchteil dieser Summe ausmachen (2.67 bis 5.86 %). Da wie oben dargelegt das Wiedererwägungsgesuch zumindest hinsichtlich der UBS-Aktien abzuweisen gewesen wäre, sei der Beschwerdeführer somit – selbst wenn dem Gesuch bezüglich der Verteidigerkosten hätte entsprochen werden können – praktisch vollumfänglich unterlegen. Aus diesem Grund erscheine es gerechtfertigt, dem Beschwerdeführer die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen (act. 22 S. 4 f.).

2.4 Der Beschwerdeführer beanstandet die vorinstanzlichen Erwägungen, wonach er praktisch vollumfänglich unterlegen wäre, wenn das Gericht in der Sache hätte entscheiden müssen. Er macht geltend, das Arrestverfahren sei als sichernde Massnahme der Rechtsöffnung als Hauptsache untergeordnet. Aufgrund des Arrestverfahrens dürften daher dem in der Hauptsache Obsiegenden keine nachteiligen Konsequenzen erwachsen. Überdies seien sämtliche Prozesskosten im Arrest- und Rechtsöffnungsverfahren nur deshalb entstanden, weil der Beschwer-

degegner sich eines gefälschten Urteils zur Eintreibung einer Nichtschuld bedient habe. Sämtliche Prozesskosten im Zusammenhang mit dem Arrest seien unnötig und damit vom Verursacher, dem Beschwerdegegner, zu tragen. Es sei zudem unberücksichtigt geblieben, dass der Beschwerdegegner die Vermögenswerte des Beschwerdeführers mittels eines versuchten Prozessbetrugs verarrestieren liess. Er habe aufgrund der ungerechtfertigten Arrestlegung nicht mehr über seine UBS-Namenaktien verfügen können und habe alleine das Risiko eines Kurszerfalls zu tragen gehabt. Anlass zur Einreichung des Wiedererwägungsgesuchs hätten die neu gewonnenen Beweismittel geboten, die es ihm ermöglicht hätten nachzuweisen, dass das Urteil gefälscht gewesen sei. Da damit absehbar gewesen sei, dass er im Rechtsöffnungsverfahren obsiegen würde, habe sich eine Kautonierung des Beschwerdegegners aufgedrängt, um ihn vor dem Risiko der Uneinbringlichkeit der Parteientschädigung zu schützen.

Zusammenfassend sei festzuhalten, dass die Vorinstanz bei der Verteilung der Prozesskosten hätte berücksichtigen müssen, dass der Beschwerdegegner unnötige Prozesskosten verursacht habe, selber Anlass zur Einreichung des gegenstandslos gewordenen Gesuchs gegeben habe und dass der Grund für den Eintritt der Gegenstandslosigkeit beim Beschwerdegegner eingetreten sei. Es habe von ihm nicht verlangt werden können, die ihm bis heute unbekannt gebliebene Gegenpartei um Erlaubnis zum Verkauf der verarrestierten Vermögenswerte zu bitten. Jeglicher Anschein, wonach er bereit sein könnte, mit dem Beschwerdegegner zu kooperieren, sei zu vermeiden gewesen. Der Vorwurf, dass er nicht versucht habe, sich vor Einreichung des Gesuchs um Kautonierung aussergerichtlich mit dem Beschwerdegegner über einen Verkauf der Aktien zu einigen, habe mit der hier zu entscheidenden Frage nichts zu tun, da er dazu weder verpflichtet gewesen sei noch eine diesbezügliche Obliegenheit bestanden habe. Vielmehr hätte die Vorinstanz das ihn belastende Risiko eines Kursverlustes durch Auferlegung einer Kauton entschärfen müssen. Das vorinstanzliche Argument, er habe durch den Nichtverkauf der UBS-Aktien aufgrund der späteren Kursentwicklung einen Gewinn erzielt, sei ferner eine unzulässige ex post-Betrachtung (act. 23 S. 7 ff.).

2.5 Wird das Verfahren als gegenstandslos beschrieben und sieht das Gesetz nichts anderes vor, liegt die Verteilung der Prozesskosten im Ermessen des Gerichts (vgl. Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO). Bei der Festsetzung nach Ermessen ist insbesondere zu berücksichtigen, welche Partei Anlass zur Klage gegeben hat, welches der mutmassliche Prozessausgang gewesen wäre und bei welcher Partei die Gründe eingetreten sind, die dazu geführt haben, dass das Verfahren gegenstandslos wurde (Botschaft ZPO, S. 7297). Dem Wortlaut des Gesetzes ist nicht zu entnehmen, ob primär auf den mutmasslichen Prozessausgang oder darauf, wer das Gegenstandsloswerden des Prozesses zu vertreten hat, abzustellen ist. Somit kann nicht im Vorherein eine Methode ausgeschlossen werden (ZK ZPO-JENNY, Art. 107 N 16).

2.6 Die Vorinstanz hat bei der Festsetzung der Kostenverteilung in erster Linie auf den mutmasslichen Prozessausgang abgestellt, was nicht zu beanstanden ist und durchaus im Rahmen des gesetzlich vorgesehenen Ermessensspielraums liegt.

Zu beurteilen war und ist die Kostenverteilung der Gegenstandslosigkeit des diesem Verfahren zugrundeliegenden Wiedererwägungsgesuchs des Beschwerdeführers. Dabei ist nicht allein auf den Ausgang des vom Beschwerdegegner anhängig gemachten Rechtsöffnungsverfahrens abzustellen. Vielmehr ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen der Arrestkautions gegeben waren und das Gesuch um Sicherheitsleistung – hätte darüber entschieden werden müssen – gutgeheissen worden wäre.

Die Auferlegung einer Arrestkautions steht im pflichtgemässen Ermessen des Richters. Dabei sind insbesondere die Wahrscheinlichkeit des Bestehens der Arrestforderung, der mögliche Schaden sowie die Interessen des Gläubigers zu berücksichtigen (BSK SchKG II-STOFFEL, Art. 273 N 18 ff.). Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, hätte der Beschwerdeführer die Möglichkeit gehabt, den durch die Verfügungssperre angeblich drohenden Verlust abzuwenden, wenn er mit Zustimmung des Beschwerdegegners beim Betreibungsamt den Verkauf der UBS-Aktien beantragt hätte. Der Verkaufserlös wäre sodann anstelle der Aktien vom Arrestbeschluss erfasst worden (act. 22 S. 4). Der Beschwerdeführer argumentiert

widersprüchlich, wenn er einerseits geltend macht, er habe am 8. Mai 2013 vergeblich versucht, das gesamte UBS-Aktienpaket sofort zu verkaufen (act. 10 S. 9), und an anderer Stelle ausführt, er sei nicht verpflichtet gewesen, mit dem Beschwerdegegner über einen Verkauf der Aktien zu sprechen (act. 23 S. 9). Auch das Argument, der Anschein jeglicher Kooperation habe vermeiden werden wollen, weshalb ein einvernehmlicher Verkauf nicht in Betracht gezogen worden sei, überzeugt nicht, wäre es dabei doch lediglich um das Abwenden eines allfälligen Kursverlustes gegangen, der im beidseitigen Interesse gewesen wäre.

Es trifft zu, dass der Rechtsöffnungsrichter Zweifel an der Authentizität des zu vollstreckenden Beschlusses des Kreisgerichts Perovskij vom 13. Januar 2011 bekundete und die Voraussetzungen der indirekten Entscheidzuständigkeit als nicht gegeben erachtete, weshalb das Rechtsöffnungsgesuch in der Folge abgewiesen wurde (act. 26/5 S. 10 ff.). Der Standpunkt des Beschwerdeführers, dass es sich bei diesem Beschluss klar um eine Fälschung handle, ist allerdings nicht erwiesen. Diese Frage ist vielmehr im vom Beschwerdeführer bei der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich veranlassten Strafverfahren zu klären (act. 23 S. 9 und act. 26/4).

2.7 Die Vorinstanz hat bezüglich der geltend gemachten Verteidigungskosten von Fr. 75'000.– richtig erkannt, dass diese mit Blick auf die beantragte Arrestkauti- on von insgesamt Fr. 2'801'500.– nur einen kleinen Bruchteil ausmachen. Selbst wenn dem Gesuch hinsichtlich der Verteidigerkosten hätte entsprochen werden können, wäre der Beschwerdeführer praktisch vollumfänglich unterlegen, weshalb ihm von der Vorinstanz – zu Recht – die gesamten Kosten des vorliegenden Verfahrens auferlegt wurden (act. 22 S. 4 f.).

2.8 Die Höhe der Spruchgebühr sowie die Höhe der Parteientschädigung wurden vom Beschwerdeführer nicht beanstandet, weshalb nicht weiter darauf einzugehen ist.

2.9 Dem Vorstehenden folgend erweist sich die Beschwerde des Beschwerdeführers als unbegründet und ist abzuweisen.

### 3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer für das Beschwerdeverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Grundlage für die Festsetzung der Gerichtskosten bilden der Streitwert bzw. das tatsächliche Streitinteresse, der Zeitaufwand des Gerichts und die Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 GebV OG). Beim vorliegenden Streitwert von Fr. 8'700.– sowie unter Berücksichtigung von § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 8 Abs. 1 GebV OG und § 12 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf Fr. 450.– festzusetzen und aus dem geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen. Eine Parteientschädigung an den Beschwerdegegner ist mangels entstandener Umtriebe nicht zuzusprechen.

#### **Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 450.– festgesetzt. Diese und die Barauslagen werden dem Beschwerdeführer auferlegt und aus dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
3. Eine Parteientschädigung wird nicht zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien (an den Beschwerdegegner unter Beilage einer Kopie von act. 23) sowie an das Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichts Zürich, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.

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

5. 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 8'700.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Graf

versandt am: