

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS140248-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Graf

Urteil vom 25. November 2014

in Sachen

A._____ AG,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. X._____,

gegen

B._____,

Gesuchs- und Beschwerdegegner,

betreffend **Arrest**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes
Zürich vom 26. September 2014 (EQ140154)

Erwägungen:

I.

1. Die Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Beschwerdeführerin) gelangte mit Arrestbegehren vom 25. September 2014 an das Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichts Zürich und stellte folgendes Rechtsbegehren (act. 1 S. 2):

- " 1. Es seien sämtliche Vermögensgegenstände des Beklagten, insbesondere Forderungen, Kontokorrentguthaben und Barschaften in in- und ausländischer Währung, Wertschriften, Depots, Edelmetalle, sonstige Vermögenswerte sowie sämtliche Herausgabeansprüche aus Depotverträgen und Treuhandverhältnissen, insbesondere die Kontobeziehung ... mit den Konten Nrn. CH..., CH..., CH... und CH..., B._____ ... account, lautend auf den Namen und/oder Nummern und/oder Decknamen des Beklagten und/oder an welchen der Beklagte wirtschaftlich Berechtigter ist, bei der Bank C._____ AG, ... [Adresse], zu verarrestieren, alles soweit verarrestierbar bis zur Deckung der Arrestforderung von CHF 302'729.60 (USD 317'793.00) nebst Zins zu 5% seit 1. August 2014 sowie der Kosten;
2. unter Kosten und Entschädigungsfolgen."

Mit Urteil vom 26. September 2014 wies das Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichts Zürich das Arrestgesuch ab (act. 5 [= act. 8] Dispositivziffer 1) und auferlegte die Spruchgebühr von Fr. 800.– der Beschwerdeführerin (Dispositivziffer 2).

2. Mit Eingabe vom 9. Oktober 2014 erhob die Beschwerdeführerin rechtzeitig (vgl. act. 6) Beschwerde gegen das Urteil vom 26. September 2014 und stellte den Antrag, das angefochtene Urteil sei aufzuheben und es sei ihrem Arrestbegehren vom 25. September 2014 stattzugeben (act. 9 S. 2).

3. Mit Verfügung vom 15. Oktober 2014 wurde der Beschwerdeführerin eine 10-tägige Frist zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren in der Höhe von Fr. 1'200.– angesetzt (act. 12). Der Kostenvorschuss ging am 20. Oktober 2014 bei der Obergerichtskasse ein (act. 14). Ei-

ne Beschwerdeantwort wurde der Natur des Verfahrens entsprechend nicht eingeholt.

II.

1.1 Gegen erstinstanzliche Endentscheide in Arrestsachen ist infolge des Ausschlusses der Berufung die Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO zulässig (Art. 319 lit. a ZPO i.V.m. Art. 309 lit. b Ziff. 6 ZPO). Dies gilt sowohl für das Rechtsmittel des Gläubigers gegen den ablehnenden Entscheid über sein Arrestbegehren, als auch für das Rechtsmittel gegen den Einspracheentscheid nach Art. 278 SchKG (ZK ZPO-REEZ/THEILER, Art. 309 N 34).

1.2 Die Beschwerde ist in der 10-tägigen Rechtsmittelfrist von Art. 321 Abs. 2 ZPO (summarisches Verfahren) schriftlich und begründet (Art. 321 Abs. 1 ZPO) einzureichen.

1.3 Noven sind im Beschwerdeverfahren grundsätzlich nicht zulässig (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Zwar bleiben besondere Bestimmungen des Gesetzes vorbehalten (a.a.O., Abs. 2). So können in einer Beschwerde gegen den Arresteinspracheentscheid gemäss Art. 278 Abs. 3 SchKG neue Tatsachen geltend gemacht werden. Für die Beschwerde des Gläubigers gegen die Nichtgewährung des Arrestes gibt es jedoch keine Ausnahmeregelung (vgl. OGer PS110148 vom 5. Oktober 2011, Erw. II./3).

1.4 Da das Recht von Amtes wegen anzuwenden ist (Art. 57 ZPO), sind neue rechtliche Argumente indes unbeschränkt zulässig.

1.5 Heisst die Beschwerdeinstanz die Beschwerde gut, so entscheidet sie neu, wenn die Sache spruchreif ist. Andernfalls wird der angefochtene Entscheid aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen (Art. 327 Abs. 3 ZPO).

2. Der Arrest setzt das Glaubhaftmachen von Arrestgegenständen, eines Arrestgrundes und einer Arrestforderung voraus (Art. 272 Abs. 1 SchKG). Glaubhaftmachen bedeutet weniger als Beweisen, doch mehr als blosses Behaupten.

Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache, wenn das Gericht sie aufgrund der ihm vorgelegten Elemente für wahrscheinlich hält, ohne ausschliessen zu müssen, dass es sich auch anders verhalten könnte. Vorausgesetzt ist damit zum einen ein schlüssiges Vorbringen und zum anderen, dass die Tatsachendarlegung dem Gericht als wahrscheinlich erscheint. Auch wenn die Anforderungen an den Wahrscheinlichkeitsbeweis nicht zu hoch anzusetzen sind, vermögen blosser Behauptungen des Arrestgläubigers nicht zu genügen, auch wenn sie schlüssig sind. Vielmehr müssen objektive Anhaltspunkte vorliegen, die auf das Vorhandensein der behaupteten Tatsachen schliessen lassen. In diesem Sinn ist eine Beweisführung mindestens in den Grundzügen erforderlich (BSK SchKG II-STOFFEL, 2. Aufl. 2010, Art. 272 N 4 ff.; KUKO SchKG-MEIER-DIETERLE, 2. Aufl. 2014, Art. 272 N 14). Im Grundsatz sind an die Glaubhaftmachung des Arrestgegenstandes dabei weniger strenge Anforderungen als an die Glaubhaftmachung der Arrestforderung und des Arrestgrundes zu stellen.

3. Die Bestimmung von Art. 271 Abs. 1 SchKG zählt in Ziff. 1-6 abschliessend die möglichen Arrestgründe auf. Gemäss Ziff. 4 kann Arrest gelegt werden, wenn der Schuldner nicht in der Schweiz wohnt, kein anderer Arrestgrund gegeben ist, die Forderung aber einen genügenden Bezug zur Schweiz aufweist oder auf einer Schuldanerkennung im Sinne von Artikel 82 Absatz 1 beruht. Diese Voraussetzungen erscheinen auf den ersten Blick als gegeben. Der Beschwerdegegner wohnt in Israel, es liegt kein anderer Arrestgrund vor und es bestehen Anknüpfungselemente zur Schweiz (Sitz der Beschwerdeführerin, Örtlichkeit der Geschäftstätigkeit, Anwendbarkeit des Schweizer Rechts; vgl. act. 1 S. 5). Hingegen stellt sich die Frage, ob eine fällige Forderung vorliegt. Denn neben dem Glaubhaftmachen des Bestands der Arrestforderung ist auch das Vorliegen ihrer Fälligkeit substantiiert und glaubhaft darzulegen (BSK SchKG II-STOFFEL, a.a.O., Art. 272 N 8 f.).

4. Die Beschwerdeführerin führt aus, sie habe über die Bankkonten des Beschwerdegegners verschiedene Transaktionen abgewickelt. Sie leitet ihre Arrestforderung aus folgenden Forward-Swap-Geschäften ab: Der Beschwerdegegner habe am 1. Juli 2013 auf den 1. Juli 2015 USD 3'453'744 zum Kurs von

1.5148 für GBP 2'280'000 gekauft. Über dieses Geschäft sollte bei Auslauf des Geschäfts abgerechnet werden ("We shall revert to this transaction at maturity"). Zur Schliessung dieses Geschäfts habe der Beschwerdegegner in einem weiteren Forward-Swap-Geschäft vom 27. Februar 2014 wiederum auf den 1. Juli 2015 GBP 2'280'000 für USD 3'775'452 zum damaligen Kurs von 1.6559 gekauft. Auch über dieses Geschäft sollte bei Auslauf des Geschäfts abgerechnet werden. Daraus habe sich ein Verlust für den Beschwerdegegner von USD 321'708 ergeben, der jedoch systembedingt noch nicht auf die Konten des Beschwerdegegners eingebucht worden sei. Im Februar/März 2014 habe der Beschwerdegegner seine Bankbeziehung gekündigt, worauf ihm das Geld auf seinen Konten auf eine von ihm bezeichnete Bank überwiesen worden sei. Wegen dem Systemfehler sei lediglich ein Rückbehalt von ca. USD 3'000 für noch offene Geschäfte eingerechnet worden (act. 1 S. 3 f., act. 9 S. 3 f., act. 4/10 und 4/11).

5. Die Vorinstanz verneinte das Vorliegen einer fälligen Forderung. Sie führte dazu aus, sowohl der Kauf der US Dollar vom 1. Juli 2013 wie auch der Kauf der GBP vom 27. Februar 2014 sei per Valuta 1. Juli 2015 abzurechnen, weshalb ein (Kurs-)Verlust, auch wenn dieser durch die frühe Glattstellung der Position rechnerisch bereits heute feststehe, erst per 1. Juli 2015 auszugleichen sein werde. Bei der Email des Beschwerdegegners vom 10. Juni 2014 (act. 4/14), mit welcher er erklärt habe, er werde den Betrag von USD 317'793 in den nächsten Tagen überweisen, handle es sich um eine blosser Absichtserklärung und nicht um eine Bestätigung einer fälligen Forderung im Sinne einer Schuldanerkennung (act. 8 S. 2 f.).

6. Die Beschwerdeführerin bringt demgegenüber vor, die Forderung sei fällig und der Beschwerdegegner sei mit seiner Verpflichtung seit spätestens 1. August 2014 in Verzug. Soweit die Vorinstanz die Fälligkeit der Forderung verneine, könnte man sich vielleicht bei fortlaufender Geschäftsbeziehung fragen, wann genau die beiden Forward-Transaktionen zu verrechnen gewesen wären. Vorliegend habe der Beschwerdegegner jedoch die Bankbeziehung aufgekündigt und um Schliessung bzw. Glattstellung der noch offenen Forward-Transaktion vom 1. Juli 2013 gebeten. Dies zeige, dass der Beschwerdegegner sämtliche Po-

sitionen bei ihr habe schliessen wollen. Mit Email vom 10./11. Juni 2014 habe er denn auch versprochen, die USD 317'793 zur Schliessung der Position zu überweisen. Es handle sich bei dieser Erklärung nicht um eine blosser Absichtserklärung. Vielmehr habe der Beschwerdegegner vorbehaltlos- und bedingungslos versprochen, das Geld in den nächsten Tagen zu überweisen (act. 9 S. 6 f.).

7. Wie die Beschwerdeführerin ausführt und auch den entsprechenden Belegen zu entnehmen ist, wäre über die beiden Forward-Swap-Geschäfte grundsätzlich bei Auslauf des Geschäfts und damit am 1. Juli 2015 abzurechnen (vgl. act. 4/10 und 4/11). Die Beschwerdeführerin räumt selber ein, dass – allerdings bei fortlaufender Geschäftsbeziehung – unklar sei, "wann genau die beiden Forward-Transaktionen zu verrechnen sind". Vorliegend habe aber der Beschwerdegegner im Zusammenhang mit der Beendigung der Bankbeziehung um "Schliessung bzw. Glattstellung der noch offenen Forward-Transaktion vom 1. Juli 2013 gebeten" (act. 9 S. 6). Einzelheiten dazu sind den Akten nicht zu entnehmen. Es wird lediglich im Schreiben vom 10. Juli 2014 der Beschwerdeführerin an den Beschwerdegegner auf den Verlust der Swap-Transaktionen und eine diesbezügliche Email eines Mitarbeiters der Beschwerdeführerin vom 26. Februar 2014 verwiesen. Weiter wird auf eine Email des gleichen Mitarbeiters vom 27. Februar 2014 Bezug genommen, in welcher es ebenfalls um diese Transaktionen gegangen sein soll und eine unzutreffende Auskunft erteilt worden sei (act. 4/13). Die genannten Emails liegen nicht vor. Hingegen wurden zwei Emails des Beschwerdegegners bzw. seines Sohnes an die Beschwerdeführerin vom 10. Juni 2014 und 1. Juli 2014 eingereicht. In ersterer erklärte der Beschwerdegegner, der von der Beschwerdeführerin verlangte (und der Arrestforderung entsprechende) Betrag werde überwiesen (act. 4/14). In letzterer bringt der Sohn des Beschwerdegegners zum Ausdruck, dass sie mit der Forderung nicht einverstanden seien, es gebe eine Diskrepanz zwischen dem, was verlangt werde, und dem was vor Monaten vom Mitarbeiter der Beschwerdeführerin diesbezüglich geäussert worden sei. Dem zugestellten Vertrag sei ferner nichts darüber zu entnehmen, wie eine Swap-Transaktion geschlossen und wie darüber abgerechnet werde (act. 4/15).

8. Vor dem Hintergrund, dass es sich bei der zu beurteilenden Arrestforderung um eine Verrechnung zweier Forward-Swap-Geschäfte vom 1. Juli 2013 und 27. Februar 2014 handelt, über welche vereinbarungsgemäss bei Auslauf des Geschäfts am 1. Juli 2015 abzurechnen wäre, wären von Seiten der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin substantiierte Ausführungen zur Fälligkeit dieser Forderung zu erwarten gewesen. Allenfalls hätte auch der offenbar zwischen den Parteien am 26. und 27. Februar 2014 stattgefundene Emailverkehr etwas zur Klärung beitragen können.

Die Beschwerdeführerin beruft sich bezüglich Fälligkeit der Forderung lediglich auf die Email vom 10. Juni 2014, in welcher der Beschwerdegegner erklärte, den geforderten Betrag nächstens zu überweisen (act. 9 S. 7). Wie die Vorinstanz bereits zutreffend ausführte, handelt es sich dabei um eine blosser Absichtserklärung (act. 8 S. 3). Sie mag dazu geeignet sein, den Bestand der Forderung glaubhaft darzulegen. Zur klärungsbedürftigen Frage der Fälligkeit vermag sie jedoch nichts beizutragen. Dies auch unter Berücksichtigung der in der zweiten Email geäusserten Unklarheiten des Beschwerdegegners.

Es ist zwar nachvollziehbar, dass ein Verlust der per 1. Juli 2015 abzurechnenden Geschäfte bereits zum heutigen Zeitpunkt rechnerisch festgestellt werden kann. Es geht aus dem Arrestbegehren aber nicht hervor, wie Forward-Swap-Geschäfte geschlossen bzw. glattgestellt werden können, wie darüber vor dem Fälligkeitsdatum abgerechnet werden kann und insbesondere auf welche vertragliche Grundlage sich die Beschwerdeführerin dabei stützt. Dies scheint auch dem Beschwerdegegner nicht klar zu sein (vgl. act. 4/15).

9. Die Vorinstanz hat das Vorliegen einer fälligen Forderung daher zu Recht verneint. Die weiteren Voraussetzungen für eine Arrestbewilligung müssen folglich nicht geprüft werden. Im Ergebnis erweist sich die Beschwerde der Beschwerdeführerin als unbegründet und ist abzuweisen. Es ist indes darauf hinzuweisen, dass der Entscheid des Arrestgerichts nicht in materielle Rechtskraft erwächst (BSK SchKG II-STOFFEL, a.a.O., Art. 272 N 62), weshalb ein abgewiesenes Arrestbegehren mit ergänzter Begründung jederzeit erneuert werden kann (KUKO SchKG-MEIER-DIETERLE, a.a.O., Art. 272 N 20).

10. Der Vollständigkeit halber ist in Übereinstimmung mit den vorinstanzlichen Erwägungen festzuhalten, dass fremdsprachige Unterlagen grundsätzlich ins Deutsche zu übersetzen sind, soweit sich eine Partei auf deren Inhalt beruft (act. 8 S. 3). Die Beschwerdeführerin teilt die Ansicht der Vorinstanz nicht und führt aus, es könne auf eine Übersetzung fremdsprachiger Unterlagen ins Deutsche verzichtet werden, wenn das Gericht der verwendeten Fremdsprache mächtig sei (act. 9 S. 8).

Gemäss Art. 129 ZPO wird das Verfahren in der Amtssprache des zuständigen Kantons geführt, welche im Kanton Zürich Deutsch ist (Art. 48 der Verfassung des Kantons Zürich). Sämtliche Eingaben an Zürcher Gerichte sind somit in deutscher Sprache einzureichen. Nicht in einer Amtssprache abgefasste Eingaben sind gemäss Art. 132 ZPO innert einer vom Gericht festzusetzenden Nachfrist zu übersetzen.

Die Beschwerdeführerin bezieht sich auf ein Urteil der hiesigen Kammer, in welchem auf eine Nachfrist für eine Übersetzung verzichtet worden ist. Das Gericht erachtete sich der englischen Sprache – zumindest im Umfang des verwendeten Wortschatzes in der besagten Beschwerde – als ausreichend mächtig und diese erwies sich zudem bereits auf dieser Grundlage als unbegründet (OGer ZH PS120155 vom 11. September 2012). Daraus kann die Beschwerdeführerin allerdings nichts zu ihren Gunsten ableiten. Ob eine Nachfrist zur Übersetzung einer fremdsprachigen Eingabe anzusetzen ist, liegt alleine im Ermessen des jeweiligen Gerichts und ist von diesem von Fall zu Fall zu entscheiden. Vorliegend konnte darauf verzichtet werden.

III.

Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren kostenpflichtig. Die Gerichtskosten berechnen sich in betriebsrechtlichen Summarsachen nach den Bestimmungen der GebV SchKG (vgl. BGE 139 III 195 E. 4.2.2), welche streitwertabhängige Gebühren vorsieht. Bei einem Streitwert in der Höhe von Fr. 100'000.– bis Fr. 1'000'000.– beträgt die Gebühr Fr. 70.– bis Fr. 1'000.– (Art. 48 GebV SchKG). Das obere Gericht, an das eine betriebsrechtliche Summarsache weitergezogen wird, kann für seinen Entscheid eine Gebühr erheben, die höchstens das Anderthalbfache der für die Vorinstanz zulässigen Gebühr beträgt (Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG). Der Streitwert bestimmt sich nach dem Wert der Arrestforderung und beträgt vorliegend Fr. 302'729.60 (act. 9 S. 2), weshalb die Entscheidgebühr auf Fr. 1'200.– festzusetzen ist.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'200.– festgesetzt.
3. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Schriftliche Mitteilung an die Beschwerdeführerin und – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse
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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 302'729.60.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Graf

versandt am:
26. November 2014