

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS160132-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili

Urteil vom 7. September 2016

in Sachen

A._____ Corp.,

Gesuchstellerin, Einsprachegegnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1._____ und / oder Rechtsanwalt MLaw X2._____,

gegen

B._____ Ltd.,

Gesuchsgegnerin, Einsprecherin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Fürsprecher Y1._____ und / oder Rechtsanwalt lic. iur. Y2._____ und / oder Rechtsanwalt Dr. iur. Y3._____,

betreffend **Arresteinsprache**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 27. Juni 2016 (EQ160014)

Erwägungen:

1.

1.1. Die Gesuchstellerin ist Eigentümerin des Flugzeugs "Bombardier Global Express ...". Am 1. Februar 2014 schloss sie mit der Gesuchsgegnerin für die Bewirtschaftung des Flugzeuges einen Vertrag ("Operation Management Agreement"), wobei sich die Gesuchsgegnerin ("Operator") verpflichtete, das Flugzeug durch Vercharterung zu bewirtschaften, die erzielten Gewinne an die Gesuchstellerin weiterzuleiten, die anfallenden Reparaturarbeiten durchzuführen und den Unterhalt des Flugzeuges zu besorgen. Demgegenüber schuldete die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin ein Fixhonorar sowie eine Kommission von 10 % der Einnahmen aus den Charterflügen und Ersatz der Kosten. Das Vertragsverhältnis wurde seitens der Gesuchstellerin mit Schreiben vom 15. Oktober 2014 unter Einhaltung der vertraglich vereinbarten Kündigungsfrist von neunzig Tagen auf den 15. Januar 2015 gekündigt, und es wurde in der Folge von den Parteien bis zum 31. Januar 2015 verlängert. Nachdem das Flugzeug nach dem 31. Januar 2015 unbestrittenermassen nicht bewirtschaftet und auch keinen Konservierungsmassnahmen (parking und storage procedures) unterzogen, sondern von der Gesuchsgegnerin in Malta verarrestiert worden war, veranlasste die Gesuchstellerin ab Juni bis August 2015 die dadurch erforderlich gewordene Reparatur und Wiederinstandsetzung des Flugzeuges.

1.2. Mit Eingabe vom 20. November 2015 stellte die Gesuchstellerin beim Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichtes Zürich ein Arrestbegehren gegen die Gesuchsgegnerin für eine Forderung von Fr. 167'842.05 für Instandsetzungs- und Reparaturkosten des Flugzeugs sowie Fr. 693'405.85 für entgangenen Gewinn, insgesamt Fr. 861'247.90 nebst Zins zu 5 % seit 19. November 2015 (act. 1). Mit Urteil vom 24. November 2015 hiess das Arrestgericht das Begehren für eine Arrestforderung von Fr. 167'842.05 (Instandsetzung- und Reparaturkosten) nebst Zins zu 5 % seit 19. November 2015 gut und erliess einen entsprechenden Arrestbefehl. Im Mehrumfang (entgangener Gewinn) wies es das Begehren ab (act. 5). Der Arrestbefehl wurde am 5. Januar 2016 vollzogen (act. 17).

1.3. Mit Eingabe vom 18. Januar und Nachtrag vom 15. Februar 2016 erhob die Gesuchsgegnerin rechtzeitig Einsprache gegen den Arrestbefehl und verlangte die Aufhebung des Arrestes sowie die Verpflichtung der Gesuchstellerin zur Bezahlung einer Arrestkaution (act. 10). Hierzu nahm die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 30. März 2016 Stellung (act. 29). Mit Urteil vom 27. Juni 2016 hiess das Arrestgericht die Einsprache gut, hob den Arrestbefehl vom 24. November 2015 auf den Zeitpunkt nach dem unbenutztem Ablauf der Beschwerdefrist oder nach dem Abschluss des obergerichtlichen Verfahrens, soweit das Obergericht nichts anderes anordnet, auf, auferlegte die Spruchgebühr von Fr. 1'000.-- der Gesuchstellerin und verpflichtete diese, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von Fr. 7'000.-- zu bezahlen (act. 32 = act. 35).

1.4. Gegen dieses Urteil erhob die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 11. Juli 2016 Beschwerde bei der Kammer mit den Anträgen, es sei das angefochtene Urteil aufzuheben und es sei die Arresteinsprache abzuweisen, eventua-
liter sei das Verfahren an die Vorinstanz zur Neuurteilung zurückzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerin (act. 36). Die Gesuchstellerin leistete den ihr mit Verfügung vom 13. Juli 2016 auferlegten Kostenvorschuss von Fr. 1'500.-- fristgerecht (act. 40 und act. 43). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-33). Auf weitere prozessleitende Anordnungen wurde verzichtet. Die Sache erweist sich als spruchreif.

2.

2.1. Erstinstanzliche Arresteinspracheentscheide können mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden (Art. 278 Abs. 3 SchKG). Das Beschwerdeverfahren richtet sich somit nach Art. 319 ff. ZPO mit der Ausnahme, dass neue Tatsachen und Beweismittel zugelassen sind, soweit es sich um echte Noven handelt, d.h. um Tatsachen, die erst nach dem Entscheid über die Arresteinsprache bzw. nach dem letzten Parteivortrag im Einspracheverfahren eingetreten sind (Art. 326 ZPO und Art. 278 Abs. 3 SchKG; BSK SchKG II-REISER, 2. Aufl. 2010, Art. 278 N 46 m.w.H.; SPRECHER, Prozessieren zum SchKG unter neuer ZPO, SJZ 107/2011, S. 282). Mit der Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend

gemacht werden (Art. 320 ZPO). Die Beschwerde ist bei der Rechtsmittelinstanz innert der Rechtsmittelfrist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Aus der Begründungspflicht ergibt sich ferner, dass die Beschwerde (zu begründende) Rechtsmittelanträge zu enthalten hat.

2.2. Die vorliegende Beschwerde vom 11. Juli 2016 wurde innert der Rechtsmittelfrist schriftlich und begründet bei der Kammer als der zuständigen Rechtsmittelinstanz eingereicht. Die Gesuchstellerin rügt sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellungen durch die Vorinstanz. Auf die einzelnen Vorbringen wird nachfolgend insoweit einzugehen sein, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist. Im Übrigen ist die Gesuchstellerin durch den angefochtenen Entscheid beschwert und zur Beschwerde legitimiert. Es ist daher auf die Beschwerde einzutreten.

3.

3.1. Arrestbewilligung und -einsprache erfolgen im summarischen Verfahren (Art. 251 lit. a ZPO). Nach Art. 272 Abs. 1 SchKG wird ein Arrest bewilligt, wenn der Gläubiger glaubhaft macht, dass (1) seine Forderung besteht, (2) ein Arrestgrund vorliegt und (3) Vermögensgegenstände vorhanden sind, die dem Schuldner gehören. In Bezug auf die Anforderungen an das Glaubhaftmachen sowie auf das Verfahren der Arresteinsprache kann auf die zutreffenden rechtlichen Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (act. 35 S.5 f.). Sodann ist festzuhalten, dass vorliegend die Voraussetzungen des Arrestgrundes und Arrestgegenstandes nicht in Frage stehen. Zwischen den Parteien ist einzig das Vorliegen einer Arrestforderung streitig.

3.2.1. Gestützt auf die Vorbringen der Parteien erachtete die Vorinstanz in ihrem Urteil vom 27. Juni 2016 den Bestand der von der Gesuchstellerin geltend gemachten Arrestforderung als nicht glaubhaft. Sie erwog einerseits, die Parteien hätten im Escrow Letter von C. _____ [Anwaltskanzlei] vom 5. Juni 2015 eine Saldoklausel unterzeichnet, die der Forderung der Gesuchstellerin entgegenstünde. Die von der Gesuchstellerin erhobenen Einreden der Unwirksamkeit wegen absichtlicher Täuschung und der eingeschränkten Tragweite verwarf die Vorinstanz

mit der Begründung, die Gesuchstellerin lege ihrer Argumentation zu Grunde, dass auf den Vertrag Auftragsrecht Anwendung finde und die Gesuchsgegnerin ihr das Flugzeug nicht ordnungsgemäss zurückgegeben habe, weshalb diese auch nach Vertragsbeendigung verpflichtet gewesen wäre, es sorgfältig zu verwahren. Dem sei entgegenzuhalten, dass es kaum sachgerecht sein könne, den Bewirtschaftungsvertrag reinem Auftragsrecht zu unterstellen. Zudem könne der Gesuchsgegnerin nicht vorgeworfen werden, das Flugzeug nicht zurückgegeben zu haben und die allfällige Verwahrungspflicht lasse sich nicht auf ein Flugzeug übertragen, weil es sich auf einem Flugplatz befinde und nicht im direkten Gewahrsam des Beauftragten stehe. Ohnehin ginge es zu weit, von der Gesuchsgegnerin nach gekündigtem Bewirtschaftungsvertrag zu erwarten, dass sie das Flugzeug ohne vertragliche Abrede und ohne spezielle Honorierung konservierte oder weiter wartete. Die Ausführung solcher Arbeiten lasse sich nicht aus nachvertraglichen Treuepflichten ableiten. Die Vornahme von Konservierungsmassnahmen sei auch keine vertragliche Pflicht gewesen. Die allfällige Zusicherung der Gesuchsgegnerin, das Flugzeug sei korrekt unterhalten und gewartet worden, könne sich daher selbstredend nur auf die Zeit bis zum Vertragsende bis 31. Januar 2015 beziehen. Damit erscheine die Unwirksamkeit des Escrow Letters mit der darin enthaltenen Saldoklausel nicht glaubhaft (act. 35 S. 6 ff.). Als die Parteien diesen Escrow Letter unterzeichnet hätten, sei der Bewirtschaftungsvertrag zudem seit mehr als vier Monaten ausgelaufen, ohne dass die Gesuchstellerin das Flugzeug einer neuen Bewirtschafterin überlassen oder die Gesuchsgegnerin beauftragt habe, die Bewirtschaftung weiter zu führen oder Konservierungsmassnahmen vorzunehmen. Unter diesen Umständen sei es auch für einen technisch nicht versierten Laien auf der Hand gelegen, dass das Flugzeug Standschäden aufweise. Es erscheine nicht glaubhaft, dass die Gesuchstellerin nicht mit solchen Schäden habe rechnen, sie zumindest für möglich habe halten müssen, weshalb die daraus entstandene Forderung von der Saldoklausel umfasst sei (act. 35 S. 8 f.).

3.2.2. Auf der anderen Seite führte die Vorinstanz zusammengefasst aus, die Arrestforderung sei auch dann nicht glaubhaft, wenn die Saldoklausel im Escrow Letter unbeachtet bliebe. Die Gesuchstellerin habe gewusst, dass der Bewirt-

schaftungsvertrag Ende Januar 2015 auslaufe. Sie sei allenfalls zunächst davon ausgegangen, dass der [für den 2. Februar 2015] geplante USA-Flug noch ausgeführt werden könne, spätestens nachdem festgestanden habe, dass die nötigen Voraussetzungen dafür nicht erfüllt seien, hätte sie der Gesuchsgegnerin aber mitteilen müssen, wo das Flugzeug zurückzugeben sei. Dass eine solche Instruktion erfolgt sei, mache die Gesuchstellerin nicht geltend. Im Gegenteil, das Schreiben der Gesuchsgegnerin vom 31. Januar 2015 belege, dass sie bis zur Beendigung des Vertrages keine schriftlichen Instruktionen dazu erhalten habe, was mit dem Flugzeug weiter geschehen solle. Die Homepage des Flugzeuges befinde sich gemäss Schedule 1 des Vertrages in Malta und die Vereinbarung eines anderen Rückgabeortes werde von der Gesuchstellerin nicht behauptet. Es gebe auch keine Anhaltspunkte, dass sich die Gesuchstellerin dagegen gewehrt habe, dass das Flugzeug nach Malta geflogen werde. Folglich habe die Gesuchsgegnerin das Flugzeug vertragsgemäss zur Rückgabe angeboten, indem sie es nach Malta zurückgeflogen und die Gesuchstellerin aufgefordert habe, weitere Instruktionen zu erteilen (act. 35 S. 9 f.). Sodann lasse sich dem Bewirtschaftungsvertrag keine die Vertragsdauer überdauernde Verpflichtung der Gesuchsgegnerin entnehmen und er enthalte abgesehen von der Kündigungsfrist keine Bestimmungen über die Terminierung des Vertrages sowie allfällige damit zusammenhängende Pflichten der Gesuchsgegnerin wie die Übergabe des Flugzeuges an einen neuen Bewirtschafter oder nötige Konservierungsmassnahmen. Die Gesuchsgegnerin habe die Gesuchstellerin mittels "Notice of Default and Breach of Agreement" vom 31. Januar 2015 darauf aufmerksam gemacht, dass sie keinerlei schriftliche Instruktionen zum weiteren Vorgehen erhalten habe. Zudem habe sie der Gesuchstellerin anboten, den auslaufenden Bewirtschaftungsvertrag mit einer Ergänzung zu verlängern, und habe sich auch an die D._____ AG mit dem Vorschlag gewandt, die Gesuchstellerin solle immerhin ein CAMO-Agreement (Continuing Airworthiness Management Organization) unterzeichnen, damit das Flugzeug flugtüchtig erhalten bleibe. Beides habe die Gesuchstellerin nicht unterzeichnet. Da die Gesuchstellerin gewusst habe, dass der Vertrag per 31. Januar 2015 auslaufe, hätte sie rechtzeitig entsprechende Anweisungen betreffend die Rückgabe oder die Übergabe des Flugzeuges an einen neuen Be-

wirtschaftler erteilen müssen. Das habe die Gesuchstellerin unterlassen und diese habe die Gesuchsgegnerin auch nicht darauf aufmerksam gemacht, dass eine längere Standzeit zu erwarten sei. Daraus folgende Schäden seien deshalb von der Gesuchstellerin selber zu tragen und eine Verletzung der Treuepflicht durch die Gesuchsgegnerin sei unter diesen Umständen nicht nachvollziehbar. Der Gesuchsgegnerin können nicht vorgeworfen werden, das Flugzeug nach dem 31. Januar 2015 nicht ordnungsgemäss gewartet zu haben (act. 35 S. 10 ff.).

3.3.1. Dagegen bringt die Gesuchstellerin im Beschwerdeverfahren im Wesentlichen vor, die Gesuchsgegnerin habe ihr die Rückgabe des Flugzeuges im Zeitraum vom 31. Januar 2015 bis zum 8. Juni 2015 mangels effektiver Leistungsbereitschaft und Übertragung der Sachherrschaft nie gehörig angeboten, weshalb sie in dieser Zeit ihrer Rückgabepflicht nicht nachgekommen sei und sie eine (auch nachvertragliche) Unterhalts- und Konservierungspflicht getroffen habe. Die fehlende Leistungsbereitschaft zeige sich daran, dass die Gesuchsgegnerin die Rückgabe des Flugzeuges stets von der Begleichung ihrer angeblichen Forderung abhängig gemacht habe und im Zusammenhang mit dieser Forderung am 2. März 2015 auch die Verarrestierung des Flugzeugs beim maltesischen Gericht erwirkt habe. Selbst wenn ein gehöriges Angebot erfolgt wäre, wäre sie (die Gesuchstellerin) lediglich in Gläubigerverzug gekommen. Die Rückgabepflicht hätte trotzdem als nicht erfüllt gegolten und die Gesuchsgegnerin wäre nach wie vor zur Erhaltung des Flugzeuges verpflichtet gewesen. Eine Hinterlegung des Flugzeuges habe die Gesuchsgegnerin nicht behauptet und das habe die Vorinstanz auch nicht angenommen. Auf Grund der nicht erfüllten Rückgabepflicht sei die Gesuchsgegnerin zur Vornahme der notwendigen Unterhalts- und Konservierungsmassnahmen angehalten gewesen. Dieser Pflicht sei sie aber nicht nachgekommen und habe das Flugzeug am 8. Juni 2015 in einem nicht vertragsgemässen Zustand mit Standschäden zurückgegeben, wofür sie hafte (act. 36 S. 9 ff.).

3.3.2. Im Weiteren macht die Gesuchstellerin geltend, die Vorinstanz habe das Recht falsch angewendet, indem sie festgehalten habe, der Bewirtschaftungsvertrag unterstehe nicht reinem Auftragsrecht und es aber gleichzeitig unterlassen habe, die anwendbaren Normen zu bestimmen. Dadurch habe sie das rechtliche

Gehör verletzt, weil nicht erkennbar sei, in Anwendung welcher Rechtsnormen die Vorinstanz den Sachverhalt beurteilt habe (act. 36 S. 13 ff.). Auf den Bewirtschaftungsvertrag sei Auftragsrecht anzuwenden. Entsprechend habe die Gesuchsgegnerin als Beauftragte als Treue- und Schutzpflicht bis zur Erfüllung der Ablieferungspflicht eine nachvertragliche Unterhalts- und Konservierungspflicht in Bezug auf das ihr anvertraute Flugzeug getroffen. Dieser Pflicht stehe weder ein (angeblich) mangelnder "direkter Gewahrsam" der Gesuchsgegnerin am Flugzeug noch die ausgebliebene Verlängerung des Bewirtschaftungsvertrags oder der unterbliebene Abschluss eines CAMO-Agreements entgegen. Ohnehin habe die Gesuchsgegnerin aber auch nach dem 31. Januar 2015 den Gewahrsam über das Flugzeug behalten, was die Gesuchsgegnerin nicht bestritten habe. Zudem sei die Gesuchsgegnerin auch ohne Verlängerung des Bewirtschaftungsvertrags zu Unterhaltsarbeiten berechtigt gewesen und es sei dafür nach EU-Recht kein CAMO-Agreement notwendig gewesen. Angesichts der auftragsrechtlichen Verpflichtung der Gesuchsgegnerin bleibe ferner unbeachtlich, dass sie (die Gesuchstellerin) keine spezifischen Instruktionen zu den Unterhaltsarbeiten gegeben habe oder diese nicht gleich selber besorgt habe. Und auch die fehlenden Anweisungen zur Rückübertragung des Flugzeuges würden die Gesuchsgegnerin nicht von der Aufbewahrungspflicht befreien, weil sie lediglich eine Obliegenheit darstellen würden, deren Verletzung allenfalls zu einem Gläubigerverzug führen könnten (act. 36 S. 15 ff.).

3.3.3. Schliesslich beanstandet die Gesuchstellerin, die Vorinstanz habe die Saldoklausel lediglich unter Schweizer Recht beurteilt, obwohl maltesisches Recht zur Anwendung gelange. Danach gelte eine Saldoklausel in einem Vergleich lediglich in Bezug auf diejenigen Forderungen, welche eben gerade Gegenstand des Vergleichs bilden würden. Wie schon das maltesische Arrestgericht festgestellt habe, falle die Arrestforderung demnach nicht unter die Saldoklausel im C._____ Escrow Letter. Aber auch in Anwendung von Schweizer Recht gelange man zum selben Schluss. Die Gesuchsgegnerin habe die Gesuchstellerin getäuscht, indem sie ihr zugesichert gehabt habe, das Flugzeug auch nach dem Ende des Bewirtschaftungsvertrags in flugtüchtigem Zustand erhalten zu haben. Die Zusicherungen würden sich nicht nur auf die Zeit bis zum 31. Januar 2015

beziehen. Demnach sei der C._____ Escrow Letter und die darin enthaltene Saldoklausel unwirksam. Auf jeden Fall habe sie (die Gesuchstellerin) unter den gegebenen Umständen im Zeitpunkt der Unterzeichnung des C._____ Escrow Letters nicht mit Standschäden am Flugzeug rechnen müssen. Etwas Gegenteiliges habe auch die Gesuchsgegnerin nicht behauptet. Entsprechend erfasse die Saldoklausel die Arrestforderung auch inhaltlich nicht, selbst wenn sie gültig zustande gekommen wäre (act. 36 S. 22 ff.).

3.3.4. Im Übrigen rügt die Gesuchstellerin im Zusammenhang mit der Feststellung des fehlenden direkten Gewahrsams (act. 36 S. 16), der Notwendigkeit eines CAMO-Agreements (act. 36 S. 18 f.), der Zusicherung der Gesuchsgegnerin, das Flugzeug in flugtüchtigem Zustand erhalten zu haben (act. 36 S. 26), und des Wissens der Gesuchstellerin um Standschäden (act. 36 S. 27) die Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz, indem diese nicht angegeben habe, auf welche tatsächlichen Behauptungen oder rechtlichen Grundlagen sie ihren Entscheid stütze bzw. weil die Vorinstanz entsprechende Behauptungen und Beweismittel nicht berücksichtigt habe.

4.

4.1. Vorab ist festzuhalten, dass das aus dem verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör fließende Recht auf Begründung eines Entscheides das Gericht nicht dazu verpflichtet, sich mit jedem einzelnen rechtlichen oder sachverhältnissen Einwand der Parteien eingehend auseinanderzusetzen, eine abschliessende Beweiswürdigung vorzunehmen und die Rechtsgrundlagen umfassend darzustellen. Vielmehr darf sich das Gericht in der Begründung seines Entscheides auf die wesentlichen Überlegungen konzentrieren, von welchen es sich hat leiten lassen und auf die sich sein Entscheid stützt. Darzulegen sind sowohl der dem Entscheid zugrunde gelegte Sachverhalt als auch die rechtliche Würdigung, so dass sich die Partei ein Bild über die Tragweite des angefochtenen Entscheides machen und diesen gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann (vgl. statt vieler: BK ZPO-HURNI, Art. 53 N 60 f.; BGE 136 I 184 E. 2.2.1; BGE 134 I 83 E. 4.1; BGE 133 I 270 E. 3.1; BGE 133 III 439 E. 3.3).

Vorliegend ist nicht ersichtlich, dass die über neun A4-Seiten umfassende Begründung der Vorinstanz diesen Anforderungen nicht genügt, zumal sie den entscheiderelevanten Sachverhalt aufzeigt und diesen würdigt. Auf die von der Gesuchstellerin in diesem Zusammenhang genannten Sachverhaltselemente kommt es – wie im Folgenden zu zeigen sein wird – nicht an, weshalb sich die Vorinstanz nach dem Gesagten auch nicht damit auseinandersetzen hatte. Insbesondere hat die Vorinstanz eine abschliessende rechtliche Qualifikation des Bewirtschaftungsvertrages bewusst offen gelassen. Zu Recht, weil unabhängig davon kein Schadenersatzanspruch der Gesuchstellerin glaubhaft ist, auch nicht unter den Bestimmungen des Auftragsrechts, welche die Gesuchstellerin auf den gesamten Vertrag angewendet haben will.

4.2. Die Gesuchstellerin verlangt von der Gesuchsgegnerin den Ersatz für den am Flugzeug in der Zeit vom 1. Februar 2015 bis 8. Juni 2015 durch Unterlassen von Unterhalts- und Konservierungsmassnahmen entstandenen Schaden. Grundlage dafür bildet der zwischen den Parteien am 1. Februar 2014 geschlossene und am 31. Januar 2015 beendete Bewirtschaftungsvertrag, der gemäss der Rechtswahl der Parteien Schweizer Recht untersteht. Die Anspruchsgrundlage für einen allfälligen Schadenersatzanspruch bildet demnach die Verletzung einer vertraglichen Pflicht durch die Gesuchsgegnerin, sei es dass sie die Pflicht nicht oder nicht gehörig erfüllt hat (Art. 97 Abs. 1 OR) bzw. mit der Erfüllung in Verzug geriet (Art. 103 Abs. 1 OR).

4.3. Wie die Vorinstanz zu Recht festhielt, bestanden die vertraglichen Pflichten der Gesuchsgegnerin in der Bewirtschaftung des Flugzeuges der Gesuchstellerin, der Besorgung seines Unterhalts und der Vornahme notwendiger Reparaturen. Nicht Gegenstand des schriftlichen Vertrages war eine allfällige Konservierung des Flugzeuges, insbesondere im Hinblick auf das Vertragsende. Die Gesuchstellerin behauptet auch nicht, die Vornahme von Konservierungsmassnahmen sei nachträglich durch eine entsprechende (auftragsrechtliche) Anweisung oder Vertragsergänzung zur Pflicht der Gesuchsgegnerin geworden (vgl. BSK OR I- WEBER, 6. Aufl. 2015, Art. 397 N 4 f.). Ebenso wenig vereinbarten die Parteien über die Beendigung des Vertrages hinausgehende Pflichten. Somit erloschen am

31. Januar 2015 die Hauptpflichten der Gesuchsgegnerin. Sie war folglich nicht mehr verpflichtet, das Flugzeug zu unterhalten und zu reparieren. Demgegenüber können Nebenpflichten auch über das Vertragsende hinaus gelten, namentlich die sog. Treue- und Sorgfaltspflicht des Auftragnehmers (BSK OR I-WEBER, 6. Aufl. 2015, Art. 398 N 8). Zudem aktualisieren sich mit der Vertragsbeendigung noch offene Leistungsobligationen (BSK OR I-WEBER, 6. Aufl. 2015, Art. 404 N 4). Vorliegend handelt es sich dabei im Wesentlichen um die Pflicht der Gesuchsgegnerin, der Gesuchstellerin das Flugzeug zurückzugeben (BSK OR I-WEBER, 6. Aufl. 2015, Art. 400 N 20).

4.4. Die Gesuchsgegnerin ist ihrer Leistungspflicht zur Rückgabe des Flugzeuges nicht bei Vertragsende am 31. Januar 2015, sondern nach Angaben der Gesuchstellerin erst am 8. Juni 2015 nachgekommen (act. 1 S. 5 und S. 15). In diesem Umstand könnte ein Schuldnerverzug erblickt werden. Diesfalls hätte die Gesuchsgegnerin grundsätzlich Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung zu leisten und würde auch für den Zufall haften (Art. 103 Abs. 1 OR). Der Schuldnerverzug setzt jedoch voraus, dass die Verbindlichkeit fällig ist und der Schuldner durch Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt wurde, es sei denn ein bestimmter Verfalltag für die Erfüllung wurde vereinbart oder ergibt sich infolge einer vorbehaltenen und gehörig vorgenommenen Kündigung (Art. 102 OR). Im Weiteren haftet die Schuldnerin im Verzug nur, wenn sie sich nicht von der Haftung befreien kann, indem sie nachweist, dass der Verzug ohne jedes Verschulden ihrerseits eingetreten ist (Art. 103 Abs. 2 OR).

Dieses fehlende Verschulden vermag die Gesuchsgegnerin überzeugend darzulegen, weshalb letztlich offen bleiben kann, ob die Voraussetzungen für eine Haftung aus Schuldnerverzug überhaupt gegeben wären. Der Bewirtschaftungsvertrag enthält keine Regelung für die Rückgabe des Flugzeuges, weshalb die Gesuchstellerin verpflichtet gewesen wäre, der Gesuchsgegnerin rechtzeitig bzw. spätestens bis zum 31. Januar 2015 entsprechende Instruktionen zu erteilen. Aus der damaligen Korrespondenz zwischen den Parteien ergibt sich, dass die Gesuchsgegnerin von der Gesuchstellerin bereits am 26. Januar 2015 im Hinblick auf das Vertragsende Instruktionen betreffend das Flugzeug verlangt hatte (vgl.

act. 21/16). Sodann verhandelten die Parteien in den folgenden Tagen über eine Ergänzung des auslaufenden Vertrages ("Amendment to the Operations Management Agreement"), damit ein von der Gesuchstellerin für den 2. Februar 2015 geplanter Flug in die USA hätte vorgenommen werden können. Dabei ist glaubhaft, dass sich die Parteien über eine Verlängerung einig gewesen waren und der Flug schliesslich (nur) deshalb nicht erfolgte, weil die Gesuchstellerin die verhandelte Vertragsergänzung nicht unterzeichnet hatte (act. 21/15-23). Im Übrigen ist nicht ersichtlich, dass die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin bis 31. Januar 2015 andere Instruktionen bezüglich Übergabe des Flugzeugs erteilt bzw. die Rückgabe des Flugzeugs verlangt hätte. So wies die Gesuchsgegnerin die Gesuchstellerin mit Schreiben vom 31. Januar 2015 denn auch darauf hin, dass sie weder eine Verlängerung des Bewirtschaftungsvertrages noch schriftliche Instruktionen zum weiteren Vorgehen, zur Übergabe des Flugzeugs an einen anderen Bewirtschafter ("Operator") und zum Aufrechterhalten der Flugtüchtigkeit des Flugzeuges während dieser Zeit ("maintain airworthiness all time") erhalten habe (act. 21/34). Anderes behauptet die Gesuchstellerin auch nicht. Schliesslich haben die Parteien im Vertrag Malta als Homebase des Flugzeuges bezeichnet, was die Vorinstanz bereits zutreffend feststellte. Von den Parteien wird nicht behauptet, es sei ein anderer Rückgabeort vereinbart worden oder die Gesuchstellerin hätte eine andere Instruktion erteilt. Das Flugzeug befand sich somit zu Recht (nach einem Rückflug von Nürnberg) ab 31. Januar 2015 in Malta. Die ersten und einzigen konkreten Gespräche zwischen den Parteien für die Übergabe des Flugzeuges von der Gesuchsgegnerin an einen neuen Bewirtschafter ("Operator") zuhanden der Gesuchstellerin scheinen erst ab Mitte Februar 2015 stattgefunden und sich hingezogen zu haben, wobei hierzu anzumerken ist, dass der neue Bewirtschafter der Gesuchstellerin (E._____) am 21. April 2015 zwar die Kooperation der Gesuchsgegnerin für die Übergabe des Flugzeuges bestätigte, aber selber nicht bereit gewesen war, das Flugzeug zu übernehmen, solange sich die Parteien nicht abschliessend auseinandergesetzt hatten (vgl. act. 21/31, act. 21/32, act. 21/44). Diese Auseinandersetzung erfolgte durch die Unterzeichnung der Escrow Letter vom 5. Juni 2015 (act. 4/11 und act. 4/12) und die anschliessende Aufhebung der von der Gesuchsgegnerin am 2. März 2015 erwirkten Arrestlegung

auf das Flugzeug (act. 1 S. 7 f., act. 20 S. 26, act. 4/9 und act. 4/13). Demnach ist überzeugend, dass der Grund für das Scheitern der Übergabe des Flugzeugs an die Gesuchstellerin vor dem 8. Juni 2015 somit in deren Einflussbereich lag und die Gesuchsgegnerin kein Verschulden an der verspäteten Übergabe trifft. Daher ist auch nicht von einer Haftung der Gesuchsgegnerin gestützt auf einen Schuldnerverzug auszugehen.

4.5. Eine Schadenersatzpflicht der Gesuchsgegnerin ergibt sich auch nicht aus einer Verletzung von nachvertraglichen Treue- und Sorgfaltspflichten. Die Sorgfalts- und Treuepflicht des Auftragnehmers umfasst im Wesentlichen die sachgerechte Abwicklung des Auftrages und die Wahrung der Interessen des Auftraggebers. Unter Letzteres fallen Obhuts- und Schutzpflichten und insbesondere die auftragsrechtlichen Aufklärungs- und Benachrichtigungspflichten (BSK OR I-WEBER, 6. Aufl. 2015, Art. 398 N 8 f.). Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Gesuchsgegnerin diese Pflichten verletzt haben soll, weil sie es unterlassen hat, nach der Vertragsbeendigung Standschäden am Flugzeug zu verhindern. Dafür hätte sie entweder das Flugzeug weiterhin bewirtschaften bzw. seinen Unterhalt besorgen und notwendige Reparaturen vornehmen müssen. Wie die Vorinstanz bereits zutreffend festhielt, handelt es sich dabei aber gerade um die ursprünglichen Hauptpflichten des nunmehr beendeten Vertrages, weshalb es zu weit ginge, die Vornahme dieser Handlungen im Rahmen von nachvertraglichen Nebenpflichten zu verlangen, würde dies doch zu einer Weiterführung der Hauptpflichten und mithin zu einer faktischen Vertragsverlängerung führen. Oder aber die Gesuchsgegnerin hätte für die Konservierung des Flugzeugs bemüht sein müssen. Aber auch die Vornahme einer solch umfangreichen Massnahme würde die nachvertragliche Treuepflicht sprengen.

Im Übrigen bleibt anzufügen, dass gestützt auf die von der Gesuchsgegnerin eingereichten Unterlagen diese ihrer Aufklärungspflicht insoweit nachgekommen zu sein scheint, als aus ihrem Schreiben an die Gesuchstellerin vom 26. Januar 2015 hervorgeht, dass die Gesuchstellerin inskünftig einen neuen Bewirtschafter ("Operator") brauche oder aber den Bewirtschaftungsvertrag verlängern bzw. einen vorübergehenden CAMO-Vertrag ("Continuing Airworthiness Management

Organization"-Vertrag) abschliessen solle, ansonsten das Flugzeug in ein sogenanntes "uncontrolled environment" geraten werde, wobei es nach den "EASA [European Aviation Safety Agency] Airworthiness Principles" notwendig sein werde, das Flugzeug zurück in ein "controlled environment" zu bringen, was für die Gesuchstellerin unnötige Kosten bedeuten würde (act. 21/16). Gemeint ist damit offenbar der Verlust der Voraussetzungen um das Flugzeug in einem flugtüchtigen Zustand zu erhalten. Auch aus der darauf folgenden Korrespondenz zwischen den Parteien betreffend den Abschluss einer solchen Vertragsergänzung war für die Gesuchstellerin ersichtlich, dass die Gesuchsgegnerin das Flugzeug ohne Vertrag bzw. Vertragsergänzung nicht unterhalten wird (act. 21/15 und act. 21/19 und act. 21/23). Abgesehen davon teilte die Gesuchsgegnerin ihre Ansicht über die Notwendigkeit eines CAMO-Agreements um den Verlust der "Continued Airworthiness" zu verhindern mit E-Mail vom 18. Februar 2015 unter Beilage eines Vertragsentwurfes ("Technical Support Contract to comply with the requirements of the EASA Part M") auch der D._____ mit (act. 21/28 und act. 21/29), welche im Rahmen der Finanzierung des Flugzeuges für die Gesuchstellerin ebenfalls eine Vertragspartnerin der Gesuchsgegnerin war ("Coordination Agreement", act. 21/27).

4.6. Ausgehend davon, dass die Gesuchsgegnerin wie gezeigt unter der nachvertraglich geschuldeten Treue keine Pflicht traf, das Flugzeug zu unterhalten oder zu konservieren, so trifft sie diese Pflicht umso weniger in einem allfälligen Gläubigerverzug. Zutreffend ist zwar, dass eine Rückgabepflicht auch im Falle eines Gläubigerverzugs bestehen bleibt, soweit keine Hinterlegung stattgefunden hat (Art. 91 ff. OR), und dass die Schuldnerin in dieser Zeit zur Aufbewahrung der Sache verpflichtet ist (BSK OR I-BERNET, 6. Aufl. 2015, Vor Art. 91-96 N 7). Allerdings handelt es sich bei dieser Aufbewahrungspflicht um eine blosse Nebenpflicht, auf welche die Normen des Hinterlegungsvertrages gemäss Art. 472 ff. OR keine Anwendung finden (BSK OR I-KOLLER, 6. Aufl. 2015, Art. 472 N 7). Dennoch erscheint es sachgerecht davon auszugehen, dass auch hier die Aufbewahrungspflicht grundsätzlich Besorgungen zur Pflege, Erhaltung und Verwaltung der Sache nicht umfasst (vgl. BSK OR I-KOLLER, 6. Aufl. 2015, Art. 472 N 1 und 15). Demnach bedeutet diese Aufbewahrungspflicht lediglich, die Sache zu verwahren

und nicht untergehen zu lassen. Dass die Gesuchsgegnerin das Flugzeug in diesem Sinne nicht aufbewahrt hätte, behauptet die Gesuchstellerin zu Recht nicht. Insofern bleibt ohne Relevanz und ist nicht abschliessend zu klären, ob sich die Gesuchstellerin letztlich in einem Gläubigerverzug befunden hat, weshalb nicht weiter darauf einzugehen ist, ob die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin die Rückgabe des Flugzeuges am Ende des Vertrages gehörig im Sinne von Art. 91 OR angeboten hat, insbesondere ob der Gesuchsgegnerin die notwendigen Leistungsbereitschaft fehlte und sie die Rückgabe an die Bedingung der Begleichung von Rechnungen geknüpft hat, wie es die Gesuchstellerin behauptet, bzw. ob die Gesuchstellerin Vorbereitungs- und Mitwirkungshandlungen unterlassen hat, indem sie der Gesuchsgegnerin bis zum 31. Januar 2015 unbestrittenmassen keine Anweisungen gegeben hat, wo und wem diese das Flugzeug übergeben soll (vgl. BSK OR I-BERNET, 6. Aufl. 2015, Art. 91 N 9). Ferner kann dahingestellt bleiben, ob die Gesuchsgegnerin in der Zeit vom 1. Februar 2015 bis 8. Juni 2015 einen direkten oder indirekten Gewahrsam am Flugzeug hatte. Ebenso kann offen gelassen werden, ob die Gesuchsgegnerin nach dem 31. Januar 2015 ohne eine Verlängerung des Bewirtschaftungsvertrages bzw. ohne Abschluss eines CAMO-Agreements nach dem anwendbaren Recht überhaupt berechtigt gewesen wäre, die für die Aufrechterhaltung der Flugtauglichkeit notwendigen Unterhalts- bzw. Konservierungsmassnahmen vorzunehmen.

4.7. Aus diesen Gründen ist mit der Vorinstanz festzuhalten, dass die Gesuchstellerin die Arrestforderung gegen die Gesuchsgegnerin nicht glaubhaft zu machen vermag. Damit erübrigt sich eine Überprüfung der weiteren vorinstanzlichen Erwägungen zur Saldoklausel und es kann offen bleiben, ob auch diese der Arrestforderung entgegenstehen würde. Insofern kann auch eine Auseinandersetzung mit den diesbezüglichen Ausführungen der Gesuchstellerin in der Beschwerdeschrift unterbleiben.

5.

Ausgangsgemäss wird die Gesuchstellerin für das Beschwerdeverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist unter Berücksichtigung des Streitwerts von Fr. 167'842.05 und in Anwendung von Art. 61 Abs. 1 i.V.m. Art. 48 GebV SchKG auf Fr. 1'500.-- festzusetzen, der Gesuchstellerin aufzuerlegen und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Eine Parteientschädigung an die Gesuchsgegnerin ist mangels ihr entstandener Umtriebe nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.-- festgesetzt, der Gesuchstellerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin unter Beilage eines Doppels von act. 36, an das Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichtes Zürich und an die Obergerichtskasse sowie an das Betreibungsamt Zürich 1, je gegen Empfangsschein.

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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 167'842.05.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Houweling-Wili

versandt am:
8. September 2016