

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS160162-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur
sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher

Urteil vom 3. November 2016

in Sachen

A._____ AG,

Gesuchsgegnerin, Einsprecherin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____ und / oder
Rechtsanwältin MLaw X1._____

gegen

B._____ HOLDING SA,

Gesuchstellerin, Einsprache- und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt PD Dr. iur. Y._____

betreffend

Arresteinsprache / Sicherheitsleistung

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes
Zürich vom 19. August 2016 (EQ160175)

Erwägungen:

I.

1. Mit Urteil vom 10. Juni 2016 hiess das Handelsgericht des Kantons Zürich eine von der B._____ HOLDING SA (Gesuchstellerin, Einsprache- und Beschwerdegegnerin, nachfolgend Beschwerdegegnerin) als damalige Klägerin gegen die A._____ AG (Gesuchsgegnerin, Einsprecherin und Beschwerdeführerin, nachfolgend Beschwerdeführerin) als damalige Beklagte erhobene Forderungsklage teilweise gut und verpflichtete die Beschwerdeführerin, der Beschwerdegegnerin Fr. 499'278.80 zuzüglich Zins zu 5 % seit 1. September 2011, Fr. 111'979.42 zuzüglich Zins von 5 % seit 14. November 2011 und Fr. 60'901.65 zuzüglich Zins von 5 % seit 11. November 2011 zu bezahlen. Die Verfahrenskosten von Fr. 95'000.– (Fr. 85'000.– Gerichtsgebühr + Fr. 10'000.– Barauslagen für ein Gutachten) wurden zu 70 % der Beschwerdegegnerin und zu 30 % der Beschwerdeführerin auferlegt und aus den von der Beschwerdegegnerin geleisteten Vorschüssen bezogen, wobei der Beschwerdegegnerin für den der Beschwerdeführerin auferlegten Anteil der Kosten ein Rückgriffsrecht auf die Beschwerdeführerin eingeräumt wurde. Zudem wurde die Beschwerdegegnerin als mehrheitlich unterliegende Partei verpflichtet, der Beschwerdeführerin eine reduzierte Parteienentschädigung von Fr. 26'000.– zu bezahlen (act. 3/4 S. 205 f.).

2. Gestützt auf dieses Urteil stellte die Beschwerdegegnerin am 12. Juli 2016 beim Einzelgericht des Bezirksgerichts Zürich (nachfolgend Vorinstanz) ein Arrestgesuch gegen die Beschwerdeführerin und verlangte, es seien sämtliche Vermögenswerte der Beschwerdeführerin bei der C._____ [Bank], ... [Adresse], namentlich alle Guthaben und Beträge, die auf den Namen der Beschwerdeführerin lauten, sowie alle Wertschriften, Wertrechte, Edelmetalle und sonstige Vermögenswerte, die im Eigentum der Beschwerdeführerin stehen und bei der C._____ verwahrt, deponiert oder hinterlegt sind für die im Arrestgesuch genannten Forderungen (Fr. 499'278.80 zzgl. Zins von 5 % seit 1. September 2011; Fr. 111'979.42

zzgl. Zins von 5 % seit 14. November 2011; Fr. 60'901.– zzgl. Zins von 5 % seit 11. November 2011 sowie Fr. 28'500.–) zu verarrestieren (act. 1 S. 2).

Dieses Arrestgesuch wurde von der Vorinstanz gleichentags gutgeheissen und der verlangte Arrestbefehl erlassen (act. 4, Geschäfts- Nr. EQ160160-L), wobei der Arrestbefehl am 13. Juli 2016 durch die zuständigen Betreibungsämter (Zürich 1 und Zürich 8) vollzogen wurde (vgl. act. 10/2).

3. Am 29. Juli 2016 erhob die Beschwerdeführerin rechtzeitig (vgl. act. 12) Arresteinsprache und beantragte, es sei die Arrestgläubigerin zu verpflichten, binnen angemessen kurzer Frist eine Sicherheitsleitung im Sinne von Art. 273 Abs. 1 SchKG in der Höhe von Fr. 550'000.– zu leisten, und es sei der Arrestbefehl bei nicht fristgerechter Leistung der beantragten Sicherheit umgehend aufzuheben. Eventualiter stellte sie den Antrag, es sei der Arrestbefehl dahingehend abzuändern, dass ihr zu gestatten sei, der C._____ rechtsverbindliche Verkaufsaufträge betreffend verarrestierte Wertschriften zu erteilen, wobei aus solchen Verkäufen resultierende Erlöse auf eines der verarrestierten Kontokorrentkonti bei der C._____ gutzuschreiben seien (act. 7 S. 2). Mit Urteil vom 19. August 2016 wies die Vorinstanz die Arresteinsprache sowie den Antrag der Beschwerdeführerin auf Kautonierung der Beschwerdegegnerin ab (act. 13 = act. 16 = act. 18).

4. Am 22. August 2016 zog die Beschwerdeführerin das als Arresttitel dienende Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 10. Juni 2016 mit Beschwerde an das Bundesgericht weiter und beantragte die Gewährung der aufschiebenden Wirkung (act. 20/6). Mit Verfügung vom 25. August 2016 forderte das Bundesgericht die Beschwerdegegnerin auf, zum Gesuch um aufschiebende Wirkung Stellung zu nehmen und teilte zudem mit, dass bis zum Entscheid über das Gesuch "alle Vollziehungsvorkehrungen zu unterbleiben hätten" (act. 20/7).

5. Am 5. September 2016 erhob die Beschwerdeführerin gegen den abweisenden Arresteinspracheentscheid der Vorinstanz rechtzeitig (vgl. act. 14b) Beschwerde bei der Kammer und beantragte die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides vom 19. August 2016 sowie die Aufhebung des diesem Urteil zu-

grunde liegenden Arrestbefehls vom 12. Juli 2016 im Fr. 34'901.65 übersteigenden Betrag. Eventualiter beantragte sie, es sei die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, binnen angemessen kurzer Frist eine Sicherheitsleistung im Sinne von Art. 273 Abs. 1 SchKG in Höhe von Fr. 550'000.– zu leisten, wobei der Arrestbefehl bei nicht fristgerechter Leistung der beantragten Sicherheit umgehend aufzuheben sei (act. 17 S. 2). Ein von der Beschwerdeführerin in der Folge mit Verfügung vom 13. September 2016 (act. 22) einverlangter Kostenvorschuss wurde von dieser fristgerecht geleistet (act. 23-24). Am 30. September 2016 machte die Beschwerdeführerin eine Noveneingabe und reichte eine Verfügung des Bundesgerichts vom 27. September 2016 ins Recht. Darin erteilte das Bundesgericht der von der Beschwerdeführerin gegen den Entscheid des Handelsgerichts vom 10. Juni 2016 am 22. August 2016 erhobenen Beschwerde die aufschiebende Wirkung (act. 26). Der prozessuale Antrag der Beschwerdeführerin, wonach das vorliegende Verfahren bis zum Vorliegen eines Entscheides des Schweizerischen Bundesgerichts betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung zu sistieren sei (act. 17 S. 3), ist damit obsolet geworden. Mit Verfügung vom 3. Oktober 2016 wurde in der Folge der Beschwerdegegnerin Frist zur Beschwerdeantwort angesetzt (act. 27), wobei ein von ihr am 17. Oktober 2016 gestelltes Fristerstreckungsgesuch (act. 29) mit Verfügung vom 18. Oktober 2016 abgewiesen wurde (act. 30). Innert Frist liess sich die Beschwerdegegnerin nicht verlauten, wobei sie nach Fristablauf eine Eingabe machte, in welcher sie erklärte, auf materielle Einlassung auf die Beschwerde zu verzichten (vgl. act. 32). Diese Eingabe ist vorliegend nicht zu beachten, sondern das Verfahren vielmehr androhungsgemäss (vgl. act. 27) ohne Beschwerdeantwort weiterzuführen (Art. 147 ZPO). Der Beschwerdeführerin ist mit dem Entscheid das Doppel der nach Fristablauf erfolgten Eingabe der Beschwerdegegnerin zuzustellen.

II.

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. Mit der Zulassung echter Noven soll sichergestellt werden, dass der Arrest mit seinen einschneidenden Wirkungen nur dann aufrechtzuerhalten ist, wenn die Voraussetzungen auch noch zur Zeit des zweitinstanzlichen Entscheides gegeben 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).

2. Die Beschwerdeführerin begründete ihre Beschwerde gegen den vorinstanzlichen Arresteinspracheentscheid in erster Linie damit, dass sie mit Einreichung der Beschwerde gegen den als Arresttitel dienenden Entscheid des Handelsgerichts vom 10. Juni 2016 beim Bundesgericht auch die Gewährung der aufschiebenden Wirkung verlangt habe. Werde dieses Gesuch gutgeheissen, falle der einzige von der Beschwerdegegnerin geltend gemachte Arrestgrund nachträglich dahin, weshalb dem Arrest der Boden entzogen und das Hauptbegehren der Beschwerde ohne Weiteres gutzuheissen sei (act. 17 S. 6).

2.1 Der Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG setzt voraus, dass der Arrestgläubiger gegen den Arrestschuldner einen definitiven Rechtsöffnungstitel besitzt. Ein solcher liegt vor, wenn die Arrestforderung auf einem vollstreckbaren Entscheid beruht (Art. 80 Abs. 1 SchKG). Gegen einen Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich kann einzig ein Rechtsmittel an das Bundesgericht erhoben werden, wobei einem solchen im konkreten Fall keine aufschiebende Wirkung zukommt (vgl. Art. 103 Abs. 1 BGG; Art. 117 BGG i.V.m. Art. 103 Abs. 1 BGG). Damit stellt das Urteil des Handelsgerichts grundsätzlich einen definitiven

Rechtsöffnungstitel im Sinne von Art. 80 Abs. 1 SchKG und damit einen Arresttitel im Sinne von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG dar. Wird der Beschwerde vom Bundesgericht jedoch die aufschiebende Wirkung erteilt, bedeutet dies den Aufschub der Vollstreckbarkeit, d.h. die Anordnungen im angefochtenen Entscheid entfalten einstweilen keine Wirkung, wobei die aufschiebende Wirkung *ex tunc* wirkt. Mit der Aufschiebung der Vollstreckbarkeit des Entscheides liegt kein definitiver Rechtsöffnungstitel und damit auch kein Arresttitel (mehr) vor. Durch den nachträglichen Wegfall des Vollstreckungstitels wird einem bereits gelegten Arrest der Boden entzogen, was zur Aufhebung des Arrestes führen muss (vgl. zum Ganzen OGer ZH, PS130129-O vom 19. Dezember 2013, E. 5b).

2.2 Vorliegend hat die Beschwerdeführerin belegt, dass das Bundesgericht ihrer gegen den als Arresttitel dienenden Entscheid des Handelsgerichts vom 10. Juni 2016 erhobenen Beschwerde mit Verfügung vom 27. September 2016 die aufschiebende Wirkung erteilt hat (act. 26), womit die Vollstreckbarkeit des Entscheides aufgeschoben wurde. Da die Verfügung des Bundesgerichts ein echtes *Novum* im Sinne von Art. 229 Abs. 1 bst. a ZPO darstellt und als solches gestützt auf Art. 278 Abs. 3 ZPO i.V.m. Art. 326 ZPO im vorliegenden Beschwerdeverfahren zuzulassen ist, ist festzuhalten, dass die Arrestvoraussetzungen gemäss Art. 271 SchKG mangels Vorliegens eines definitiven Rechtsöffnungstitels nicht mehr erfüllt sind, weshalb der Arrest nach dem Gesagten nicht aufrechterhalten werden kann. Die Beschwerde ist dementsprechend gutzuheissen, wobei die Beschwerdeführerin lediglich die Aufhebung des Arrestes im Fr. 34'901.65 übersteigenden Betrag verlangt (vgl. act. 17 S. 2). Antragsgemäss (vgl. Art. 58 Abs. 1 ZPO) ist dementsprechend der Arrestbefehl vom 12. Juli 2016 im diesen Betrag übersteigenden Umfang aufzuheben.

III.

1. Die Gutheissung der Beschwerde und die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides führt dazu, dass sich auch der Ausgang des vorinstanzlichen Verfahrens ändert. Dies muss sich in der Kosten- und Entschädigungsregelung für das vorinstanzliche Verfahren widerspiegeln. Dass die Beschwerde aufgrund eines erst während laufendem Beschwerdeverfahren eingetretenen Novums gutzuheissen war, ändert daran nichts, zumal die Beschwerdegegnerin das entsprechende Prozessrisiko durch die Anhängigmachung eines Arrestverfahrens vor dem definitiven Eintritt der Vollstreckbarkeit des als Arresttitel dienenden Entscheides des Handelsgerichts auf sich genommen hat. Zur Höhe der von der Vorinstanz auf Fr. 1'000.– festgelegten Spruchgebühr liegen keine Beanstandungen vor, weshalb diese der Höhe nach zu bestätigen ist. In der Sache obsiegt die Beschwerdeführerin, weshalb in Anwendung von Art. 106 Abs. 1 ZPO die Kosten der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen sind. Zudem ist die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, der Beschwerdeführerin für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.– zu bezahlen.

2. Da die Beschwerdeführerin mit ihrer Beschwerde obsiegt und sich die Beschwerdegegnerin mit dem angefochtenen Entscheid nicht identifiziert hat, sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'500.– ist ihr – unter Vorbehalt des Verrechnungsrechts des Staates – zurückzubezahlen. Da sich die Beschwerdegegnerin nicht mit dem angefochtenen Entscheid identifiziert hat, kann sie nicht zur Leistung einer Parteientschädigung an die obsiegende Beschwerdeführerin verpflichtet werden. Eine Parteientschädigung aus der Staatskasse ist sodann mangels gesetzlicher Grundlage ebenfalls nicht zuzusprechen (ADRIAN URWYLER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 107 N 12), zumal kein Fall vorliegt, in welchem der Staat materiell als Partei zu betrachten und deshalb gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung die Zu-

sprechung einer Parteientschädigung aus der Staatskasse ausnahmsweise zu prüfen wäre (vgl. BGE 140 III 501 E. 4).

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Zürich, Audienz, vom 19. August 2016 (Geschäfts-Nr. EQ160175-L) aufgehoben, die Arresteinsprache der Beschwerdeführerin gutgeheissen und der Arrestbefehl des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Zürich, Audienz, vom 12. Juli 2016 (Geschäfts-Nr. EQ160160-L) im den Betrag von Fr. 34'901.65 übersteigenden Umfang aufgehoben.
 2. Die erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 1'000.– wird bestätigt und der Beschwerdegegnerin auferlegt.
 3. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.– zu bezahlen.
 4. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Kosten erhoben und keine Parteientschädigungen zugesprochen.
 5. Schriftliche Mitteilung an:
 - die Parteien, an die Beschwerdeführerin unter Beilage eines Doppels von act. 32;
 - die Vorinstanz;
 - die Betreibungsämter Zürich 1 und Zürich 8;je gegen Empfangsschein, sowie an die Obergerichtskasse.
- 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. 665'757.57.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw N. Seebacher

versandt am:
3. November 2016