

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS190031-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. M. Stambach und Ersatzrichter lic. iur. T. Engler sowie Ge-
richtsschreiber MLaw R. Jenny

Urteil vom 13. März 2019

in Sachen

A._____ Holding and Enterprises S.A.,
Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin,

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

gegen

B._____ Limited,
Gesuchs- und Beschwerdegegnerin

betreffend **Arrest**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes
Zürich vom 5. Februar 2019 (EQ190031)

Erwägungen:

1.

1.1. Die C._____ Co Inc (nachfolgend C._____) und die B._____ Limited (nachfolgend Beschwerdegegnerin) schlossen am 10. September 2015 einen schriftlichen Darlehensvertrag, wonach die C._____ der Beschwerdegegnerin bis zu USD 143'298'000.– gewährt. Auf den tatsächlich gewährten Darlehensbetrag wurde eine Verzinsung von 0.5 % pro Jahr vereinbart (act. 4/5). Am 10. September 2015 wurden gestützt auf die Anweisung der C._____ vom 8. September 2015 USD 143'298'000.– von deren Konto bei der D._____ AG auf das Konto der Beschwerdegegnerin ebenfalls bei der D._____ AG überwiesen (act. 4/6+7). Gleichentags zahlte die Beschwerdegegnerin der C._____ auf deren schriftliche Aufforderung hin den Betrag von USD 700'618.70 zurück (act. 4/8+9).

1.2. Die Restforderung auf Darlehensrückerstattung im Umfang von USD 142'587'381.30 zuzüglich 0.5 % Zins pro Jahr seit 10. September 2015 wurde am 23. Mai 2016 an die A._____ Holding and Enterprises S.A. (nachfolgend Beschwerdeführerin) abgetreten (act. 4/10; der verbleibende Betrag wurde um USD 10'000.– zu tief berechnet [vgl. act. 1 Rz. 10]). Mit Schreiben vom 25. Januar 2019 forderte die Beschwerdeführerin die Beschwerdegegnerin auf, ihr das Darlehen samt Zins innerhalb von drei Arbeitstagen zurückzubezahlen (act. 4/11). Da keine Rückzahlung erfolgte, stellte die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 31. Januar 2019 beim Bezirksgericht Zürich ein Arrestgesuch mit folgenden Anträgen (act. 1):

" 1. Es seien die folgenden Vermögenswerte der Arrestschuldnerin mit Arrest zu belegen:

sämtliche Forderungen, Guthaben, Vermögenswerte, Safeinhalte und Barschaften in in- und ausländischer Währung lautend auf die Arrestschuldnerin, und/oder soweit Letztere an vorgenannten Vermögenswerten wirtschaftlich berechtigt ist, gegenüber bzw. bei der D._____ AG, ... [Adresse], insbesondere und nicht abschliessend das Hauptkonto mit der Stamm-Nr. 1 und die Unterkonten mit den Nrn. 1a, 1b, 1c, 1c-1, 1c-2, 1c-3, 1d-1, 1d-2, 1e-1, 1e-2, 1e-3 sowie 1e-4; alles soweit verarrestierbar bis zur Deckung der Arrestforderung von CHF 142'019'883.50 (USD 142'587'381.30 zum heutigen Tageskurs von 0.99602) nebst Zins zu 0.5 % seit 10.09.2015,

nebst Kosten und Parteientschädigung (zuzüglich MwSt.) für das Arrestbewilligungs- und Arrestvollzugsverfahren.

2. Es seien alle zum Vollzug des beantragten Arrests notwendigen Befehle, Zustellungen und Anweisungen insbesondere an das für den Vollzug des Arrestbefehls zuständige Amt zu erlassen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich MwSt.) zu Lasten der Arrestschuldnerin."

Die Vorinstanz wies das Arrestgesuch mit Urteil vom 5. Februar 2019 mangels Glaubhaftmachung der Fälligkeit der Arrestforderung ab (act. 8).

1.3. Dagegen erhob die Beschwerdeführerin am 18. Februar 2019 rechtzeitig die Beschwerde (act. 9; zur Rechtzeitigkeit vgl. act. 6). Den Kostenvorschuss von CHF 3'000.– für das Beschwerdeverfahren leistete sie auf erste Aufforderung hin (act. 12-14). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 1-6). Eine Beschwerdeantwort wurde aufgrund der Natur des Arrestverfahrens als Sicherungsmassnahme nicht eingeholt. Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Gegen erstinstanzliche Endentscheide in Arrestsachen ist infolge des Ausschlusses der Berufung in Art. 309 lit. b Ziff. 6 ZPO einzig die Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO zulässig. 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. Als Beschwerdegründe können unrichtige Rechtsanwendung oder offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO).

2.2. Die Beschwerde wurde rechtzeitig, schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet bei der Kammer als zuständige Instanz eingereicht. Die Beschwerdeführerin ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und somit zur Beschwerde legitimiert. Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

3.

3.1. Der Gläubiger kann, wenn einer der im SchKG vorgesehenen Arrestgründe gegeben ist, für eine fällige Forderung, soweit sie nicht durch ein Pfand gedeckt

ist, Vermögensstücke des Schuldners, die sich in der Schweiz befinden, mit Arrest belegen lassen (Art. 271 SchKG). Die Fälligkeit bestimmt sich durch den Vertrag (Art. 75 OR). Der Arrest wird bewilligt, wenn der Gläubiger glaubhaft macht, dass seine Forderung besteht, ein Arrestgrund vorliegt und Vermögensgegenstände vorhanden sind, die dem Schuldner gehören (Art. 272 Abs. 1 SchKG). Glaubhaftmachen bedeutet, dass es genügt, dem Gericht aufgrund objektiver Anhaltspunkte den Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit des Vorhandenseins der in Frage stehenden Tatsache zu vermitteln, ohne dass dabei die Möglichkeit ausgeschlossen sein muss, dass die Verhältnisse sich auch anders gestalten könnten (BGE 142 II 49 E. 6.2).

3.2. Die Vorinstanz erwog im Wesentlichen, aus dem Aufbau des Darlehensvertrages ergebe sich, dass vom Kreditgeber eine Kreditfazilität bzw. ein Finanzierungsrahmen in der Höhe von CHF 143'298'000.– für eine Periode von 60 Monaten zur Verfügung gestellt werde. Der Kreditnehmer habe somit einen entsprechenden Planungshorizont. Dass vor diesem Hintergrund eine Kündigung der Kreditfazilität durch den Kreditgeber nach erster schriftlicher Aufforderung jederzeit möglich wäre, ergebe deshalb keinen wirtschaftlichen Sinn. Vielmehr sei im vertraglichen Zusammenhang die Repayment-Klausel so zu verstehen, dass nach der Fälligkeit am 9. September 2020 der Darlehensnehmer auf erste schriftliche Aufforderung des Darlehensgebers hin das Darlehen zurückzahlen habe. Die Fälligkeit der Arrestforderung erscheine somit nicht glaubhaft (act. 8 S. 3).

3.3. Die Beschwerdeführerin rügt eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz, indem diese die erste Teilrückzahlung des Darlehens von USD 700'618.70 am 10. September 2015 in ihrer rechtlichen Würdigung ignoriert habe, obwohl sich dieser Sachverhalt aus den Vorakten konzis ergebe und vor Vorinstanz auch dargelegt worden sei. Nicht zuletzt deswegen habe die Vorinstanz eine unzutreffende Interpretation des Darlehensvertrags getroffen (act. 9 Rz. 7).

3.4. Gemäss Art. 18 Abs. 1 OR bestimmt sich der Inhalt des Vertrags nach dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien. Nur wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, ist der Vertrag nach dem Vertrau-

ensgrundsatz auszulegen (BGE 137 III 145 E. 3.2.1). Als Fälligkeitsdatum wurde im Darlehensvertrag der 9. September 2020 festgelegt. Laut Rückzahlungsklausel des Vertrags, ist das Darlehen auf erstes schriftliches Verlangen zurückzuzahlen. Im Vertrag steht weiter, dem Darlehensgeber stehe es offen ("at its absolute discretion"), den Betrag des Darlehens durch schriftliche Mitteilung an den Darlehensnehmer zu erhöhen oder zu reduzieren (act. 4/5). Eine solche Reduktion verlangte die C._____ mit Schreiben vom 10. September 2015 (act. 4/8). Gestützt darauf wurde gleichentags der Betrag von USD 700'618.70 vom Konto der Beschwerdegegnerin auf das Konto der C._____ zurückbezahlt (act. 4/9). Aus diesem Handlungsablauf ergibt sich der übereinstimmende Wille der Vertragsparteien, dass die C._____ bereits vor dem 9. September 2020 eine Reduktion des Betrags bzw. eine (Teil-)Rückzahlung verlangen konnte. Da die tatsächliche Willensübereinstimmung also fest steht, blieb für die abweichende objektivierte Auslegung (nach einem wirtschaftlichen Sinn des Darlehens) durch die Vorinstanz kein Raum. Im Ergebnis hat die Vorinstanz den Sachverhalt offensichtlich unrichtig festgestellt und das Recht in der Folge falsch angewendet. Die Zahlungsaufforderung der Beschwerdeführerin vom 25. Januar 2019 wurde der Beschwerdegegnerin am 28. Januar 2019 zugestellt (act. 4/11+12). Damit ist die Fälligkeit der Forderung glaubhaft gemacht.

3.5. Die weiteren Voraussetzungen von Art. 272 Abs. 1 SchKG (Arrestgrund und Arrestgegenstand) sind ebenfalls gegeben: Ein Darlehensvertrag stellt zusammen mit dem Zahlungsnachweis der Darlehenssumme eine Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG dar (vgl. BSK SchKG - Staehelin, 2. Aufl. 2010, Art. 82 N 120). Da die Beschwerdegegnerin ausserdem nicht in der Schweiz domiziliert ist und kein anderer Arrestgrund gegeben ist, liegt ein Arrestgrund im Sinne von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG vor. Dass die Beschwerdegegnerin Vermögen bei der D._____ AG hat, ist gestützt auf den Investment Report der D._____ AG vom 5. März 2018 glaubhaft (act. 4/14). Anhaltspunkte für eine Pfandsicherung sind keine vorhanden.

In teilweiser Gutheissung der Beschwerde ist der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben und es ist im Sinne obiger Erwägungen ein Arrestbefehl nach Massgabe

des separaten Formulars "Arrestbefehl" zu erteilen. Nicht zu bewilligen ist der Arrest bezüglich Vermögenswerte soweit diese nicht auf die Beschwerdegegnerin lauten, die Beschwerdegegnerin aber daran wirtschaftlich berechtigt ist. Weder ist es Sache der Vollzugsbehörde, nach Arrestsubstrat zu suchen, noch rechtfertigt allein die wirtschaftliche Berechtigung einen Durchgriff (vgl. BSK SchKG-Stoffel, 2. Aufl. 2010, Art. 272 N 32).

4.

4.1. Da die Beschwerdeführerin mit ihrer Beschwerde weitgehend obsiegt und die Beschwerdegegnerin der Natur des Verfahrens nach nicht in das Beschwerdeverfahren einbezogen wurde, sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 107 Abs. 2 ZPO).

4.2. Mit dem erstinstanzlichen Entscheid sind auch die erstinstanzlichen Kosten aufzuheben, wobei für den von der Kammer auszustellenden Arrestbefehl die Kosten zu erheben sind, welche das Einzelgericht richtigerweise erhoben hätte (Art. 48 GebV SchKG). Die der Beschwerdeführerin aufzuerlegenden Kosten sind mit ihrem Kostenvorschuss zu verrechnen (vgl. Art. 111 Abs. 1 ZPO). Die Beschwerdeführerin wird berechtigt sein, die Gebühr aus einem allfälligen Erlös der Arrestgegenstände vorwegzunehmen (vgl. Art. 281 Abs. 2 SchKG).

4.3. Ein Entschädigungsanspruch steht der Beschwerdeführerin im Arrestbewilligungsverfahren nicht zu, zumal die Beschwerdegegnerin nicht angehört wurde. Für die Zusprechung einer Parteientschädigung an die Beschwerdeführerin aus der Staatskasse fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage. Eine Entschädigung ist daher grundsätzlich nicht zuzusprechen. Eine Ausnahme davon rechtfertigt sich nur dort, wo der Staat materiell Gegenpartei ist oder in Fällen qualifizierter Verfahrensfehler (vgl. BGE 139 III 471 E. 3 = Pra 103 (2014) Nr. 28; vgl. auch OGer ZH RU180020 vom 11. Juli 2018, E.4.2). Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht erfüllt.

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Zürich vom 5. Februar 2019 aufgehoben, und es wird ein Arrestbefehl nach Massgabe des separaten Formulars „Arrestbefehl“ erteilt.
2. Soweit die Verarrestierung von Vermögenswerten beantragt wird, die nicht auf die Beschwerdegegnerin lauten, an denen die Beschwerdegegnerin aber wirtschaftlich berechtigt ist, wird die Beschwerde abgewiesen.
3. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben.
4. Die Kosten des Arrestbefehls von CHF 2'000.– werden aus dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Vorschuss bezogen. Der Restbetrag wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.
5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung dieses Entscheids samt Arrestbefehl an die Beschwerdeführerin, an das Betreibungsamt Zürich Kreis 1 sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.
7. Eine allfällige Einsprache gegen die Erteilung des Arrestbefehls (vgl. Ziff. 2 lit. a der Bemerkungen auf dem Formular "Arrestbefehl") hat nicht bei der II. Zivilkammer des Obergerichts, sondern beim Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Zürich zu erfolgen.
8. 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 CHF 142'019'883.50.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw R. Jenny

versandt am:
14. März 2019