

Art. 273 Abs. 1 Satz 2 und Art. 278 Abs. 3 SchKG. Anfechtung des Arrestkautionsentscheids.

Beim Entscheid über die Anordnung einer Arrestkaution nach Art. 273 Abs. 1 Satz 2 SchKG wird ein materiellrechtlicher Anspruch beurteilt, der als solcher nicht vom Fortbestand des Arrests abhängig ist. Es handelt sich um einen vom Arrestentscheid verschiedenen Prozessgegenstand, über den weder vorfrageweise, noch im Rahmen einer prozessleitenden Verfügung, sondern nur in einem Sachurteil entschieden werden kann. Wird im Arresteinspracheverfahren über die Kautionierung vorab ein Entscheid gefällt, so ist dieser als (Teil-)Endentscheid i.S.v. Art. 319 lit. a ZPO zu qualifizieren und nach Art. 278 Abs. 3 SchKG i.V.m. Art. 319 ff. ZPO mit Beschwerde anfechtbar.

Art. 273 Abs. 1 Satz 2 SchKG. Voraussetzungen der Arrestkaution. Kautionierung von Prozesskosten.

Der Kautionsanspruch setzt voraus, dass ein künftiger arrestbedingter Schaden als hinreichend wahrscheinlich erscheint. Wird erst nach Anhörung der Arrestschuldnerin über die Kaution entschieden, so hat diese den konkret drohenden Schaden und die Wahrscheinlichkeit dessen Eintritts soweit möglich und zumutbar zu substantiieren und glaubhaft zu machen. Die bloss abstrakte Möglichkeit eines Schadens genügt nicht. In jedem Fall unzulässig ist die Festsetzung einer Pauschale, die sich nur an der Höhe der Arrestforderung oder am Wert der verarrestierten Vermögenswerte orientiert.

Anwalts- und andere Rechtsverfolgungskosten, die in engem Zusammenhang mit dem Arresteinsprache- oder dem Arrestprosequierungsverfahren entstehen, sind ausschliesslich im Rahmen der für diese Verfahren vorgesehenen Parteientschädigungen ersatzfähig und können nicht Gegenstand des materiellen Schadenersatz- bzw. Kautionsanspruchs nach Art. 273 Abs. 1 SchKG sein (vgl. auch Art. 99 Abs. 3 lit. c ZPO).

Die Arrestgläubigerin erwirkte die Verarrestierung verschiedener Vermögenswerte der Arrestschuldnerin bei einer Bank in der Höhe von rund CHF 18 Mio. Daraufhin beantragte die Schuldnerin im Arresteinspracheverfahren, es sei die Gläubigerin vorab zur Leistung einer Arrestkaution nach Art. 273 Abs. 1 Satz 2 SchKG in der Höhe von rund CHF 1.8 Mio. zu verpflichten, unter anderem – pauschal – als Sicherheit für Schäden, die infolge negativer Marktentwicklungen und entgangener Investitionsmöglichkeiten eintreten könnten, sowie als Sicherheit für die voraussichtlichen (Anwalts-)Kosten im Arresteinspracheverfahren. Die Vorinstanz sprach der Schuldnerin in einem separat eröffneten Kautionsentscheid – vor Erledigung der (übrigen) Arresteinsprache – eine Sicherheit von CHF 100'000.– zu. Dies fechten sowohl die Gläubigerin wie auch die Schuldnerin an.

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

"II.1.1. Angefochten ist ein Entscheid des Arrestgerichts, mit welchem vorab über einen von der Schuldnerin im Rahmen des Arresteinspracheverfahrens gestellten Antrag auf Leistung einer Arrestkaution gemäss Art. 273 Abs. 1 SchKG befunden wurde. Diesen Entscheid eröffnete die Vorinstanz selbständig vor dem (übrigen) Arresteinspracheentscheid über die Arrestbewilligung. Es stellt sich damit die Frage, ob und inwiefern gegen einen solchen selbständig eröffneten Arrestkautionsentscheid ein Rechtsmittel zur Verfügung steht.

(...)

1.3. Den Parteien ist ohne Weiteres dahingehend zuzustimmen, dass es sich beim angefochtenen Entscheid – entgegen der Auffassung der Vorinstanz (...) – nicht um einen solchen über die Leistung einer Sicherheit i.S.v. Art. 103 ZPO handelt. Dies ergibt sich bereits aus der gesetzlichen Systematik. Die Arrestkaution gemäss Art. 273 Abs. 1 Satz 2 SchKG ist keine Sicherheit für die Parteientschädigung i.S.v. Art. 99 ZPO. Eine solche kann in einem summarischen Verfahren wie dem vorliegenden Arrest(einsprache)verfahren nämlich gerade nicht angeordnet werden (Art. 99 Abs. 3 lit. c ZPO). Daran ändert der Umstand nichts, dass die Schuldnerin die Arrestkaution vorliegend der Sache nach weitgehend als Ersatz für eine solche, eben nicht erhältliche Prozesskaution zu verwenden gedenkt (s. dazu unten, E. VI., insb. VI.6). Den Parteien ist ferner auch darin zuzustimmen, dass es sich beim angefochtenen Entscheid nicht um einen Zwischenentscheid i.S.v. Art. 237 ZPO handeln kann. Dies folgt bereits aus dem Umstand, dass ein solcher nur getroffen werden kann, wenn durch abweichende oberinstanzliche Beurteilung sofort ein Endentscheid herbeigeführt und so ein bedeutender Zeit- oder Kostenaufwand gespart werden kann; beides ist vorliegend offenkundig nicht der Fall. Bei genauer Betrachtung ist nämlich nicht die Kautionspflicht als solche eine Voraussetzung des Arrests – und damit eine zwischenentscheidfähige Vorfrage des Arrestentscheids –, sondern nur die sich daran anschliessende Leistung der bereits angeordneten Sicherheit. Wie im Folgenden darzulegen ist, handelt es sich bei der hier zu beurteilenden Kautonierung vielmehr um einen vom eigentlichen Arrestentscheid verschiedenen materiellrechtlichen Anspruch, über den weder vorfrageweise,

noch im Rahmen einer blossen prozessleitenden Verfügung, sondern nur in einem eigentlichen Sachurteil entschieden werden kann:

1.4. Nach Art. 273 Abs. 1 Satz 1 SchKG haftet die Gläubigerin sowohl der Schuldnerin wie auch Dritten für den aus einem ungerechtfertigten Arrest erwachsenden Schaden. Hierbei handelt es sich – obschon in einem zwangsvollstreckungsrechtlichen Erlass begründet – um eine materiellrechtliche ausservertragliche Kausalhaftung für Schäden, die durch das Erwirken eines ungerechtfertigten Arrests entstehen. Gemäss Art. 273 Abs. 1 Satz 2 SchKG hat die Arrestschuldnerin (als Gläubigerin des potentiellen Schadenersatzanspruchs nach Art. 273 Abs. 1 Satz 1 SchKG) unter bestimmten Voraussetzungen – sowie nach pflichtgemäsem Ermessen des Arrestgerichts – Anspruch darauf, dass die Arrestgläubigerin (als potentielle Schadenersatzschuldnerin) den durch den Arrest drohenden Schaden sicherstellt. Diese sog. Arrestkaution bezweckt die Sicherung des potentiellen Schadenersatzanspruchs gemäss Art. 273 Abs. 1 Satz 1 SchKG (BGer, 5A_757/2010 vom 20. April 2011, E. 2.1) und ist entsprechend – ähnlich einem irregulären Pfandrecht – akzessorischer sowie, obschon ebenfalls in einem zwangsvollstreckungsrechtlichen Erlass begründet, materiellrechtlicher Natur (vgl. zu den dogmatischen Grundlagen im Einzelnen E. MEIER, Die Sicherheitsleistung des Arrestgläubigers [Arrestkaution] gemäss SchKG 273 I, Zürich 1978, passim, insb. S. 46 ff.; BK-ZOBL/THURNHERR, Syst. Teil vor Art. 884 ff. ZGB, N 1223 ff., 1294 ff.; KOTRONIS, Die Sicherheitsleistung im Privatrecht, Zürich 2016, passim, insb. S. 56 ff., 267 ff.; vgl. zudem KassGer ZH, 15. November 1982, ZR 1984 Nr. 26).

1.5. Im Arrestkautionsverfahren wird darüber entschieden, ob der Arrestschuldnerin ein gesetzliches Sicherungsrecht gemäss Art. 273 Abs. 1 Satz 2 SchKG zusteht, d.h., ob die Arrestgläubigerin gegenüber der Arrestschuldnerin materiellrechtlich zur Sicherstellung des potentiellen Schadenersatzanspruchs nach Art. 273 Abs. 1 Satz 1 SchKG verpflichtet ist. Obschon dieser Kautionsanspruch – wie auch der dadurch gesicherte potentielle Schadenersatzanspruch – durch eine betreibungsrechtliche Sicherungsmassnahme, nämlich den Arrest, ausgelöst wird, handelt es sich beim Kautionsstreit in Wahrheit nicht um eine

betriebsrechtliche, sondern um eine materiellrechtliche Streitigkeit. Mit dem Arrestgesuch der Arrestgläubigerin wird nämlich nicht nur das summarische Arrestverfahren als solches eröffnet, sondern es stellt das Arrestbegehren auch die Ursache des möglichen Arrestschadens sowie die potentiell widerrechtliche, haftungsbegründende Handlung dar, und es begründet das Arrestgesuch bei gegebenen Voraussetzungen zudem auch den materiellen Kautionsanspruch der Arrestschuldnerin. Bei richtiger Betrachtung besteht deshalb bereits aus dogmatischen Gründen kein zwingender innerer Zusammenhang zwischen dem zwangsvollstreckungsrechtlichen Arrestverfahren einerseits und dem materiellen Kautionsverfahren andererseits (s. zum Ganzen überzeugend E. MEIER, a.a.O., S. 46 ff.). Beim Gegenstand des Arrestverfahrens (d.h. dem Begehren um Bewilligung bzw. Aufhebung des Arrests) und jenem des Kautionsverfahrens (d.h. dem Begehren um Verpflichtung der Arrestgläubigerin zur Leistung einer Sicherheit für den drohenden Arrestschaden) handelt es sich insofern um zwei verschiedene, selbständige Streitgegenstände, von welchen der eine, nämlich der Arrest als solcher, in gewisser Weise vom anderen abhängig ist. Wird nämlich eine Arrestkaution angeordnet, so wird deren Leistung zur materiellen Voraussetzung für den Fortbestand (oder bereits die Bewilligung) des Arrests (vgl. BSK SchKG II-STOFFEL, Art. 273 N 25; KREN KOSTKIEWICZ, in: Kren Kostkiewicz/Vock [Hrsg.], SchKG-Komm., 4. Aufl., 2017, Art. 273 N 23). Umgekehrt besteht aber keine solche Abhängigkeit. Wurde der Arrest einmal angeordnet, und damit die potentiell haftungsbegründende Handlung vollzogen, besteht der materielle Sicherstellungsanspruch der Arrestschuldnerin bei gegebenen Voraussetzungen unabhängig vom Fortbestand des Arrests, d.h. das Dahinfallen des Arrests im Arresteinspracheverfahren oder wegen mangelnder Prosequierung oder Nichtleistung der angeordneten Sicherheit führt nicht zum Wegfall des Kautionsanspruchs bzw. zur Rückerstattung der bereits geleisteten Sicherheit (vgl. hierzu BGer, 5A_757/2010 vom 20. April 2011). Diese kann vielmehr erst dann zurückverlangt werden, wenn feststeht, dass keine Schadenersatzansprüche mehr geltend gemacht werden können, und folglich keine gesicherten (Pfand-)Forderungen (mehr) bestehen (KREN KOSTKIEWICZ, a.a.O., Art. 273 N 28).

1.6. Die Arrestkautions gemäss Art. 273 Abs. 1 Satz 2 SchKG kann entweder bereits mit der Arrestbewilligung oder im darauffolgenden Arresteinspracheverfahren oder aber auch noch zu einem späteren Zeitpunkt in einem selbständigen Verfahren angeordnet (BSK SchKG II-STOFFEL, Art. 273 N 18, 29 f.; KREN KOSTKIEWICZ, a.a.O., Art. 273 N 25 f.; vgl. auch BGer, 5A_757/2010 vom 20. April 2011, E. 1.2 und E. 2.1) bzw. erhöht oder reduziert werden (vgl. zur Rechtskraft und zur Möglichkeit einer Abänderung des Kautionsentscheids BGer, 5A_165/2010 vom 10. Mai 2010, E. 2.3.4; BGE 112 III 112, E. 2; BSK SchKG II-STOFFEL, Art. 273 N 24). Sachlich zuständig für die Anordnung bzw. Abänderung der Kautionspflicht ist stets das Arrestgericht, und zwar auch dann, wenn das Arresteinspracheverfahren bereits abgeschlossen ist bzw. eine Arrestprosequierungs- oder eine Arrestschadenersatzklage bereits angehoben wurde (BGer, vom 20. August 1986, Pra 1987 Nr. 51, E. 1b [nicht publ. in BGE 112 III 112]; BSK SchKG II-STOFFEL, Art. 273 N 30). Im Rahmen der Arrestbewilligung hat das Arrestgericht unter Geltung der *Offizialmaxime* – und ohne Anhörung der Arrestschuldnerin – von Amtes wegen zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine Sicherheitsleistung vorliegen. Insofern wird der Prozessgegenstand der Arrestkautions, der wie gesagt von jenem der Arrestbewilligung bzw. -aufhebung zu unterscheiden ist, mit dem Einreichen des Arrestgesuchs automatisch rechtshängig (vgl. hierzu BGer, 5P.143/2003 vom 2. Juli 2003, E. 2.2.2; BGE 112 III 112, E. 2a; KassGer ZH, 15. November 1982, ZR 1984 Nr. 26, bestätigt in BGer, 19. April 1983, ZR 1984 Nr. 26; BSK SchKG II-STOFFEL, Art. 273 N 18, 29). Wird der Arrest ohne Anordnung einer Kautions bewilligt, kann eine Sicherheitsleistung später nur noch, aber immerhin, auf Antrag der Arrestschuldnerin angeordnet werden (BGer, 5P.143/2003 vom 2. Juli 2003, E. 2.2.2; 5A_757/2010 vom 20. April 2011, E. 3.2.2; BSK SchKG II-STOFFEL, Art. 273 N 30), und zwar entweder im Rahmen des Arresteinspracheverfahrens oder aber in einem späteren, selbständigen und kontradiktorischen Summarverfahren.

1.7. Nach dem Gesagten handelt es sich beim *zwangsvollstreckungsrechtlichen Arrestentscheid* als solchem und der davon zu unterscheidenden *materiell-rechtlichen Kautionspflicht* der Arrestgläubigerin um zwei verschiedene Prozessgegenstände, die zwar regelmässig in ein und demselben Verfahren beurteilt

werden, nämlich entweder von Amtes wegen mit der Arrestbewilligung oder auf Antrag der Schuldnerin im Einspracheverfahren, über die aber streng genommen – ähnlich einer objektiven Gesuchshäufung (vgl. Art. 90 ZPO) bzw. eines Widergesuchs (vgl. Art. 224 ZPO) – dennoch separat zu befinden ist. Dies erhellt insbesondere angesichts des Umstands, dass über die Kautionsierung auch nach Abschluss des Arresteinspracheverfahrens noch entschieden werden kann. Bei einem solchen "nachträglichen" Kautionsentscheid handelt es sich ohne Weiteres um einen Endentscheid i.S.v. Art. 90 BGG sowie i.S.v. Art. 308 Abs. 1 lit. a bzw. Art. 319 lit. a ZPO, da dieser das separate Kautionsverfahren abschliesst (anders scheinbar BGer, 5A_757/2010 vom 20. April 2011, E. 1.2, wo von einem Zwischenentscheid i.S.v. Art. 93 BGG ausgegangen wurde). Ein solcher Entscheid ist folglich nach Art. 319 lit. a i.V.m. Art. 309 lit. b Ziff. 6 ZPO bzw. in analoger Anwendung von Art. 278 Abs. 3 SchKG mit Beschwerde anfechtbar. Wird im Rahmen des Arresteinspracheverfahrens gleichzeitig über beide Prozessgegenstände entschieden, also sowohl über den Arrest als solchen wie auch über die Kautionspflicht, so liegt ebenfalls (gesamthaft) ein Endentscheid vor, der nach Art. 278 Abs. 3 SchKG i.V.m. Art. 319 lit. a ZPO mit Beschwerde angefochten werden kann (vgl. BGer, 5A_807/2016 vom 22. März 2017, E. 1; 5A_165/2010 vom 10. Mai 2010, E. 1.1). Wird – wie vorliegend – im Rahmen des Einspracheverfahrens vorab nur über die Kautionsierung entschieden, so wird dieser Teil des Verfahrens damit abgeschlossen; er kann später im Rahmen des verbleibenden Einspracheentscheids nicht mehr ohne Weiteres in Frage gestellt werden (vgl. zur Frage einer späteren Abänderbarkeit des Kautionsentscheids oben, E. II.1.6). Ein solcher selbständig und vorab eröffneter Kautionsentscheid ist folglich als Teilentscheid i.S.v. Art. 91 lit. a BGG bzw. als (Teil-)Endentscheid i.S.v. Art. 308 Abs. 1 lit. a bzw. Art. 319 lit. a ZPO zu qualifizieren, der nach Art. 278 Abs. 3 SchKG i.V.m. Art. 319 ff. ZPO mit Beschwerde anfechtbar ist.

1.8. Daran ändert auch der von der Schuldnerin in diesem Zusammenhang ins Feld geführte BGE 126 III 485 nichts. Darin hielt das Bundesgericht obiter – weil die erhobene Beschwerde unzulässig war – und unter Geltung alten Prozessrechts fest, es könne eine bereits im Rahmen der Arrestbewilligung von Amtes wegen angeordnete Kautionsierung von der Gläubigerin nicht direkt mit

einem eigenständigen (damals noch kantonalen) Rechtsmittel angefochten werden, sondern es sei ein solcher Entscheid (von Bundesrechts wegen) nur und erst in einem Arresteinspracheverfahren überprüfbar (BGE 126 III 485, E. 2a). Offen liess es indes die Frage, ob die Gläubigerin selbst Einsprache gegen die Kautionsentscheidung erheben kann, falls die Schuldnerin dies unterlässt, und ob ein erst nach rechtskräftigem Abschluss des Einspracheverfahrens getroffener Kautionsentscheid ebenfalls zunächst mit Einsprache anzufechten ist (BGE 126 III 485, E. 2b). Ob dies auch nach Inkrafttreten der eidgenössischen Zivilprozessordnung noch zutrifft (etwa in Analogie zur [Nicht-]Anfechtbarkeit superprovisorischer Massnahmen; vgl. hierzu BGE 137 III 417; BGer, 5A_84/2018 vom 8. November 2018, E. 4), braucht hier nicht entschieden zu werden. Wenigstens dann, wenn im Rahmen des Einspracheverfahrens – separat oder zusammen mit dem Arrestentscheid – oder im Rahmen eines nachträglichen kontradiktorischen Summarverfahrens über die Sicherheitsleistung nach Art. 273 Abs. 1 Satz 2 SchKG entschieden wird, ist der Kautionsentscheid nach Art. 319 lit. a i.V.m. Art. 309 lit. b Ziff. 6 ZPO bzw. in (analoger) Anwendung von Art. 278 Abs. 3 SchKG mit Beschwerde anfechtbar.

(...)

V.1. Der Kautionsanspruch nach Art. 273 Abs. 1 Satz 2 SchKG setzt einerseits voraus, dass gewisse mehr oder weniger ernsthafte Zweifel am Bestand der Arrestforderung, am Arrestgrund oder an der Zugehörigkeit der Arrestgegenstände zum schuldnerischen Vermögen bestehen (vgl. BGE 112 III 112, E. 2a; 126 III 95, E. 5; BGer, 5A_165/2010 vom 10. Mai 2010, E. 2.3.1; 5A_807/2016 vom 22. März 2017, E. 5.1; OGer ZH, PS160156 vom 14. Februar 2017, E. II.7.3; KassGer ZH vom 15. November 1982 und BGer vom 19. April 1983, ZR 1984 Nr. 26, S. 81 ff.). Die Feststellung der Vorinstanz, es seien aufgrund der Vorgeschichte hinreichende Zweifel am Bestand der Arrestforderung begründet (...), und es sei deshalb im Grundsatz eine Kautionsleistung geschuldet, wurde von keiner Seite beanstandet. Darauf ist nicht näher einzugehen. Umstritten ist einzig die Höhe der festzusetzenden Sicherheitsleistung.

2. Andererseits setzt die Arrestkautio n voraus, dass ein künftiger arrestbedingter Schaden aufseiten der Arrestschuldnerin als hinreichend wahrscheinlich erscheint. Weil ein bloss drohender (künftiger) Schaden nicht leicht zu beweisen bzw. glaubhaft zu machen ist, genügen hierfür konkrete Anhaltspunkte, die den Eintritt eines Schadens nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge als wahrscheinlich erscheinen lassen (E. MEIER, a.a.O., S. 6 f.). Wird die Kautio n von Amtes wegen im Rahmen der Arrestbewilligung angeordnet, kann naturgemäss nicht erwartet werden, dass der künftige Schaden auch nur ansatzweise von einer Partei substantiiert wird. Weil der Arrestschuldnerin zu jenem Zeitpunkt das rechtliche Gehör noch nicht eingeräumt wurde, hat das Arrestgericht sich aus den Akten ergebende Anhaltspunkte für mögliche arrestbedingte Schäden von Amtes wegen – unter Geltung der Offizial- und der Untersuchungsmaxime – zu beachten. Die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit und die Bestimmtheit des Schadens sind hierbei tiefer anzusetzen; entsprechend gross ist das gerichtliche Ermessen. Eine bloss abstrakte Möglichkeit eines Schadens genügt aber auch hier nicht (vgl. KassGer ZH vom 15. November 1982 und BGer vom 19. April 1983, ZR 1984 Nr. 26, S. 81 ff.; E. MEIER, a.a.O., S. 6 f.). Ist die Festsetzung (oder die Abänderung) der Arrestkautio n demgegenüber in einem Arresteinspracheverfahren oder in einem separaten Summarverfahren zu beurteilen, und kann die Arrestschuldnerin hierzu Stellung nehmen, sind an die Voraussetzungen des drohenden Schadens und der Wahrscheinlichkeit dessen Eintritts höhere Anforderungen zu stellen. Die Arrestschuldnerin hat den konkret drohenden Schaden sowie die Wahrscheinlichkeit dessen Eintritts soweit möglich und zumutbar zu substantiieren und glaubhaft zu machen (BGE 126 III 95, E. 5c; BGer, 5A_807/2016 vom 22. März 2017, E. 5.2; 5A_757/2010 vom 20. April 2011, E. 3.2.2; OGer ZH, NN980143 vom 27. Januar 1999, E. 5 [abgedruckt in: BREIT-SCHMID, Übersicht zur Arrestbewilligungspraxis nach revidiertem SchKG anhand von Entscheiden des Zürcher Obergerichts, AJP 1999, S. 1029]; vgl. auch BGer, vom 19. April 1983, ZR 1984 Nr. 26, S. 83). Legt sie alle relevanten Anhaltspunkte dar, deren Substantiierung ihr im Einzelfall zugemutet werden kann, so kommt auch eine Schätzung des drohenden Schadens nach Art. 42 Abs. 2 OR in Frage. In keinem Fall geht es jedoch an, die Kautio n anhand einer bloss

pauschalen oder abstrakten Bemessung festzusetzen, die sich nicht am konkret drohenden Schaden orientiert, sondern von anderen Grössen abhängig gemacht wird, etwa der Höhe der Arrestforderung oder von bloss abstrakten (hypothetischen) Gewinnaussichten (BGE 126 III 95, E. 5c; BGer, 5A_807/2016 vom 22. März 2017, E. 5.2; anders BSK SchKG II-STOFFEL, Art. 273 N 22; vgl. auch BGer, 5A_165/2010 vom 10. Mai 2010, E. 2.3.3; OGer ZH, NN990034 vom 14. Mai 1999, E. IV [abgedruckt in: BREITSCHMID, Übersicht zur Arrestbewilligungspraxis nach revidiertem SchKG anhand von Entscheiden des Zürcher Obergerichts, AJP 1999, S. 1028 f.]). Legt die Arrestschuldnerin nicht einmal dar, dass und in welchem Umfang Arrestsubstrat vorhanden war – und welche Vermögenswerte im Einzelnen verarrestiert wurden –, so lässt sich ein aus der Verarrestierung resultierender Schaden in der Regel nicht abschätzen (BGE 126 III 95, E. 5c).

3. Mit Bezug auf die Kautionshöhe macht die Schuldnerin in ihrer Beschwerde der Sache nach zunächst geltend, die Vorinstanz habe es zu Unrecht abgelehnt, den drohenden Arrestschaden anhand einer – sonst nicht weiter zu begründenden – *Pauschale* von 10 % des Werts der verarrestierten Vermögenswerte zu bemessen (...). Diese Beanstandung erweist sich nach dem Gesagten ohne Weiteres als unbegründet. Es ist an der Schuldnerin, den konkret drohenden Arrestschaden soweit möglich zu substantiieren. Eine Festlegung der Kautionshöhe anhand einer abstrakten Pauschale geht nicht an.

4.1. Wenigstens sinngemäss scheint die Schuldnerin in diesem Zusammenhang sodann geltend zu machen, sie habe den ihr *konkret* drohenden Schaden vor Vorinstanz hinreichend substantiiert behauptet, indem sie dargelegt habe, es sei einerseits von einer Dauer des Arresteinspracheverfahrens von zwei Jahren auszugehen, und es seien andererseits "marktbedingte Kursschwankungen von 5% p.a. nichts Aussergewöhnliches" (...). Auch dieses Vorbringen verfährt nicht. Die Schuldnerin hat vor Vorinstanz zwar dargelegt, dass die verarrestierten – zunächst im Rahmen der bereits abgeschlossenen Arrestverfahren und alsdann mit dem hier fraglichen Arrest erneut blockierten – Vermögenswerte der Schuldnerin bei der [Bank X] CHF 18'162'405.70 übersteigen sollen (...). Wie die

Vorinstanz aber zutreffend ausführt (...), unterliess sie es gänzlich, irgendwelche konkreten Angaben dazu zu machen, welche Vermögenswerte im Einzelnen blockiert wurden (ob es sich hierbei etwa um Barschaften, Wertschriften, Edelmetalle oder Safeinhalte handelt), in welchen Währungen diese Vermögenswerte gegebenenfalls denominiert sind, inwiefern und in welchem Ausmass diese Vermögenswerte tatsächlichen – und nicht bloss abstrakt möglichen – Marktrisiken ausgesetzt sein sollen und inwiefern es der Schuldnerin tatsächlich nicht möglich sein soll, entsprechende Risiken abzusichern. Vielmehr beschränkte sie sich darauf, abstrakt und ohne jeden konkreten Bezug zu den tatsächlichen Gegebenheiten allgemeine Risiken auf den Wertschriften- und Devisenmärkten zu beschreiben (...). Damit kann aber ein konkret drohender Schaden nicht als hinreichend substantiiert gelten. Würde gestützt darauf eine Kautions festgelegt, so würde dies der Sache nach einer abstrakten Pauschalierung – 10 % der verarrestierten Vermögenswerte – gleichkommen, was nicht zulässig ist (vgl. in diesem Sinne BGE 126 III 95, E. 5).

4.2. Ebenfalls nur völlig pauschal machte die Schuldnerin vor Vorinstanz geltend, Schäden könnten "auch aus entgangenem Gewinn bestehen, da der Arrest Neuanlagen [verhindere] und die Arrestschuldnerin ganz generell in ihrer Vermögensanlage behindert" sei (...). Dasselbe gilt für die Behauptung, die Schuldnerin verfüge "aufgrund des Arrests nicht einmal über die für die Bezahlung ihrer Anwaltskosten erforderlichen Mittel" und müsse "sich diese Kosten weiterhin von einer Drittpartei vorschliessen lassen" (...). Dass sie hierfür einen Zins in bestimmter Höhe entrichten müsse, hat sie nicht behauptet.

4.3. Nach dem Gesagten ging die Vorinstanz zu Recht davon aus, dass die Arrestschuldnerin einen sich direkt aus der Blockierung der Vermögenswerte ergebenden (drohenden) Schaden nicht hinreichend substantiiert dargelegt hat. Auch eine Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR muss ausscheiden, weil die Schuldnerin die hierfür notwendigen Anhaltspunkte nicht beigebracht hat, obschon dies ohne Weiteres möglich und zumutbar gewesen wäre.

(...)

VI.1. Die Vorinstanz hat der Schuldnerin eine Kautionshöhe in Höhe von CHF 100'000.– für in Aussicht stehende Anwaltskosten im Arresteinspracheverfahren zugesprochen. Diese bemass sie ausgehend von der im bereits abgeschlossenen Arresteinspracheverfahren festgesetzten Parteientschädigung von CHF 62'000.– (für das erst- und das zweitinstanzliche Verfahren), indem sie diese für davon nicht abgedeckte, tatsächlich anfallende Parteikosten "angemessen" auf CHF 100'000.– erhöhte. (...)

2. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung umfasst der nach Art. 273 Abs. 1 Satz 1 SchKG ersatzfähige Schaden – und damit auch der nach Satz 2 dieser Bestimmung kautionsfähige Schaden – u.a. die Kosten und Aufwendungen, die der Arrestschuldnerin im Arresteinsprache- bzw. im Arrestprosequierungsverfahren entstehen, nicht dagegen die Kosten des Arrests selbst sowie die Betreuungskosten (BGE 93 I 278, E. 5b; 112 III 112, E. 2a; 113 III 94, E. 10; 126 III 95, E. 5c; BGer, 5A_165/2010 vom 10. Mai 2010, E. 2.3.3 und E. 2.4; vgl. auch BSK SchKG II-STOFFEL, Art. 273 N 22). Bei genauer Betrachtung kann damit freilich nicht gemeint sein, dass der materielle Schadenersatz- bzw. Kautionsanspruch nach Art. 273 Abs. 1 SchKG auch Anwalts- oder andere Rechtsverfolgungskosten umfasst, die unmittelbar im Zusammenhang mit dem Arresteinsprache- bzw. dem Arrestprosequierungsverfahren stehen, und die damit von den diese Verfahren betreffenden Parteientschädigungen erfasst werden (vgl. hierzu BGer, 5A_83/2012 vom 5. Dezember 2012, E. 4.3.1, wonach zum ersatzfähigen Schaden Verteidigungskosten gehören, "soweit diese nicht durch die verfahrensrechtlichen Entschädigungen bereits gedeckt" sind, bzw. soweit diese "ausserhalb des Einspracheverfahrens" anfallen [vgl. aber E. 4.3.2]; vgl. zudem BGE 113 III 94, E. 10; KREN KOSTKIEWICZ, a.a.O., Art. 273 N 2).

3. Dies ergibt sich bereits aus dem Grundsatz des allgemeinen Schadenersatzrechts, wonach Anwalts- und andere Rechtsverfolgungskosten nur dann Bestandteil eines Schadens bilden und nur dann mittels zivilrechtlicher Ansprüche (separat) eingeklagt werden können, wenn diese (i) der Durchsetzung von Rechten des Geschädigten dienen, (ii) gerechtfertigt, notwendig und angemessen waren und (iii) nicht von einer verfahrensrechtlichen

Parteientschädigung erfasst werden (BGE 139 III 190, E. 4; 133 II 361, E. 4.1; 117 II 101, E. 6b; BGer, 5A_442/2016 und 5A_443/2016 vom 7. Februar 2017, E. 7.2; 4A_692/2015 vom 1. März 2017, E. 6.1.2; 5D_23/2017 vom 8. Mai 2017, E. 4.3.3; 4A_264/2015 vom 10. August 2015, E. 3; 4A_127/2011, E. 12.2; 4C.55/2006 vom 12. Mai 2006, E. 4; 4C.11/2003 vom 19. Mai 2003, E. 5). Im Anwendungsbereich der schweizerischen Zivilprozessordnung ist ein separater materiell-zivilrechtlicher Schadenersatzanspruch damit für alle Parteikosten ausgeschlossen, die von der Parteientschädigung nach Art. 95 Abs. 3 ZPO erfasst werden, und zwar selbst dann, wenn eine solche gestützt auf Art. 113 Abs. 1 ZPO oder das in Art. 116 ZPO vorbehaltene kantonale Recht nicht erhältlich ist. Mit der Festlegung der Parteientschädigung oder dem Entscheid, dass eine solche nicht zuzusprechen ist, entscheidet das Gericht abschliessend darüber, welche Entschädigung als Ersatz für die Kosten der Prozessführung der obsiegenden Partei geschuldet ist. Dieser prozessuale Anspruch verdrängt einen allfälligen materiellen-rechtlichen Anspruch, und zwar auch dann, wenn dieser höher ausfiele als jener (BGE 139 III 190, E. 4; BGer, 5A_442/2016 und 5A_443/2016 vom 7. Februar 2017, E. 7.2; BGer 5D_23/2017 vom 8. Mai 2017, E. 4.3.3; 4A_148/2016 vom 30. August 2016, E. 2.4).

4. Diese Grundsätze müssen auch im Rahmen des Schadenersatz- sowie des Kautionsanspruchs nach Art. 273 Abs. 1 SchKG gelten, da es sich hierbei um materiell-rechtliche Ansprüche handelt, welchen der allgemein-zivilrechtliche Schadensbegriff zugrunde liegt. Im Rahmen des Arresteinspracheverfahrens richtet sich eine allfällig geschuldete Parteientschädigung nach den allgemeinen Bestimmungen der ZPO (vgl. Art. 62 GebV SchKG e contrario). Art. 95 Abs. 3 ZPO sieht eine – nach kantonalem Tarif zu bemessende (Art. 96 ZPO) – Parteientschädigung für den Ersatz notwendiger Auslagen (lit. a), für die Kosten einer berufsmässigen Vertretung (lit. b) und, in begründeten Fällen, für Umtriebe einer nicht berufsmässig vertretenen Partei vor (lit. c). Damit werden sämtliche Anwalts- und andere Rechtsverfolgungskosten abgegolten, die aufgrund oder doch in engem Zusammenhang mit dem Prozess entstehen und ihre Ursache unmittelbar in der gerichtlichen Rechtsdurchsetzung haben, sei es, dass sie zeitlich vor Einleitung des Prozesses (*vorprozessuale Kosten*) oder danach

entstehen (*prozessuale Kosten*). Dazu gehören auch vorprozessuale Anwaltskosten, die – im Zeitpunkt des Endentscheids retrospektiv betrachtet – für die Vorbereitung des Prozesses oder dessen mögliche Verhinderung notwendig oder nützlich waren, wie etwa vorprozessuale Vergleichsgespräche, der Aufwand für die Instruktion sowie das Studium der Akten oder von Rechtsfragen. Diese Parteikosten gelten als mit der Parteientschädigung nach kantonalem Tarif abgegolten (HGer ZH, HG140250 vom 31. Januar 2017, E. II.6.9; HG150152 vom 15. März 2017, E. II.1.2.3; HG140233 vom 4. Oktober 2017, E. 12; vgl. auch BGer, 4A_148/2016 vom 30. August 2016, E. 2.4; 4A_692/2015 vom 1. März 2017, E. 6). Andere Parteikosten, die nicht in diesem Sinne unmittelbar mit dem Prozess zusammenhängen, werden demgegenüber von Art. 95 Abs. 3 ZPO nicht erfasst und können grundsätzlich Gegenstand eines zivilrechtlichen Schadenersatzanspruches sein (*ausser- bzw. nicht prozessuale Kosten*; vgl. hierzu BGer, 4A_692/2015 vom 1. März 2017, E. 6; 5D_23/2017 vom 8. Mai 2017, E. 4.3.3).

5. Die von der jeweils anwendbaren Prozessordnung vorgesehene Parteientschädigung entfaltet mit anderen Worten eine gewisse *Sperr- bzw. Ausschlusswirkung* in Bezug auf sämtliche Aufwendungen, die in ihren Anwendungsbereich fallen, und zwar unabhängig davon, ob und in welcher Höhe eine solche tatsächlich zugesprochen wird. Selbst wenn eine Parteientschädigung nach dem hierfür einschlägigen Prozessgesetz überhaupt nicht erhältlich ist (vgl. etwa Art. 113 Abs. 1 ZPO, Art. 27 Abs. 3 SchKG oder Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG) oder wenn nach dem geltenden Tarif (etwa dem nach Art. 96 ZPO anwendbaren kantonalen Recht) nur gewisse Leistungen, allenfalls auch nur in beschränktem Umfang, entschädigt werden, können Anwalts- und andere Rechtsverfolgungskosten, die vom Anwendungsbereich der verfahrensrechtlichen Parteientschädigung erfasst werden, nicht – auch nicht im darüber hinausgehenden Umfang – unter dem Titel eines zivilrechtlichen Schadenersatzanspruches gefordert werden. Daraus folgt, dass Anwalts- und andere Rechtsverfolgungskosten, die im Arresteinsprache-, im Arrestprosequierungs- oder im Arrestschadenersatzverfahren anfallen (bzw. mutmasslich anfallen werden), im Rahmen eines zivilrechtlichen Schadenersatz- bzw. Kautionsanspruches nach Art. 273 Abs. 1 SchKG nur insoweit berücksichtigt werden können, als es sich

dabei nicht um vor- bzw. prozessuale Parteikosten handelt, die von der jeweiligen Prozessentschädigung gemäss Art. 95 Abs.3 ZPO erfasst werden. Dies gilt auch dann, wenn geltend gemacht wird, die gegebenenfalls geschuldete Parteientschädigung würde die tatsächlich entstandenen Anwaltskosten nicht bzw. nicht vollständig abdecken.

6. Eine Kautonierung solcher Prozesskosten über den "Umweg" des materiellrechtlichen Anspruchs nach Art. 273 Abs. 1 SchKG würde im Übrigen auch dem in Art. 99 Abs. 3 lit. c ZPO verankerten Grundsatz zuwiderlaufen, wonach in einem summarischen Verfahren – wie dem hier in Frage stehenden Arresteinspracheverfahren – keine Sicherheit für die Parteientschädigung zu leisten ist. Mit ihrem Kautionsbegehren versucht die Schuldnerin der Sache nach aber gerade (weitgehend), über den Anspruch von Art. 273 Abs. 1 SchKG diesen gesetzlichen Ausschluss einer Prozesskaution zu umgehen. Dies geht nicht an. Art. 99 Abs. 3 lit. c ZPO muss gegenüber Art. 273 Abs. 1 SchKG als *lex specialis* gelten (und nicht umgekehrt).

7. Dass die hier im Streit liegenden Anwaltskosten (teilweise) ausser- bzw. nicht prozessuale Rechtsverfolgungskosten betreffen sollen, wurde nicht geltend gemacht; dies wäre von der Schuldnerin zu behaupten und zu substantiieren gewesen (vgl. etwa BGer, 4A_692/2015 vom 1. März 2017, E. 6.1.2; 4A_264/2015 vom 10. August 2015, E. 4.2.2). Demzufolge hat die Vorinstanz zu Unrecht eine Kauton für (künftige) Schadenspositionen festgesetzt, die von der für das Arresteinspracheverfahren vorgesehenen Parteientschädigung exklusiv abgedeckt werden, und die entsprechend nicht Gegenstand eines materiellen Schadenersatzanspruchs sein können. (...)

Obergericht, II. Zivilkammer
Urteil vom 3. Mai 2019
Geschäfts-Nr.: PS190037 und PS190038