

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS190070-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichterin lic. iur. M. Stamm-
bach sowie Gerichtsschreiber MLaw R. Jenny

Urteil vom 8. Mai 2019

in Sachen

A._____ AG,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Fürsprecher Dr. X1._____ und / oder Rechtsanwalt

Dr. iur. X2._____,

gegen

B._____ AG,

Gesuchs- und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Arrest**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes
Zürich vom 26. März 2019 (EQ190081)

Erwägungen:

1.

1.1. Die A._____ AG (nachfolgend Beschwerdeführerin) schloss mit der B._____ AG (nachfolgend Beschwerdegegnerin) zwischen dem 3. Mai 2018 und dem 2. August 2018 vier Kaufverträge, in denen sich die Beschwerdegegnerin zur Lieferung von insgesamt 15'700 metrische Tonnen Schrott in den russischen Hafen C._____ sowie zur Verschiffung dieses Materials verpflichtete (vgl. act. 3/7-10). Mit Schreiben vom 22. Januar 2019 erklärte die Beschwerdeführerin wegen nicht eingehaltener Liefertermine die Aufhebung sämtlicher Kaufverträge für die Zukunft und verlangte die Rückerstattung des im voraus gezahlten, aus ihrer Sicht zu viel geleisteten Kaufpreisanteils in Höhe von USD 1'963'035.56 (vgl. act. 3/23). Eine Zahlung seitens der Beschwerdegegnerin erfolgte nicht.

1.2. Mit Gesuch vom 21. März 2019 (act. 1) beantragte die Beschwerdeführerin beim Bezirksgericht Zürich (nachfolgend Vorinstanz) die Verarrestierung sämtlicher Guthaben und Forderungen der Beschwerdegegnerin gegenüber der D._____ (Schweiz) AG bis zur Deckung der Arrestforderung von Fr. 1'982'665.95 (entsprechend USD 1'963'035.56), nebst Zins in Höhe von 8.58 % pro Jahr seit 1. Februar 2019, sowie Fr. 46'598.70 (entsprechend USD 46'137.29 = Verzugszins bis zum Datum der Aufhebungserklärung, vgl. act. 1 N 74). Mit Urteil vom 26. März 2019 wies die Vorinstanz das Gesuch mit der Begründung ab, es sei nicht glaubhaft, dass die Beschwerdeführerin gegenüber der Beschwerdegegnerin über die behauptete Arrestforderung verfüge (vgl. act. 7 E. 3.6).

1.3. Dagegen erhob die Beschwerdeführerin am 8. April 2019 rechtzeitig die Beschwerde (act. 8; zur Rechtzeitigkeit vgl. act. 5). Den Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– für das Beschwerdeverfahren leistete sie auf erste Aufforderung hin (act. 12-14). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 1-5). 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). 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 Beschwerdeführerin führt in ihrer Beschwerde aus, sie habe in ihrem Arrestgesuch darauf hingewiesen, dass die Beschwerdegegnerin in der anwaltlichen Vorkorrespondenz die Arrestforderung weder dem Grunde noch der Höhe nach bestritten und dementsprechend gegen den Zahlungsbefehl vom 27. Februar 2019 auch keinen Rechtsvorschlag erhoben habe. Dennoch erwähne das angefochtene Urteil das Argument, die Arrestforderung sei unstreitig, ebenso

wenig wie die dazu eingereichten Unterlagen. Darüber hinaus habe die Vorinstanz den bezeichnenden Umstand, dass die Verwaltungsräte der Beschwerdegegnerin nicht nur keinen Rechtsvorschlag gegen den Zahlungsbefehl erhoben, sondern im Anschluss ihre Verwaltungsratsmandate niedergelegt und der Beschwerdegegnerin das Domizil gekündigt hätten, bei der Prüfung, ob das Bestehen der Arrestforderung glaubhaft sei, ebenfalls unberücksichtigt gelassen. Die Vorinstanz habe daher den relevanten Sachverhalt offensichtlich unrichtig festgestellt (vgl. act. 8 N 32, 34, 36 und 38).

3.3. Im Schreiben vom 31. Januar 2019 schrieb die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin, nach Abstimmung des Betrages könne man, um dem Wunsch der Beschwerdeführerin entgegenzukommen, prinzipiell eine Rückzahlung der Anzahlungen ins Auge fassen (act. 3/24). Ein Anspruch der Beschwerdeführerin auf Rückzahlung der Anzahlungen wird somit prinzipiell nicht in Abrede gestellt. Die Abstimmung des Betrages wird jedoch vorbehalten. Im Schreiben vom 11. Februar 2019 bestätigte die Beschwerdegegnerin den Anspruch der Beschwerdeführerin auf Rückzahlung der angezahlten Gelder. Zur Höhe des Anspruchs äusserte sie sich nicht (vgl. act. 3/26). Aus diesen beiden Schreiben ergibt sich somit, dass die Beschwerdegegnerin zwar eine Rückzahlungspflicht im Grundsatz anerkennt, nicht aber die konkrete Höhe der Arrestforderung. Gegen den Zahlungsbefehl vom 27. Februar 2019 hinsichtlich der Forderung von Fr. 1'982'665.95 zuzüglich 8.58 % Zins seit 1. Februar 2019 sowie Fr. 46'598.70 erhob die Beschwerdegegnerin keinen Rechtsvorschlag (vgl. act. 3/28). Das Fehlen eines Rechtsvorschlages hat jedoch keine Wirkung auf das materielle rechtliche Verhältnis; es bedeutet insbesondere keine Anerkennung der Schuld (BGer 5A_812/2010 vom 24. November 2011 E. 3.2.4 = Pra 101 [2012] Nr. 78). Am 18. März 2019 legten die beiden ehemaligen Verwaltungsräte der Beschwerdegegnerin ihre Mandate nieder und kündigten das Domizil der Beschwerdegegnerin (vgl. act. 3/4). Auch damit hat die Beschwerdegegnerin jedoch die Höhe der Arrestforderung nicht anerkannt.

Die Beschwerdeführerin hätte folglich in ihrem Arrestgesuch die Höhe der Arrestforderung glaubhaft machen müssen (vgl. OGer ZH PS110169 vom 8. November

2011 E. III.9, sowie Daniel Peyer, Substanziierung und Beweis im Arrestrecht, ZZZ 41/2017, S. 61). Sie unterliess es jedoch, hierzu genügend substantiierte, mit geeigneten Urkunden belegte Behauptungen aufzustellen. Es kann diesbezüglich auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (vgl. act. 7 E. 3.5). Die Ausführungen in der Beschwerde zum ICC–Incoterm "CFR" bzw. zum Gefahrenübergang (vgl. act. 8 N 39-47) ändern nichts daran, dass die Beschwerdeführerin die Höhe der Forderung nicht glaubhaft gemacht hat. Die Vorinstanz hat das Arrestgesuch zu Recht abgewiesen.

3.4. Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass der Entscheid des Arrestgerichts nicht in materielle Rechtskraft erwächst, weshalb ein abgewiesenes Arrestbegehren mit ergänzter Begründung jederzeit erneut eingereicht werden kann (vgl. BGE 138 III 382 E. 3.2.2).

4.

4.1. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind ausgangsgemäss der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtskosten berechnen sich in betriebsrechtlichen Summarsachen nach den Bestimmungen der GebV SchKG (vgl. BGE 139 III 195 E. 4.2.2), welche streitwertabhängige Gebühren vorsieht.

4.2. Die Beschwerdeführerin beantragt die Verarrestierung für Forderungen von Fr. 2'029'264.65 (vgl. act. 1). Ausgehend von einem Streitwert in dieser Höhe beträgt die Gebühr Fr. 120.– bis Fr. 2'000.– (vgl. Art. 48 GebV SchKG). Das obere Gericht, an das eine betriebsrechtliche Summarsache weitergezogen wird, kann für seinen Entscheid eine Gebühr erheben, die höchstens das Anderthalbfache der für die Vorinstanz zulässigen Gebühr beträgt (Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG). In Anwendung dieser Bestimmungen ist die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren auf Fr. 2'400.– festzusetzen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'400.– festgesetzt.
3. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet. Der Überschuss wird der Beschwerdeführerin zurück erstattet, unter Vorbehalt eines allfälligen Verrechnungsanspruches.
4. Schriftliche Mitteilung an die Beschwerdeführerin sowie an die Vorinstanz und an die Obergerichtskasse, 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. 2'029'264.65.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw R. Jenny

versandt am:
9. Mai 2019