

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS210027-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher

Urteil vom 25. Februar 2021

in Sachen

A. _____,

Einsprachegegner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Einsprecherin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1. _____ und / oder Rechtsanwalt lic. iur.

Y2. _____ und / oder Rechtsanwältin MLaw Y3. _____,

betreffend

Einsprache gegen Arrestbefehl

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen vom 29. Januar 2021 (EQ200009)

Erwägungen:

I.

Prozessgeschichte

1. A._____ (Arrestgläubiger, Einsprachegegner und Beschwerdeführer, nachfolgend Gläubiger) gelangte am 16. September 2020 an das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Meilen und beantragte, es seien diverse Forderungen, Kontoguthaben und eine Liegenschaft von B._____ (Arrestschuldnerin, Einsprecherin und Beschwerdegegnerin, nachfolgend Schuldnerin) bis zur Höhe der Arrestforderung von Fr. 2'064'934.10 nebst Zins und Kosten zu verarrestieren (act. 5/1). Mit Urteil vom 18. September 2020 wies das Einzelgericht dieses Arrestbegehren ab (act. 5/5). Dieses Urteil wurde von der II. Zivilkammer auf Beschwerde des Gläubigers hin mit Urteil vom 21. Oktober 2020 aufgehoben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen (act. 5/2). Am 26. Oktober 2020 bewilligte die Vorinstanz daraufhin den Arrest für eine Arrestforderung von Fr. 2'064'934.10 nebst Zins zu 10 % auf Fr. 1'424'093.50 seit 1. Juli 2019 und verarrestierte diverse Forderungen, Konten und Depots sowie eine Liegenschaft der Schuldnerin (act. 5/4-5).

2. Am 9. November 2020 erhob die Schuldnerin bei der Vorinstanz Arresteinsprache und beantragte die Aufhebung des Arrestbefehls vom 26. Oktober 2020 (act. 1). Mit Verfügung vom 12. November 2020 wurde von der Schuldnerin ein Kostenvorschuss vom Fr. 27'600.– verlangt und ihr – unter Zustellung des Arrestbegehrens des Gläubigers – Frist zur schriftlichen Begründung der Arresteinsprache angesetzt (act. 6). Am 1. Dezember 2020 verlangte der Gläubiger mit unaufgeforderter Eingabe, dass der Schuldnerin Frist anzusetzen sei, um die mutmasslichen Parteikosten von einstweilen Fr. 30'000.– bei der Bezirksgerichtskasse sicherzustellen (act. 10). Am 2. Dezember 2020 stellte die Schuldnerin ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung (act. 13). Dieses wies die Vorinstanz mit Verfügung vom 11. Dezember 2020 ab und setzte der Schuldnerin erneut Frist zur Leistung des Kostenvorschusses sowie zur Begründung ihrer Arresteinsprache an (act. 17). In der Folge ging am 21. Dezember 2020 der Vor-

schuss (act. 29) und am 11. Januar 2021 die begründete Arresteinsprache (act. 31) bei der Vorinstanz ein. Die Arresteinsprache wurde mit Kurzbrief vom 15. Januar 2021 dem Gläubiger zugestellt, welcher die Sendung am 18. Januar 2021 entgegennahm (act. 35). Am 29. Januar 2021 hiess die Vorinstanz die Arresteinsprache gut und hob den Arrestbefehl vom 26. Oktober 2020 auf (act. 41 [= act. 36 = act. 43]).

3.1 Dagegen erhob der Gläubiger mit Eingabe vom 8. Februar 2021 rechtzeitig (vgl. act. 37/1) Beschwerde und stellte das folgende Rechtsbegehren (act. 42 S. 2):

- " 1. Der angefochtene Entscheid sei aufzuheben.
2. Die Sache sei an die Vorinstanz zurückzuweisen zum Entscheid über die Voraussetzungen des Arrestes.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen inkl. MwSt. zulasten der Beschwerdegegnerin.
4. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen."

3.2 Mit Verfügung vom 11. Februar 2021 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung gewährt und der Schuldnerin Frist angesetzt, um zur aufschiebenden Wirkung Stellung zu nehmen (act. 45). Innert Frist reichte sie keine entsprechende Stellungnahme ein, wobei die Frage der aufschiebenden Wirkung mit dem vorliegenden Entscheid ohnehin obsolet wird.

3.3 Mit Eingabe vom 12. Februar 2021 beantragte die Schuldnerin indes, es sei die Gerichtskasse durch die Kammer anzuweisen, den von ihr bei der Vorinstanz geleisteten Kostenvorschuss, soweit er durch das vorinstanzliche Urteil nicht in Anspruch genommen worden sei (Fr. 27'600.– abzüglich Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens von Fr. 2'000.–), an sie zurückzuzahlen, weil sie auf dieses Geld dringend angewiesen sei und es sich nicht leisten könne, einen solchen Betrag zu entbehren (act. 47). Praxisgemäss werden die Kosten eines Verfahrens jedoch erst nach Rechtskraft des entsprechenden Verfahrens liquidiert, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass ein Rechtsmittelentscheid oder eine mit einem solchen verbundene Rückweisung des Verfahrens an eine tiefere Instanz auch eine Änderung der Kosten- oder Entschädigungsfolgen nach sich zieht.

Dass die vorschusspflichtige Partei den von ihr verlangten Betrag bis zur rechtskräftigen Erledigung des Verfahrens entbehren muss, ist der Vorschusspflicht gemäss Art. 98 ZPO inhärent. Soweit die Schuldnerin sodann geltend macht, der von der Vorinstanz verlangte Vorschuss sei von vornherein zu hoch gewesen, anerkennt sie selbst, dass dies mit Beschwerde gegen den Kostenvorschussentscheid geltend zu machen gewesen wäre (act. 47 S. 1 Ziff. 2). Der Antrag der Schuldnerin ist deshalb anzuweisen.

3.4 Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 1-39). Da sich die Beschwerde des Gläubigers – wie nachfolgend noch zu zeigen sein wird – sofort als unbegründet erweist, kann gestützt auf Art. 322 Abs. 1 ZPO auf die Einholung einer Beschwerdeantwort verzichtet werden. Der Schuldnerin ist mit dem vorliegenden Entscheid lediglich noch das Doppel der Beschwerde zur Kenntnisnahme zuzustellen. Das Verfahren ist spruchreif.

II.

Zur Beschwerde

1. Der Gläubiger kann, wenn einer der im SchKG vorgesehenen Arrestgründe gegeben ist, für eine fällige – je nach Arrestgrund auch für eine nicht 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). Das Arrestbewilligungsverfahren wird einseitig ohne Anhörung des Schuldners durchgeführt.

Wird der Arrest bewilligt, kann namentlich der Schuldner beim Arrestgericht Einsprache erheben (Art. 278 SchKG); dadurch erhält er Gelegenheit, sich nachträglich zur erteilten Arrestbewilligung zu äussern und das Gericht zu veranlassen, seinen Entscheid in Kenntnis und im Lichte der vorgetragenen Einsprachegründe zu überprüfen. Über die Arrestbewilligung und -einsprache wird im summarischen Verfahren entschieden (Art. 251 lit. a ZPO).

2. Der erstinstanzliche Einspracheentscheid kann innert einer zehntägigen Frist (Art. 321 Abs. 2 i.V.m. Art. 251 lit. a ZPO) mit Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO angefochten werden (Art. 278 Abs. 3 SchKG; Art. 319 lit. a i.V.m. Art. 309 lit. b Ziff. 6 ZPO). Mit der Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Als unrichtige Rechtsanwendung gerügt werden kann dabei insbesondere auch die fehlerhafte Anwendung der Regeln des Zivilprozesses, zu welchen auch der Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 53 ZPO gehört.

2.1 Der Gläubiger rügt im Wesentlichen eine Verletzung seines rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz, weil diese ihm keine Frist zur Replik angesetzt habe. Im Einzelnen führt er zunächst aus, ihm sei durch die Vorinstanz nicht die Arresteinsprache vom 9. November 2020, sondern erst die Einsprachebegründung vom 11. Januar 2021 mitgeteilt worden. Die Vorinstanz habe ihren Entscheid auf das Argument gestützt, es sei mit der Begründung der Arresteinsprache "Aktenschluss ... eingetreten", weil im summarischen Verfahren kein zwingender Anspruch auf Replik bestehe (act. 42 S. 3, Rz. 3). Weiter stellt er sich auf den Standpunkt, die Vorinstanz habe den von ihr zitierten BGE 146 III 237, in welchem das Bundesgericht auch zustimmend auf eine Lehrmeinung verweise, wonach im Summarverfahren die gesuchstellende Person darauf angewiesen sei, sich mit Noven gegen überraschende Einwände in der Antwort zu wehren, missverstanden, wenn sie daraus schliesse, es sei mit dem Eingang der Einsprachebegründung der Aktenschluss eingetreten. Sie habe auch übersehen, dass nach Art. 136 lit. c ZPO jeder bei einem Gericht eingehende Schriftsatz den Betroffenen zugestellt werden müsse. Sinn dieser Norm sei es, ihnen die Möglichkeit zur Replik zu geben, wobei der Gläubiger anerkennt, dass diese Gelegenheit zwar nicht formell gegeben werden müsse, aber ausreichend. Wieviel Zeit genüge, hänge vom Umfang und von der Komplexität der Eingabe ab, auf die zu replizieren ein Anspruch bestehe. In casu habe die Schuldnerin auf 26 Seiten zum Arrestgrund ausgeführt und habe rund 25 Dokumente ins Recht gereicht. Die Vorinstanz habe für einen unverzüglichen Entscheid (Art. 278 Abs. 2 SchKG) über zwei Wochen benötigt – die inhaltlichen Ausführungen würden sich auf rund einer Seite erschöpfen. Die Vorinstanz habe nicht annehmen können, dass er es in weniger Zeit als sie schaf-

fe, auf die Einsprachebegründung einzugehen, die erforderlichen Unterlagen zu beschaffen, dazu in einer Replik vorzutragen und allenfalls einen neuen Arrestgrund auszuführen (act. 42 S. 3 f., Rz. 4). Da der Anspruch auf rechtliches Gehör, zu welchem das Replikrecht gehöre, formeller Natur sei, sei der betreffende Entscheid ohne Rücksicht auf die materiellen Erfolgsaussichten der betroffenen Person aufzuheben. Damit die für die Arrestbewilligung relevanten Fragen, wie sie in der Einsprachebegründung aufgeworfen worden seien, vollständig beantwortet werden könnten, sei die Sache gemäss Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO an die Vorinstanz zurückzuweisen.

2.2 Dem Gläubiger ist insoweit zuzustimmen, als er vorbringt, aus dem verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) folge das Recht einer Partei, sich im Rahmen eines Gerichtsverfahrens zu den Eingaben der anderen Partei zu äussern (BGE 133 I 98), wobei es zur Wahrnehmung dieses Rechts notwendig sei, dass die fragliche Eingabe der Partei vor Erlass eines Entscheids zugestellt werde, damit sie sich darüber schlüssig werden könne, ob sie sich dazu äussern wolle (BGE 137 I 195 E. 2.3.1 S. 197 m.w.H.). Entgegen dem Gläubiger bedeutet dies allerdings weder, dass im summarischen Verfahren Anspruch auf einen zweiten Schriftenwechsel besteht (dazu sogleich Ziff. II.2.2.1), noch, dass einer Partei zur Gewährung des rechtlichen Gehörs ausserhalb des offiziellen Schriftenwechsels formell Frist anzusetzen ist (dazu nachfolgend Ziff. II.2.2.2).

2.2.1 Vorab festzuhalten ist, dass der Gläubiger die Vorinstanz falsch zitiert, wenn er ausführt, diese habe ihren Entscheid auf das Argument gestützt, es sei mit der Begründung der Arresteinsprache "Aktenschluss ... eingetreten", weil im summarischen Verfahren kein zwingender Anspruch *auf Replik* bestehe (vgl. act. 42 S. 3, Rz. 3). Vielmehr hatte die Vorinstanz ausgeführt, dass im summarischen Verfahren kein zwingender Anspruch auf Einreichung *einer* Replik bestehe, was entgegen den Ausführungen des Gläubigers richtig ist. So findet im summarischen Verfahren grundsätzlich nur ein Schriftenwechsel statt, weshalb der Aktenschluss grundsätzlich nach einmaliger Äusserung eintritt (BGE 146 III 237 E. 3.1; BGE 144 III 117 E. 2.1). Zwar kann das Gericht im summarischen Verfahren mit der

gebotenen Zurückhaltung einen zweiten Schriftenwechsel anordnen, wenn er sich nach den Umständen als erforderlich erweist (BGE 144 III 117 E. 2.1; BGE 138 III 252 E. 2.1) und diesfalls könnten im zweiten Schriftenwechsel auch Noven vorgebracht werden (BGE 146 III 237 E. 3.1). Im summarischen Verfahren darf sich jedoch keine der Parteien auf die Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels verlassen (BGE 144 III 117 E. 2.1); es besteht insofern kein Anspruch der Parteien darauf, sich zweimal zur Sache zu äussern (BGE 146 III 237 E. 3.1). Ein solcher Anspruch ergibt sich sodann entgegen den Vorbringen des Gläubigers auch nicht aus Art. 278 Abs. 2 SchKG, hat nach dieser Bestimmung doch das Gericht den Beteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben und danach ohne Verzug zu entscheiden (Art. 278 Abs. 2 SchKG), wobei Gelegenheit zur Stellungnahme auch ausserhalb eines zweiten Schriftenwechsels gegeben werden kann (dazu nachfolgend Ziff. II.2.2.2). Will der Arrestgläubiger deshalb sicher gehen, dass alle die von ihm geltend gemachten Arrestgründe geprüft werden, hat er diese allesamt im Arrestgesuch vorzutragen und darf sich nicht darauf verlassen, dass das Gericht – nachdem ein erster Arrestgrund mit der Arresteinsprache widerlegt wurde – einen zweiten Schriftenwechsel anordnet. Es verhält sich gleich wie allgemein im Verfahren der vorsorglichen Massnahmen vorerst ohne Anhörung des Belasteten: nach Art. 265 Abs. 2 ZPO entscheidet das Gericht nach der Anhörung des Massnahmegegners "unverzüglich über das Gesuch", und Art. 445 ZGB bestimmt, dass die Behörde nach Anhörung des Gegners "neu entscheidet". Anzuführen ist der Vollständigkeit halber, dass es sich bei der Frage, ob ein zweiter Schriftenwechsel anzuordnen ist, um einen Ermessensentscheid der Vorinstanz handelt, welche von der Rechtsmittelinstanz nur mit einer gewissen Zurückhaltung überprüft wird, stellt diese doch nicht ihr eigenes Ermessen anstelle desjenigen der Vorinstanz (vgl. etwa BGE 138 III 252 E. 2.1). Vorliegend legt der Gläubiger jedoch von vornherein nicht dar, welche überraschenden Einwände der Gegenseite seinerseits das Vorbringen von Noven und damit die Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels hätten angezeigt erscheinen lassen, weshalb sich Weiterungen dazu bereits deshalb erübrigen.

2.2.2 Sodann ist es zur Wahrung des rechtlichen Gehörs einer Partei nicht zwingend notwendig, dieser ausserhalb der resp. des Schriftenwechsel(s) formell Frist

zur Einreichung einer freigestellten Stellungnahme anzusetzen. Dies anerkennt der Gläubiger implizit selbst, indem er anführt, die Gelegenheit zur Stellungnahme müsste nicht formell gegeben werden, sondern nur ausreichen (vgl. vorstehend). Festzuhalten ist hier, dass es entgegen dem Gläubiger zunächst nicht zutreffend ist, dass ihm durch die Vorinstanz nicht die Einsprache vom 9. November 2020, sondern erst die Einsprachebegründung vom 11. Januar 2021 mitgeteilt worden sei. Vielmehr wurde ihm mit Verfügung der Vorinstanz vom 12. November 2020 der Eingang der Arresteinsprache mitgeteilt und das Doppel der Eingabe der Schuldnerin zugestellt (act. 6; vgl. Zustellbescheinigung act. 7/2). Der Gläubiger übersieht sodann, dass ihm die Vorinstanz Gelegenheit zur (freigestellten) Replik (im Sinne des bundesgerichtlichen Replikrechts) eingeräumt hat, indem sie ihm die begründete Arresteinsprache vom 11. Januar 2021 am 15. Januar 2021 zur Kenntnisnahme zustellte (act. 34; Zustellbescheinigung vom 18. Januar 2021 vgl. act. 35) und ihm damit Gelegenheit gegeben hat, sich zu dieser zu äussern. Nach der geltenden Rechtsprechung wurde der Gläubiger dadurch hinreichend in die Lage versetzt, die Notwendigkeit einer Stellungnahme von seiner Seite zu prüfen und innert angemessener Frist entweder eine entsprechende Eingabe an die Vorinstanz zu machen oder unverzüglich ein Gesuch um Fristansetzung zur Einreichung einer solchen bei der Vorinstanz zu stellen, ansonsten Verzicht angenommen wird (vgl. dazu etwa BGE 138 I 484; BGE 138 III 252 E. 2.2; BGE 137 I 195 E. 2.3.1; BGE 132 I 42 E. 3.3.3; Urteil des Bundesgerichts vom 30. Oktober 2012, E. 3.2; ZK ZPO-LEUENBERGER, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 225 N 17). Im konkreten Fall hat die Vorinstanz 10 Tage ab Zustellung des Arresteinsprache der Schuldnerin an den Gläubiger abgewartet, bevor sie am 29. Januar 2021 ihren Entscheid fällte, was eine angemessene Frist darstellt. Entgegen dem Gläubiger hat die Vorinstanz damit sein rechtliches Gehör nicht verletzt.

Im Ergebnis ist die Beschwerde des Gläubigers abzuweisen.

III.

Kosten- und Entschädigungsfolgen

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Gläubiger für das Beschwerdeverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). In Anwendung von Art. 48 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG ist die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren auf Fr. 3'000.– festzusetzen und mit dem vom Gläubiger geleisteten Vorschuss zu verrechnen. Der Schuldnerin ist keine Parteientschädigung zuzusprechen, weil ihr im vorliegenden Verfahren keine entschädigungspflichtigen Aufwendungen entstanden sind, hat sie doch lediglich eine Eingabe zum vorinstanzlichen Kostenvorschuss gemacht, wobei der darin von ihr gestellte Antrag abzuweisen war.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde des Beschwerdeführers wird abgewiesen.
2. Der Antrag der Beschwerdegegnerin, wonach die Gerichtskasse anzuweisen sei, vom von ihr bei der Vorinstanz geleisteten Kostenvorschuss Fr. 25'600.– sofort zurückzuerstatten, wird abgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt, dem Beschwerdeführer auferlegt und aus dem von diesem geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
4. Der Beschwerdegegnerin wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage eines Doppels von act. 42, an den Beschwerdeführer unter Beilage einer Kopie von act. 47, sowie an die Vorinstanz und an das Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon, je gegen Empfangsschein.

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. 2'064'934.10
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw N. Seebacher

versandt am:
26. Februar 2021