

ZH_OBERGERICHT PS110212 vom 20. Dezember 2011

ZH Obergericht, 2011-12-20, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PS110212

FR: ZH_OBERGERICHT PS110212 du 20 décembre 2011

IT: ZH_OBERGERICHT PS110212 del 20 dicembre 2011

Erwägungen

E. 1

Sachverhalt und Prozessgeschichte

E. 1.1

Mit Begehren vom 24. Oktober 2011, eingegangen am 25. Oktober 2011 bei der Vorinstanz, ersuchte die Beschwerdeführerin um Arrestierung der Aktien des Beschwerdegegners der C._____ AG (CH-...) – hinterlegt bei der D._____ AG (CH-...) – bis zur Deckung der Arrestforderung gegenüber dem Beschwerdegegner von Fr. 142'000.– nebst Zins zu 5% seit dem 15. November 2010 sowie der Kosten, insbesondere Verfahrenskosten (act. 1). Mit Verfügung vom 26. Oktober 2011 trat die Vorinstanz auf das Arrestbegehren nicht ein (act. 5a = act. 7). Zur Begründung der Abweisung führte die Vorinstanz im Wesentlichen aus, es stehe nicht fest, wo sich die Aktien physisch befänden, und somit stehe auch nicht fest, ob die örtliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts gegeben sei, weshalb es an einer Prozessvoraussetzung fehle (act. 7 S. 3).

E. 1.2

Die Beschwerdeführerin erhob bei der II. Zivilkammer rechtzeitig Beschwerde gegen den vorinstanzlichen Entscheid (vgl. act. 5b und act. 8) und stellte folgende Anträge: "1. Die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich (Einzelgericht Audienz) i.S. B._____ vom 26. Oktober 2011 – Geschäfts-Nr. EQ110205-L/U – sei aufzuheben.

E. 1.3

Der mit Verfügung vom 15. November 2011 verlangte Barvorschuss von Fr. 2'600.– (act. 13) für das Beschwerdeverfahren wurde von der Beschwerdeführerin

rechtzeitig bezahlt (act. 15). Eine Beschwerdeantwort ist im Arrestbewilligungsverfahren nicht einzuholen. Auf eine Stellungnahme der Vorinstanz kann verzichtet werden (vgl. Art. 324 ZPO [Schweizerische Zivilprozessordnung]). Das Verfahren ist somit spruchreif. 2. Neue Anträge im Beschwerdeverfahren Die Beschwerdeführerin änderte bei der Beschwerdeinstanz – in Anbetracht der vorinstanzlichen Erwägungen über die fehlende Zuständigkeit mangels Klarheit über den Lageort des Aktienzertifikats – das Rechtsbegehren und verlangte neu nebst der Arrestierung der Wertpapiere selbst die Arrestierung des Anspruchs auf Herausgabe der Wertpapiere (vgl. Antrag Nr. 2.a: "bzw. der entsprechende Herausgabeanspruch"). Neue Anträge sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Die Beschwerde dient grundsätzlich nur der Rechtskontrolle und hat nicht den Zweck, das erstinstanzliche Verfahren fortzusetzen (vgl. Botschaft zur ZPO vom 28. Juni 2006, BBl 7221 ff., 7379). Auf den Antrag auf Arrestierung des Herausgabeanspruchs ist deshalb nicht einzutreten.

E. 2

a) Die Aktien des Beschwerdegegners/Arrestschuldners der C. _____ AG (CH-...) – hinterlegt bei der D. _____ AG (CH-...) in Zürich – bzw. der entsprechende Herausgabeanspruch seien mit Arrest zu belegen und zwar bis zur Deckung der Arrestforderung von CHF 142'000.00 nebst Zins zu 5% seit dem 15. November 2010 sowie der Kosten (insbesondere Verfahrenskosten). b) Eventualiter zu Ziff. 2a sei die Sache an das Bezirksgericht Zürich (Einzelgericht Audienz) zurückzuweisen mit der Verpflichtung, auf das Arrestbegehren i.S. B. _____ einzutreten.

E. 3

Zuständigkeit der Vorinstanz

E. 3.1

Die Vorinstanz hielt in ihren Erwägungen fest, die zu verarrestierenden Aktien gehörten dem Beschwerdegegner und seien bei einem Dritten hinterlegt. Bei den Aktien (und ebenso beim Aktienzertifikat) handle es sich um Wertpapiere, welche als körperliche Gegenstände gälten und dort belegen seien, wo sie sich physisch befänden. Die Käufer hätten sich gemäss Ziff. 2.3. des Aktienkaufvertrages unter Verweis auf den Hinterlegungsvertrag gemäss Anhang verpflichtet, die Aktien bis zur jeweiligen Zahlung des Kaufpreises bei der Kanzlei D. _____ AG zu hinterlegen, welche sich wiederum verpflichtet habe, die ihr übergebenen Aktien an einem sicheren Ort aufzubewahren, wobei als sicherer Ort insbesondere ein Banktresor gelten solle. Aufgrund der eingereichten Unterlagen stehe somit nicht fest, wo sich die Aktien physisch befänden. Mangels Angaben zum tatsächlichen Belegenheitsort der Aktien stehe nicht fest, ob die örtliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts gegeben sei. Damit fehle es an einer Prozessvoraussetzung, weshalb auf das Begehren nicht einzutreten sei (act. 9 S. 2 f.).

- 4 -

E. 3.2

Beim vorliegenden Arrestgegenstand handelt es sich um ein ausgestelltes Aktienzertifikat (vgl. z.B. Seite 18 des Aktienkaufvertrages [act. 11/6]: "Anhang 4.3 blanko indossierte Aktienzertifikate der C. _____ AG"; Lit. D der Vorbemerkungen des Hinterlegungsvertrages [act. 11/5]: "... Aktienzertifikate ... physisch zu hinterlegen" und Beilage 1 des Hinterlegungsvertrages [act. 11/5]: "Aktienzertifikat Nr. 3 ... lautend auf Herrn B. _____") und somit um ein verbrieftes Wertpapier (vgl. BGer 7B.159/2005 vom 15. November 2005 E. 2 mit Verweis auf BGE 86 II 95 E. 3 S. 98). Bei verbrieften Wertpapieren ist für die Arrestbewilligung der Richter am Belegenheitsort zuständig (vgl. Meier-Dieterle, Arrestpraxis ab 1. Januar 2011, in: AJP 10/2010 S. 1211 ff., S. 1218 Rz. 43 und 47; KUKO SchKG-Meier-Dieterle, Art. 272 N. 2 f.; BSK SchKG II-Stoffel, 2. Aufl. 2010, Art. 272 N. 45 ff.).

E. 3.3

Dass die Vorinstanz ihre Zuständigkeit verneinte mit der Begründung, es stehe nicht fest, wo sich das Aktienzertifikat physisch befinde, weil sich die D. _____ AG als Hinterlegerin dazu verpflichtet habe, die ihr übergebenen Aktien an einem sicheren Ort aufzubewahren, wobei als sicherer Ort insbesondere ein Banktresor gelte, ist nicht einzusehen. Aus allgemeiner Sicht muss davon ausgegangen werden, dass sich hinterlegte Sachen beim Hinterleger selbst befinden. Es ist zwar aufgrund der soeben genannten Klausel im Hinterlegungsvertrag (vgl. Ziff. 3.1. des Hinterlegungsvertrages, act. 11/5 S. 2) möglich,

dass die D._____ AG das fragliche Aktienzertifikat bei einer Bank in einem Tresor aufbewahren lässt. Die Klausel schliesst aber nicht aus, dass sich die Aktien bei der D._____ AG selbst befinden. Es ist sehr gut denkbar, dass die D._____ AG an ihrem Sitz über einen eigenen sicheren Aufbewahrungsort verfügt. Und auch wenn ein externer Aufbewahrungsort gewählt worden sein sollte, spricht die überwiegende Wahrscheinlichkeit für ein Tresorfach bei einer Bank am Ort des Firmensitzes der Aufbewahrerin, was ebenfalls zur Zuständigkeit der Vorinstanz führt. Würde sich bei der Arrestlegung herausstellen, dass sich das Aktienzertifikat nicht bei der D._____ AG befände, wäre sie zumindest verpflichtet, über den tatsächlichen Aufbewahrungsort Auskunft zu geben (vgl. BGE 116 III 107 E. 6.b mit Hinweis auf BGE 111 III 52 ff. und BGE 100 III 28 ff. E. 2).

- 5 -

E. 4

Arrestvoraussetzungen

E. 4.1

Für die Arrestlegung muss der Gläubiger im Arrestbegehren vor dem Arrestrichter glaubhaft machen, dass seine Forderung besteht, ein Arrestgrund vorliegt und Vermögensgegenstände vorhanden sind, die dem Schuldner gehören (Art. 272 Abs. 1 SchKG). Die Beschwerdeführerin hat als Arrestgrund den Ausländerarrest gemäss Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG geltend gemacht.

E. 4.2

Die Vorinstanz ging pauschal und ohne Begründung davon aus, dass die Arrestvoraussetzungen erfüllt seien (act. 7 S. 2). Es drängt sich daher eine erneute Prüfung der Arrestvoraussetzungen auf.

E. 4.2.1

Der Arrest setzt das Vorliegen einer fälligen Forderung voraus, welche nicht durch Pfand gedeckt ist (Art. 271 Abs. 1 SchKG). Mit Aktienkaufvertrag vom 10. Oktober 2009 verkaufte die Beschwerdeführerin vier Käufern (unter anderem dem Beschwerdegegner) die Gesamtheit der Aktien der C._____ AG, mit Sitz in Y._____ (vgl. act. 11/6 und die Eingabe an die Vorinstanz, act. 1 = act. 11/24). Die C._____ AG betreibt in Z._____ das Hotel E._____ (Vorbemerkungen A. des Aktienkaufvertrages, act. 11/6 S. 2). Gemäss Ziff. 2.2. lit. d des Aktienkaufvertrages war am 31. März 2010 eine Teilzahlung des Aktienkaufpreises fällig. Demnach hatten die Käufer (mitunter der Beschwerdegegner) der Beschwerdeführerin Fr. 500'000.-, Valuta 31. März 2010, zu bezahlen. Jeder Käufer haftete gemäss einer Klausel in Ziff. 2.2. des Vertrages für die Bezahlung des Kaufpreises entsprechend dem jeweilig erworbenen Aktienanteil (act. 11/6 S. 4). Der Beschwerdegegner hielt gemäss Ziff. 1 des Aktienkaufvertrages 28.4% des Aktienkapitals (act. 11/6 S. 2).

E. 4.2.2

Am 7. April 2010 schlossen die Parteien eine zusätzliche Vereinbarung, da die Käufer im Rahmen des Vollzugs des Aktienkaufvertrags gewisse Mängel am Hotel E._____ festgestellt hatten (vgl. Vorbemerkungen A. der Vereinbarung, act. 11/7). Es wurde vereinbart, dass zur Sicherung der Ansprüche der Käufer aus Gewährleistung die 3.

Kaufpreisrate in der Höhe von Fr. 500'000.– auf den 30. Juni 2010 verschoben werde, es sei denn, alle in der Vereinbarung genannten Mängel würden behoben und im Zeitpunkt der vollständigen Mängelbehebung

- 6 - tauchten keine neuen Mängel auf, deren Beseitigungskosten Fr. 5'000.– überstiegen (vgl. Ziff. 4 der Vereinbarung, act. 11/7 S. 5). Mit Fax-Schreiben vom 24. Juni 2010 zeigten die Käufer einen weiteren Gewährleistungsfall an und teilten mit, vorläufig keine weiteren Kaufpreiszahlungen mehr zu leisten: Die Beschwerdeführerin habe die Käufer – entgegen der vertraglichen Verpflichtung in Ziff. 7.11 des Aktienkaufvertrages – nicht über die Existenz und den Inhalt des Anlagebau- und Energielieferungsvertrages mit den Elektrizitätswerken des Kantons ... (...) vom 18. Juni 2008 unterrichtet (act. 11/8). Gemäss Ziff. 7.11 des Aktienkaufvertrages war die Beschwerdeführerin verpflichtet, den Käufern von allen wesentlichen Verträgen, welche über den Zeitpunkt des Vollzugs des Aktienkaufvertrages hinaus wirksam waren, und von den damit verbundenen wesentlichen Rechten und Pflichten der Gesellschaft Kenntnis zu geben (act. 11/6 S. 11).

E. 4.2.3

Es folgte ein Schriftenwechsel zwischen den Anwälten der Parteien (act. 11/9 bis act. 11/12). Mit Schreiben vom 27. Oktober 2010 wandte sich die Beschwerdeführerin an den Anwalt der Käufer und bat diesen darum, seine Klientschaft anzuweisen, die 3. Kaufpreisrate unmittelbar nach Einbau der Abwasserpumpe zu überweisen, weil dann definitiv alle in der Vereinbarung vom 7. April 2010 festgehaltenen Mängel behoben sein würden (act. 11/13). Mit Fax vom 23. November 2010 antwortete der Anwalt der Käufer, es seien weitere Mängel festgestellt worden (Bodenbelag in Küche, Fliesen in Hallenbad und Wellnessbereich (act. 11/14). Die Beschwerdeführerin gab in ihrem Schreiben vom 26. November 2010 zur Antwort, es sei vereinbart worden, dass die in Punkt 4 der Vereinbarung vom 7. April 2010 erwähnten Mängel noch zu beheben seien, sowie die im Zeitpunkt der vollständigen Mängelbehebung neu aufgetauchten Mängel, deren Behebungskosten Fr. 5'000.– überstiegen. Die vollständige Mängelbehebung habe am 15. November 2010 stattgefunden. Anlässlich der Mängelbehebung am 15. November 2010, an welcher Herr F._____ vor Ort gewesen sei, sei von den neuen, mit Schreiben vom 23. November 2010 geltend gemachten, Mängeln keine Rede gewesen. Die genannten Mängel seien weder von Herrn F._____ noch von Herrn G._____ am 15. November 2010 gerügt worden (act. 11/15).

- 7 -

E. 4.2.4

Aufgrund der eingereichten Unterlagen besteht kein Anlass daran zu zweifeln, dass am 15. November 2010 eine Behebung der bis dahin geltend gemachten Mängel stattgefunden hat. Die Beschwerdeführerin wies in ihrem Schreiben vom 27. Oktober 2010 (an den Vertreter der Käufer) darauf hin, dass als letzter Punkt der Mängelbehebung noch die 2. Pumpe für das gechlorte Abwasser des Schwimmbades eingebaut werden müsse und dass nach dem Einbau der Abwasserpumpe die Kaufpreisrate zu überweisen sei (act. 11/13). Im Schreiben vom 23. November 2010, mit welchem der Anwalt der Käufer auf das Schreiben der Beschwerdeführerin vom 27. Oktober 2010 reagierte, ging er auf den Einbau der Abwasserpumpe nicht ein (act. 11/4). Dies wäre jedoch naheliegend gewesen, wenn der Einbau zu diesem Zeitpunkt noch nicht stattgefunden hätte; schliesslich hatte sich die Beschwerdeführerin auf den Einbau als letzten Punkt der Mängelbehebung berufen und

aus diesem Grund die 3. Kaufpreisrate erneut eingefordert. Der Anwalt der Käufer erwähnte ausserdem weder früher geltend gemachte Baumängel noch den Mangel hinsichtlich der versäumten Mitteilungspflicht über den Vertrag mit den Stattdessen wurden neue Mängel aufgelistet, welche in der "vergangenen" Woche festgestellt worden seien (act. 11/14). Bei der "vergangenen" Woche musste es sich um die Woche vom 15. November bis 21. November 2010 gehandelt haben, da das Faxschreiben des Anwalts vom 23. November 2010 datierte (vgl. act. 11/14). Zu Beginn dieser Woche (am 15. November 2010) fand der Einbau der Abwasserpumpe und damit die Mängelbehebung statt. Der Anwalt der Käufer bezog sich jedoch nicht auf den Einbau der Abwasserpumpe bzw. die Abnahme als solche und erwähnte auch nicht, dass anlässlich dieser Abnahme bereits neue Mängel gerügt worden seien. Es ist daher nicht anzunehmen, dass dem so war. Gemäss Ziff. 4 der Vereinbarung vom

E. 4.2.5

Die Beschwerdeführerin konnte glaubhaft dartun, dass eine fällige Arrestforderung besteht. Die Arrestforderung beträgt Fr. 142'000.– (28.4% von Fr. 500'000.–) und ist seit dem 15. November 2010 fällig.

E. 4.3

Als Arrestgrund machte die Beschwerdeführerin einen Ausländerarrest gemäss Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG geltend. Der Beschwerdegegner verfügt über keinen Wohnsitz in der Schweiz (vgl. Personalangaben im Handelsregisterauszug, act. 11/3), was eine Voraussetzung für den Ausländerarrest ist. Ein genügender Bezug zur Schweiz, als zweite Voraussetzung für den Ausländerarrest, ist ebenfalls gegeben, da der Aktienkaufvertrag vom 10. Oktober 2009 dem schweizerischen Recht unterstellt wurde (Ziff. 13.8 des Aktienkaufvertrages, act. 11/6 S. 16). Die Beschwerdeführerin konnte somit einen Arrestgrund glaubhaft machen.

E. 4.4

Die Beschwerdeführerin konnte durch die Vorlage des Aktienkaufvertrages und des Hinterlegungsvertrages vom 10. Oktober 2009 ausserdem genügend glaubhaft machen, dass Vermögensgegenstände vorhanden sind, die dem Schuldner gehören. Gemäss den genannten Verträgen hält der Beschwerdegegner 28.4% des Aktienkapitals der C._____ AG. Dabei handelt es sich um 284 Namenaktien (Nr. 464 bis 747), welche im Aktienzertifikat Nr. 3 verbrieft sind (act. 11/6 S. 2 und act. 11/5 S. 5).

E. 4.5

Die Arrestvoraussetzungen sind somit rechtsgenügend glaubhaft gemacht, und die Beschwerde erweist sich als begründet. Demnach ist der Beschwerdeführerin der Arrest für eine Forderung von Fr. 142'000.– zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 15. November 2010 sowie für die Arrest- und Betreuungskosten zu bewilligen und es ist das Aktienzertifikat Nr. 3 mit 284 Namenaktien (Nr. 464 bis 747) des Beschwerdegegners bei der D._____ AG, ...strasse ..., ... Zürich, zu verarrestieren. In Gutheissung der Beschwerde ist die Verfügung der Vorinstanz vom 26. Oktober 2011 aufzuheben und ein Arrestbefehl nach Massgabe des separaten Formulars „Arrestbefehl“ zu erteilen.

- 9 - 5. Willkürliche Rechtsprechung 5.1. Der Vollständigkeit halber ist kurz auf den Hinweis der Beschwerdeführerin einzugehen, wonach die Vorinstanz auf das Arrestbegehren hätte eintreten müssen, da es auf das Arrestbegehren von G._____ auch

eingetreten sei. Es stelle sich die Frage der willkürlichen Rechtsprechung (act. 8 S. 6 f.).

5.2. Die Beschwerdeführerin hatte bei der Vorinstanz ein Arrestbegehren gegen die drei Schuldner G._____, B._____ sowie H._____ eingereicht (act. 1). Die Vorinstanz legte für jeden Schuldner ein separates Verfahren an, was nicht zu beanstanden ist (vgl. BGE 80 III 91, Art. 70 Abs. 2 SchKG, Art. 125 lit. c ZPO). Zuzufolge der Trennung des Verfahrens war die Arrestlegung hinsichtlich der Schuldner G._____ und H._____ nicht Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens.

5.3. Aus den vorinstanzlichen Akten sowie der von der Beschwerdeführerin eingereichten Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 26. Oktober 2011 (act. 11/26) ergibt sich, dass G._____ – im Gegensatz zum Beschwerdegegner – in der Schweiz einen Wohnsitz und somit auch einen Betreuungsort hat, weshalb die Zuständigkeitsfrage anders zu beurteilen war. Gemäss Art. 272 Abs. 1 SchKG ist seit 1. Januar 2011 nicht nur das Gericht am Ort, wo sich die Vermögensgegenstände befinden, sondern neu auch das Gericht am Betreuungsort für die Arrestbewilligung zuständig. Die Prozessvoraussetzungen gestalteten sich somit beim Schuldner G._____ anders als beim Beschwerdegegner. Dies musste auch der Beschwerdeführerin bewusst gewesen sein, schliesslich machte sie bei G._____ den Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG geltend, während sie sich beim Beschwerdeführer auf den Ausländerarrest berief (act. 1 S. 7 f.). Eine willkürliche Rechtsprechung der Vorinstanz ist somit nicht erkennbar.

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen Die erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 700.– (Dispositivziffer 2 des vorinstanzlichen Entscheids) ist zu bestätigen. Sie ist unabhängig vom Verfahrensausgang ganz von der Beschwerdeführerin zu beziehen, da der Beschwerdegegner am Verfahren nicht beteiligt ist und die Beschwerdeführerin berechtigt sein wird, die

- 10 - vom Arrest herrührenden Kosten aus einem allfälligen Erlös der Arrestgegenstände vorwegzunehmen (Art. 281 Abs. 2 SchKG). Ein Entschädigungsanspruch steht der Beschwerdeführerin im Arrestbewilligungsverfahren, in welchem der Beschwerdegegner nie angehört wird, nicht zu. Für das vorliegende Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben, da die Beschwerdeführerin obsiegte. Es wird erkannt:

E. 7

April 2010 wurde die 3. Kaufpreisrate in dem Zeitpunkt fällig, in dem alle in der Vereinbarung genannten Mängel behoben waren, sofern im Zeitpunkt der vollständigen Mängelbehebung keine neuen Mängel auftauchten, deren Beseitigungskosten Fr. 5'000.– überstiegen (act. 11/7). Wurden bei der Abnahme am 15. November 2010 also keine neuen Mängel gerügt, wurde zu diesem Zeitpunkt die 3. Kaufpreisrate fällig.

- 8 -