

ZH_OBERGERICHT PS160176 vom 6. Oktober 2016

ZH Obergericht, 2016-10-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PS160176

FR: ZH_OBERGERICHT PS160176 du 6 octobre 2016

IT: ZH_OBERGERICHT PS160176 del 6 ottobre 2016

Erwägungen

E. 1

Sachverhalt und Prozessgeschichte

E. 1.1

Nach der Schilderung der Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Gesuchstellerin) beauftragte die C._____ AG die Gesuchs- und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Gesuchsgegnerin) als Unternehmerin im Zusammenhang mit dem Umbau des C._____ in Zürich. Die Gesuchsgegnerin sei sodann ca. im November 2014 auf sie, die Gesuchstellerin, zugekommen im Hinblick auf einen möglichen Beizug als Subunternehmerin, und im Januar 2015 hätten die Parteien zwei entsprechende Verträge über den Innenausbau des C._____ abgeschlossen, einen über Gips- und einen über Marmorarbeiten. Die

- 4 - Arbeiten seien in der Folge aufgrund massiver Änderungswünsche umfangreicher gewesen als geplant. Nachdem ihre Rechnungen, so die Gesuchstellerin weiter, nur teilweise bezahlt worden seien, habe sie am 30. Juni 2016 beim Einzelgericht des Handelsgerichts Zürich um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts für eine Pfandsumme von Fr. 3'087'314.59 nebst Zins zu 5% seit 3. Februar 2016 ersucht. Das Einzelgericht des Handelsgerichts habe daraufhin die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts angeordnet, zunächst mit Verfügung vom 1. Juli 2016 (superprovisorisch) und sodann mit Urteil vom 4. August 2016 (Bestätigung der superprovisorischen Eintragung; vgl. zum Ganzen act. 1 S. 5 f. sowie act. 3/5-6 und 3/9-10).

E. 1.2

Die Gesuchstellerin gelangte mit Gesuch vom 7. September 2016 an das Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichts Zürich (Vorinstanz) und stellte das eingangs angeführte Arrestbegehren für die ebenfalls eingangs erwähnte Arrestforderung von umgerechnet total CHF 3'092'384.03. Als Arrestgegenstände nannte die Gesuchstellerin Forderungen der Gesuchsgegnerin aus Bau- und Handwerksarbeiten zwischen dieser und der Drittschuldnerin C._____ AG, ... [Adresse], Schweiz, namentlich Forderungen aus General- und/oder Werkverträgen (vgl. act. 1).

E. 1.3

Mit dem eingangs angeführten Urteil und Arrestbefehl vom 12. September 2016 hiess die Vorinstanz das Arrestgesuch teilweise gut und legte für eine Forderung von Fr. 5'069.43 nebst Zins zu 5 % seit 3. Februar 2016 Arrest auf die genannten Arrestgegenstände, soweit verarrestierbar bis zur Deckung der Arrestforderung samt Zins und Kosten. Im darüber hinaus gehenden Umfang wies die Vorinstanz das Arrestgesuch ab (act. 4 = act. 7 = act. 9). Das Urteil und der Arrestbefehl wurden der Gesuchstellerin am 13. September 2016

zugestellt (act. 5).

E. 1.4

Die Gesuchstellerin erhob mit Eingabe vom 23. September 2016 (Datum Poststempel) Beschwerde gegen das Urteil vom 12. September 2016 und stellte die eingangs angeführten Beschwerdeanträge (act. 8).

- 5 -

E. 1.5

Der Vorsitzende setzte der Gesuchstellerin mit Verfügung vom 27. September 2016 Frist an, um für das Beschwerdeverfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 3'000.00 zu bezahlen (act. 11). Der Vorschuss ging fristgerecht bei der Obergerichtskasse ein (act. 12 f.).

E. 1.6

Die Akten des erstinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 1-5). Eine Beschwerdeantwort wurde der Natur des Verfahrens entsprechend nicht eingeholt. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

E. 2

Prozessuales Gegen erstinstanzliche Endentscheide in Arrestsachen ist infolge des Ausschlusses der Berufung die Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO zulässig (Art. 319 lit. a ZPO i.V.m. Art. 309 lit. b Ziff. 6 ZPO). 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 (ZK ZPO-REETZ/THEILER, 3. Auflage 2016, Art. 309 N 34). Auf die rechtzeitig schriftlich und begründet eingereichte Beschwerde der Gesuchstellerin ist somit einzutreten.

E. 3

Zur Sache

E. 3.1

Der Arrest setzt das Glaubhaftmachen von Arrestgegenständen, eines Arrestgrundes und einer Arrestforderung voraus (Art. 272 Abs. 1 SchKG). Glaubhaftmachen bedeutet weniger als Beweisen, doch mehr als blosses Behaupten. Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache, wenn das Gericht sie aufgrund der ihm vorgelegten Elemente für wahrscheinlich hält, ohne ausschliessen zu müssen, dass es sich auch anders verhalten könnte.

Vorausgesetzt ist damit zum einen ein schlüssiges Vorbringen und zum anderen, dass die Tatsachendarlegungen dem Gericht als wahrscheinlich erscheinen. Auch wenn die Anforderungen an den Wahrscheinlichkeitsbeweis nicht zu hoch anzusetzen sind, vermögen blosse Behauptungen des Arrestgläubigers nicht zu genügen, auch wenn sie schlüssig sind. Vielmehr müssen objektive Anhaltspunkte vorliegen, die auf das Vorhandensein der behaupteten Tatsachen schliessen lassen. In diesem Sinn ist eine Beweisfüh-

- 6 - rung mindestens in den Grundzügen erforderlich (BSK SchKG II-STOFFEL, 2. Auflage 2010, Art. 272 N 4 ff.; vgl. auch KUKO SchKG-MEIER-DIETERLE, 2. Auflage 2014, Art. 272 N 14).

E. 3.2

Die Vorinstanz erachtete die geltend gemachte Arrestforderung aufgrund der eingereichten Rechnungen der Gesuchstellerin als glaubhaft gemacht, auch wenn zwischen den Parteien

bezüglich einiger Positionen offenbar noch Differenzen bestünden (act. 7 S. 3). Dem ist zuzustimmen. Die vor Vorinstanz eingereichten Verträge (act. 3/5-6), Rechnungen (act. 3/15-16 und 3/18-19) und Belege für Zahlungen (act. 3/17, 3/20) stellen objektive Anhaltspunkte für den Bestand der Arrestforderung in geltend gemachter Höhe dar. Zwischen den Parteien bestehen offenbar bezüglich einiger Positionen Differenzen, aber im Umfang zweier Teilbeträge über Euro 1'262'140.93 und CHF 993'571.91 sind sich die Parteien offenbar einig über den Bestand der Arrestforderung (act. 3/23-24).

E. 3.3

Ferner erachtete die Vorinstanz auch den geltend gemachten Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG als gegeben, da die Gesuchsgegnerin ihren Sitz in Italien habe und die in beiden Werkverträgen vereinbarte Anwendbarkeit des schweizerischen Rechts praxismässig als Bezug zur Schweiz genüge (act. 7 S. 3). Auch dem ist zuzustimmen, wobei noch ergänzt werden kann, dass die Werkverträge Arbeiten in Zürich betreffen (act. 3/5-6), was den Bezug zur Schweiz verstärkt.

E. 3.4

Implizit bejahte die Vorinstanz auch das glaubhaft gemachte Vorliegen von Arrestgegenständen in der Schweiz (act. 8 S. 4). Die Gesuchstellerin wies vor der Vorinstanz auf BGE 128 III 473 hin, wonach Forderungen eines Arrestschuldners mit Wohnsitz im Ausland am schweizerischen Wohnsitz des Drittschuldners gepfändet werden könnten (act. 1 S. 11). Dem ist zuzustimmen. Dass Forderungen der Gesuchsgegnerin gegen die Drittschuldnerin C._____ AG mit Sitz in Zürich (... [Adresse]) bestehen, erscheint aufgrund der Schilderung der Gesuchstellerin (act. 1 S. 5 und S. 11 f.) und aufgrund der eingereichten Verträge zwischen den Parteien (vgl. act. 3/5-6 S. 1) glaubhaft.

- 7 -

E. 3.5

Allerdings, so weiter die Vorinstanz, sei ein Arrest nach Art. 271 Abs. 1 SchKG ausgeschlossen, wenn die Arrestforderung pfandgesichert sei. Das sei vorliegend der Fall, da das Einzelgericht des Handelsgerichts das eingangs erwähnte Bauhandwerkerpfandrecht für eine Pfandsumme über Fr. 3'087'314.59 nebst Zins zu 5% seit 3. Februar 2016 vorläufig auf dem Grundstück der Gesellschaft C._____ AG eingetragen habe. Aus diesem Grund erliess die Vorinstanz den eingangs aufgezeigten Arrestbefehl nur im Umfang der Umrechnungsdifferenz von Fr. 5'069.43 (zuzüglich Zins und Kosten), die sich infolge der Neuberechnung des Euro-Anteils an der Arrestforderung per Datum der Stellung des Arrestbegehrens ergeben hatte (act. 7 S. 3 f.).

E. 3.6

Die Gesuchstellerin stellt sich beschwerdeweise auf den Standpunkt, die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts begründe kein Pfandrecht. Die Arrestforderung sei daher nicht pfandgesichert im Sinne von Art. 271 Abs. 1 SchKG (act. 8 S. 6 ff.).

E. 3.6.1

Zutreffend ist, dass ein Arrest nach Art. 271 Abs. 1 SchKG ausgeschlossen ist, wenn die Arrestforderung bereits durch ein Pfandrecht gesichert ist. Besteht für die Forderung ein

Pfandrecht, so ist der Arrestgläubiger bereits hinreichend gesichert und es besteht kein Anlass für eine weitere Sicherungsmassnahme. Der Ausdruck "Pfand" ist weit auszulegen. Er umfasst jedes dingliche Vorzugsrecht für den Gläubiger, mit dem dieser durch Betreuung auf Pfandverwertung sofortigen Zugriff hat (vgl. BSK SchKG II-STOFFEL, 2. Auflage 2010, Art. 271 N 37; KUKO SchKG-MEIER-DIETERLE, 2. Auflage 2014, Art. 271 N 5 f.). "Zugriff" meint dabei Zugriff auf eine Pfandsache im weiteren Sinn (neben dem eigentlichen Pfandrecht werden auch Retentionsrechte und Eigentumsvorbehalte von der Bestimmung umfasst, vgl. MEIER-DIETERLE, a.a.O., N 6).

E. 3.6.2

Für die Frage, ob eine Pfandsicherung im Sinne der genannten Bestimmung vorliegt, ist der Zeitpunkt des Arrestvollzugs massgeblich. In diesem Zeitpunkt muss das Pfandrecht gültig errichtet sein, bzw. es muss in diesem Zeitpunkt gültig bestehen (vgl. GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Art. 271 N 26).

- 8 - Die Vorinstanz ging mit ihrem Entscheid (implizit) davon aus, das sei bereits nach der vorläufigen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts der Fall (vgl. vorne 3.4). Diese Auffassung lässt sich nicht mit der Rechtsnatur der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts bzw. allgemein eines gesetzlichen Pfandrechts nach Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB vereinbaren. Das Gesetz vermittelt dem Bauhandwerker nur einen obligatorischen Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts. Die Vormerkung hat daher nicht die Bedeutung, ein bereits bestehendes dingliches Recht zu sichern, sondern sie ist der Sache nach lediglich eine Verfügungsbeschränkung (vgl. BSK ZGB II-SCHMID, 5. Auflage 2015, Art. 961 ZGB N 22 mit weiteren Hinweisen). Die vorläufige Eintragung hat (nur) die Wirkung, dass das durch die spätere definitive Eintragung geschaffene Pfandrecht in seiner Wirkung auf den Tag der vorläufigen Eintragung zurückbezogen wird. Das Gericht setzt dabei eine Frist zur gerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs an. Nach unbenütztem Ablauf der Frist wird die Vormerkung im Grundbuch ungerechtfertigt und ist daher von Amtes wegen zu löschen (SCHMID, a.a.O., N 13, 21, 26 mit Hinweisen). Das Pfandrecht selber entsteht dabei nach klarer Praxis erst durch die definitive Eintragung (BGE 125 III 248 E. 2b). Das Einzelgericht des Handelsgerichts Zürich hat der Gesuchstellerin mit Urteil vom 4. August 2016 eine Frist bis 14. Oktober 2016 angesetzt, um Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts zu erheben (act. 3/10). Dass das bereits geschehen wäre, geschweige denn dass das Pfandrecht bereits definitiv eingetragen worden wäre, ist nicht ersichtlich. Somit ist die Arrestforderung im jetzigen Zeitpunkt nicht pfandgesichert. Die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ändert daran nichts, da sie (noch) kein Pfandrecht entstehen lässt. Sie steht der Arrestlegung deshalb nicht entgegen. Das ist vor dem Hintergrund konsequent, dass die Gesuchstellerin gestützt auf die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auch keine Betreuung auf Pfandverwertung einleiten könnte (sondern nur eine ordentliche Betreuung auf Pfändung oder Konkurs; vgl. BGE 125 III 248 sowie BSK ZGB II-THURNHERR, 5. Auflage 2015, Art. 839/840 ZGB N 42). Der erwähnte sofortige Zugriff auf die Pfandsache steht ihr somit (noch) nicht zur Verfügung. Das war der

- 9 - Vorinstanz bewusst, doch sie vertrat dazu die Auffassung, das schade nichts, denn es ändere nichts an der Rechtsnatur des Bauhandwerkerpfandrechts als Grundpfand (act. 8 S. 4). Damit verkannte die Vorinstanz aber wie gesehen die Rechtsnatur der vorläufigen Eintragung. Dass diese einem Arrest entgegenstehe, ergibt sich im Übrigen auch nicht

aus der von der Vorinstanz genannten Literaturstelle (SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Auflage 2008, Rz. 175 [vgl. act. 8 S. 4]). Die zur Fristwahrung erfolgte vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts kann dem geltend gemachten Arrestbegehren somit nicht entgegen gehalten werden.

E. 3.7

Nur nebenbei ist danach noch auf das Folgende hinzuweisen: Nach einigen Auffassungen im Schrifttum und älterer Praxis soll ein Arrest bereits dann nicht ausgeschlossen sein, wenn ein zur Diskussion stehendes Pfandrecht strittig ist ("discutable") bzw. "prinzipiell bestritten", oder wenn seine rechtliche Existenz in Frage steht. Teils wird angeführt, dass eine solche Bestreitung nicht als unglaubwürdig erscheinen dürfe (vgl. BGE 102 Ia 229 E. 2f; vgl. auch GILLIÉRON, a.a.O., Art. 271 N 26; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, SchKG, Band III, 4. Auflage 1997/99, Art. 271 N 9; vgl. auch bereits ZR 13/1914 Nr. 196 a.E.). Das mag in unklaren Fällen aus der Optik einleuchten, dass der Schuldner sich nach dem Erlass eines Arrestbefehls im Einspracheverfahren auf das rechtlich unklare Pfandrecht berufen bzw. dieses näher verdeutlichen kann. Von einer solchen Unklarheit ist vorliegend aber nach dem Gesagten nicht auszugehen, da klarerweise (noch) kein Pfandrecht besteht. Auf diese Praxis ist daher nicht näher einzugehen.

E. 3.8

Eine andere Frage ist, was geschieht, wenn das Pfandrecht in einem späteren Zeitpunkt definitiv eingetragen wird. Mutmasslich wäre wohl die herrschende Praxis und Lehre massgeblich, wonach die Betreibungsart mit der Rechtskraft des Zahlungsbefehls definitiv festgelegt wird und eine spätere Berufung auf das beneficium excussionis realis nach Art. 41 Abs. 1bis SchKG nicht mehr möglich ist, auch wenn ein Pfandrecht erst später entsteht (vgl. BGE 121 III 483; vgl. auch FRITZSCHE/WALDER, Schuldbetreibung und Konkurs, Band 1, 3. Auflage 1984, S. 92 FN 8, sowie KREN KOSTKIEWICZ, OFK SchKG, 19. Auflage 2016, Art. 41

- 10 - N 20; anders noch ZR 29/1930 Nr. 12). Im Fall des Arrests gälte das soeben zum Zahlungsbefehl Gesagte (Festlegung der Betreibungsart) mutatis mutandis wohl bereits für den Arrestbefehl, da das beneficium excussionis realis im Falle des Arrests grundsätzlich mit Arresteinsprache geltend zu machen ist (vgl. BSK SchKG I-ACOCCELLA, 2. Auflage 2010, Art. 41 N 43). Wie es sich damit im Einzelnen verhält, ist im jetzigen Verfahrenszeitpunkt nicht definitiv zu beurteilen.

E. 3.9

Für die Verpflichtung zur Leistung einer Arrestkaution (Art. 273 Abs. 1 SchKG) besteht einstweilen keine Veranlassung. Das schliesst einen allfälligen späteren, abweichenden Entscheid nicht aus (vgl. KUKO SchKG-MEIER-DIETERLE, 2. Auflage 2014, Art. 273 N 9 ff.).

E. 3.10

Aus den aufgezeigten Gründen ist die Sache spruchreif (Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO) und ist der Arrest in Gutheissung der Beschwerde antragsgemäss zu bewilligen. Die Gesuchstellerin wird den Arrest (vorbehältlich dessen Aufhebung im Einspracheverfahren) durch Betreibung prosequieren und den auf Euro lautenden Anteil an der Arrestforderung zum Kurs am Tag des Betreibungsbegehrens neu in Schweizer Franken umrechnen müssen (Art. 67 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG; vgl. OGer ZH PS160037 vom 31. März

2016, E. III./4. mit weiteren Hinweisen; BSK SchKG I-KOFMEL EHRENZELLER, 2. Auflage 2010, Art. 67 N 40).

E. 4

Kosten- und Entschädigungsfolgen

E. 4.1

Da die Gesuchstellerin mit ihrer Beschwerde obsiegt und die Gesuchsgegnerin 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).

E. 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).

- 11 - Die Obergerichtskasse wird die Gebühr für den Arrestbefehl aus dem für das Beschwerdeverfahren geleisteten Vorschuss beziehen. Die Gesuchstellerin wird berechtigt sein, die Gebühr aus einem allfälligen Erlös der Arrestgegenstände vorwegzunehmen (Art. 281 Abs. 2 SchKG).

E. 4.3

Ein Entschädigungsanspruch gegenüber der Gesuchsgegnerin steht der Gesuchstellerin im Arrestbewilligungsverfahren nicht zu, zumal die Gesuchsgegnerin nicht angehört wurde. Eine Parteientschädigung aus der Staatskasse ist sodann mangels gesetzlicher Grundlage ebenfalls nicht zuzusprechen, zumal kein Fall vorliegt, in welchem der Staat materiell als Partei zu betrachten und deshalb gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung die Zuspreehung einer Parteientschädigung aus der Staatskasse ausnahmsweise zu prüfen wäre (vgl. BGE 140 III 501 E. 4 sowie URWYLER/GRÜTTER, DIKE Komm-ZPO, 2. Auflage 2016, Art. 107 N 13). Es wird erkannt:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.