

ZH_OBERGERICHT PS220203 vom 7. Februar 2023

ZH Obergericht, 2023-02-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PS220203

FR: ZH_OBERGERICHT PS220203 du 7 février 2023

IT: ZH_OBERGERICHT PS220203 del 7 febbraio 2023

Erwägungen

E. 1

Mit Arrestbegehren vom 15. November 2022 beantragte die Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin des vorliegenden Verfahrens (fortan Beschwerdeführerin), es seien sämtliche Vermögenswerte der Gesuchsgegnerin und Beschwerdegegnerin (fortan Beschwerdegegnerin), insbesondere deren Kontoguthaben bei der C._____ AG mit der IBAN CH..., im Betrag von USD 8'604'536.47 nebst Verzugszins zu 7% aus USD 1'385'551.78 vom 14.05.2022 bis 15.06.2022, aus USD 6'927'758.90 vom 16.06.2022 bis 19.08.2022 und aus USD 8'604'536.47 seit 20.08.2022 zu verarrestieren (act. 1 S. 12). Die Beschwerdeführerin stützte ihr Gesuch auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG (act. 1 S. 10). Das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Audienz (fortan Vorinstanz), wies das Begehren mit Urteil vom 16. November 2022 ab (act. 6 = act. 9).

E. 1.1

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). Mit der Beschwerde können die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Die Beschwerdeführende Partei hat sich mit der Begründung des angefochtenen Entscheides im Einzelnen auseinander zu setzen und wenigstens rudimentär darzulegen, an welchen Mängeln dieser ihrer Ansicht nach leidet resp. weshalb der angefochtene Entscheid nach Auffassung der Beschwerdeführenden Partei unrichtig sein soll und inwiefern er abgeändert werden sollte (Begründungslast). Bei fehlender Auseinandersetzung bzw. Begründung ist auf die Beschwerde ohne Weiteres nicht einzutreten.

E. 1.2

Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Für die Beschwerde des Gläubigers gegen den ablehnenden Entscheid über das Arrestbegehren besteht keine gesetzliche Ausnahme vom Novenverbot (Art. 326 Abs. 2 ZPO; OGer ZH PS170259 vom 18. Dezember 2017, E. 2). Eine Ausnahme würde lediglich die Verletzung des rechtlichen Gehörs rechtfertigen. 2. Zur Arrestforderung liess die Beschwerdeführerin vor Vorinstanz geltend machen, diese beruhe auf einem zwischen den Parteien am 27. April 2016 abgeschlossenen, dem schweizerischen Recht unterliegenden Rahmendarlehensvertrag "Loan Facility Agreement", mit welchem die Beschwerdeführerin der Beschwerdegegnerin ein Rahmendarlehen in Höhe von USD 10 Mio. zur Verfügung gestellt habe. Das Darlehen habe gemäss Ziff. 2.2 des Vertrages in drei Tranchen zur Auszahlung gelangen sollen, nämlich USD 1 Mio. am 13. Mai 2016, USD 4 Mio. am 15. Juni 2016 und USD 5 Mio. am 19. August 2016 (act. 1 S. 4 f.). Die ersten beiden Tranchen seien vollumfänglich und die letzte Tranche im Umfang von USD

1'210'187.59 abgerufen worden, so dass insgesamt USD 6'210'187.59 als Darlehen ausbezahlt worden seien. Die Überweisungen der jeweiligen Darlehensbeträge seien im Auftrag der Beschwerdeführerin durch vier

- 4 - Teilfonds des ... Fonds D. _____ (inzwischen in Liquidation) und durch die E. _____ AG direkt an die Beschwerdegegnerin erfolgt (act. 1 S. 6). Zum Beleg reichte die Beschwerdeführerin 94 Überweisungsbelege ein (act. 4/3/1-94) und erstellte eine entsprechende Liste der Überweisungen mit Valuta 2. März 2016 bis 14. Mai 2019 (act. 1 S. 7).

E. 2

Gegen diesen Entscheid liess die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 28. November 2022 (unter Berücksichtigung von Art. 142 Abs. 3 ZPO) innert Frist Beschwerde bei der hiesigen Instanz erheben (act. 10, zur Rechtzeitigkeit vgl. act. 5 und act. 7). Sie beantragt sinngemäss die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und Gutheissung ihrer vor Vorinstanz gestellten Anträge (act. 10 S. 11 f.). Eventualiter stellt sie ihr vorstehend wiedergegebenes Arrestbegehren (zahlenmässig unverändert) in Schweizer Franken (act. 10 S. 12).

E. 3

Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 1 - 7). Der der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 29. November 2022 auferlegte Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 6'000.– wurde innert Frist geleistet (vgl. act. 14 - 16). Weitere prozessleitende Anordnungen sind nicht erfolgt. Insbesondere gilt, dass der Arrestschuldner im Verfahren betreffend Arrestbewilligung nicht anzuhören und generell nicht über den Prozess in Kenntnis zu setzen ist (BGE 107 III 29 E. 3). Folglich ist von der Beschwerdegegnerin weder eine Beschwerdeantwort im Sinne von Art. 322 Abs. 1 ZPO einzuholen noch ist ihr Mitteilung vom vorliegenden Entscheid zu machen.

- 3 - II.

E. 3.1

Die Vorinstanz erwog, die Beschwerdeführerin erwähne in ihrem Gesuch unter dem Titel "Vorbemerkungen", dass sich der Streitwert auf CHF 6'210'000.– belaufe. In ihrem Rechtsbegehren habe sie jedoch einen Arrest zur Sicherung von Forderungen in US-Dollar beantragt und auch in der Gesuchsbegründung seien ausschliesslich Forderungen in US-Dollar genannt worden, ohne eine Umrechnung in Schweizer Franken vorzunehmen und ohne Angaben zur Zusammensetzung des in Schweizer Franken bezifferten Streitwertes zu machen. Da der Arrest die spätere Vollstreckung absichern solle, seien auch die für jenes Verfahren geltenden Vorschriften zu beachten. Gemäss Art. 67 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG sei im Betreibungsbegehren die Forderungssumme in gesetzlicher Schweizerwährung anzugeben. Dies gelte auch für den Arrestvollzug. Ganz generell sei die Umrechnung einer auf Fremdwährung lautenden Schuld in Schweizer Franken zwingend, wenn auf dem Weg der Schuldbetreibung vorzugehen sei. Dabei handle es sich gemäss Bundesgericht um eine Regel des *ordre public*. Die Umrechnung in Schweizer Franken sei vom Gläubiger vorzunehmen, was unabhängig davon gelte, dass es sich beim Umrechnungskurs um eine notorische Tatsache handle, die vom Betreibungsgläubiger weder behauptet noch bewiesen werden müsse. Eine Umrechnung der in Fremdwährung bezifferten Arrestforderung von Amtes wegen falle ausser Betracht, da das Gericht einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen dürfe, als sie verlange (Art. 58 ZPO). Be-

reits aus diesem Grund sei das Arrestgesuch abzuweisen (act. 9 S. 2 f.).

E. 3.2

Dem hält die Beschwerdeführerin entgegen, die Vorinstanz habe übersehen, dass die nach Art. 67 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG geforderte Umrechnung in Schweizer Franken erfolgt sei, indem der Kapitalbetrag der Arrestforderung mit dem Streitwert von CHF 6'210'000.–, auf ganze Zehntausend gerundet, beziffert worden sei. Der Wechselkurs habe an den Fälligkeitsdaten 13. Mai, 15. Juni und

- 5 - 19. August 2022 nahezu 1 CHF/USD betragen. Der Kapitalbetrag setze sich aus den drei Einzeldarlehen USD 1'000'000.– entsprechend CHF 1'000'000.–, USD 4'000'000.– entsprechend CHF 4'000'000.– und USD 1'210'187.59 entsprechend CHF 1'210'187.59 zusammen. Im Arrestbegehren hätten die Beträge jedoch zwingend in USD aufgeführt werden müssen, weil die Kontowährung des Arrestgegenstandes bzw. das Bankkonto bei der C._____ in USD laute, was auch im Arrestgesuch ausgeführt worden sei (act. 10 S. 9 - 11).

E. 3.3

Unter Verweisung auf Art. 91 Abs. 1 ZPO bezifferte die Beschwerdeführerin den Streitwert im Arrestgesuch mit "insgesamt (umgerechnet) CHF 6'210'000.00" (act. 1 S. 2), wobei sie zur Zusammensetzung dieses – wie in der Beschwerdeschrift erstmals vorgebracht – abgerundeten Betrages in Schweizer Franken keine Ausführungen machte. Im Arrestbegehren wurde demgegenüber die Arrestforderung mit USD 8'604'536.47 zzgl. Zins angegeben (act. 1 S. 12) und beziehen sich sämtliche Ausführungen zu deren Zusammensetzung auf USD (act. 1 S. 4 ff.). Es oblag nicht der Vorinstanz, dem Widerspruch zwischen dem auf CHF 6'210'000.– bezifferten und nicht weiter erläuterten Streitwert und dem Arrestbegehren für eine Forderung von USD 8'604'536.47 auf den Grund zu gehen. Ein Weiteres kommt hinzu: Wie die Vorinstanz zutreffend erwog, handelt es sich beim Umrechnungskurs der Währungen zwar um eine notorische Tatsache, die weder behauptet noch bewiesen werden muss. Doch musste die Beschwerdeführerin in ihrem Arrestbegehren (ohne vorgängige Betreibung) die Arrestforderung in Anlehnung an Art. 67 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG in gesetzlicher Schweizerwährung angeben bzw. die Fremdwährungsforderung im Arrestgesuch zum Tageskurs (und nicht zum Kurs bei Fälligkeit der Forderung) in Schweizer Franken umrechnen (vgl. BSK II-Stoffel, 3. A. 2021, Art. 271 N 28b und Art. 275 N 30; Milani, AJP 2022 S. 595 m.w.H.; Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. A. 2013, § 16 N 14). Denn bei der Arrestprosequierung muss die betreibende Gläubigerin in ihrem Betreibungsbegehren denselben Anspruch – auf Kapital und Zinsen – formulieren, den sie in ihrem Arrestgesuch erwähnt hatte (vgl. BGer 5A_197/2012 vom 26. September 2012, E. 2 und 2.1). Daran ändert

- 6 - auch der Umstand nichts, dass das Konto der Beschwerdegegnerin auf USD lautet. Die Beschwerdegegnerin ist als Schuldnerin verpflichtet, im Vollstreckungsverfahren zu dulden, dass ihr in der Schweiz befindliches Vermögen für einen Betrag der Vollstreckung unterworfen wird, der im Schweizer Wert der Fremdwährungsschuld entspricht. Damit wird das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien und die gemäss Parteivereinbarung auf ausländische Währung lautende Schuld jedoch nicht noviert (vgl. BGer 5A_197/2012 vom 26. September 2012, E. 2.1; BGE134 III 151 E. 2.3; BGE 125 III 443 E. 5a).

E. 3.4

Die Beschwerdeführerin geht fehl in der Annahme, die Vorinstanz habe ihr Frist zur Heilung der Ungereimtheiten mittels Verbesserung des Arrestgesuchs (mit Blick auf die Bezifferung [act. 10 S. 10] wie auch die Substantiierung der Arrestforderung [act. 10 S. 4], vgl. zu Letzterem nachstehend Ziff. 4) ansetzen müssen. Arrestgesuche werden im summarischen Verfahren beurteilt, in welchem grundsätzlich der einfache Schriftenwechsel gilt (wobei im Verfahren betreffend Arrestbewilligung die Gegenpartei nicht angehört wird). Die gesuchstellende Partei hat somit sämtliche Arrestvoraussetzungen mit dem Gesuch umfassend darzulegen und soweit möglich zu belegen. Bei einer anwaltlich vertretenen Partei ist das Gericht nach Art. 56 ZPO nicht verpflichtet, eine Nachfrist anzusetzen, um ein inhaltlich ungenügendes oder unvollständiges Arrestgesuch zu verbessern. Die von der Beschwerdeführerin zitierten Entscheide der Kammer (vgl. act. 10 FN 3), gemäss welchen eine Verletzung des rechtlichen Gehörs eine Ausnahme vom Novenverbot rechtfertige, sind nicht einschlägig; in diesen ging es um die Prüfung der Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege, in welchem Verfahren – im Gegensatz zum Arrestverfahren – der beschränkte Untersuchungsgrundsatz gilt. Die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs ist nach dem Gesagten unbegründet. Damit hat das absolute Novenverbot im Beschwerdeverfahren uneingeschränkt Geltung. Der im Beschwerdeverfahren erstmals gestellte Eventualantrag und die entsprechenden Ausführungen der Beschwerdeführerin hiezu (act. 10 S. 10-12) sind daher nicht zulässig und haben unberücksichtigt zu bleiben.

E. 3.5

Die Beschwerde ist nach dem Gesagten unbegründet und abzuweisen.

- 7 - 4.1 Zu Bestand und Höhe der Forderung erwog die Vorinstanz in Rahmen ihrer Eventualbegründung, die Beschwerdeführerin habe nicht dargetan, weshalb die ersten 14 Zahlungen noch vor Abschluss des Darlehensvertrages und 58 Zahlungen nach Ablauf des letzten Abrufdatums gemäss Ziff. 2.2 des Darlehensvertrages vorgenommen worden seien. Mit Blick auf die entsprechenden 94 Überweisungsbelege erscheine fraglich, ob sämtliche dokumentierten Teilzahlungen sich auf den Darlehensvertrag vom 27. April 2016 beziehen. Dies gelte insbesondere hinsichtlich der vier durch die E._____ AG getätigten Überweisungen in Höhe von insgesamt USD 1'100'000.-: die erste Überweisung über USD 120'000.- vom 2. März 2016 enthalte zwar den Vermerk "on behalf of A._____ AG", sei jedoch ebenso wie die zweite über USD 130'000.- vom 23. März 2016 bereits vor Abschluss des streitgegenständlichen Darlehensvertrages erfolgt; die beiden weiteren Überweisungen über USD 500'000.- und USD 350'000.- vom 19. Mai 2016 und 19. August 2016 seien je mit dem Vermerk "Ref. Credit Agreement, Security Agreement" versehen und dürften sich auf das zwischen der E._____ AG und D._____ in Liquidation am 22. März 2016 abgeschlossene Credit Agreement und Security Assignment Agreement und die diesbezüglichen Ergänzungen vom 18. Mai und 16. August 2016 beziehen. Inwiefern diese Zahlungen im Rahmen des Darlehensvertrages vom 27. April 2016 erfolgt seien, werde von der Beschwerdeführerin nicht dargetan. Somit seien auch Bestand und Höhe der geltend gemachten Arrestforderung nicht glaubhaft gemacht worden (act. 9 S. 3 f.). 4.2 Diesbezüglich macht die Beschwerdeführerin offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend und moniert, die Höhe der überwiesenen Beträge zu den Einzeldarlehen sei mittels der eingereichten Überweisungsbelege und der gestützt darauf erstellten Tabelle im Arrestgesuch zweifelsfrei nachgewiesen worden. Aufgrund der eingereichten Verträge und Bankbelege seien Bestand und Höhe der Arrestforderung

glaubhaft gemacht worden. Die geforderten objektiven Anhaltspunkte lägen vor. Es könne ihr nicht unterstellt werden, sie habe irgendwelche Forderungen konstruiert und dann das gegenständliche Arrestbegehren gestellt (act. 10 S. 2 f.).

- 8 - 4.3 Mit diesen Ausführungen setzt sich die Beschwerdeführerin nicht ansatzweise mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinander, wonach die Mehrzahl der dokumentierten Zahlungen/Überweisungen entweder vor Abschluss des Darlehensvertrages oder nach den vertraglich vereinbarten Zahlungsterminen erfolgt ist und überdies nicht glaubhaft gemacht worden sei, dass die seitens Dritter erfolgten Überweisungen an die Beschwerdegegnerin und insbesondere jene der E. _____ AG in Erfüllung des zwischen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin am 27. April 2016 abgeschlossenen Darlehensvertrages erfolgt seien. Auf die Beschwerde ist daher in diesem Punkt nicht einzutreten. 4.4 Die Beschwerdeführerin geht auch hinsichtlich der Substantiierung der Arrestforderung fehl in der Annahme (act. 10 S. 3 f.), die Vorinstanz habe ihren "Verbesserungsauftrag erteilen müssen" zwecks Beseitigung von Unklarheit (vgl. vorstehend Ziff. II.3.4). 4.5 Auch die weitere Rüge der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe das Gesuch nicht vollumfänglich abweisen dürfen, sondern nur im vermeintlich nicht glaubhaft gemachten Umfang, worin sie eine falsche Rechtsanwendung erblickt (act. 10 S. 4), ist unbegründet. In welchem Teilumfang das Gesuch hätte gutgeheissen werden müssen, wird nicht dargetan. Sodann wurde einerseits das Arrestgesuch bereits aus anderen Gründen zu Recht abgewiesen (vgl. vorstehend Ziff. 3). Andererseits ist zwar die Höhe der überwiesenen Beträge aus 94 Zahlungen belegt, jedoch lassen sich die seitens Dritter erfolgten Überweisungen an die Beschwerdegegnerin nicht dem Darlehensvertrag zwischen den Parteien des vorliegenden Verfahrens zuordnen. Die Beschwerdeführerin machte hiezu einzig geltend, die Überweisungen zur Auszahlung der Darlehensbeträge seien in ihrem Auftrag direkt an die Beschwerdegegnerin durch vier Teilfonds des ... Fonds D. _____ (inzwischen in Liquidation) und zum Teil durch die E. _____ AG erfolgt (act. 1 S. 6). Mit dieser pauschalen Behauptung wurde weder substantiiert dargetan noch glaubhaft gemacht, dass die dokumentierten Zahlungen seitens Dritter in Erfüllung des zwischen den Parteien des vorliegenden Verfahrens abgeschlossenen Darlehensvertrages vom 27. April 2016 erfolgt sind. Bei den entsprechenden Ausführungen in der Beschwerdeschrift (act. 10 S. 4-6) sowie den diesbezüglich

- 9 - erstmals im Beschwerdeverfahren eingereichten Dokumenten (act. 12/11 - 14) handelt es sich um unzulässige Noven, welche unberücksichtigt zu bleiben haben. 4.6 Die Schlussfolgerung der Vorinstanz, wonach Bestand und Höhe der Arrestforderung nicht glaubhaft gemacht worden sind (act. 9 S. 4), ist vor dem Hintergrund des Gesagten nicht zu beanstanden und die Beschwerde ist auch in diesem Punkt abzuweisen, soweit auf diese eingetreten wurde.

E. 5

Bei diesem Ausgang braucht die Frage der Fälligkeit der Arrestforderung nicht geprüft zu werden. III. Die Gerichtskosten berechnen sich in betriebsrechtlichen Summarsachen nach den Bestimmungen der GebV SchKG (BGer 5A_492 und 493/2012 vom 13. März 2013 E. 4.2.2), welche streitwertabhängige Gebühren vorsieht. Die Spruchgebühr für das Beschwerdeverfahren ist in Anwendung von Art. 48 und Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf Fr. 6'000.- festzusetzen, ausgangsgemäss der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Eine Parteientschädigung ist nicht zuzusprechen.

- 10 - Es wird erkannt:

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