

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer als obere kantonale Aufsichtsbehörde
über Schuldbetreibung und Konkurs



Geschäfts-Nr.: PS170055-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Ersatzrichterin
Prof. Dr. J. Jent-Sørensen und Ersatzrichterin lic. iur. R. Bantli Keller
sowie Gerichtsschreiber MLaw P. Klaus

Urteil vom 12. Juli 2017

in Sachen

A._____,
Beschwerdeführer,

gegen

B1.____ **AG**,
Beschwerdegegnerin,

betreffend **Fristansetzung gemäss**
Art. 108 SchKG usw. / Arrest Nr. 2 / Betreibung Nr. 1
(Beschwerde über das Betreibungsamt Zürich 1)

Beschwerde gegen einen Beschluss der 1. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich
vom 6. Februar 2017 (CB160132)

Erwägungen:

I.

1. Der Gläubiger und Beschwerdeführer (fortan Gläubiger) ist Rechtsanwalt. U.a. zur Sicherung von Honoraransprüchen sowie einer Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung stellte er am 1. bzw. 9. Februar 2016 beim Bezirksgericht Zürich ein Arrestbegehren gegen die C._____ Ltd. in Singapur (fortan Schuldnerin) für eine Forderung von rund Fr. 626'255.80 zzgl. Zinsen und Verfahrenskosten (act. 2/2; act. 2/4). Mit Arrestbefehlen vom 5. (Arrest-Nr. 1) bzw. 9. Februar 2016 (Arrest-Nr. 2) verarrestierte das Bezirksgericht Zürich bis zu diesem Betrag bei der kontoführenden Bank, der B1._____ AG – Drittsprecherin, Pfandgläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Bank) – sämtliche Vermögensgegenstände, die auf die C1._____ AG – eine von der Schuldnerin indirekt gehaltene Tochtergesellschaft (fortan Tochtergesellschaft) – lauten. Betroffen sind insbesondere die Konten mit IBAN CH 1 sowie CH 2 (act. 2/3; act. 2/5). Nach durchgeführtem Einspracheverfahren hielt das Bezirksgericht Zürich mit Urteil vom 29. Juli 2016 den gelegten Arrest für eine Forderung von noch Fr. 496'835.95 inkl. Kosten aufrecht (act. 2/6 = act. 28/5).

2. Mit Schreiben vom 2. September 2016 teilte die Bank dem Betreibungsamt Zürich 1 mit, dass zwischen ihr und der Tochtergesellschaft eine Rahmenkreditvereinbarung bestehe, gestützt auf welche sie hinsichtlich der sich auf den verarrestierten Bankkonten befindlichen Vermögenswerte ein Verrechnungs- bzw. Pfandrecht bis zum Betrag von USD 2'565'000.– geltend mache (act. 2/7 f.; act. 15/15). Mit Verfügung vom 21. September 2016 zeigte das Betreibungsamt Zürich 1 dies für den Arrest Nr. 2 dem Gläubiger an und setzte ihm

- eine Frist von 10 Tagen zur Bestreitung des Verrechnungsrechts; sowie
- eine Frist von 20 Tagen, um Klage auf Aberkennung des Pfandanspruchs zu erheben (Art. 109 SchKG).

Dasselbe kehrte das Betreibungsamt auch im Arrest Nr. 1 vor. Das dagegen erhobene Rechtsmittel ist bei der Kammer Gegenstand des Parallelverfahrens PS170054-O.

3. Gegen die Verfügung des Betreibungsamts (act. 2/1) erhob der Gläubiger beim Bezirksgericht Zürich als untere Aufsichtsbehörde über die Betreibungsämter (fortan Vorinstanz) rechtzeitig Beschwerde (act. 1). Er beantragte im Wesentlichen, dass sowohl hinsichtlich des geltend gemachten Verrechnungsrechts als auch des Pfandrechts ein Widerspruchsverfahren durchzuführen sei, wobei die Klägerrolle bei beiden Ansprachen der Bank zuzuweisen sei (act. 1 S. 2). Die Vorinstanz wies die Beschwerde mit Zirkulationsbeschluss vom 6. Februar 2017 ab (act. 18 = act. 25 = act. 27).

4. Mit Eingabe vom 27. Februar 2017 erhob der Gläubiger rechtzeitig (act. 19/3 i.V.m. act. 26) Beschwerde gegen den Beschluss der Vorinstanz und stellte folgende Anträge (act. 26 S. 2):

- "1. Der Zirkulationsbeschluss des Bezirksgerichtes Zürich, 1. Abteilung, als untere kantonale Aufsichtsbehörde über Betreibungsämter vom 6. Februar 2017 (Geschäfts-Nr. CB160132-L/U) sowie die Verfügung des Betreibungsamtes Zürich 1 vom 21. September 2016 (in Sachen Arrest Nr. 2 / Betreibung Nr. 1) seien aufzuheben.
2. Es sei das Betreibungsamt Zürich 1 anzuweisen, sowohl hinsichtlich des von der Beschwerdegegnerin geltend gemachten Verrechnungsrechts als auch hinsichtlich des von der Beschwerdegegnerin geltend gemachten Pfandrechts ein Widerspruchsverfahren durchzuführen.
3. Es sei das Betreibungsamt Zürich 1 anzuweisen, sowohl hinsichtlich des von der Beschwerdegegnerin geltend gemachten Verrechnungsrechts als auch hinsichtlich des von dieser geltend gemachten Pfandrechts – mithin hinsichtlich beider Ansprachen der Beschwerdegegnerin – in beiden Fällen jeweils der Beschwerdegegnerin die Klägerrolle zuzuweisen und demnach (nach Art. 107 SchKG) *der Beschwerdegegnerin* Frist zur Klage anzusetzen."

5. In prozessualer Hinsicht ersuchte der Gläubiger um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 26 S 2). Mit Verfügung vom 2. März 2017 kam die Kammer dem nach und setzte der Bank Frist zur Stellungnahme zum prozessualen Antrag (act. 29). Mit Eingabe vom 13. März 2017 teilte die Bank mit, dass sie keine Einwände gegen die Erteilung der aufschiebenden Wirkung habe (act. 31).

6. Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 1-23). Von der Einholung einer Vernehmlassung und Stellungnahme zur Sache wurde abgesehen (Art. 20a Abs. 3 SchKG i.V.m. § 18 EG SchKG i.V.m. § 84 GOG i.V.m. Art. 322 sowie Art. 324 ZPO). Die Sache ist spruchreif. In prozessualer Hinsicht und in Nachachtung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Informationsobliegenheit bei Änderung des Spruchkörpers (BGer, 4A_430/2016 vom 7. Februar 2017, E. 2.1 m.w.H.) ist noch zu bemerken, dass die Kammer die weitere Prozessleitung mit Verfügung vom 2. März 2017 an Ersatzoberrichter lic. iur. H. Meister delegierte (act. 29 S. 4). Ersatzoberrichter lic. iur. H. Meister ist infolge eines Funktionswechsels nicht mehr vollamtlich auf der Kammer tätig, weshalb neu Ersatzoberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller im Spruchkörper mitwirkt.

II.

1. Die Vorinstanz führte zur Begründung ihres Entscheids im Wesentlichen – auf die Details ist nachfolgend einzugehen – aus, dass das Widerspruchsverfahren (Art. 106-109 SchKG) auch im Arrest zur Anwendung komme. Das Verfahren diene der Klärung, ob ein Dritter bessere Rechte an den mit Arrest belegten Gegenständen habe. Bestreite ein Dritter aber den Bestand oder die Höhe der Forderung oder des Arrestgegenstands an sich – so insbesondere durch Tilgung der Forderung durch Verrechnung – finde kein Widerspruchsverfahren statt. Dafür werde die Forderung als bestritten in den Arrest aufgenommen. Soweit die Bank Verrechnung geltend mache, sei das Vorgehen des Betreibungsamtes (Absehen von einem Widerspruchsverfahren) somit nicht zu beanstanden (act. 25 S. 5 f.). Hinsichtlich der Pfandansprache habe das zuständige Betreibungsamt gestützt auf den Rahmenkreditvertrag davon ausgehen dürfen, dass der Bank ein Pfandrecht an den mit Arrest belegten Vermögenswerten zustehe. Darin bzw. in den dazugehörigen AGB sei nämlich vereinbart worden, dass die Tochtergesellschaft der Bank ein Pfandrecht an sämtlichen Forderungen gewähre, die die Tochtergesellschaft gegenüber der Bank habe. Es sei daher gerechtfertigt, die Klägerrolle im Widerspruchsverfahren nach Art. 108 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG dem Gläubiger zuzuweisen (act. 25 S. 6-10).

2. Auf den Weiterzug einer betreibungsrechtlichen Aufsichtsbeschwerde an eine obere kantonale Aufsichtsinstanz sind nebst Art. 20a Abs. 2 SchKG – gestützt auf Art. 20a Abs. 3 SchKG i.V.m. § 18 EG SchKG und §§ 83 f. GOG – sinngemäss die Art. 319 ff. ZPO als kantonales Recht anwendbar (vgl. dazu Jent-Sørensen, Das kantonale Verfahren nach Art. 20a Abs. 3 SchKG: ein Relikt und die Möglichkeit einer Vereinheitlichung, BISchKG 2013 89 ff., S. 103, sowie ZR 110/2011 Nr. 78, S. 244). Mit der Beschwerde können (a) die unrichtige Rechtsanwendung und/oder (b) die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO).

3.

3.1. Der Gläubiger beanstandet, dass die Vorinstanz Art. 107 SchKG unrichtig angewandt, den Sachverhalt offensichtlich unrichtig festgestellt sowie sein rechtliches Gehör verletzt habe (act. 26 S. 3). Sie lasse völlig ausser Acht, dass die Bank seit Anfang Februar 2016 vom Arrest Kenntnis hatte. Erst rund acht Monate später und nach Durchführung des aufwändigen Arresteinspracheverfahrens habe die Bank ihr angebliches Verrechnungs- und Pfandrecht am 2. September 2016 geltend gemacht. Ein solch grundlos langes Zuwarten sei rechtsmissbräuchlich, weshalb die Verrechnungs- und Pfandrechte verwirkt seien (act. 26 S. 11).

3.2. Nach Art. 275 SchKG finden die Bestimmungen über die Pfändung (Art. 91–109 SchKG) im Arrestvollzug sinngemäss Anwendung. Zu diesen Vorschriften gehören insbesondere diejenigen über das Widerspruchsverfahren (Art. 106–109 SchKG; SemJud 122/2000, S. 329 ff.). Die Eröffnung eines Widerspruchsverfahrens setzt indes voraus, dass das Betreibungsamt vom Dritten über seinen Anspruch unterrichtet wird (statt vieler: BGE 104 III 42, E. 2). Die Geltendmachung des Drittanspruches ist an keine bestimmte Frist gebunden, hat nach dem Grundsatz von Treu und Glauben aber innert nützlicher Frist zu erfolgen. Auch beim Arrest hat der Gläubiger nämlich ein berechtigtes Interesse daran, möglichst früh zu wissen, ob Drittansprüche an den beschlagnahmten Vermögensstücken bestehen. Nur so kann er ermessen, ob sich für ihn die mitunter aufwändige und kostenintensive Prosequierung des Arrestes überhaupt lohnt oder ob er davon abse-

hen soll, da er mit dem nachträglichen Wegfall des Vollstreckungssubstrats zu rechnen hat (BGE 104 III 42, E. 4b). Verzögert der Drittsprecher seine Anmeldung daher ohne beachtlichen Grund in rechtsmissbräuchlicher Weise, so verwirkt er sein Anmelderecht (BGE 120 III 123, E. 2a m.w.H.; BGer, 5A_586/2014 vom 17. September 2014, E. 5.2 m.w.H.; siehe ferner Ergänzungsband BSK SchKG-Staehelin, Art. 106 ad N 23 a sowie KuKo SchKG-Rohner, 2. Aufl. 2014, Art. 106 N 15 mit zahlreichen Hinweisen).

3.3. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung besteht für den Dritten aber kein Anlass, die Drittsprache anzumelden, solange der Arrestvollzug noch nicht rechtskräftig geworden ist (BGE 114 III 92, E. 1c; 112 III 59, E. 2 m.w.H.; vgl. dahingehend auch BGE 109 III 18, E. 1 [=Pra 72/1983 Nr. 126] sowie Ergänzungsband BSK SchKG-Staehelin, Art. 106 ad N 23a), namentlich wenn das Einspracheverfahren noch nicht erledigt ist (Artho von Gunten, Die Arresteinsprache, Zürich 2001, S. 155). Bis dahin ist ein Drittsprecher nicht gehalten, Vorkehrungen im Hinblick auf ein Widerspruchsverfahren zu treffen (BGE 114 III 92, E. 1c a.E.; BGer, 5A_25/2014 vom 28. November 2014, E. 5.2; vgl. zum Ganzen Kren Kostkiewicz, SchKG Kommentar, 19. Aufl. 2016, Art. 106 N 44 f.).

3.4. Es trifft zu, dass der Bank der (vorläufige) Arrestbeschluss – namentlich auch auf den beiden bei ihr geführten Konten der Tochtergesellschaft – seit Anfang Februar 2016 bekannt war (act. 14 S. 6). Aus dem 71 Seiten langen Einspracheentscheid vom 29. Juli 2016 ergibt sich weiter, dass ein aufwändiges und von der Problemstellung her komplexes Arresteinspracheverfahren durchgeführt wurde (act. 28/5). Es ist deshalb nachvollziehbar, nimmt der Gläubiger am Umstand Anstoss, dass die Bank ihr Pfandrecht erst am 2. September 2016 anmeldete (act. 15/15). Erst mit Ablauf der Rechtsmittelfrist des Einspracheentscheids (act. 2/6 = act. 28/5) wurde indes klar, dass der Arrestbeschluss nicht nur vorläufig ist, sondern aufrechterhalten bleibt. Der Bank wurde dies mit Schreiben vom 18. August 2016 mitgeteilt (act. 15/14). Ab diesem Zeitpunkt war sie gehalten, ihre Drittsprache geltend zu machen. Der Zeitraum vom 18. August 2016 bis zum 2. September 2016 erscheint nicht als übermässiges Zuwarten. Zuvor bestand kein zwingender Anlass, einen unter Umständen nutzlosen und kostspieligen Wi-

derspruchsprozess heraufzubeschwören (BGE 104 II 42, E. 3; vgl. Ziff. II./3.3). Dies gilt besonders im vorliegenden gesetzlichen Ausnahmefall eines Durchgriffarrestes (vgl. dazu OGer ZH, NN040028 vom 13. April 2004, E. 10), bei dem die rechtliche Selbständigkeit der Tochtergesellschaft von der Schuldnerin für die Zurechnung der Vermögenswerte nach Art. 272 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG ausser Acht gelassen wird und an den entsprechend strenge Voraussetzungen geknüpft sind (Kren Kostkiewicz, a.a.O., Art. 271 N 14 m.w.H.; siehe ferner BGer, 5P.1/2007 vom 20. April 2007, E. 3.2 oder BGer, 5A_587/2007 vom 28. Februar 2008, E. 2 m.w.H.). Es erschien fraglich, ob der Gläubiger im Einspracheverfahren die Durchgriffsvoraussetzungen wird hinreichend glaubhaft machen können (vgl. nur act. 28/5 S. 48 ff.). Eine Verwirkung des Drittanspracherechts im Bezug auf das Pfandrecht kann damit – entgegen der Ansicht des Gläubigers – nicht angenommen werden. Zum Verrechnungsrecht wird auf die nachfolgende Erwägung verwiesen (vgl. Ziff. 4).

4.

4.1. Die Vorinstanz hielt hinsichtlich der Verrechnung im Wesentlichen fest, dass diese nicht Gegenstand eines Widerspruchsprozesses sein könne (act. 25 S. 5 f.; vgl. ferner Ziff. II./1). Der Gläubiger wendet dazu Folgendes ein (act. 26 S. 9 f.): Die Vorinstanz habe verkannt, dass die Bank ihr Verrechnungsrecht nicht gegenüber der Schuldnerin sondern gegenüber deren Tochtergesellschaft geltend mache. Sie nehme damit pauschal an, dass die verarrestierten Vermögenswerte der Tochtergesellschaft gehören würden und die Verrechnung ohne Weiteres zulässig sei. Es gehe aber vorliegend nicht ausschliesslich um den Bestand der Forderung, sondern gerade auch um die Frage, *wem* die Forderung zustehe. Stünde sie nämlich – wie auch im Urteil vom 29. Juli 2016 festgehalten (act. 28/5) – der Schuldnerin zu, so wäre die Verrechnung mangels Gegenseitigkeit der Forderungen unzulässig. Da dem Gläubiger ein Widerspruchsverfahren hinsichtlich der Verrechnung verwehrt werde, verunmöglichten es ihm die Behörden, den von der Bank behaupteten Verrechnungsanspruch in einem gerichtlichen Verfahren klären zu lassen, was sein rechtliches Gehör verletze (act. 26 S. 9 f.).

4.2. Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, kann hinsichtlich der allgemeinen Ausführungen zum Gegenstand eines Widerspruchsverfahrens und der Verrechnung auf die zutreffende Erwägung der Vorinstanz verwiesen werden (act. 25 S. 5, Erw. 4.1). Es ist hervorzuheben, dass das Widerspruchsverfahren einzig der Abklärung dient, ob einem Dritten am gepfändeten bzw. mit Arrest belegten Gegenstand Eigentum, ein Pfandrecht oder ein anderes Recht zusteht, das der Pfändung bzw. dem Arrestbeschluss entgegensteht (Art. 275 i.V.m. Art. 106 Abs. 1 SchKG; vgl. Ziff. II./3.2). Eine Drittschuldnerin, welche Verrechnung geltend macht, bringt zum Ausdruck, dass sie die Forderung im Umfang der Gegenforderung als getilgt betrachte. Sie behauptet damit nicht, die verarrestierte Forderung stehe ihr und nicht jemand anderem zu, was auch die Vorinstanz zutreffend festhielt (act. 25 S. 5; siehe ferner BGE 120 III 18, E. 4). Vielmehr bestreitet sie den Bestand der mit Arrest belegten Forderung und damit den Bestand des verarrestierten Vermögenswerts an sich (Art. 272 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG). Das Vorliegen der Grundvoraussetzungen eines Arrestes ist aber Gegenstand des Arresteinspracheverfahrens, nicht des Widerspruchsverfahrens (BGE 120 III 18, E. 4 sowie BGer, 5A_483/2008 vom 29. August 2008, E. 5.3; siehe ferner Kren Kostkiewicz, a.a.O., Art. 287 N 7 f.; Artho von Gunten, a.a.O., S. 85 ff.). Es ist daher nicht zu beanstanden, dass hinsichtlich der von der Bank geltend gemachten Verrechnung kein Widerspruchsverfahren durchgeführt wird.

4.3. Daran vermögen auch die Ausführungen des Gläubigers nichts zu ändern: Es trifft zwar zu, dass Forderungen gegenseitig sein müssen, um verrechnet werden zu können (Art. 120 Abs. 1 OR). Das bedeutet jedoch nicht, dass ein Widerspruchsverfahren durchzuführen ist, wenn die Gegenseitigkeit bestritten wird, wie dies der Gläubiger vorbringt (act. 26 S. 9 f.). Das behauptete Fehlen einer Verrechnungsvoraussetzung verändert den Einwendungscharakter und damit auch den Prozessgegenstand (Fehlen von Arrestgegenständen und damit einer Arrestvoraussetzung) nicht. Es bleibt dabei, dass für eine Verrechnung kein Widerspruchsverfahren angestrengt werden kann. Das rechtliche Gehör wird dem Gläubiger dadurch nicht verweigert. Der Verrechnungsstreit kann zur Beurteilung gebracht werden, zwar nicht im Widerspruchs-, dafür aber im Einspracheverfahren. Das Vorbringen des Gläubigers, dass der Verweis des Betreibungsamts auf

die – im Arrest noch nicht anwendbare – Verwertungsregelung in Art. 131 Abs. 2 SchKG (act. 2/1) zur gerichtlichen Beurteilung der Verrechnung nichts beitrage (act. 26 S. 10), mag zutreffen, ist aber insofern unerheblich, als das Einspracheverfahren offensteht. Ob die Bank bereits rechtzeitig ein dahingehendes Verfahren beim zuständigen Gericht anhängig gemacht hat, entzieht sich der Kenntnis der Kammer und ist auch nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Es ist allerdings nicht unrechtmässig und schadet auch nicht, wenn der Arrestgegenstand vom Betreibungsamt bei Bestreitung des Verrechnungsrechts durch den Gläubiger einstweilen als bestrittenes Guthaben aufgenommen wird, um so zu signalisieren, dass der Gläubiger nicht damit einverstanden ist, dass das angebliche Verrechnungsrecht der Arrestierung und der späteren Pfändung vorgehen soll.

5.

5.1. Der Gläubiger macht weiter geltend, dass sich die Vorinstanz hinsichtlich der Parteirollenverteilung für den Widerspruchprozess damit begnügt habe, einzig den ins Recht gelegten Pfandvertrag einer summarischen Prüfung zu unterziehen. Dabei hätte sie sämtliche relevanten Sachverhaltselemente prüfen müssen. Die Vorinstanz habe vollständig ausgeblendet, dass die Voraussetzungen eines Durchgriffarrestes gegeben waren. Wäre das Arrestgericht nicht zur Ansicht gelangt, dass die wirtschaftliche Berechtigung an den verarrestierten Vermögenswerten bei der Schuldnerin liege, so hätten die betreffenden Vermögenswerte nicht mit Arrest belegt werden können. Es sei nicht nachvollziehbar, dass dies bei der Parteirollenverteilung unberücksichtigt geblieben sei. Insbesondere sei nicht ersichtlich, weshalb eine summarische Prüfung des Pfandvertrags beweistech-nisch aussagekräftiger sein soll, als der vom Arrestgericht ebenfalls summarisch geprüfte Sachverhalt (act. 26 S. 10-14).

5.2. Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, kann wiederum auf die zutref-fenden Erwägungen der Vorinstanz – diesmal zu den allgemeinen Regeln der Parteirollenverteilung im Widerspruchsverfahren – verwiesen werden (act. 25 S. 6 f., Erw. 5.1–5.4). Auch der Gläubiger anerkennt, dass für die Zuteilung der Parteirollen nach Art. 107 oder Art. 108 SchKG bei verarrestierten Forderungen nicht

auf den (Mit-)Gewahrsam, sondern auf die grössere Wahrscheinlichkeit der materiellen Berechtigung abzustellen ist. Ebenso räumt der Gläubiger ein, dass das Betreibungsamt bzw. die Aufsichtsbehörden lediglich eine summarische Prüfung der Sach- und Rechtslage vorzunehmen haben und grundsätzlich auf den äusseren Anschein abstellen dürfen (act. 26 S. 11 m.w.H.), ohne sich auf eine nähere Untersuchung der materiellen Rechtslage einzulassen (BGE 88 III 55, E. 1; 88 III 125, 127; 110 III 115, E. 1; 120 III 83, E. 3b [= Pra 84/1995 Nr. 108] sowie insbes. BGE 123 III 367, E. 3b [= Pra 86/1997 Nr. 174]). Es ist denn auch nicht die Aufgabe dieser Behörden, die Glaubhaftmachung der Forderung, das Vorliegen eines Arrestgrundes und – insbesondere – die Zugehörigkeit der verarrestierten Vermögenswerte zu überprüfen (BGer, 5A_15/2013 vom 8. April 2014, E. 4.3).

5.3. Die Bank reichte sowohl dem zuständigen Betreibungsamt (act. 15/18 a.E.) als auch der Vorinstanz (act. 15/2) die Rahmenkreditvereinbarung zwischen ihr bzw. der B._____ AG und der Tochtergesellschaft vom 3. Oktober 2014 ein. Der Hinweis des Gläubigers, dass nicht die B1._____ AG sondern die B._____ AG die Vertragspartnerin und damit die einzig mögliche Pfandgläubigerin sei (act. 26 S. 11 f.), ist unbehelflich. Die B._____ AG ist die Rechtsvorgängerin der B1._____ AG. Sämtliche Vertrags- und Vermögensbeziehungen – und damit auch das im Streit liegende Rechtsverhältnis – gingen nach den Regeln der Vermögensübertragung (Art. 69 ff. FusG) im Frühling 2015 auf die Bank (B1._____ AG) über (act. 15/3 f.). Die Rahmenkreditvereinbarung verweist in Ziffer 14.1 auf ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), welche sie zu einem integrierenden Bestandteil der Kreditvereinbarung erklärt (act. 15/18 sowie act. 15/2, jeweils S. 5). Die Bank reichte die AGB zu den Akten (act. 15/6 f.). Die streitige Bestimmung lautet wie folgt:

"5. Pfand- und Verrechnungsrecht

B._____ hat an allen Vermögenswerten, die sie auf Rechnung des Kunden bei sich oder anderswo aufbewahrt, wie auch an allen Forderungen des Kunden gegen sie ein Pfandrecht.

B._____ hat für ihre Ansprüche aus der Geschäftsbeziehung mit dem Kunden unabhängig von Fälligkeit und Währung ein Verrechnungsrecht an allen Forderungen des Kunden gegenüber B._____. Dies gilt auch für Kredite und Darlehen mit oder ohne spezielle Sicherheiten.

B._____ ist zur freien oder zwangsrechtlichen Verwertung der Pfänder berechtigt, sobald der Kunde mit seiner Leistung in Verzug ist."

5.4. Die Vorinstanz wies zutreffend darauf hin, dass die fragliche Bestimmung sowohl in der Ausgabe 2012 (act. 15/6) als auch in der Ausgabe 2015 (act. 15/7) gleich lautet. Es ist darum unerheblich, welche Version im Zeitpunkt des Arrestvollzugs Geltung hatte (act. 25 S. 9). Prima vista – und dies ist für die Beurteilung hinsichtlich der Parteirollenverteilung im Widerspruchsprozess massgebend (vgl. Ziff. II./5.2) – ergibt sich aus den Akten der äussere Anschein eines bestehenden Pfandrechts. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Klägerrolle im anstehenden Widerspruchsprozess dem Gläubiger zuwies. Die Aktenlage mit der Rahmenkreditvereinbarung ist hinreichend klar und spricht für die bessere materielle Berechtigung der Bank. Daran vermögen auch die Ausführungen des Gläubigers vor der Kammer nichts zu ändern. Es kann hierzu auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden, in denen sie sich bereits mit den Argumenten des Gläubigers auseinandersetzte (act. 25 S. 9 f.). Insbesondere schadet es nicht, dass sich die Vorinstanz nicht auf die Erwägungen im Einspracheentscheid über die Zurechnung der Vermögenswerte stützte.

5.5. Der Gläubiger übersieht, dass das Einspracheverfahren eine rein betriebsrechtliche Streitigkeit ist, welche weder hinsichtlich der Arrestforderung noch hinsichtlich der Sachlegitimation am Arrestgut eine res iudicata schafft (Artho von Gunten, a.a.O., S. 118 f. m.w.H.; vgl. auch Vock/Müller, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, Zürich 2012, S. 302 m.w.H.). Der definitive Entscheid wird in einem späteren Verfahren gefällt werden. Für die bloss summarische Prüfung zur Parteirollenverteilung (vgl. Ziff. II./5.2) erweist sich der Rückgriff auf Erwägungen des Einspracheentscheids, um einen durch die Akten ausgewiesenen Pfandvertrag zu Fall zu bringen, deshalb als problematisch. Dies gilt besonders im vorliegenden Fall, in welchem die Zurechnung der Vermögenswerte von der Tochtergesellschaft an die Schuldnerin im Einspracheverfahren einzig über die Annahme des Ausnahmetatbestands eines Durchgriffs zu Stande kam. Der fragliche Entscheid setzt sich über mehrere Seiten und unter Einbezug mehrerer Belege mit der Problematik auseinander (act. 28/5 S. 48 ff.). Eine dahingehende, analoge Prüfung würde die (engen) Schranken der Prüfungsbefugnis für die Verteilung der Parteirollen im Widerspruchsverfahren sprengen.

5.6. Es gilt weiter besonders hervorzuheben, dass die Bank nicht in das Einspracheverfahren involviert war und sich zur wirtschaftlichen Zurechnung der Vermögenswerte an die Schuldnerin oder die Tochtergesellschaft nicht äussern konnte und auch nicht musste. Es verbietet sich daher, die Erwägungen des Einspracheentscheids unbesehen in den Entscheid über die Parteirollenverteilung im Widerspruchsverfahren zu übertragen und in das bisher nicht thematisierte Vertragsverhältnis der Bank zur Tochtergesellschaft einzubeziehen. Auch wenn es sein mag, dass ein eingehendes Widerspruchsverfahren ein anderes Ergebnis hinsichtlich des Bestands des Pfandrechtes bzw. der Zurechnung der Vermögenswerte hervorbringen könnte, erweist es sich nach dem Gesagten und zusammenfassend deshalb als rechtmässig, dass die Klägerrolle dem Gläubiger zugewiesen worden ist. Der vorinstanzliche Entscheid ist nicht zu beanstanden.

6. Der Gläubiger bringt auch sonst nichts Stichhaltiges vor, was am bislang gewonnenen Ergebnis etwas zu ändern vermöchte. Es ist insbesondere unerheblich, dass für sämtliche Forderungen der Bank gegenüber der Tochtergesellschaft zwei Garantien der D. _____ [Bank] über USD 2'000'000.– sowie USD 700'000.– als Sicherheiten haften sollen. Dies mag – wie der Gläubiger ausführt (act. 26 S. 14) – eine Spezialvereinbarung sein. Es ist darin indes eine zusätzliche Sicherheitsabrede zu sehen, die neben das Pfandrecht tritt und dieses nicht etwa verdrängt, wie der Gläubiger bemerkt (act. 26 S. 14). Entsprechend ist die Beschwerde abzuweisen.

III.

Mit dem heutigen Entscheid entfällt die der Beschwerde mit Verfügung vom 2. März 2017 einstweilen erteilte aufschiebende Wirkung (act. 29). Die von den Aufsichtsbehörden nach Massgabe von Art. 36 SchKG angeordnete aufschiebende Wirkung führt dazu, dass der vom Betreibungsamt angeordnete Fristenlauf nach Beendigung der Aufschiebung von neuem beginnt (BGE 123 III 330, E. 2). Die Vorinstanz traf bereits eine entsprechende Anordnung und erwähnte, dass dem Gläubiger die mit Verfügung vom 21. September 2016 "angesetzte Frist zur

Klage auf Aberkennung des Drittanspruchs" ab Zustellung ihres Entscheids neu zu laufen beginne (act. 25 S. 11 f., Dispositivziffer 3). Dabei muss die Vorinstanz sowohl das geltend gemachte Verrechnungs- als auch das Pfandrecht unter dem Begriff des Drittanspruchs zusammengefasst und als Einheit verstanden haben. Der Klarheit halber ist die Fristansetzung zur Klageerhebung hinsichtlich des Pfandrechts neu anzusetzen. Von einer Fristansetzung hinsichtlich des Verrechnungsrechts ist mangels Zuständigkeit des Betreibungsamts für weitergehende Vorkehrungen in dieser Sache dagegen abzusehen.

IV.

Das Beschwerdeverfahren ist kostenlos (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG sowie Art. 61 Abs. 2 GebV SchKG). Parteientschädigungen dürfen in diesem Verfahren nicht zugesprochen werden (Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Dem Beschwerdeführer läuft die ihm mit Verfügung des Betreibungsamtes Zürich 1 vom 21. September 2016 angesetzte Frist von 20 Tagen zur Klage auf Aberkennung des Pfandanspruchs im Arrest Nr. 2 neu ab Zustellung dieses Entscheids.
3. Es werden keine Kosten erhoben.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin zuhanden E._____, Managing Director, sowie F._____, Executive Director, und unter Beilage des Doppels von act. 26 sowie unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten an das Bezirksgericht Zürich, 1. Abteilung, sowie an das Betreibungsamt Zürich 1, je gegen Empfangsschein.

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 10 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um einen Entscheid der kantonalen Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen im Sinne von Art. 74 Abs. 2 lit. c BGG.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw P. Klaus

versandt am: