

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS110160-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth.

## Urteil vom 24. Juli 2012

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG,**

Klägerin, Arrestgläubigerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Fürsprecher B.\_\_\_\_\_

und / oder Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

**C.\_\_\_\_\_,**

Beklagter, Arrestschuldner und Beschwerdegegner,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_

betreffend **Arresteinsprache**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirkes Zürich vom 22. August 2011 (EQ110138)

## Erwägungen:

### I.

1. Im vorliegenden Verfahren geht es um den ursprünglich von der Vorinstanz angeordneten Arrest über die Forderungssumme von Fr. 1'408'231.06 (USD 1'683'822.25 z.K. von 0.83633) nebst Zins wegen eines Kredites und gestützt auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG (act. 8/6). Dagegen erhob der Beschwerdegegner bei der Vorinstanz Einsprache (act. 1-17).

2. Mit Urteil vom 22. August 2011 (act. 19 = act. 21) wurde die Arresteinsprache gutgeheissen und der Arrestbefehl vom 15. Juni 2011 (Gesch.-Nr. EQ110129; Arrest-Nr. ... des Betreibungsamtes D.\_\_\_\_\_) auf den unbenützten Ablauf der Beschwerdefrist oder nach Abschluss des obergerichtlichen Verfahrens hin aufgehoben, falls das Obergericht nichts anders anordne.

3. Dagegen führt die Arrestgläubigerin und Beschwerdeführerin (nachfolgende Beschwerdeführerin) am 6. September 2011 rechtzeitig Beschwerde. Sie stellte folgende Anträge (act. 20 S. 2):

1. Das angefochtene Urteil sei aufzuheben und es sei die Einsprache des Beschwerdegegners gegen den Arrestbefehl vom 15. Juni 2011 mit Geschäfts Nr. EQ110129, Arrest-Nr. ... des Betreibungsamtes D.\_\_\_\_\_, vollumfänglich abzuweisen.
2. Eventualiter sei das angefochtene Urteil aufzuheben und es sei die Sache zur Neuentscheidung im Sinne von Ziff. 1 hiervor an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MwSt) zu Lasten des Beschwerdegegners“.

Mit Verfügung vom 7. September 2011 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 20 S. 2; act. 22 S. 2) und mit einer weiteren Verfügung vom 13. September 2011 ein Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 6'000.-- erhoben (act. 24 S. 2), welcher rechtzeitig geleistet wurde (act. 28). Die Beschwerdeführerin ersuchte alsdann um Verfahrenssistierung bis zum 15. November 2011 (act. 29), was bewilligt wurde (act. 30 S. 2). Bewilligt wurden auch die weiteren Sistierungsgesuche (act. 32) bis zum 15. Dezember 2011 (act. 33) sowie bis zum 31. Januar 2012 (act. 35, act. 37). Mit Schreiben vom 29. Feb-

ruar 2012 (act. 39) wies die Beschwerdeführerin auf die Möglichkeit einer Einigung in den kommenden drei Wochen hin (act. 39). Am 12. April 2012 wurde dem Beschwerdegegner Frist zur Beschwerdeantwort angesetzt (act. 40), welche am 16. April 2012 entgegengenommen wurde; die am 26. April 2012 der Post übergebene Beschwerdeantwort ist rechtzeitig eingereicht worden (act. 42). Die Beschwerdeantwort wurde der Beschwerdeführerin zugestellt (act. 45). Mit Datum vom 14. Juni 2012 (Poststempel) ging seitens der Beschwerdeführerin und unter Bezugnahme auf die Praxis des „letzten Wortes“ eine als „Replik“ bezeichnete Eingabe ein (act. 46). Diese Stellungnahme wurde dem Beschwerdegegner zugestellt (act. 47). Ausserdem ergab sich, dass die Vollmachten des Beschwerdegegners nicht originalunterzeichnet waren und ausserdem die kopierte Unterschrift nicht zweifelsfrei zugeordnet werden konnte. Mit Verfügung vom 26. Juni 2012 wurde dem Beschwerdegegner Gelegenheit zur Verbesserung dieses Mangels gegeben (act. 48, act. 50 S. 4, act. 51/16, act. 51/17).

4. Der Beschwerdegegner reichte in der Folge, am 5. Juli 2012, eine „Duplik“ ein (act. 50) und macht in dieser geltend, die unaufgefordert eingereichte „Replik“ der Beschwerdeführerin sei verspätet und daher aus dem Recht zu weisen (act. 50 S. 4 ff. Rz 11 ff.).

Unstreitig ist, dass unter dem Aspekt des „letzten Wortes“ Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben und dass das Recht auf eine Stellungnahme umgehend (vgl. BGE 133 I 100 E. 2.2) wahrzunehmen ist. Das bedeutet, dass das Gericht – nach der Zustellung zur Kenntnisnahme – gehalten ist, eine angemessene Zeitspanne mit dem Entscheid zuzuwarten. Weniger klar ist, ob eine Stellungnahme – sofern der gerichtliche Entscheid aus welchen Gründen auch immer noch nicht gefällt wurde – auch später noch entgegen zu nehmen ist, auch wenn die angemessene Dauer des Abwartens inzwischen (längst) verstrichen ist. Die Formulierung in BGE 133 I 98 E. 2.2, dass das Bundesgericht „mit der Entscheidung zu(wartet), bis es annehmen darf, der Adressat habe auf eine weitere Eingabe verzichtet“, beantwortet diese Frage nicht. Klarer erscheint die Meinung des Bundesgerichts in BGer 4A\_410/2011 E. 4.1, wo ausgeführt wird: „Die Partei, die eine Stellungnahme zu einer ihr zur Kenntnisnahme zugestellten Vernehmlassung für

erforderlich hält, muss diese grundsätzlich unverzüglich einreichen oder beantragen, ansonsten davon auszugehen ist, sie verzichte auf eine Stellungnahme (BGE 133 I 100 E. 4.8; 132 I 42 E. 3.3.3. und 3.3.4 S. 47)“. Das erstgenannte Zitat unterscheidet sich insofern vom zweiten, als es sich auf die Wartefrist bezieht (mit der Entscheidung zuwarten), während das zweite Zitat ganz allgemein von der Annahme eines Verzichts ausgeht, was auf eine Präklusion unabhängig von der Entscheidung hindeutet. Eindeutig geäussert hat sich das Kassationsgericht des Kantons Zürich (publiziert in ZR 107/2008 Nr. 22). Danach ist eine Stellungnahme zu Eingaben der Gegenseite innert zehn Tagen zu erstatten, andernfalls diese nicht mehr beachtlich und aus dem Recht zu weisen ist. Soweit man sich dieser Ansicht anschliessen will, müssen zehn Tage im summarischen Verfahren jedenfalls ausreichen, weil hier die regulären Rechtsmittelfristen auf die Dauer von zehn Tagen beschränkt sind. Die Frage, wie es sich mit der Entgegennahme nicht umgehend erstatteter Eingaben verhält, entscheidet sich letztlich daran, ob die kurze Dauer der Frist als Instrument der Verfahrensbeschleunigung gesehen wird, was – wenn noch nicht entschieden ist – eine spätere Beachtlichkeit verzögerter Stellungnahmen nicht hindern würde. Wird hingegen eine Parallele zu den gesetzlichen (und üblichen richterlichen) Fristen gezogen, so ist es naheliegend, dass für das „letzte Wort“ nicht mehr Zeit zur Verfügung stehen kann als für eine „reguläre“ Äusserung. Bis zu einer abschliessenden Klärung der Frage bleibt die Kammer dabei, dass auch eine später eingereichte Stellungnahme dann noch beachtlich bleibt, wenn der Entscheid noch nicht gefällt ist.

Wäre die „Replik“ der Beschwerdeführerin aus dem Recht zu weisen, so müsste dies zur Folge haben, dass auch die „Duplik“ des Beschwerdegegners unbeachtlich wäre, obwohl diese unverzüglich erstattet worden ist. Da sich das letzte Wort immer nur auf die letzte Eingabe des Gegners beziehen kann, gäbe es nichts mehr, wozu der Beschwerdeführer Stellung beziehen könnte.

## II.

1. Umstritten ist, ob trotz der Vereinbarung eines Spezialdomizils in der Schweiz i.S.v. Art. 50 Abs. 2 SchKG der sog. „Ausländerarrest“ i.S.v. Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG zulässig bleibt, was die Vorinstanz ausschliesst (act. 19 S. 5). Für sie ist entscheidend, dass das Arrestrecht – jedenfalls vor der Einführung des neuen Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG – eine Gläubigergefährdung voraussetzt, die dann entfällt, wenn der Schuldner in der Schweiz betrieben werden kann (act. 19 S. 6). Den Parteien stehe es frei, vertraglich ein Spezialdomizil zu begründen. Sei dies geschehen, so gebe es keinen Grund, weshalb in diesen Fällen der Gläubiger durch Zulassung des Ausländerarrestes besser gestellt wäre als ein Gläubiger, der einen Schuldner mit Wohnsitz in der Schweiz an seinem ordentlichen Betreibungsort verfolge (act. 19 = act. 21 S. 7).

2. In der Beschwerdebeurteilung rügt die Beschwerdeführerin, dass die Vorinstanz Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG falsch angewendet habe. Zudem habe sie vorinstanzlich geltend gemacht, dass die Vereinbarung der Parteien (allgemeine Geschäftsbedingungen Version 2000), mit der das Spezialdomizil gemäss Art. 50 Abs. 2 SchKG begründet worden sei, so auszulegen sei, wie wenn das Spezialdomizil nicht vorgesehen worden wäre (act. 20 Rz 14), da die genannte Vereinbarung auf die grösstmögliche Sicherung der Beschwerdeführerin abziele. Mit diesem Argument habe sich die Vorinstanz nicht genügend auseinandergesetzt, was eine Rechtsverletzung sei (act. 20 Rz 5). Zusätzlich habe der Beschwerdegegner vor Vorinstanz den Standpunkt vertreten, dass die Forderung nicht glaubhaft sei. Er versuche eine Gegenforderung zu konstruieren, um diese eventualiter mit der Arrestforderung zu verrechnen (act. 20 Rz 12). In seiner Eingabe vom 19. August 2011 habe sich der Beschwerdegegner dann allerdings nicht mehr zur Gegenforderung geäussert (act. 20 Rz 15). Die Beschwerdeführerin äussert sich alsdann einlässlich zur Dogmatik hinsichtlich Spezialdomizil und Arrest (act. 20 Rz 17 ff.). Tatsächlich seien es nur drei Autoren, die den Ausschluss des Arrestes in der gegebenen Situation begründen würden (act. 20 Rz 20). Dabei werde übersehen, dass es nicht nur um einen Betreibungsort in der Schweiz gehe, sondern dass dem Arrest insbesondere eine Sicherungsfunktion zukomme (act. 20 Rz 20).

S. 9). Ausserdem werde ein Gerichtsstand in der Schweiz geschaffen (Art. 4 IPRG). Warum eine Gesetzesbestimmung mit den geringeren Schutzwirkungen diejenige mit den weiteren Schutzwirkungen ausschliessen solle, sei nicht ersichtlich (act. 20 Rz 21 S. 10). Die Sicherungsfunktion von Vollstreckungssubstrat sei in der heutigen Zeit wegen der veränderten technischen Möglichkeiten wesentlicher denn je (act. 20 Rz 21 S. 10). Die vom Beschwerdegegner angerufene Unklarheitenregel sei hier nicht einschlägig. Aus der Unterscheidung der Schuldnergruppen sei – entgegen der Dissertation von Mattmann, auf den sich die Vorinstanz beziehe – nichts abzuleiten. Sie übersehe, dass Art. 50 Abs. 2 SchKG lediglich einen Betreuungsort und keinen Gerichtsstand in der Schweiz begründe. Die vollstreckungsrechtliche Gefährdung bei Schuldnern mit ausländischem Wohnsitz sei offensichtlich und werde durch die Betreuungsmöglichkeit am Spezialdomizil nicht substituiert. Die Vorinstanz missverstehe auch den von ihr zitierten Autor Stoffel, der mit „Vollstreckungssubstrat“ das meine, womit am ordentlichen Betreibungsstand gemeinhin gerechnet werden müsse. Mit der Vereinbarung eines Spezialdomizils solle die Position der Gläubigerseite gestärkt und sicherlich nicht geschwächt werden (act. 30 Rz 34, Rz 37). Ein Betreuungsort werde ohnehin begründet, wenn ein Arrest gelegt werde (act. 20 Rz 32). Ziff. 16 der AGB (Fassung 2000) bezwecke die bestmögliche Sicherung der Beschwerdeführerin (act. 20 Rz 37).

3. Der Beschwerdegegner, welcher unter Kosten- und Entschädigungsfolgen die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils, eventualiter die Aufhebung des Arrestbefehls verlangt (act. 42 S. 2), macht zusammengefasst Folgendes geltend: Anlass zum vorliegenden Verfahren sei ein früherer Rahmenkredit gewesen, welcher allerdings durch genügend Sicherheiten gedeckt gewesen sei (act. 42 Rz 12). 2009 habe die Beschwerdeführerin unrechtmässig das Konto der E. \_\_\_\_\_ Ltd. gesperrt. Die Sperrung halte bis heute an, obwohl Instruktionen des Beschwerdegegners vorliegen würden, um daraus den Rahmenkredit zu decken (act. 42 Rz 14). Am 17. Dezember 2009 habe der Beschwerdegegner eine Schuldanerkennung über Fr. 4.162 Mio. unterzeichnet, wovon derzeit noch Fr. 1'408'231.05 offen geblieben seien. Es sei zu verschiedenen Pfändungen anderer Konten gekommen, wobei bis heute nicht alle Pfänder eingelöst worden

seien (act. 42 Rz 15). Das verarrestierte Konto habe, wie sich erst im Laufe des Verfahrens herausgestellt habe, einen Negativsaldo von rund Fr. 1,15 Mio (act. 42 Rz 20). Anderes Vermögen gebe es bei der F. \_\_\_\_\_ Ltd. nicht (act. 42 Rz 20 f.). Ohne Vermögenswerte gebe es gemäss Art. 272 Ziff. 3 SchKG keinen Arrest (act. 42 Rz. 22), was ein zulässiges Novum sei (act. 42 Rz 24); dieser sei nichtig (act. 42 Rz 23). Das Gutachten von Prof. G. \_\_\_\_\_ vom 27. Juli 2011 sei lediglich ein Parteigutachten (act. 42 Rz 27). Es sprächen jedoch auch andere rechtliche Überlegungen gegen den Arrest, welche vom Bezirksgericht nicht berücksichtigt worden seien (act. 42 S. 7): Es seien dies: Fristversäumnis, Einrede der Pfandsicherung, Unzulässigkeit eines Parteigutachtens im summarischen Verfahren sowie offensichtliche Parteinahme des Gutachters zu Gunsten der Beschwerdeführerin.

Der Beschwerdegegner weist darauf hin, dass die Eingabe der Beschwerdeführerin vor Vorinstanz vom 2. August 2011 verspätet eingereicht worden sei, weil sie zu Unrecht von der Geltung der Betreibungsferien ausgegangen sei. Die Stellungnahme der Beschwerdegegnerin sei keine Betreibungshandlung, weil es sich um eine Gläubigerhandlung handle. Die Ergänzung zum Arrestbegehren sei daher verspätet erfolgt (act. 42 Rz 30 - 37).

Das vorinstanzliche Urteil berücksichtige die Einrede der Pfandsicherheit gemäss Arresteinsprache vom 27. Juni 2011 nicht. Die Beschwerdeführerin verschweige, dass ein zusätzliches Konto lautend auf die E. \_\_\_\_\_ Ltd. zu Gunsten der Beschwerdeführerin gepfändet sei. Dieses Pfand sei bisher aus nicht nachvollziehbaren Gründen unverwertet geblieben. Inzwischen besitze der Beschwerdegegner ein Email, das dies bestätige (act. 42 Rz 38 - 46). Wegen der erwähnten eigenmächtigen Kontosperrung werde ein Schaden geltend gemacht, der zur Verrechnung gebrachte werde.

Parteigutachten seien in Summarverfahren als Beweismittel unzulässig (act. 42 Rz 49 - 53). Das Parteigutachten argumentiere einseitig aus der Sicht der Beschwerdeführerin; ausserdem müsse bei der Frage des Parteiwillens die Unklarheitenregelung berücksichtigt werden, was sich zu Gunsten des Beschwerdegegners auswirken müsse (act. 42 Rz 54 - 57). Es könne nicht einfach davon ausgegangen werden, dass die Parteien auf die grösstmögliche Sicherung der Be-

schwerdeführerin abgezielt hätten, andernfalls der offensichtlich anders lautende Wille des Beschwerdegegners völlig ausser Acht bliebe (act, 42 Rz 64). Es sei eine klare Mehrheit der Lehre, welche den Arrest bei Wahl eines Spezialdomizils nicht zulassen wolle, was sogar der Privatgutachter einräume (act. 42 Rz 77 f.). Für die Besserstellung des Gläubigers des ausländischen Schuldners, gegen den bereits in der Schweiz vollstreckt werden könne, gebe es keinen Grund (act. 42 Rz 84 f., Rz 90, Rz 95). Gäbe es neben dem Betreuungsort am Spezialdomizil noch eine Arrestmöglichkeit, so würde dies den ausländischen Schuldner diskriminieren (act. 42 Rz 96).

### III.

1. In prozessualer Hinsicht ist vorab klarzustellen, dass Privatgutachten nach ganz herrschender Lehre keine Gutachten i.S.v. Art. 183 ZPO sind, sondern dass sie als Parteistandpunkte gelten und zur Unterstützung der eigenen Rechtsauffassung dienen (KuKo ZPO-Schmid, N. 15 und 18 zu Art. 183 m.w.H.). Daher sind Parteigutachter auch nicht in gleicher Weise zu Objektivität und Neutralität verpflichtet; sie werden im Auftrag einer Partei tätig und haben im Rahmen des Vertretbaren deren Interessen zu wahren. Der Wert eines Privatgutachtens ergibt sich aus der fachlichen Qualifikation des Erstellers und der Überzeugungskraft der Argumentation (Schmid, a.a.O., N. 18 zu Art. 183). Sind Privatgutachten Parteistandpunkte, so gilt die in Art. 254 Abs. 2 ZPO für das summarische Verfahren vorgesehene Beschränkung der Beweismittel nicht. Anzumerken ist, dass Ausführlichkeit – anders als Weitschweifigkeit (Art. 132 Abs. 2 ZPO) – auch im Rahmen des summarischen Verfahrens zulässig ist. Muss bzw. kann eine Rechtschrift dieses Umfanges entgehen genommen werden und ist Art. 254 Abs. 2 ZPO nicht anwendbar, so gilt dies auch für das Parteigutachten.

2. Der Beschwerdegegner weist in der Beschwerdeantwort – wie bereits in seiner Eingabe vom 9. August 2011 (act. 15) – darauf hin, dass die Beschwerdeführerin ihre Ergänzung im vorinstanzlichen Verfahren verspätet eingereicht habe (act. 42 Rz 30 ff.). Die Verfügung des Einzelgerichts vom 8. Juli 2011 sei der Be-

schwerdeführerin am 13. Juli 2011 zugegangen, woraus sich das Fristende 23. Juli 2011 ergebe. Ihre Eingabe sei allerdings erst am 2. August 2011 und damit verspätet eingereicht worden (act. 42 Rz 31).

Ausgangspunkt für diese Frage ist die Verfügung der Vorinstanz vom 8. Juli 2011 (act. 7a), womit der klagenden Partei eine höchstens einmal kurz erstreckbare Frist von 10 Tagen ab Mitteilung jener Verfügung angesetzt wird, um die Arrestbegründung, unter Berücksichtigung der Arresteinsprache, zu ergänzen (act. 7a S. 2). Für den Säumnisfall wird ein Aktenentscheid angedroht und es wird darauf hingewiesen, dass die gesetzlichen Friststillstände gemäss Art. 145 Abs. 2 ZPO wegen Gerichtsferien nicht gelten. Der zugehörige Empfangsschein trägt das Datum vom 13. Juli 2011 (act. 7b). Mit Eingabe vom 21. Juli 2011 (Eingang 22. Juli 2011) ersuchte die Beschwerdeführerin, die am 25. Juli 2012 ablaufende Frist um 5 Tage zu erstrecken (act. 9). Aus der Aktennotiz vom 22. Juli 2011 ergibt sich, dass die Vorinstanz dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin mitgeteilt hatte, dass das Fristende ohnehin in die Betreibungsferien falle (Art. 63 SchKG), so dass kein Fristerstreckungsgesuch erforderlich sei. Am 2. August 2011 erfolgte dann die erwähnte Eingabe.

Nach Art. 56 Abs. 1 SchKG sind geschlossene Zeiten, Betreibungsferien und Rechtsstillstand im Arrestverfahren – wegen dessen Dringlichkeit – nicht anwendbar. Weil das Arresteinspracheverfahren nicht mehr dringlich ist, sind die Art. 56 ff. SchKG hier hingegen anwendbar (BSK SchKG I-Bauer, N. 46 zu Art. 56). Entgegen der Ansicht des Beschwerdegegners ist – mit der Vorinstanz – davon auszugehen, dass Art. 63 SchKG, der gemäss seinem ausdrücklichen Wortlaut auch für den Gläubiger gilt, anwendbar ist, so dass die Rechtsauffassung der Vorinstanz, dass keine Erstreckung bewilligt werden müsse, zutrifft und die Frist mit der Eingabe zur Ergänzung des Arrestbegehrens vom 2. August 2011 gewahrt wurde. Der Beschwerdegegner macht geltend, dass die Schutzbestimmungen nur für Betreibungshandlungen gelten würden und dass die Eingabe der Beschwerdeführerin keine Betreibungshandlung sei (act. 42 S. 9). Letzteres ist zutreffend, Ersteres hingegen nicht. Die Problematik wird anschaulich dargestellt von KuKo SchKG-Sarbach (N. 4 zu Art. 63), der zu Recht darauf hinweist, dass die Bestim-

mung von Art. 56 Abs. 1 SchKG zwar Betreuungshandlungen nennt, die Fristverlängerung in Art. 63 SchKG, soweit sie auch Gläubigern und Dritten gewährt wird, keine Einschränkung auf Betreuungshandlungen zulässt, weil Betreuungshandlungen stets gegen den Schuldner und nicht gegen Dritte und Gläubiger gerichtet sind.

Anzumerken ist ausserdem, dass das Ergebnis auch nicht anders wäre, wenn die Rechtsauffassung des Beschwerdegegners zutreffen würde. Aus den vorinstanzlichen Akten betreffend Arresteinsprache (EQ110138) ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin am 21. Juli 2011 (Poststempel) förmlich und auch innert der zu erstreckenden Frist eine Erstreckung verlangt hatte (act. 9). Die Dauer von fünf Tagen hielt sich zweifelsfrei innerhalb des vorab erwähnten (kurzen) Zeitrahmens. Insofern verstiesse es gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 52 ZPO), der sich auch aus dem übergeordneten Recht (Art. 9 BV) ergibt (KuKo ZPO-Oberhammer, N. 1 zu Art. 52), wenn die Eingabe wegen Fristversäumnis zurückgewiesen würde. Die Eingabe der Beschwerdeführerin vom 2. August 2011 (act. 11) ist und bleibt daher so oder so beachtlich.

3. Die Beschwerdeführerin macht in ihrer Eingabe vom 14. Juni 2012 geltend, der Beschwerdegegner habe im Beschwerdeverfahren Noven vorgebracht, was unzulässig sei (act. 46 Rz 1 ff.). Es sei offenkundig, dass es für den Beschwerdegegner ein Leichtes gewesen wäre, die Dokumente rechtzeitig zu nennen und der Vorinstanz vorzulegen. Sie seien daher als verspätet aus dem Recht zu weisen (act. 46 Rz 14).

Neu sei, dass es bei der F. \_\_\_\_\_ Ltd. weder auf dem Konto Nr. ... noch sonst wo bei diesem Institut dem Beschwerdegegner gehörende Vermögenswerte gebe (act. 46 Rz 5). Weiter verweist sie darauf, dass sie schon vor Vorinstanz bestritten habe, dass die E. \_\_\_\_\_ Ltd. ihre Guthaben zur Sicherung der Forderungen des Beschwerdegegners verpfändet habe (act. 46 Rz 9). Der Beschwerdegegner versuche nunmehr, ein bisher nicht eingereichtes E-Mail von einem Mitarbeiter der Beschwerdeführerin in den Prozess einzuführen. Daraus gehe allerdings mitnichten hervor, dass das Guthaben der E. \_\_\_\_\_ Ltd. für die Schuld des Beschwerdegegners verpfändet sei (act. 46 Rz 11). Gleiches gelte für die E-

Mailkorrespondenz zwischen Personen, deren Funktion in dieser Angelegenheit verschwiegen werde, so dass unklar sei, warum die Betroffenen überhaupt über die Angelegenheit Bescheid wüssten (act. 46 Rz 12). Beim ausländischen Gerichtsurteil vom 14. Januar 2010 – als Auszug – sei unklar, um welches Verfahren es sich handle. Immerhin sei ersichtlich, dass weder die Parteien dieses Verfahrens noch die E.\_\_\_\_\_ Ltd. an jenem Verfahren beteiligt seien (act. 46 Rz 13).

Für den Weiterzug von Entscheidungen betreffend Arrest ist die ZPO-Beschwerde zulässig (Art. 309 Ziff. 6 ZPO i.V.m. Art. 278 Abs. 3 SchKG). Nach der allgemeinen ZPO-Regel sind Noven im Beschwerdeverfahren grundsätzlich ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Für den Arrest besteht allerdings eine Sonderregelung in Art. 278 Abs. 3 SchKG und in der letztgenannten Bestimmung wird auf die Zulässigkeit von Noven hingewiesen. Dass hier echte Noven zugelassen werden müssen, dürfte allgemein anerkannt sein (vgl. BSK SchKG II-Reiser, N. 46 zu Art. 278 mit weiteren Hinweisen, Yvonne Artho von Gunten, Die Arresteinsprache, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht Band 127, S. 105 f.). Bezüglich der unechten Noven – obwohl schon früher entstanden, erst im Rechtsmittelverfahren vorgebracht – dürfte es die eher vorherrschende Meinung haben, dass auch diese zulässig sind (Artho von Gunten, a.a.O., S. 106), wobei der andere Teil der Lehre Zurückhaltung übt und – ausser in den Fällen von Nichtigkeit – Entschuldigbarkeit verlangt (BSK SchKG II-Reiser, N. 47 ff. zu Art. 278). Auf die einzelnen neuen Dokumente wird im jeweiligen Zusammenhang zurückzukommen sein.

4. a) Kernfrage ist, ob die Vereinbarung eines Spezialdomizils (Art. 50 Abs. 2 SchKG) den Arrest nach Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG ausschliesst. Das Privatgutachten von Prof. G.\_\_\_\_\_ (act. 13/18), welches von der Beschwerdeführerin im vorinstanzlichen Arresteinspracheverfahren eingereicht wurde, gibt einen sehr ausführlichen Überblick über die Lehre und die ganz wenigen Entscheidungen kantonaler Gerichte (act. 13/18 Rz 18). Der Privatgutachter kommt letztlich zum Schluss, dass trotz Spezialdomizil der Arrest zulässig sei, wobei er offen legt, dass die „meisten AutorInnen ... die Zulässigkeit des Arrestes nach Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG im Falle des Spezialdomizils nach Art. 50 Abs. 2 SchKG“ vernei-

nen (act. 13/18 S. 10), wobei sich die meisten Autoren darauf beschränken würden, ohne eigene Analyse auf die Meinung anderer Autoren zu verweisen (act. 13/19 S. 10).

b) Die beiden diskutierten Bestimmungen lauten:

Art. 50 Abs. 2 SchKG:

„Im Auslande wohnende Schuldner, welche in der Schweiz zur Erfüllung einer Verbindlichkeit ein Spezialdomizil gewählt haben, können für diese Verbindlichkeit am Orte desselben betrieben werden“.

Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG:

„Der Gläubiger kann für eine fällige Forderung, soweit sie nicht durch ein Pfand gedeckt ist, Vermögenswerte des Schuldners, die sich in der Schweiz befinden, mit Arrest belegen lassen: (4.) wenn der Schuldner nicht in der Schweiz wohnt, kein anderer Arrestgrund gegeben ist, die Forderung aber einen genügenden Bezug zur Schweiz aufweist oder auf einer Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 beruht“.

Daraus ergibt sich zunächst, dass der Schuldner, der im Ausland wohnt, zum einen an seinem Spezialdomizil betrieben und zum anderen, dass gegen den Schuldner, der im Ausland wohnt, (unter bestimmten Voraussetzungen) ein Arrest gelegt werden kann. Zum Verhältnis dieser beiden Vorschriften ist dem Gesetz nichts zu entnehmen.

c) Für die Einleitung der Betreibung in der Schweiz ist ein Betreibungsort erforderlich, der ohne die besondere Vereinbarung gemäss Art. 50 Abs. 2 SchKG für Personen im Ausland in der Regel fehlt. Die Vereinbarung eines Spezialdomizils hat jedoch nur beschränkte Wirkung: Es gilt nur für denjenigen Gläubiger, mit dem die Vereinbarung getroffen wurde, sowie für bestimmte oder bestimmbare Forderungen zu seinen Gunsten (BSK SchKG I-Schmid, N. 35 zu Art. 50 mit zahlreichen weiteren Hinweisen). Die Begründung eines Spezialdomizils setzt kein dort vorhandenes Vermögen voraus (vgl. BSK SchKG I-Schmid, N. 36 zu Art. 50; SJZ 47/1951 S. 61) und die am Spezialdomizil möglichen Vorkehren sind beschränkt (vgl. BSK SchKG I-Schmid, N. 45 zu Art. 50; KuKo SchKG I-Bolliger/Jeanerret, N. 14 zu Art. 50). Mangels besonderer Einschränkung ist allerdings anzunehmen, dass anderswo als am Spezialdomizil in der Schweiz gele-

genes Vermögen des Schuldners auf dem Rechtshilfeweg gemäss Art. 4 SchKG durch das Betreibungsamt am Spezialdomizil gepfändet werden kann. Einen Gerichtsstand schafft die Wahl eines Spezialdomizils nicht, ausser in denjenigen Fällen, in denen es für die gerichtliche Zuständigkeit auf den Betreibungsort ankommt, so z.B. im Rechtsöffnungsverfahren gemäss Art. 84 Abs. 1 SchKG.

d) Der „Ausländerarrest“ nach Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG, welcher am Ort des schuldnerischen Vermögens gelegt werden kann, schafft für die Prosequierungsbetreibung einen Betreibungsort (Art. 52 SchKG) und zudem einen Gerichtsstand gemäss Art. 4 IPRG („Seht dieses Gesetz keine andere Zuständigkeit in der Schweiz vor, so kann die Klage auf Prosequierung des Arrestes am schweizerischen Arrestort erhoben werden“), wobei Art. 4 IPRG im Anwendungsbereich des LugÜ – das hier allerdings nicht massgeblich ist – keine Geltung hat. Seit der SchKG-Revision, die 2011 im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten der ZPO in Kraft trat, gibt es den schweizweiten Arrest oder genauer den Arrest mit schweizweiter Wirkung (BSK SchKG II-Stoffel, N. 11 zu Art. 271; N. 44 zu Art. 271). Besteht kein schweizerischer Betreibungsort, so ist der Arrest erforderlich, um einen solchen zu begründen. Anzumerken ist, dass ein Betreibungsbegehren einschränkungslos gestellt werden kann (Art. 67 SchKG), während ein Arrestgesuch richterlich und unter bestimmten gesetzlich umschriebenen Voraussetzungen bewilligt werden muss (Art. 272 SchKG). Fehlen diese, z.B. weil kein Vollstreckungssubstrat namhaft gemacht werden kann, so ermöglicht das Spezialdomizil, wenn es denn gültig vereinbart werden kann, dennoch die Zwangsvollstreckung und es obliegt dem Betreibungsamt wie bei jeglicher Pfändung, Vermögenswerte des Schuldners aufzufinden.

Der Hauptvorteil des Arrestes gegenüber der Einleitung einer Betreibung mit Zahlungsbefehl ist die Sicherungsfunktion des Arrestes, was Gläubiger von ausländischen Schuldern privilegiert und was Gläubigern von schweizerischen Schuldern – abgesehen von den Fällen des neu geschaffenen Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG – verwehrt ist. Das diskriminiert im Rahmen seines Anwendungsbereiches die Gläubiger von schweizerischen Schuldern, die das Zwangsvollstreckungssubstrat allenfalls in einem späteren Stadium mittels provisorischer Pfän-

dung sicherstellen können und im Übrigen zuwarten müssen, bis zur (definitiven) Pfändung geschritten werden kann. Anzumerken ist, dass dieser Unterschied zwischen Gläubigern von ausländischen Schuldern einerseits und Gläubigern von inländischen Schuldern andererseits im Gesetz angelegt ist. Es handelt sich daher um ein allgemeines und nicht auf die Fälle von Art. 50 Abs. 2 SchKG beschränktes Problem. Dass die situationsbedingte höhere Gefahr des schuldnerischen Vermögensabzuges ins Ausland bei ausländischen Schuldern grösser ist, begründet diese Abweichung zu Gunsten ihrer Gläubiger durchaus nachvollziehbar.

e) Mit der an den Anfang gestellten Vermögensbeschlagnahme kann verhindert werden, dass das Vermögenssubstrat dem Zugriff des Gläubigers entzogen wird, wofür nach einer Einleitung der ordentlichen Betreuung mit Zahlungsbefehl genügend Zeit verbleibt. Der Betreuungsort gemäss Art. 50 Abs. 2 SchKG kann dann von selbständiger Bedeutung sein, wenn dem Gläubiger nicht klar ist, wo Vermögen liegt, denn – anders als beim Arrest – ist es nicht seine Sache, dem Betreibungsamt Vermögenswerte zu nennen oder wenn die Arrestvoraussetzungen nicht gegeben sind.

f) Die Vorinstanz hat sich – in Übereinstimmung mit der Mehrheitsmeinung – für den Ausschluss des Arrestes ausgesprochen: Zutreffend sei, wie der Privatgutachter darlege, dass der gesetzgeberische Wille aus den Materialien nicht ersichtlich sei. Hingegen zeige die Entstehungsgeschichte, dass damals von drei Schuldnergruppen ausgegangen worden war, nämlich: (1) Schuldner, die in der Schweiz der Zwangsvollstreckung unterworfen sind, (2) Schuldner, die im Ausland ohne ausserordentliche Schwierigkeiten verfolgt werden können und (3) Schuldner, die im Ausland nicht oder nur mit ausserordentlichen Schwierigkeiten ins Recht gefasst werden können. Noch im Entwurf sei vorgesehen gewesen, dass der Ausländerarrest auf die dritte Gruppe beschränkt bleibe. Aus mehr politischen als sachlichen Gründen sei er dann auch für die zweite Gruppe zugelassen worden. Bis zur neuesten Entwicklung im Zusammenhang mit Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG sei denn auch die Gläubigergefährdung nie das ausschlaggebende Argument gewesen und es sei nicht ersichtlich, dass daran etwas geändert wer-

den wollte. Die Vorinstanz räumt aber auch ein, dass es durchaus ein Bedürfnis der Gläubiger nach Sicherung gebe, werde es doch in neuerer Zeit auf Grund der technischen Möglichkeiten immer einfacher, schuldnerisches Vermögen zu verschieben, was die Vollstreckung tatsächlich erschwere (act. 19 S. 5 f.). Mit der Wahl eines schweizerischen Spezialdomizils gebe es einen hiesigen Betreibungs-ort und damit die Möglichkeit der Zwangsvollstreckung in der Schweiz. Das führe nach der überwiegend gewichteten historischen Auslegungsmethode dazu, dass die Zwangsvollstreckungsmöglichkeit bereits anderweitig geschaffen worden sei, so dass ein Arrest ausgeschlossen sei. Der Gläubiger habe im Falle von Art. 50 Abs. 2 SchKG die freie Möglichkeit, auf die Begründung eines Spezialdomizils zu verzichten und könne sich damit den Weg für den Ausländerarrest offen halten (act. 19 S. 7).

g) Das vorliegende Problem betrifft das Zusammenspiel zweier Gesetzesbestimmungen: Das SchKG nennt den im Auslande wohnenden Schuldner bzw. den Schuldner, der nicht in der Schweiz wohnt, was für die Frage der Zwangsvollstreckung in der Schweiz gleich bedeutend ist. Aus dieser Sicht sind beide Bestimmungen auf ausländische Schuldner nebeneinander anwendbar, und jedenfalls der Wortlaut der Bestimmungen schliesst die Kumulation von Ausländerarrest und Spezialdomizil für Ausländer nicht aus. Dass diese nicht möglich ist, müsste sich deshalb anderweitig ergeben. Gleich wie für das Verständnis einer Gesetzesbestimmung bedarf es auch für die Klärung des Zusammenspiels zweier Gesetzesbestimmungen der Auslegung, wobei die grammatikalische, die logische, die historische und die systematische Methode zur Verfügung stehen (BSK ZGB I-Honsell, N. 9 zu Art. 1).

Was historische Überlegungen anbelangt, ist zu erwähnen, dass das SchKG von 1889 datiert, so dass es zur Kategorie der sehr alten Bundesgesetze gehört, was nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 116 II 415) den Einfluss der Materialien zurücktreten lässt. In der Frage der Sicherung von Vermögenswerten im Hinblick auf die vorzunehmende Zwangsverwertung und für das Bedürfnis danach spielt die Mobilität von Personen und die Möglichkeit zur Mobilisierung von Vermögenswerten eine ganz erhebliche Rolle. Gerade diesbezüglich ist

aus der Sicht der 80iger Jahre des vorletzten Jahrhunderts ein rasanter Wandel eingetreten und es kann von völlig unvorstellbaren und unvorhersehbaren Entwicklungen, ja vom Eintritt in ein anderes Zeitalters gesprochen werden. In neuerer Zeit ist daher eine wesentliche Funktion des Arrestes die Sicherung des Vollstreckungssubstrates, was dadurch betont wird, dass der Arrest nunmehr offiziell das Sicherungsmittel nach LugÜ geworden ist. Das räumt letztlich auch die Vorinstanz ein, wenn sie die gesteigerten Sicherungsbedürfnisse der Gläubiger angesichts der Tatsache erwähnt, dass das Verschieben des schuldnerischen Vermögens immer leichter und damit die Vollstreckung erschwert werde (act. 21 S. 6). Die Existenz des „blossen“ Betreibungsortes in der Schweiz tritt daher in den Hintergrund. Geradezu überflüssig ist er allerdings nicht geworden, da – bei fehlenden Arrestvoraussetzungen – immer noch eine ordentliche Betreibung eingeleitet werden kann. Tritt ganz allgemein die entstehungszeitliche (subjektive) Auslegung gegenüber der geltungszeitlichen (objektiven) Auslegung in den Hintergrund (vgl. BSK ZGB I-Honsell, N. 11 zu Art. 1) und ist es weitgehend unstrittig, dass der Richter vom Willen des Gesetzgebers, sofern er sich überhaupt ermitteln lässt, abweichen kann, wenn sich die Rechtsanschauungen oder die Verhältnisse geändert haben (Honsell, a.a.O.), so ist nicht ersichtlich, warum im vorliegenden Fall der Arrest bei Wahl eines Spezialdomizils in einem dramatisch geänderten Kontext unzulässig sein soll.

Der Beschwerdegegner weist darauf hin, dass das Spezialdomizil in den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beschwerdeführerin statuiert sei, so dass zu seinen Gunsten die Unklarheitenregel gelte (act. 44/4 Rz 22 – 24). Für AGB sieht die Unklarheitenregel vor, dass diese wie individuell verfasste Abreden auszulegen sind, wobei sich die Unklarheit – wenn die Auslegung nicht zu einem eindeutigen Ergebnis führt – zu Lasten des Verfassers der AGB auswirkt.

Art. 16 Abs. 2 der General Terms and Conditions (Version 2000) lautet: „The place of performance, place of debt collection for Clients domiciled abroad, and exclusive place of jurisdiction for any proceedings shall be Zurich ...“). Der Arrest ist nicht besonders erwähnt. Deshalb geht es nicht um Klarheit bzw. Unklarheit der allgemeinen Geschäftsbedingungen. Die Frage, ob das Spezialdomizil den

Arrest ausschliesst, ist eine Frage, wie das SchKG anzuwenden ist und sie ist insofern der Disposition der Parteien entzogen. Steht damit die Rechtsanwendung in Frage, so kann auch die Unklarheitenregel nicht Anwendung kommen.

Der Beschwerdegegner kritisiert (act. 42 Rz 55), dass der Privatgutachter Art. 50 Abs. 2 SchKG „aus dem Blickwinkel des geschäftsüblichen Willens vernünftiger Parteien bzw. des typischen Erwartungshorizontes der Parteien“ (act. 13/18 Rz 55) beurteilt habe. Damit stelle er offenbar nicht auf den individuellen Willen bestimmter Parteien ab, sondern gehe letztlich davon aus, dass die Vereinbarung eines Spezialdomizils eine für die Parteien erkennbare Besserstellung bedeute, die sich letztlich nicht implizit in eine versteckte Verschlechterung verkehren dürfe. Was an der Berücksichtigung dieses objektivierten Kriteriums unzulässig sein soll, ist nicht ersichtlich, wird doch seitens des Beschwerdegegners nicht substantiiert vorgetragen, dass die Parteien bei der Vereinbarung des Spezialdomizils arrestrechtliche Gesichtspunkte berücksichtigt hätten. bzw. diese hätten besonders regeln wollen.

Zusammengefasst ist davon auszugehen, dass die Kammer auf Grund anderer Auslegungselemente zum Schluss kommt, dass das Spezialdomizil die Arrestlegung nicht verhindert.

5. Der Beschwerdegegner macht geltend, dass die Vorinstanz nicht zur Tatsache der Pfandsicherung Stellung genommen habe. Die Vorinstanz hat den Arrest auf Grund der Einsprache aufgehoben, weil sie der Meinung war, der Arrest sei wegen des vereinbarten Betreibungsortes (Art. 50 Abs. 2 SchKG) ohnehin nicht zulässig und sie hat deshalb die weiteren Einwendungen des Beschwerdegegners nicht geprüft.

Gemäss Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO entscheidet die Rechtsmittelinstanz neu, wenn die Sache spruchreif ist. Spruchreife liegt vor, wenn der Beschwerdeinstanz alle für einen Sachentscheid notwendigen Grundlagen vorliegen und keine weiteren Beweismittel notwendig sind (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, N. 11 zu Art. 327). Die Parteien haben im vorinstanzlichen Verfahren zu den wesentlichen Punkten Stellung nehmen können und auch Stellung genommen und das sog.

„letzte Wort“ wurde ihnen gewährt. Der vorliegende Entscheid hält sich ausserdem im Rahmen dessen, was die Parteien erwarten konnten und mussten.

6. Der Beschwerdegegner weist darauf hin, der zu Grunde liegende Rahmenkredit sei immer durch genügende Sicherheiten gedeckt gewesen (Verpfändung von Gold- und Silberbeständen und Wertschriften des Beschwerdegegners sowie Konten und Wertschriftendepots von Gesellschaften, die zu Gunsten des Beschwerdegegners verpfändet waren; act. 42 Rz. 12 f.): Gesperrt worden sei das Konto der E. \_\_\_\_\_ Ltd., was bis heute – trotz Instruktionen, diese Vermögenswerte zur Deckung zu benützen – so geblieben sei (act. 42 Rz 14). Im Einzelnen macht der Beschwerdegegner geltend, die Beschwerdeführerin verschweige, dass ein zusätzliches Konto lautend auf E. \_\_\_\_\_ Ltd. gepfändet sei, wobei dieses Pfand bisher aus nicht nachvollziehbaren Gründen unverwertet geblieben sei. Der Beschwerdegegner verweist auf die Ergänzungen zum Arrestbegehren der Beschwerdeführerin vor Vorinstanz (act. 11 Rz 39 ff.). A.a.O., Rz 38 weist die Beschwerdeführerin auf die Behauptung des Beschwerdegegners hin, die Sperrung des Kontos der Gesellschaft E. \_\_\_\_\_ Ltd. im Jahre 2009 habe dazu geführt, dass diese ihren Verpflichtungen nicht mehr habe nachkommen können und daher habe liquidiert werden müssen, was einen massiven Schaden verursacht habe. In Rz 39 und 41 fährt sie fort: „Wie bereits angetönt, wurde das sich allenfalls auf dem Konto der E. \_\_\_\_\_ Ltd. befindliche Guthaben gerade nicht zugunsten der Klägerin verpfändet. Es ist nicht nachvollziehbar, wie der Beklagte (Beschwerdegegner) zu diesem Schluss kommt. ... Aus alledem ergibt sich, dass selbst wenn die Klägerin das Konto der E. \_\_\_\_\_ Ltd. im Jahre 2009 gesperrt hätte, was nicht zutrifft, es schlicht undenkbar wäre, wie dem Beklagten daraus Schaden hätte entstanden sein sollen“.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe die ihr durch die Gesellschaften H. \_\_\_\_\_ S.A., I. \_\_\_\_\_ und J. \_\_\_\_\_ bestellten Pfänder verwertet (act. 11 Rz 21; act. 8/2 Rz 23 samt Beilagen act. 8/4/10-12), wodurch die Schuld des Beschwerdegegners nicht getilgt worden sei, sondern sich auf die Arrestforderung in der jetzt geltend gemachten Höhe reduziert habe (act. 8/2 Rz 24). Die Restforderung sei nicht pfandgesichert (act. 8/1 Rz 2; act 11 Rz 12 ff., Rz 39, Rz 44). Die

E.\_\_\_\_\_ Ltd. sei eine Tochter der H.\_\_\_\_\_ S.A. und der Beschwerdegegner sei daran nie direkt beteiligt gewesen; der Beschwerdeführerin sei als wirtschaftlich Berechtigte stets nur die H.\_\_\_\_\_ S.A. gemeldet gewesen (act. 11 Rz 40).

Wenn der Beschwerdegegner verschiedentlich auf gepfändete Vermögenswerte hinweist (act. 42 Rz 39, Rz 40, Rz 41, Rz 42), ist davon auszugehen, dass ein Versehen vorliegt und es sich um eine Verwechslung mit angeblich verpfändete Vermögenswerten handelt. Jedenfalls wird nicht behauptet und ist nirgends ersichtlich, dass es zu einer Pfändung von Vermögenswerten des Beschwerdegegners gekommen wäre.

7. Umstritten ist damit, ob die E.\_\_\_\_\_ Ltd. für die Schuld des Beschwerdegegners ein Pfandrecht bestellt hat. In der Arresteinsprache (act. 1 Rz 32) lässt der Beschwerdegegner zur Untermauerung der behaupteten Pfandsicherung aus dem Email vom 13. August 2010 des Beschwerdegegners an K.\_\_\_\_\_ wie folgt zitieren: „Also you have admitted that the accounts of E.\_\_\_\_\_ [ ... Ltd.] is pledged to me ...“. Im Originaltext des Mails ist allerdings ganz allgemein von „E.\_\_\_\_\_“ [Teil des Namens der Firma "E.\_\_\_\_\_ Ltd.] die Rede, ohne dass zwischen den verschiedenen Gesellschaften dieses Namens („E.\_\_\_\_\_ Ltd., L.\_\_\_\_\_, H.\_\_\_\_\_ S.A., L.\_\_\_\_\_, J.\_\_\_\_\_, M.\_\_\_\_\_“; act. 1 Rz 10) unterschieden würde. Der Zusatz in der eckigen Klammer „ ... Ltd.“ stammt offensichtlich vom Rechtsvertreter des Beschwerdegegners. Weil der konkrete Hinweis auf die Gesellschaft E.\_\_\_\_\_ Ltd. im Original-Email fehlt, wird dadurch die Behauptung, dass ein Pfandrecht auch zu Lasten der E.\_\_\_\_\_ Ltd. bestehe, nicht erhärtet.

Mit der Arresteinsprache reichte der Beschwerdegegner (nebst der Vollmacht) sieben Beilagen (act. 4/2-8) und mit der Beschwerdeantwort weitere neue Dokumente ein (act. 44/2-15 [recte: 44/2-14]). In diesem Zusammenhang besonders zu erwähnen ist das Schreiben des Rechtsvertreters des Beschwerdegegners an die Beschwerdeführerin vom 22. Juni 2011 betreffend Auskunft über die Konten H.\_\_\_\_\_ S.A., I.\_\_\_\_\_ und J.\_\_\_\_\_ (act. 4/2). In den anderen Beilagen zur Arresteinsprache (act. 4/3-8) geht es im Wesentlichen um die Anweisung des Beschwerdegegners an die Beschwerdeführerin zu Veräusserung der zu seinen

Gunsten verpfändeten Vermögenswerte, wobei allerdings nicht erwähnt wird, um welche Pfänder es sich handelt. Namentlich erwähnt sind „O.\_\_\_\_\_ account“ (und ein Mindestpreis von 4.20 für die ...-Aktien [act. 4/4]), nochmals „O.\_\_\_\_\_ account [act. 4/6] sowie (durch die Beschwerdeführerin) „P.\_\_\_\_\_“ (act. 4/7), allerdings ohne Angabe von welcher Gesellschaft die „P.\_\_\_\_\_“ stammen, und nochmals „O.\_\_\_\_\_“ und wiederum „OX.\_\_\_\_\_“ bzw. O.\_\_\_\_\_, ebenfalls ohne Spezifikation der verpfändenden Gesellschaft (act. 4/8).

Im Zusammenhang mit der Beschwerdeantwort sind im vorliegenden Zusammenhang von Interesse die Beilagen act. 44/9 (Portfolio), act. 44/10 (Telefonprotokoll), act. 44/11 (Email K.\_\_\_\_\_ vom 1. September 2009, 10:23), act. 44/12 (Email von Q.\_\_\_\_\_ vom 1. September 2009, 12:45), act. 44/13 (R.\_\_\_\_\_ Ltd., Minutes of a Meeting of the Directors of the Company), act. 44/14 (The ... Insolvency Law No. 3 of 2009 and R.\_\_\_\_\_ Limited, Claim No. CFI 033/2009). Was die umstrittene Pfandsicherung durch die E.\_\_\_\_\_ Ltd. anbelangt, wird durch die neu eingereichten Unterlagen nichts erhärtet. In act. 44/11, woraus sich das Pfandrecht zu Gunsten des Beschwerdegegners ergeben soll, ist nur davon die Rede, dass die E.\_\_\_\_\_ Ltd. für ... und ... (wohl H.\_\_\_\_\_ S.A., L.\_\_\_\_\_, J.\_\_\_\_\_) Pfandsicherheit geleistet und dass der Beschwerdegegner die Verpfändung unterzeichnet hat, ganz abgesehen davon, dass der Kontext samt Adressaten unklar ist. Jedenfalls ist nicht ersichtlich, dass es sich um ein Pfandrecht zu Gunsten des Beschwerdegegners handelt. Auch act. 44/12 ist aus sich selber heraus nicht verständlich und Kontext und Bezug zu den Adressaten des Mails sind unklar. Auch ein allfälliger Bezug zu act. 44/11 würde nicht erklären, warum die E.\_\_\_\_\_ Ltd. zu Gunsten des Beschwerdegegners verpfändet haben soll, wenn in act. 44/12 erwähnt ist, dass für H.\_\_\_\_\_ und J.\_\_\_\_\_ verpfändet worden sei. Act. 44/13 verweist auf act. 44/11. Ausserdem wird dazu erwähnt, dass „Mr. K.\_\_\_\_\_ explained to him that the money was apparently „gone“ due to the fact that two pledges were issued by H.\_\_\_\_\_ and J.\_\_\_\_\_ to the favor of Mr. C.\_\_\_\_\_’s personal account ...“, woraus sich wiederum nicht ergibt, dass E.\_\_\_\_\_ Ltd. Pfänder für den Beschwerdegegner gestellt hat. Einzig in act. 44/14, das nach Angaben des Beschwerdegegners ein „nur am Rande zusammenhängendes Verfahren in ...“ betrifft, ist von einer Verpfändung durch die E.\_\_\_\_\_ Ltd. die Rede: Es geht um „the

Company“, die gemäss Ziff. 1 des Judgments R.\_\_\_\_\_ Ltd. ist, und versucht haben soll, Geld zu beziehen, aber von der A.\_\_\_\_\_ AG die Antwort erhalten habe, dieses sei verpfändet und zwar angeblich für den Beschwerdeführer. Schliesslich weist der Beschwerdegegner in act. 50 Rz 35 darauf hin, dass sich aus Ziff. 7 des Judgments (act. 44/14) ergebe, dass ein Pfandrecht des Beschwerdegegners an Vermögenswerten der E.\_\_\_\_\_ Ltd. besteht. In der genannten Ziffer 7 wird ausgeführt, dass Vermögen der E.\_\_\_\_\_ Limited nicht herausgegeben worden sei, weil es verpfändet gewesen sei: „It seems that the pledge was to secure credit facilities provided to Mr C.\_\_\_\_\_. It is said on behalf of the other directors – that is, the Directors other than Mr C.\_\_\_\_\_ – that was the first they knew about the pledge claimed by the Swiss bank. It is not for the Court, at this stage, to decide whether or not the monies held in the Swiss bank are indeed subject to a pledge: and, if so, whether the pledge was given with the authority of the company“. Solche vage Äusserungen in einem „nur am Rande zusammenhängenden“ Verfahren, zu dessen Kontext nichts erwähnt wird und die im Übrigen durch die anderen Äusserungen nicht bestätigt werden, reichen nicht aus, das behauptete Pfandrecht glaubhaft zu machen. Nicht entscheidend, aber immerhin erwähnenswert ist auch hier die novenrechtliche Situation und der bezügliche Entscheid BGer 5A\_614/2011, wonach die Zurückweisung unechter Noven, zumal dafür keine „Entschuldigung“ aufgeführt wurde, nicht erfolgreich beanstandet werden kann. Der Arrestgewährung steht demnach auch aus dieser Sicht nichts entgegen.

8. Der Beschwerdegegner macht geltend, die Arrestforderung – sofern sie überhaupt bestehe – werde mit einer übersteigenden Gegenforderung in Millionenhöhe verrechnet (act. 1 Rz 8, Rz 28 f.). Zur Verrechnungsforderung führt er aus, dass die Beschwerdeführerin bereits vor Ablauf der von ihr gesetzten Frist am 15. Oktober 2009 mit der Verpfändung (gemeint: Verwertung?) der verpfändeten Konten begonnen habe, was einen Schaden im Umfang von mehreren Millionen Schweizer Franken verursacht habe (act. 1 Rz 24 f.). Die Beschwerdeführerin habe weiter gegen explizite Anweisungen des Beschwerdegegners gehandelt, insbesondere eigenmächtig Gold- und Silbertransaktionen durchgeführt und dem Beschwerdegegner empfindliche Verluste zugefügt und schliesslich habe sie eigenmächtig das Konto der E.\_\_\_\_\_ Ltd. gesperrt, was letztlich zur Liquidation

dieser Firma und ebenfalls zu einem massiven Schaden geführt habe (act. 1 S. 27).

Um mit der (glaubhaft zu machenden) Arrestforderung verrechnen zu können, muss auch die Verrechnungsforderung eine gewisse Plausibilität haben, d.h. sie ist nicht nur ausreichend zu substantiieren, sondern sie muss gleich wie die Arrestforderung darüber hinaus glaubhaft gemacht werden. Im vorliegenden Fall handelt es sich nicht einmal um eine genügend detaillierte Behauptung, worauf auch die bestreitende Beschwerdeführerin hingewiesen hat (act. 11 Rz 25, Rz 28 ff.), so dass jegliche Grundlage fehlt, um zu prüfen, ob an der in Millionenhöhe behaupteten Schadenersatzforderung überhaupt etwas dran ist. Zur Verrechnung kann sie vorliegend jedenfalls nicht herangezogen werden.

9. Der Beschwerdegegner geht davon aus, der Arrest sei mangels vorhandenem Vermögen nichtig (act. 42 Rz 19 ff.). Er bezieht sich dabei auf act. 44/9 und 44/10, wonach das Portfolio ..., zu dem das verarrestierte Konto Nr. ... gehöre, einen negativen Saldo aufweise. Ob ein Arrest „leer“ ist, ergibt sich erst aus der Auskunft des Drittschuldners gegenüber dem Betreibungsamt, die allerdings erst nach Abschluss des Einspracheverfahrens erfolgt bzw. erfolgen muss (vgl. BSK SchKG II-Stoffel, N. 21 zu Art. 274; BSK SchKG II-Reiser, N. 76 zu Art. 275; BGE 125 III 394 E. 2c/aa). Ausserdem ist nicht ersichtlich, warum ein „leerer“ Arrest im Sinne von Art. 22 SchKG nichtig sein soll, wenn sich erst im Nachhinein verbindlich zeigt, dass dann doch keine Vermögenswerte vorhanden waren. Schliesslich kommt es – anders als der Beschwerdegegner offenbar meint – nicht entscheidend auf den Saldo aus der Bankbeziehung an. Solange es Vermögenswerte im Portfolio des Beschwerdegegners gibt (erwähnt sind in act. 44/9 Fr. 39'103.27), ist der Arrest nicht „leer“, weil dann der negative Saldo das Resultat einer Verrechnung darstellt (total Loans zuzüglich Zins, abzüglich Total Investments, d.h. Fr. -1'190'000 + Fr. -793.30 = -1'190'793.30 ./ Fr. +39'103.27 = Total Portfolio Fr. -1'151'690.03). Dass das vorhandene Vermögen durch die kontoführende Bank zur Verrechnung mit eigenen Guthaben herangezogen werden kann, ist zwar denkbar, jedoch nicht zwingend und wurde weder behauptet noch erstellt.

Anzumerken ist, dass act. 44/9 und act. 44/10 betreffend das Vorhandensein von Vermögenswerten bei der F. \_\_\_\_\_ Ltd. im Beschwerdeverfahren neu eingereicht wurden. Da aus den beiden Dokumenten nichts Schlüssiges bezüglich der verarrestierten Vermögenswerte abgeleitet werden kann, kann die von der Beschwerdeführerin in act. 46 aufgeworfene Frage, ob es sich an sich um zulässige Noven handle, letztlich offen bleiben. Diesbezüglich ist nochmals auf den Entscheid des Bundesgerichtes (BGer 5A\_614/2011, Urteil vom 28. November 2011) hinzuweisen, der die Sichtweise von BSK SchKG II-Reiser billigt, dass echte Noven zulässig sind, unechte aber nur dann, wenn sie entschuldbarerweise nicht früher vorgebracht werden konnten. Was der Beschwerdegegner einreicht, sind Urkunden, die bereits zuvor hätten beigebracht werden können. Warum dies nicht geschehen ist, erwähnt der Beschwerdegegner nicht, so dass die Verspätung jedenfalls nicht entschuldbar ist.

Im Zusammenhang mit der Stellungnahme des Beschwerdegegners („Duplik“, act. 50) zur „Replik“ der Beschwerdeführerin reichte er ein Schreiben der Drittschuldnerin F. \_\_\_\_\_ Ltd. ein vom 4. Juli 2012 ein (act. 51/23). Darin bestätigt diese, dass „S. \_\_\_\_\_ per 17.06.2011 keine Vermögenswerte bei der F. \_\_\_\_\_ Ltd. hatte“. Der Handelsregisterauszug der Zweigniederlassung Zürich zeigt, dass T. \_\_\_\_\_ nicht zeichnungsberechtigt ist und dass Dr. U. \_\_\_\_\_ lediglich über eine Kollektivunterschrift verfügt, so dass auf diese Bescheinigung schon deshalb nicht abgestellt werden kann. Aber auch wenn sie nicht mangelhaft wäre, könnte sie nicht berücksichtigt werden. Die Bestätigung betrifft das Datum des 17. Juni 2011, so dass es sich um ein – zudem erst im Rahmen der „Duplik“ eingereichtes – unechtes Novum handelt und einzig die Tatsache, dass die Bestätigung erst am 4. Juli 2012 neu ausgestellt wurde, macht sie nicht zu einem echten Novum. Ausserdem widerspricht sie dem ebenfalls bei den Akten liegenden Kontoauszug, ebenfalls datiert vom 17. Juni 2011, der – wie bereits erwähnt – ein Guthaben von zumindest rund Fr. 39'000.-- aufweist. Dass der mit der Beschwerdeantwort eingereichten und nicht einmal unterzeichneten Telefonnotiz des Parteivertreters (act. 44/10) keinerlei Beweiswert zukommt, ist evident.

Schwer verständlich ist, warum der Beschwerdegegner mit nicht unerheblichem Aufwand den Arrest abzuwenden sucht, wenn er tatsächlich „leer“ sein sollte, da nicht ersichtlich ist, inwieweit ihn die Blockierung eines „leeren“ Konto beschwert. Anzumerken ist, dass die Regel, dass die Drittschuldnerin erst nach Rechtskraft des Arrestes dem Betreibungsamt gegenüber Auskunft über das Vorhandensein von Vermögenswerten geben muss (vgl. z.B. KuKo SchKG-Meier-Dieterle, N. 14 zu Art. 275; BGE 125 III 391 ff.) in dem Sinne nicht imperativ ist, als der Beschwerdegegner die Drittschuldnerin jederzeit hätte anweisen können, die Auskunft über die verarrestierten Vermögenswerte schon früher zu erteilen, was einem tatsächlich leeren Arrest die Grundlage entziehen würde.

Aus all diesen Gründen ist der vorinstanzliche Einspracheentscheid aufzuheben und der Arrest ist zu bestätigen.

#### **IV.**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdegegner für das vorinstanzliche und das obergerichtliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens sind mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 6'000.-- (act. 28) zu verrechnen. Bei der Festsetzung der Parteientschädigung ist die Reduktion für das summarische Verfahren (§ 9 GerGebV) sowie für das Rechtsmittelverfahren (§ 13 Abs. 2 GerGebV) zu berücksichtigen. Geschuldet ist die gesetzliche Mehrwertsteuer von 8 %.

#### **Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, und der Arrestbefehl vom 15. Juni 2011 (Gesch.Nr. EQ110129; Arrest-Nr. ... des Betreibungsamtes D.\_\_\_\_\_) bleibt bestehen.
2. Die erstinstanzliche Spruchgebühr wird bestätigt und dem Beschwerdegegner auferlegt.

3. Der Beschwerdegegner wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 9'500.-- (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 6'000.-- festgesetzt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Der Beschwerdegegner wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin den von ihr geleisteten Vorschuss von Fr. 6'000.-- zu ersetzen.
5. Der Beschwerdegegner wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 7'000.-- zuzüglich 8 % MWSt zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdeführerin unter Beilage eines Doppels von act. 50, sowie an das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Audienz, und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

7. 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. 1'408'231.06.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Bohli Roth

versandt am: