

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS230212-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,  
Oberrichter Dr. M. Sarbach und Oberrichterin lic. iur. A. Strähl  
sowie Gerichtsschreiber MLaw S. Widmer

## Urteil vom 23. Januar 2024

in Sachen

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

Gesuchsgegnerin, Einsprecherin und Beschwerdeführerin,  
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1. \_\_\_\_\_ und / oder Rechtsanwältin MLaw  
X2. \_\_\_\_\_,

gegen

**B.** \_\_\_\_\_ Ltd,

Gesuchstellerin, Einsprache- und Beschwerdegegnerin,  
vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y1. \_\_\_\_\_ und / oder Rechtsanwalt MLaw  
Y2. \_\_\_\_\_,

betreffend **Arresteinsprache**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksge-  
richtes Zürich vom 26. Oktober 2023 (EQ230033)**

## **Erwägungen:**

### 1. Sachverhalt / Prozessgeschichte

1.1. Die Gesuchstellerin, Einsprache- und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) erwarb von zwei in C.\_\_\_\_\_ [Staat in Mittelamerika] ansässigen Stiftungen je eine Darlehensforderungen gegenüber der D.\_\_\_\_\_ Ltd mit Sitz in E.\_\_\_\_\_ [Staat in Südosteuropa]. Im Gegenzug verpflichtete sich die Beschwerdegegnerin, den Stiftungen GBP 4'461'075.07 bis 31. Dezember 2018 bzw. GBP 6'700'000.– bis 31. Dezember 2020 zu bezahlen. Diese Verpflichtungen werden nachfolgend als Verrechnungsforderungen 1 und 2 bezeichnet. Die Abtretungen unterstehen gemäss den entsprechenden Vereinbarungen dem schweizerischen Recht und der Beurteilung durch die ordentlichen schweizerischen Gerichte (vgl. act. 4/6-7; act. 19/4-5).

1.2. Am 9. Februar 2021 trat die Beschwerdegegnerin eine der Darlehensforderungen an die Gesuchsgegnerin, Einsprecherin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Beschwerdeführerin) ab. Als Gegenleistung verpflichtete sich die Beschwerdeführerin zur Zahlung von RUB 426'673'053.34 bis zum 31. Dezember 2021. Diese Verpflichtung wird nachfolgend als Arrestforderung bezeichnet. Die Parteien unterstellten den Abtretungsvertrag dem englischen Recht und der Beurteilung durch ein Schiedsgericht der Zürcher Handelskammer (act. 4/9).

1.3. Nachdem die Beschwerdeführerin die Arrestforderung nicht bezahlt hatte, beantragte die Beschwerdegegnerin mit Eingabe vom 23. Dezember 2022 beim Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichts Zürich (nachfolgend: Vorinstanz) die Arrestierung sämtlicher aufgezählter und sonst noch vorhandener Vermögenswerte der Beschwerdegegnerin bei der F.\_\_\_\_\_ AG bis zur Deckung einer behaupteten Arrestforderung von Fr. 5'886'552.11 zuzüglich Arrest- und Betreuungskosten (act. 2). Mit Urteil vom 27. Dezember 2022 hiess die Vorinstanz das Arrestgesuch teilweise (d.h. betreffend die im Gesuch bezeichneten Vermögenswerte) gut und erliess einen Arrestbefehl (act. 5). Am 28. Dezember 2022 vollzog das zuständige Betreibungsamt Zürich 1 (nachfolgend: Betreibungsamt) den Arrestbefehl (act. 12).

1.4. Die Beschwerdeführerin erhob mit Eingabe vom 27. Januar 2023 fristgerecht Einsprache gegen den Arrestbefehl (act. 8; zur Rechtzeitigkeit vgl. act. 12).

1.5. Kurz darauf erwarb die Beschwerdeführerin über eine Zwischenperson die Verrechnungsforderungen 1 und 2 (act. 19/6-9). Mit Schreiben vom 13. März 2023 erklärte sie daraufhin gegenüber der Beschwerdegegnerin die Verrechnung der Arrestforderung mit den Verrechnungsforderungen 1 und 2; gleichzeitig forderte sie die Beschwerdegegnerin auf, ihr einen nach Verrechnung der gegenseitigen Ansprüche verbleibenden Restbetrag von GBP 2'711'699.34 zu bezahlen (act. 10).

1.6. Am 16. März 2023 reichte die Beschwerdeführerin ihre begründete Arresteinsprache ein (act. 17). Sie beantragte die Abweisung des Arrestbefehls und die Anweisung des Betreibungsamts, den Arrestbeschluss aufzuheben (act. 17 S. 2). Zur Begründung machte sie im Wesentlichen geltend, die Arrestforderung sei durch Verrechnung untergegangen. Sie berief sich für die Zulässigkeit und die Wirkungen der Verrechnung auf englisches und subsidiär schweizerisches Recht und reichte Rechtsquellen vorwiegend zu einer bestimmten Art der Verrechnung nach englischem Recht, dem sog. "legal set-off", ein (vgl. act. 17 N 54-99 und act. 19/15-18).

1.7. Die Stellungnahme der Beschwerdegegnerin zur Arresteinsprache erfolgte am 30. Mai 2023 (act. 26). Darin stellte sie u.a. die Zulässigkeit und das Vorliegen der Voraussetzungen eines "legal set-off" in Abrede. Gleichzeitig führte sie aus, dass allenfalls eine andere Art der Verrechnung nach englischem Recht, ein sog. "equitable set-off", denkbar gewesen wäre. Ein "equitable set-off" mache die Beschwerdeführerin aber gerade nicht geltend (act. 26 N 32-43).

1.8. Mit Verfügung vom 12. Juni 2023 setzte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin Frist an, um sich zu den neuen Vorbringen in der Stellungnahme der Beschwerdegegnerin zu äussern (act. 30). Mit Eingabe vom 17. Juli 2023 reichte die Beschwerdeführerin eine weitere Stellungnahme ein (act. 36). Darin machte sie neu auch Ausführungen zu den Voraussetzungen eines "equitable set-off". Zu-

dem legte sie der Stellungnahme eine Rechtsauskunft eines englischen Rechtsanwaltes zu beiden Verrechnungsarten bei (act. 37/21).

1.9. Mit Urteil vom 26. Oktober 2023 wies die Vorinstanz die Arresteinsprache ab, auferlegte die Gerichtskosten von Fr. 4'000.– der Beschwerdeführerin und verpflichtete diese, der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung von Fr. 25'000.– zu bezahlen (act. 38 = act. 41 [Aktenexemplar] = act. 43).

1.10. Dagegen erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 9. November 2023 Beschwerde bei der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (act. 42). Sie beantragt die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die Gutheissung ihrer Arresteinsprache, eventualiter die Rückweisung der Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz (act. 42 S. 2). Die Kammer zog die vorinstanzlichen Akten bei und setzte der Beschwerdeführerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 6'000.– an (act. 45). Die Beschwerdeführerin leistete den Kostenvorschuss innert Frist (vgl. act. 46 f.). Auf die Einholung einer Beschwerdeantwort ist zu verzichten (vgl. Art. 322 Abs. 2 ZPO). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

## 2. Prozessuales

2.1. Das Rechtsmittel der Beschwerdeführerin richtet sich gegen einen Arresteinspracheentscheid. Solche Einspracheentscheide können innert 10 Tagen seit Zustellung mit Beschwerde angefochten werden (Art. 278 Abs. 3 SchKG; Art. 321 Abs. 2 i.V.m. Art. 251 lit. a ZPO). Der angefochtene Entscheid wurde der Beschwerdeführerin am 30. Oktober 2023 zugestellt (act. 39b). Die Beschwerde vom 9. November 2023 (Datum Poststempel) erfolgte mithin rechtzeitig. Sie enthält Anträge und eine Begründung und entspricht damit den formellen Voraussetzungen von Art. 321 Abs. 1 ZPO. Die Beschwerdeführerin ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und leistete den ihr auferlegten Kostenvorschuss fristgerecht (vgl. E. 1.10). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2.2. Mit der Beschwerde können die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden

(Art. 320 ZPO). Im Beschwerdeverfahren gegen einen Arresteinspracheentscheid können vor Beschwerdeinstanz – im Sinne einer Ausnahme (Art. 326 Abs. 1 ZPO) – neue Tatsachen geltend gemacht werden (vgl. Art. 278 Abs. 3 Satz 2 SchKG). Gemeint sind damit sowohl echte als auch unechte Noven, wobei bei unechten Noven die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO analog anzuwenden sind. Namentlich sind unechte Noven nur zulässig, wenn sie unverzüglich vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (BGE 145 III 324 E. 6.6.4.). Neue rechtliche Argumente sind grundsätzlich unbeschränkt zulässig, da das Recht von Amtes wegen anzuwenden ist (Art. 57 ZPO; zum ausländischen Recht vgl. aber nachfolgende E. 3.7.).

### 3. Zur Beschwerde

3.1. Die Bewilligung des Arrests setzt gemäss Art. 272 Abs. 1 SchKG voraus, dass die Arrestgläubigerin glaubhaft macht, dass (1.) ihre Forderung besteht, (2.) ein Arrestgrund vorliegt und (3.) Vermögensgegenstände vorhanden sind, die der Schuldnerin gehören. Bereits vor Vorinstanz war zwischen den Parteien einzig umstritten, ob die Arrestforderung besteht oder durch Verrechnung erlosch. Die Beschwerdegegnerin stellte den (rechtsgültigen) Erwerb der Verrechnungsforderungen durch die Beschwerdeführerin sowie die Zulässigkeit der Verrechnung in Abrede (vgl. act. 41 E. 4 und 5.1).

3.2. Die Vorinstanz ging von einem rechtsgültigen Erwerb der Verrechnungsforderungen durch die Beschwerdeführerin aus (act. 41 E. 5.2 f.), erachtete aber die Zulässigkeit der Verrechnung als nicht dargetan (act. 41 E. 5.3). Sie erwog, die Frage des Erlöschens der Arrestforderung durch Verrechnung unterstehe dem englischen Recht. Im vorliegenden summarischen Verfahren obliege es der Beschwerdeführerin den Inhalt des einschlägigen ausländischen Rechts darzutun. Die Darlegung des englischen Rechts sei vorliegend auch zumutbar, weshalb für die ersatzweise Anwendung von Schweizer Recht gemäss Art. 16 Abs. 2 IPRG kein Raum bleibe (act. 41 E. 5.4.6). Betreffend die Voraussetzungen eines "legal set-off" könne vollumfänglich auf die Ausführungen der Beschwerdeführerin verwiesen werden. Nicht zu folgen sei der Beschwerdeführerin aber bei der Schluss-

folgerung, wonach die Voraussetzung der Zuständigkeit des Gerichts zur Beurteilung beider Forderungen keine Rolle spiele resp. eine Zuständigkeit des Arrestgerichts bestehe. Vielmehr sei zu prüfen, ob glaubhaft erscheine, dass die Gläubigerin im Prosequierungsverfahren mit ihrer Arrestforderung obsiege. Für die Prosequierungsklage sei vorliegend ein Schiedsgericht der Zürcher Handelskammer zuständig. Ob dieses Schiedsgericht gemäss seiner Schiedsordnung auch zur Beurteilung der Verrechnungsforderung zuständig wäre, bleibe jedoch unklar, da sich die Beschwerdeführerin nicht zu dieser Frage geäussert habe. Mit der Berufung auf ein "legal set-off" gelinge es der Beschwerdeführerin daher nicht, die Arrestforderung nicht mehr als glaubhaft erscheinen zu lassen (act. 41 E. 5.4.7.).

Alternativ berufe sich die Gesuchsgegnerin in ihrer letzten Eingabe auf das "equitable set-off". Aus den Ausführungen der Beschwerdeführerin und dem von ihr eingereichten Rechtsgutachten erhellte, dass das "legal set-off" und das "equitable set-off" als verschiedene Rechtsinstitute zu betrachten seien. Darum handle es sich bei den beschwerdeführerischen Ausführungen zum "equitable set-off" nicht um weitere rechtliche Ausführungen, sondern um eine neue Einrede. Nach Aktenschluss seien neue Einreden nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO zulässig. Diese Voraussetzungen seien vorliegend nicht erfüllt, da die Beschwerdeführerin, wie sie selber schreibe, aus Praktikabilitätsgründen und damit aus prozesstaktischen Überlegungen auf eine frühere Geltendmachung des "equitable set-off" verzichtet habe. Demzufolge misslinge es der Beschwerdeführerin, darzutun, dass die Verrechnung zulässig wäre und bleibe der Bestand der Arrestforderung glaubhaft (act. 41 E. 5.4.7.).

3.3. Die Beschwerdeführerin rügt zunächst die vorinstanzliche Beurteilung des "legal set-off". Sie habe bereits vor Vorinstanz eingeräumt, dass für die Beurteilung der Arrestforderung und für die Beurteilung der Verrechnungsforderungen grundsätzlich unterschiedliche Gerichte zuständig seien. Für die Arrestforderung sei ein Schiedsgericht der Zürcher Handelskammer und für die Verrechnungsforderungen seien die staatlichen Zürcher Gerichte zuständig. Allerdings habe sie auch darauf hingewiesen, dass die Beschwerdegegnerin das Arrestgericht angerufen habe und dieses nunmehr – wenn auch nur vorsorglich – über den Bestand

der Arrestforderung zu befinden habe. Für die Beurteilung der Verrechnungsforderungen seien ohnehin die staatlichen Zürcher Gerichte zuständig. Entgegen der Vorinstanz seien die Voraussetzungen für ein "legal set-off" damit gegeben. Die Vorinstanz habe das englische Recht falsch angewandt bzw. dessen Anwendung unterlassen und somit Art. 16 Abs. 1 IPRG verletzt. Die Vorinstanz habe Art. 16 Abs. 1 IPRG weiter auch dadurch verletzt, indem sie nicht geprüft habe, ob das für die Hauptforderung zuständige Schiedsgericht auch zur Beurteilung der Verrechnungsforderungen zuständig wäre. Die Vorinstanz hätte dieser Frage wegen des Grundsatzes *iura novit curia* auch ohne entsprechende Parteidarlegungen nachgehen müssen. Hätte sie dies getan, wäre sie zum Ergebnis gelangt, dass das Schiedsgericht gemäss Art. 23 Abs. 5 der anwendbaren Swiss Rules auch für die Beurteilung der Verrechnungsansprüche zuständig sei (act. 42 N 19-30).

#### 3.4.

3.4.1. Der begründeten Arresteinsprache vom 16. März 2023 und den damit eingereichten Beilagen lässt sich entnehmen, dass das englische Recht verschiedene Arten der Verrechnung kennt (vgl. die Auflistung in act. 19/13). U.a. unterscheidet das englische Recht zwischen dem "legal set-off" (auch bekannt als "statutory" oder "independent set-off") und dem "equitable set-off" (auch bekannt als "transaction set-off"). Beim "legal set-off" handelt es sich um eine prozessuale Einrede bzw. um ein prozessuales Verteidigungsmittel. Das "equitable set-off" ist demgegenüber materiell-rechtlicher Natur und kann geltend gemacht werden, ohne dass ein Verfahren anhängig ist (vgl. act. 19/15 N 2.34; act. 17 N 56). Bei einem "legal set-off" wird die Verrechnung durch die gerichtliche Entscheidung über die Haupt- und die Verrechnungsforderung herbeigeführt. Bis zum betreffenden Urteil hat ein "legal set-off" grundsätzlich keine Auswirkungen auf den Bestand der Forderungen und die Rechte und Pflichten der beteiligten Parteien (act. 19/15 N 2.35 f.). Entsprechend setzt ein "legal set-off" voraus, dass beide Forderungen im selben Verfahren festgestellt werden können bzw. das Gericht zur Beurteilung beider Forderungen zuständig ist. Im schweizerischen Arrestverfahren ist die Arrestforderung bloss glaubhaft zu machen (Art. 272 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG). Die "Glaubhaftmachung" umfasst den Bestand sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht (BGE 138 III 232 E. 4.1.1). Auch die Einwendungen und Ein-

reden der Arrestschuldnerin werden nur dahingehend geprüft, ob sie wahrscheinlicher erscheinen als der Standpunkt der Arrestgläubigerin (vgl. BGer 5A\_126/2023 vom 13. Juni 2023 E. 6.1). Der materielle Bestand der Arrestforderung ist im Verfahren der Arrestprosequierung (Art. 279 SchKG) zu klären (BGer 5A\_569/2018 vom 11. September 2018 E. 3.1). Im schweizerischen Arrestverfahren wird demnach keine Forderung endgültig festgestellt und kann folglich auch keine Verrechnung durch ein "legal set-off" stattfinden. Es kann im Arrestverfahren höchstens vorfrageweise und summarisch geprüft werden, ob die Voraussetzungen für ein "legal set-off" im Prosequierungsverfahren erfüllt wären.

3.4.2. Diesbezüglich ist der Vorinstanz darin beizupflichten, dass vorliegend nicht ohne Weiteres klar ist, ob das für die Arrestforderung zuständige Schiedsgericht der Zürcher Handelskammer auch für die Beurteilung der Verrechnungsforderungen zuständig ist (vgl. 19/14 S. 302). Die Beschwerdeführerin täuscht sich, wenn sie annimmt, die Vorinstanz hätte dieser Frage in Anwendung des Grundsatzes *iura novit curia* von Amtes wegen nachgehen müssen. Der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen gemäss Art. 56 ZPO und Art. 16 IPRG bezieht sich auf das sog. objektive Recht. Darunter fallen Staatsverträge und staatliche Rechtssätze, das lückenfüllende Gewohnheitsrecht sowie dort, wo das Gesetz darauf verweist, auch die Übung und der Ortsgebrauch (vgl. GLASL, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 57 N 10-14). Die Zuständigkeit des Schiedsgerichts für die Beurteilung der Verrechnungsforderung hängt jedoch in erster Linie von der Auslegung der Schiedsvereinbarung und den im Schiedsverfahren geltenden Verfahrensregeln ab. Die Verfahrensgestaltung im internationalen Schiedsverfahren steht weitgehend in der Autonomie der Parteien. Das staatliche Recht gibt lediglich Mindeststandards vor (vgl. Art. 182 IPRG; BSK IPRG-SCHNEIDER/SCHERRER, 4. Aufl. 2021, Art. 182 N 1-3; vgl. 19/14 S. 302). Es wäre deshalb Sache der Beschwerdeführerin gewesen, sich zu den einschlägigen Verfahrensregeln zu äussern. In ihrer Beschwerde legt die Beschwerdeführerin denn nunmehr auch die Schiedsvereinbarung aus und gelangt zum Ergebnis, dass sich das Schiedsverfahren nach den Bestimmungen der Internationalen Schiedsordnung der Schweizer Handelskammern (Swiss Rules of International Arbitration) richtet und diese eine Zuständigkeit für Verrechnungsforderungen vorsehen (act. 42 N 26 ff.). Da



ihr Entsprechendes aber bereits vor Vorinstanz möglich und zumutbar gewesen wäre, ist sie damit im Beschwerdeverfahren nicht mehr zu hören (vgl. E. 2.2). Folglich bleibt es dabei, dass es der Beschwerdeführerin mit ihrer Berufung auf ein "legal set-off" nicht gelingt, den Bestand der Arrestforderung ausreichend in Zweifel zu ziehen.

3.5. Mit Bezug auf die Beurteilung der Vorinstanz, wonach die Ausführungen der Beschwerdeführerin zum "equitable set-off" eine neue Einredeerhebung darstellten und verspätet erfolgt seien, macht die Beschwerdeführerin geltend, es treffe nicht zu, dass der Aktenschluss bereits mit der Einreichung der Einsprachebegründung eingetreten sei. Vielmehr habe die Vorinstanz einen zweiten Schriftenwechsel angeordnet, weshalb sie (die Beschwerdeführerin) mit ihrer Eingabe vom 17. Juli 2023 uneingeschränkt neue Tatsachen und Beweismittel habe vorbringen dürfen (BGE 146 III 237 E. 3). Selbst wenn der Aktenschluss aber bereits vorher eingetreten wäre, hätte die Vorinstanz die neuen Ausführungen zum "equitable set-off" berücksichtigen müssen. Mit diesen Ausführungen habe sie (die Beschwerdeführerin) im Sinne von Art. 16 IPRG das massgebliche englische Recht nachgewiesen. Das anwendbare ausländische Recht habe in der Schweiz Norm- und nicht etwa Tatsachencharakter. Auf rechtliche Ausführungen zum anwendbaren ausländischen Recht finde die Novenschranke keine Anwendung. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz habe sie mit ihren Ausführungen zum "equitable set-off" auch keine neue Einrede erhoben. Die Vorinstanz übersehe, dass sie bloss eine Verrechnungseinrede erhoben habe und zwar mit Schreiben vom 13. März 2023 gegenüber der Beschwerdegegnerin. Diese Tatsache habe sie bereits in ihrer Einsprachebegründung und damit jedenfalls vor Aktenschluss vorgebracht. Indem die Vorinstanz die Ausführungen der Beschwerdeführerin zum "equitable set-off" nicht berücksichtigt habe, habe diese Art. 16 IPRG verletzt (act. 42 N 31-40).

3.6. Mit Blick auf die Ausführungen der Vorinstanz ist vorweg klarzustellen, dass bei der Verrechnung nach hiesigem Rechtsverständnis zwischen der *Verrechnungserklärung* und der *Verrechnungseinwendung* zu unterscheiden ist. Die *Verrechnungserklärung* ist die an den Verrechnungsgegner gerichtete Gestaltungser-

klärung, vom Recht der Verrechnung Gebrauch machen zu wollen (vgl. Art. 124 Abs. 1 OR). Die Verrechnungseinwendung richtet sich an das Gericht und macht die Frage der Verrechnung zum Prozessgegenstand. Die Verrechnungserklärung und -einwendung können zusammenfallen, wenn die Verrechnungserklärung erst im Prozess abgegeben wird (BSK OR I-MÜLLER, 7. Aufl. 2020, Vor Art. 120-126 N 2). In der Praxis wird für die Verrechnungserklärung und/oder die Verrechnungseinwendung teilweise auch der Oberbegriff "Verrechnungseinrede" verwendet (so etwa in BGE 141 III 549). Ob und inwieweit die Verrechnungseinwendung (bzw. -einrede) unter die zivilprozessualen Novenregelungen fällt, ist noch nicht restlos geklärt. In der Lehre wird kontrovers diskutiert, bis zu welchem Zeitpunkt die Tatsachen vorgebracht werden müssen, auf denen die Verrechnungseinwendung (bzw. -einrede) beruht (vgl. zu den unterschiedlichen Lehrmeinungen KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI, 3. Aufl. 2021, Art. 229 N 11b; zur Verrechnungseinrede BGer 4A\_512/2019 vom 12. November 2020 E. 4.2; zur Einrede des nicht erfüllten Vertrages BGer 4A\_262/2021 vom 30. September 2021 E. 5.4). Vorliegend stellt sich indessen nicht die Frage, ob die Beschwerdeführerin die Tatsachen für eine Verrechnung im Sinne eines "equitable set-off" rechtzeitig in das Verfahren einbrachte. Diese Frage wäre mit der Beschwerdeführerin wohl zu bejahen (vgl. act. 17 N 8-41; act. 18/1-12). Vielmehr stellt sich die Frage, ob die rechtlichen Ausführungen und Nachweise zu den Voraussetzungen eines "equitable set-off" rechtzeitig erfolgten (act. 36 N 47-50 und act. 37/21).

### 3.7.

3.7.1. Gemäss Art. 16 Abs. 1 IPRG ist der Inhalt des anwendbaren ausländischen Rechts grundsätzlich von Amtes wegen festzustellen, wozu die Mitwirkung der Parteien verlangt und bei vermögensrechtlichen Ansprüchen sogar der Nachweis den Parteien überbunden werden kann. Nach der Praxis der Kammer ist Art. 16 Abs. 1 IPRG im Arrestverfahren aufgrund der Dringlichkeit allerdings insofern eingeschränkt als grundsätzlich keine Pflicht des Gerichts besteht, das anwendbare ausländische Recht von Amtes wegen festzustellen. Vielmehr obliegt es den Parteien auch ohne richterliche Aufforderung das für den jeweiligen Standpunkt relevante ausländische Recht in seinen Grundzügen darzutun, und zwar so weit, als es ihnen nach den Umständen des Einzelfalls zugemutet werden kann. Unterlässt

es die Arrestgläubigerin in ihrem Gesuch, das anwendbare ausländische Recht hinsichtlich der anspruchsbegründenden Elemente darzutun, obschon ihr dies möglich und zumutbar gewesen wäre, so ist das Gesuch grundsätzlich ohne Weiterungen abzuweisen. Unterlässt es umgekehrt die Arrestschuldnerin, ausländisches Recht hinsichtlich der von ihr geltend gemachten Einwendungen glaubhaft zu machen, obschon dies von ihr vernünftigerweise verlangt werden könnte, so müssen die Einwendungen in der Regel unbeachtlich bleiben (OGer ZH PS200041 vom 18. Juni 2020 E. 5.4 f.). Mit dieser Praxis übertrug die Kammer die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Rechtsöffnungsverfahren auf das Arrestverfahren (BGE 145 III 213 E. 6.1.2 f.; BGE 140 III 456 E. 2.3-2.5; vgl. BGer 5A\_593/2020 vom 17. Februar 2021 E. 5.2).

3.7.2. Mit der Frage nach allfälligen zeitlichen Schranken für den Nachweis des ausländischen Rechts setzte sich die Kammer bislang noch nicht im Einzelnen auseinander. Der Beschwerdeführerin ist beizupflichten, dass ausländisches Recht, das in der Schweiz angewendet werden soll, nach herrschender Rechtsprechung keinen Tatsachen-, sondern Normcharakter aufweist (BGE 145 III 213 E. 6.1.2; BGer 5A\_973/2017 vom 4. Juni 2019 E. 4.2; BGer 4A\_65/2017 vom 19. September 2017 E. 2.2.1). Die sich aus der Eventualmaxime ergebenden zeitlichen Schranken für tatsächliche Vorbringen (z.B. Art. 229 und Art. 317 Abs. 1 ZPO) können deshalb nicht einfach unbesehen übernommen werden (CR CPC-TAPPY, 2. Aufl. 2019, Art. 221 N 39). Zahlreiche Autoren vertreten allerdings mit Hinweis auf die Gesetzgebungsmaterialien die Auffassung, dass sich das Verfahren dann, wenn der Nachweis des ausländischen Rechts den Parteien überbunden wurde, zumindest sinngemäss nach den Beweisregeln der Art. 150 ff. ZPO richtet, insbesondere was die prozessualen Formen und Fristen betrifft (ZK IPRG-GIRSBERGER/FURRER, 3. Aufl. 2018, Art. 16 N 43 f.; BSK ZPO-GUYAN, 3. Aufl. 2017, Art. 150 N 8; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, 2021, Art. 150 N 17; BK ZPO-BRÖNNIMANN, 2012, Art. 150 N 13; HASENBÖHLER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. Aufl. 2016, Art. 150 N Art. 150 N 24). Andere Autoren wollen den Nachweis ausländischen Rechts hingegen auch ausserhalb der Novenschranken von Art. 229, Art. 317 und Art. 326 ZPO zulassen (KUKO ZPO-BAUMGARTNER, 3. Aufl. 2021, Art. 150 N 9; BK ZGB I-WALTER, 2012, Art. 8

N 112; MORET, Aktenschluss und Novenrecht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2014, Rz. 506; REUT, Noven nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2017, Rz. 104).

3.7.3. Das Bundesgericht griff diese Streitfrage bereits auf, ohne sie abschliessend zu beantworten. Es erachtete es im betreffenden Entscheid aber als problematisch, neue Vorbringen zum Nachweis ausländischen Rechts bis zur Urteilsberatung zuzulassen. Das Urteil betraf wie vorliegend ein Summarverfahren (BGer 5A\_973/2017 vom 4. Juni 2019 E. 4.3; vgl. Art. 251 lit. a SchKG).

3.7.4. Die umstrittene Frage ist an dieser Stelle für das Arrestverfahren zu klären. Im Arrestverfahren kommt den Vorbringen zum anwendbaren Recht nach der vorstehend wiedergegebenen Praxis der Kammer (vgl. E. 3.7.1) eine ähnliche Bedeutung zu wie den Tatsachenbehauptungen und den dazugehörigen Beweismitteln (vgl. BGE 138 II 217 E. 2.3; BGE 145 III 213 E. 2.3, wonach Rechtsgutachten in bestimmten Fällen zumindest teilweise der Charakter eines Beweismittels zukomme). Mit den beschriebenen Konsequenzen im Falle unterlassener Darlegung ausländischen Rechts (Abweisung des Arrestgesuchs ohne Weiterungen bzw. Nichtberücksichtigung der Einwendung) würde es sich kaum vertragen, wenn eine Partei im Verlauf des Verfahrens jederzeit (allenfalls auch erst vor der Rechtsmittelinstanz) unbegrenzt und voraussetzungslos neue Ausführungen und Unterlagen zum ausländischen Recht vorbringen könnte. Die besondere Dringlichkeit des Arrestverfahrens gebietet es, dass der Inhalt des relevanten ausländischen Rechts nach Möglichkeit bereits bei erster Gelegenheit nachgewiesen wird. Angesichts der besonderen Ausgangslage im Arrestverfahren sollen die Parteien verfügbare Informationen und Unterlagen zum ausländischen Recht nicht zurückhalten und erst nachträglich vorbringen können, zumal dadurch der Gang des Verfahrens erheblich verzögert werden könnte. Insofern rechtfertigt es sich, die zeitlichen Schranken für das Vorbringen von Tatsachen im Arrestverfahren (Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO; für das Rechtsmittelverfahren vgl. E. 2.2.) zumindest analog auch auf den Nachweis ausländischen Rechts anzuwenden. Es ist zudem nochmals daran zu erinnern, dass an diesen Nachweis im summarischen Verfahren keine hohen Anforderungen zu stellen sind. Es genügt, wenn die relevanten

Rechtsgrundlagen in ihren Grundzügen glaubhaft gemacht werden (vgl. OGer ZH PS200041 vom 18. Juni 2020 E. 5.5; ferner BGE 145 III 213 E. 6.1.3; BGer 5P.355/2006 vom 8. November 2006 E. 4.3).

### 3.8.

3.8.1. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung tritt der Aktenschluss im summarischen Verfahren grundsätzlich nach einmaliger Äusserung jeder Partei ein, es sei denn das Gericht ordnet (ausnahmsweise) einen zweiten Schriftenwechsel oder eine mündliche Hauptverhandlung an. In den beiden letztgenannten Fällen sind auch im zweiten Schriftenwechsel (oder zu Beginn der Hauptverhandlung) noch unbeschränkt Noven zulässig. Nach dem Schriftenwechsel oder nach der unbeschränkten Äusserungsmöglichkeit an der Verhandlung können Noven nur noch unter den engen Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO vorgebracht werden (BGE 146 III 237 E. 3.1; BGE 144 III 117 E. 2.2; je mit Hinweisen).

3.8.2. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ordnete die Vorinstanz vorliegend keinen zweiten Schriftenwechsel an. Sie gewährte der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 12. Juni 2023 bloss das verfassungsmässig garantierte Replikrecht (vgl. BGE 144 III 117 E. 2.1; 138 I 154 E. 2.3.3, 484 E. 2.4; je mit Verweisen). Dies zeigt sich daran, dass sie der Beschwerdeführerin Frist ansetzte, um sich "zu den neuen Vorbringen in der Stellungnahme vom 30. Mai 2023 zu äussern" (vgl. act. 30 S. 2). Der Aktenschluss trat somit vorliegend bereits nach dem ersten Schriftenwechsel ein. Im ersten Schriftenwechsel machte die Beschwerdeführerin noch keine Ausführungen zu den Voraussetzungen für ein "equitable set-off" (vgl. act. 17 N 54-80). Sie brachte auch keine Unterlagen vor, denen sich die massgeblichen Voraussetzungen samt Angabe der Gesetzes- oder Rechtsprechungsgrundlage ohne Weiteres hätten entnehmen lassen. In ihrer Stellungnahme vom 17. Juli 2023 durfte die Beschwerdeführerin ihre Vorbringen zum englischen Recht nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO ergänzen. Die Beschwerdeführerin zeigte in der betreffenden Stellungnahme nicht auf, weshalb es ihr nicht möglich oder zumutbar gewesen wäre, die neuen Ausführungen (act. 36 N 36-48) und Unterlagen (act. 37/21) zum "equitable set-off" bereits in der Arresteinsprache vorzubringen. Im Gegenteil räumte

sie ein, dass sie aus Praktikabilitätsgründen und damit aus prozesstaktischen Überlegungen darauf verzichtet habe (vgl. act. 36 N 48; ferner act. 17 N 56 f.). Folglich waren die Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt und liess die Vorinstanz die Möglichkeit eines "equitable set-off" im Ergebnis zu Recht unberücksichtigt.

3.9. Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen.

#### 4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die erst- und die zweitinstanzlichen Prozesskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Bemessung der Prozesskosten für das erstinstanzliche Verfahren wurde nicht beanstandet. Es bleibt damit beim erstinstanzlichen Kostendispositiv.

4.2. In Anwendung von Art. 48 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG ist die Entschädigungsbüher für das Beschwerdeverfahren auf Fr. 6'000.– festzusetzen (act. 47) und aus dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Vorschuss zu beziehen. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen. Der Beschwerdeführerin nicht, weil sie unterliegt, der Beschwerdegegnerin nicht, da ihr keine entschädigungspflichtigen Umtriebe entstanden sind.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 6'000.– festgesetzt, der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem geleisteten Vorschuss verrechnet.
3. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage eines Doppels der Beschwerdeschrift samt Beilagenverzeichnis (act. 42), an das Bezirksgericht Zürich sowie an das Betreibungsamt Zürich 1, je gegen Empfangsschein.

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

5. 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. 5'886'552.11.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw S. Widmer

versandt am:  
24. Januar 2024