

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RU170045-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Obergerichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichterin lic. iur. R. Bantli
Keller sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Menghini-Griessen

Urteil vom 20. Oktober 2017

in Sachen

A._____,

(mutmassliche) Nebenintervenientin / Hinterlegerin der Schutzschrift und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1._____ und / oder Rechtsanwältin MLaw
X2._____,

gegen

B._____ (in Konkurs),

(mutmassliche) Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Konkursverwalter C._____,

sowie

1. **D.**_____,

2. **E.**_____,

(mutmassliche) Gesuchsgegner und Berufungsbeklagte

betreffend **Schutzschrift**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 26. Juli 2017 (EW170018)

Rechtsbegehren:
(act. 1 S. 3)

1. Allfällige Gesuche der (mutmasslichen) Gesuchstellerin um Erlass von superprovisorischen Massnahmen gegenüber den (mutmasslichen) Gesuchsgegnern und/oder einer Depotbank, bei der Vermögenswerte der (mutmasslichen) Gesuchsgegner liegen betreffend Untersagung der Verfügung über und/oder Verteilung von Vermögenswerten der (mutmasslichen) Gesuchsgegner seien abzuweisen.
2. Allfällige Arrestgesuche der (mutmasslichen) Gesuchstellerin gegen die (mutmasslichen) Gesuchsgegner seien abzuweisen.
3. Eventualiter seien der Erlass von superprovisorischen Massnahmen und/oder die Gutheissung eines Arrestes von der Leistung einer Sicherheit in Höhe von mindestens 20% des geltend gemachten Forderungsbetrages durch die (mutmassliche) Gesuchstellerin abhängig zu machen.
4. Subeventualiter sei die Nebenintervenientin der (mutmasslichen) Gesuchsgegner vor dem Erlass von Massnahmen und/oder der Gutheissung eines Arrestes anzuhören.

Urteil des Einzelgerichtes Audienz im summarischen Verfahren
des Bezirksgerichtes Zürich vom 26. Juli 2017:
(act. 5 = act. 10 = act. 12)

Es wird erkannt:

1. Die mit Eingabe vom 21. Juli 2017 eingereichte Schutzschrift wird zurückgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr von Fr. 800.- wird der (mutmasslichen) Nebenintervenientin der (mutmasslichen) Gesuchsgegner auferlegt.

3. Schriftliche Mitteilung an die (mutmassliche) Nebenintervenientin der (mutmasslichen) Gesuchsgegner als Gerichtsurkunde, unter Beilage des Gesuchsdoppels samt Beilagen.
4. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid kann innert 10 Tagen von der Zustellung an unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Beschwerdeschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Eingaben und Beilagen sind in je einem Exemplar für das Gericht und für jede Gegenpartei einzureichen.

Die gesetzlichen Fristenstillstände gelten nicht (Art. 145 Abs. 2 ZPO).

Berufungsanträge:

(act. 11 S. 3)

1. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 26. Juli 2017 (Geschäfts-Nr. EW170018-L/U) sei aufzuheben;
2. Die Schutzschrift der Berufungsklägerin vom 21. Juli 2017 sei entgegenzunehmen und
 - (1) Allfällige Gesuche der (mutmasslichen) Gesuchstellerin um Erlass von superprovisorischen Massnahmen gegenüber den (mutmasslichen) Gesuchsgegnern und/oder einer Depotbank, bei der Vermögenswerte der (mutmasslichen) Gesuchsgegner liegen betreffend Untersagung der Verfügung über und/oder Verteilung von Vermögenswerten der (mutmasslichen) Gesuchsgegner seien abzuweisen.
 - (2) Allfällige Arrestgesuche der (mutmasslichen) Gesuchstellerin gegen die (mutmasslichen) Gesuchsgegner seien abzuweisen.
 - (3) Eventualiter sei der Erlass von superprovisorischen Massnahmen und/oder die Gutheissung eines Arrestes von der Leistung einer Sicherheit in Höhe von mindestens 20% des geltend gemachten Forderungs-

betrages durch die (mutmassliche) Gesuchstellerin abhängig zu machen.

- (4) Subeventualiter sei die Nebenintervenientin der (mutmasslichen) Gesuchsgegner vor dem Erlass von Massnahmen und/oder der Gutheissung eines Arrestes anzuhören.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.).

und mit folgendem

verfahrensrechtlichen Antrag

1. Die Berufung sowie Verfügungen und Urteile im Rahmen des Berufungsverfahrens seien der Berufungsbeklagten nicht zuzustellen.

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Mit Eingabe vom 21. Juli 2017 (eingegangen am 25. Juli 2017) reichte die A._____ Limited (fortan Berufungsklägerin) als mutmassliche Nebenintervenientin / mutmassliche Einsprecherin für ein allfälliges Gesuch um Erlass superprovisorischer Massnahmen bzw. eines Arrests der litauischen B._____ in Konkurs (fortan litauische Bank) gegen D._____ (fortan mutmasslicher Gesuchsgegner 1) und E._____ (fortan mutmasslicher Gesuchsgegner 2, zusammen die Gesuchsgegner) eine Schutzschrift ein.

1.2. Der Schutzschrift liegt nach der Darstellung der Berufungsklägerin folgender Sachverhalt zu Grunde:

1.2.1. Die Berufungsklägerin habe der F._____ (fortan F._____) am 1. Juni 2011 einen Fussballverein zum Preis von GBP 5 Millionen verkauft. Gegen Unterzeichnung eines verzinslichen Schuldscheins habe sie eingewilligt, die Frist zur Bezahlung des Kaufpreises um zwei Jahre zu erstrecken. Der Schuldschein sei durch eine Bankgarantie der litauischen Bank vom 26. Mai 2011, ausgestellt durch den mutmasslichen Gesuchsgegner 1, in der Höhe von knapp GBP 20 Millionen, ergänzt worden. Der mutmassliche Gesuchsgegner 1 sei Hauptaktionär der F._____ sowie Hauptaktionär und Direktor der litauischen Bank gewesen. Der mutmassliche Gesuchsgegner 2 habe als Verwaltungsratspräsident und Aktionär der litauischen Bank figuriert. Überdies habe der mutmassliche Gesuchsgegner 1 mit Schreiben vom 1. Juni 2011 persönlich zugestimmt, einen Betrag von GBP 4 Millionen an die Berufungsklägerin zu leisten (act. 1 Rz. 21 - 29 und act. 11, S. 6).

1.2.2. Im November 2011 sei bekannt gegeben worden, dass die litauische Bank verstaatlicht werde. Kurz darauf sei ein Konkursverfahren gegen die Bank eingeleitet worden (act. 1 Rz. 30 ff.). Mangels Begleichung der Schuld habe die Berufungsklägerin im Juni 2012 bei der Queens Bench Division, Commercial Court (England), Klage gegen den mutmasslichen Gesuchsgegner 1 für eine Forderung von knapp GBP 20 Millionen zzgl. Zinsen (entsprechend der Schuldverpflichtung

gemäss Bankgarantie) und GBP 4 Millionen zzgl. Zinsen (entsprechend seiner persönlichen Verpflichtung vom 1. Juni 2011) erhoben. Der mutmassliche Gesuchsgegner 1 habe im dortigen Verfahren den eingeklagten Betrag anerkannt, woraufhin das englische Gericht ihn am 24. Juli 2012 dazu verpflichtet habe, der Berufungsklägerin einen Gesamtbetrag von rund GBP 24 Millionen (entsprechend ca. Fr. 30 Millionen) zu bezahlen (vgl. act. 1 Rz.36-40, act. 11 S. 6).

1.2.3. Im Rahmen der Anerkennung und Vollstreckung dieses Urteils in der Schweiz (vgl. act. 4/12) habe die Berufungsklägerin im September 2012 Arrest auf Bankkonten des mutmasslichen Gesuchsgegners 1 bei der G._____ in H._____ und bei der I._____ AG in Zürich legen lassen. Im Februar 2013 respektive anfangs 2014 habe sie definitive Pfändungen für die arrestierten Konten erhalten (vgl. act. 4/13 betreffend die G._____ H._____, Kontonr. 1 [Wert: USD - 2'571.45]; Kontonr. 2 [Wert: EUR 14'687'529.54] und Kontonr. 3 [Wert: EUR - 1'296.11] und act. 4/14 betreffend die I._____. AG in Zürich, Portfolionr. 4, CH... [Wert umgerechnet: Fr. 2'414.00] und ISIN 5 [Wert umgerechnet: Fr. 29'086'572.00]). Die Berufungsklägerin sei bisher die einzige Gläubigerin im Pfändungsverfahren (vgl. act. 1 Rz. 42 - 46).

1.2.4. Im Juni 2017 habe sie sodann einen Arrest über die Vermögenswerte des (mutmasslichen) Gesuchsgegners 1 bei der Bank J._____ SA in H._____ erwirkt (act. 1 Rz. 47 f., act. 4/15, Kontonr.6). Zudem habe sie im November 2015 auch ein Konto bei der I._____ AG in H._____, welches vom mutmasslichen Gesuchsgegner 2 für den mutmasslichen Gesuchsgegner 1 treuhänderisch gehalten werde, arrestieren können (act. 1 Rz. 50 - 54, vgl. act. 4/16, Kontonr. 7). Auch hierfür habe sie mittlerweile die Pfändung erwirkt (vgl. act. 11 Rz. 6). Ihre Forderung sei jedoch bis heute nicht beglichen worden (vgl. act. 1 Rz. 55 und act. 11 S. 6 f.).

1.2.5. Die gepfändeten respektive arrestierten Vermögenswerte würden ferner in ihrer Gesamtheit Gegenstand eines strafrechtlichen Beschlages bilden. Dieser sei von der Staatsanwaltschaft Zürich in Folge eines internationalen Rechtshilfegesuchs in Strafsachen des litauischen Staates vom Dezember 2011 gegen die mutmasslichen Gesuchsgegner sowie einen Dritten aufgrund des Verdachtes von illegalem Transfer von Geldern der litauischen Bank auf Konten der mutmassli-

chen Gesuchsgegner in der Schweiz angeordnet worden (vgl. act. 1 Rz. 55 - 58 und act. 4/19).

1.2.6. Schliesslich habe die litauische Bank im April 2016 in Litauen eine Restitutions- und Schadenersatzklage gegen die mutmasslichen Gesuchsgegner eingereicht. Darin habe sie als vorsorgliche Massnahme beantragt, es sei über die Vermögenswerte der beiden mutmasslichen Gesuchsgegner ein Arrest zu legen (vgl. act. 1 Rz. 106 ff. und unten E. 2.3.2, Schadenersatzklage von ca. EUR 500 Millionen). Das Regionalgericht ... habe dem Begehren um vorsorgliche Massnahme mit Entscheid vom 6. April 2017 stattgegeben (vgl. act. 1 Rz. 108).

1.3. Die Berufungsklägerin befürchtet, dass die litauische Bank dieses Urteil in der Schweiz durchsetzen und zu diesem Zweck in der Schweiz ein Gesuch um superprovisorische Massnahmen oder ein Arrestgesuch gegen die mutmasslichen Gesuchsgegner stellen werde, um auf die Vermögenswerte zuzugreifen, welche die Berufungsklägerin bereits habe arrestieren oder pfänden lassen (act. 1 Rz. 109, act. 11 Rz. 7 und act. 8 E. 1).

1.4. Das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Audienz (fortan Vorinstanz), wies die Schutzschrift mit Urteil vom 26. Juli 2017 zurück und auferlegte die Verfahrenskosten der Berufungsklägerin (act. 8).

1.5. Dagegen erhob die Berufungsklägerin mit Eingabe vom 7. August 2017 (Posteingang 9. August 2017) Berufung mit den oben genannten Anträgen (act. 11). Die vorinstanzlichen Akten (act. 1-8) wurden beigezogen; das Verfahren ist spruchreif.

2. Formelles

2.1. Die Berufungsklägerin erhebt – entgegen der vorinstanzlichen Rechtsmittelbelehrung, welche die Beschwerde als das zutreffende Rechtsmittel nennt – eine Berufung an das Obergericht. Sie ist der Auffassung, der Streitwert der Sache übersteige Fr. 10'000.00 (vgl. act. 11 Rz. 3).

2.2. Die Verweigerung der Entgegennahme einer Schutzschrift kann mit Berufung angefochten werden (vgl. KURT BLICKENSTORFER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 308 N. 24), sofern der Streitwert bei vermögensrechtlichen Angelegenheiten Fr. 10'000.00 übersteigt. Ansonsten ist die Beschwerde das zutreffende Rechtsmittel (vgl. ZK ZPO-REETZ/THEILER, 3. Aufl. 2016, Art. 308 N. 34).

2.3. Weder die Vorinstanz noch die Berufungsklägerin setzen sich mit der Höhe oder der Berechnung des Streitwertes auseinander.

2.3.1. Das Streitinteresse, welches die Berufungsklägerin mit der Schutzschrift verfolgt, lässt sich nach dem oben dargestellten Sachverhalt (vgl. E. 1.2) wie folgt darlegen: Die Berufungsklägerin hat gegenüber dem mutmasslichen Gesuchsgegner 1 eine Forderung in der Höhe von rund GBP 24 Millionen (resp. rund Fr. 30 Millionen, vgl. act. 1 Rz. 36-40). Sie befürchtet, die litauische Bank (oder andere Parteien) könnte versuchen, auf die von ihr zur Durchsetzung dieser Forderung arrestierten oder gepfändeten Vermögenswerte der mutmasslichen Gesuchsgegner 1 und 2 in der Schweiz zu greifen (vgl. act. 11 Rz. 7). Das Interesse der Berufungsklägerin liegt somit darin, dass für sie arrestierte oder gepfändete Gegenstände nicht auch für die litauische Bank arrestiert (oder mit einer anderweitigen superprovisorischen Massnahme "belastet") werden. Mit anderen Worten sollen die für sie arrestierten oder gepfändeten Vermögenswerte in einer späteren Zwangsvollstreckung ausschliesslich (und ohne weitere Einschränkungen wie Verfügungssperren etc.) zur Deckung ihrer Forderung zur Verfügung stehen.

2.3.2. Aus den vor der Vorinstanz eingereichten Unterlagen geht hervor, dass die litauische Bank beim Regionalgericht in ... (Litauen) unter anderem eine Feststellung darüber verlangte, dass Gelder auf diversen Konten, welche auf die Namen der mutmasslichen Gesuchsgegner 1 und 2 geführt werden, in ihrem Eigentum stünden. Sie erhob ihren Anspruch unter anderem auf Konten des mutmasslichen Gesuchsgegners 1 bei der Bank I. _____ Ltd. in Zürich (Kontonr. 8; rund EUR 23.5 Millionen), bei der G. _____ Private Bank in Zürich (Kontonr. 9; rund EUR 9.8 Millionen und USD 6.5 Millionen), bei der Bank J. _____ & CO AG in H. _____ (Kontonr. 6; rund EUR 90'000.-) sowie des mutmasslichen Gesuchsgegners 2 bei der Bank I. _____ Ltd. in Zürich (Kontonr. 7; rund EUR 6 Millionen). Zusätzlich (und in

Anrechnung) zur Restitution dieser Gelder beantragt die litauische Bank die Verpflichtung der Gesuchsgegner 1 und 2 zur Bezahlung einer Schadenersatzsumme von rund EUR 500 Millionen (wovon EUR 338'110'920.07 vom Gesuchsgegner 1 persönlich und EUR 92'391'902.68 von den Gesuchsgegnern 1 und 2 gemeinsam und solidarisch sowie EUR 69'603'167.12 vom Gesuchsgegner 2 persönlich verlangt werden). Ebenfalls beantragte sie beim Regionalgericht in ... die Arrestlegung über Vermögenswerte der beiden mutmasslichen Gesuchsgegner bis zur Höhe ihrer eingeklagten Forderung. Mit Urteil vom 6. April 2017 gewährte das Regionalgericht in ... die sichernden Massnahmen und ordnete unter anderem explizit die "Arrestlegung" über die Konten der mutmasslichen Gesuchsgegner in der Schweiz an (vgl. act. 4/40 Rz. 41).

2.3.3. Soweit die Berufungsklägerin die genannten Konten bereits im Jahr 2012 und 2013 arrestieren und im Jahr 2013 und 2014 pfänden liess, dürfte sie aufgrund der (bereits gebildeten) Pfändungsgruppen durch eine mutmassliche aktuelle Arrestlegung keine finanziellen Einbussen zu befürchten haben (vgl. Art. 110 SchKG). Dies dürfte die Konten bei der G._____ in H._____, Kontonr. 1 (Wert: USD - 2'571.45); 2 (Wert: EUR 14'687'529.54) und 3 (Wert: EUR - 1'296.11) sowie diejenigen bei der I._____. AG in Zürich, Portfolionr. 4, CH... (Wert umgerechnet: Fr. 2'414.00) und ISIN 5 (Wert umgerechnet: Fr. 29'086'572.00) betreffen. Wann die Pfändung der im November 2015 arrestierten Vermögenswerte erfolgte, welche vom mutmasslichen Gesuchsgegner 2 für den mutmasslichen Gesuchsgegner 1 bei der I._____. AG in H._____ treuhänderisch gehalten werden (Kontonr. 7), lässt sich aus der Darstellung der Berufungsklägerin nicht klären. Das Risiko für einen Pfändungsanschluss scheint diesbezüglich aber gering zu sein, da nur ein Gläubiger, welcher das Fortsetzungsbegehren innerhalb von 30 Tagen nach dem Vollzug einer Pfändung stellen kann, an dieser Pfändung im Sinne einer Gläubigergruppe teilnehmen wird (vgl. Art. 110 Abs. 1 SchKG und auch Art. 88 Abs. 1 SchKG, wonach das Fortsetzungsbegehren frühestens 20 Tage nach der Zustellung des Zahlungsbefehls gestellt werden kann). Für die befürchtete Verminderung des Vollstreckungssubstrats durch eine Arrestlegung und Pfändung der litauischen Bank bleibt somit im Wesentlichen das Konto bei der Bank J._____ & CO AG in H._____ (Kontonr. 6, rund EUR 90'000.–), welches die

Berufungsklägerin selber erst im Juni 2017 arrestieren liess. Sollten nicht sämtliche Gläubiger befriedigt werden können und die Forderungen der Berufungsklägerin und der litauischen Bank in derselben Klasse kolloziert werden (vgl. Art. 146 i.V.m. Art. 219 SchKG), bestünde der Streitwert in der Differenz des Anteils, welcher die Berufungsklägerin mit oder ohne Teilnahme der litauischen Bank im Rahmen der Verteilung erhalten würde. Konkret würde sich der Erlös für die Berufungsklägerin aus einer zukünftigen Verwertung dieser Gelder von maximal ca. Fr. 100'000.00 auf ca. Fr. 5'500.00 reduzieren, wenn nicht nur ihre Forderung gegen den mutmasslichen Gesuchsgegner 1 von umgerechnet ca. Fr. 30 Millionen, sondern auch noch diejenige der litauischen Bank von ca. Fr. 490 Millionen auf der Verteilliste resp. dem Kollokationsplan stünde. Dies unter der Voraussetzung, dass keine weiteren Gläubiger vorangehende oder gleichberechtigte Ansprüche angemeldet hätten (was aufgrund der eingereichten Arresturkunde, act. 4/15, welche auf die strafrechtliche Beschlagnahme und weitere Arreste verweist, fraglich scheint). Abgesehen von allfälligen Drittansprüchen, über welche in diesem Verfahren keine konkreteren Kenntnisse vorhanden sind, übersteigt der Streitwert bereits hinsichtlich der Arrestlegung über dieses eine Konto Fr. 10'000.00. Sollte die litauische Bank Eigentumsansprüche an den genannten Konten geltend machen und diesbezüglich superprovisorische Massnahmen einleiten, hätte die Berufungsklägerin eine noch höhere Verminderung ihres Vollstreckungssubstrates zu befürchten. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass zumindest gewisse dieser Konten bereits von einem strafrechtlichen Beschlag zugunsten des litauischen Staates betroffen sind (vgl. act. 4/19). Sollte sich herausstellen, dass die Konten Vermögenswerte der litauischen Bank umfassen, welche durch eine strafbare Handlung erworben wurden und daher einer Einziehung unterstünden, würden diese Gelder der Berufungsklägerin bereits aus dem strafrechtlichen Beschlag entzogen werden (vgl. Art. 70 ff. StGB). Als Zwischenfazit ist daher festzuhalten, dass von einem Fr. 10'000.00 übersteigenden Streitinteresse der Berufungsklägerin auszugehen und daher das Rechtsmittel als Berufung zu behandeln ist.

2.4. Die Berufung ist innert Frist (Art. 311 Abs. 1 respektive Art. 314 Abs. 1 ZPO) schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Die Berufungsklägerin hat mit ihrer Eingabe vom 7. August 2017 die zehntätige Frist ge-

wahrt. Es obliegt sodann dem Rechtsmittelkläger, in seiner Berufung konkrete Beanstandungen anzubringen, sich mit dem angefochtenen Entscheid auseinanderzusetzen und genau aufzuzeigen, welchen Teil des Entscheids er für falsch hält und auf welche Dokumente er seine Argumentation stützt. Sind die minimalen Anforderungen nicht erfüllt, fehlt es an den Voraussetzungen für das Eintreten auf die Berufung (Art. 311 Abs. 1 ZPO; vgl. OGer ZH NQ110031 vom 9. August 2011; vgl. ferner ZK ZPO-REETZ/THEILER, 3. Aufl. 2016, N. 12 und N. 38 zu Art. 311).

3. Zur Zulässigkeit der Schutzschrift durch eine Drittperson

3.1. Die Vorinstanz hat die Schutzschrift zurückgewiesen, weil die Berufungsklägerin als potentielle Nebenintervenientin keine Schutzschrift hinterlegen könne: Die Nebenintervention setze zum einen ein rechtshängiges Verfahren voraus, zum anderen seien die (mutmasslichen) Parteien anzuhören, bevor über die Zulassung der Nebenintervention entschieden werden könne. Dies sei bei der Schutzschrift nicht möglich. Ferner könne nicht überprüft werden, ob die Ausführungen der Hinterlegerin überhaupt mit denjenigen der mutmasslichen Gesuchsgegner übereinstimmen würden. Aus diesen Gründen könne die Berufungsklägerin als Nebenintervenientin keine Schutzschrift hinterlegen (vgl. act. 8, insbesondere E. 2.4).

3.2. Die Berufungsklägerin ist der Auffassung, auch eine Nebenintervenientin sei zur Hinterlegung einer Schutzschrift befugt; sie verweist hierfür auf diverse Lehrmeinungen und einen Entscheid des Handelsgerichts St. Gallen (vgl. act. 11 Rz. 16 ff.) und rügt eine falsche Anwendung des Rechts (Art. 270 ZPO) durch die Vorinstanz.

3.3. Gemäss Art. 270 Abs. 1 ZPO kann, wer Grund zur Annahme hat, dass gegen ihn ohne vorgängige Anhörung die Anordnung einer superprovisorischen Massnahme, eines Arrestes nach den Art. 271 - 281 ff. SchKG oder eine andere Massnahme beantragt wird, seinen Standpunkt vorsorglich in einer Schutzschrift darlegen. Gemäss dem Wortlaut dieser Norm kann grundsätzlich nur wer befürchtet, dass *gegen ihn* eine Massnahme ergehen könnte, eine Schutzschrift deponieren. Gewisse Lehrmeinungen erachten diesen Wortlaut hingegen als zu eng for-

muliert: Sie sind der Auffassung, eine zur Nebenintervention berechnete Person könne zur Unterstützung der Hauptpartei alle Handlungen vornehmen, die nach dem Stand des Verfahrens zulässig seien, insbesondere alle Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend machen. Dies lasse sich auch auf die Schutzschrift übertragen, weshalb auch die prospektive Nebenintervenientin eine Schutzschrift hinterlegen könne (so BSK ZPO-ANDRI HESS-BLUMER, 3. Aufl. 2017, Art. 270 N. 15). Verwiesen wird in dieser Lehrmeinung und auch von der Berufungsklägerin auf ein Urteil des Handelsgerichtes Zürich zur kantonalen ZPO, HG.2009.190-HGK, welches allerdings durch das Handelsgericht St. Gallen erlassen wurde. In jenem Fall wurde – ohne dies weiter zu begründen – die Schutzschrift einer Generalunternehmerin entgegengenommen, die für den Fall eines Gesuchs um superprovisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts der Subunternehmerin auf der Parzelle der Eigentümerin verlangte, es sei von ihrer Rolle als Nebenintervenientin Vormerk zu nehmen und ihr vor Erlass einer Verfügung das rechtliche Gehör zu gewähren. Das gleichentags gestellte Gesuch um superprovisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts wurde mangels dargelegter Dringlichkeit abgewiesen. Unter Absprache mit der Gesuchsgegnerin beteiligte sich die Nebenintervenientin in der Folge am Prozess. Die zitierte Lehrmeinung erachtet die Entgegennahme der Schutzschrift eines prospektiven Nebenintervenienten als interessegerecht, weshalb dies auch unter Art. 270 i.V.m. Art. 76 Abs. 1 ZPO gelten müsse. Verneint wird diese Auffassung nach anderer Meinung, welcher sich die Vorinstanz angeschlossen hat, mit dem Argument, die Zulassung einer Schutzschrift eines Nebenintervenienten müsse die Bestimmungen über die Nebenintervention (Art. 74 ff. ZPO) beachten. Unter Berücksichtigung der Voraussetzungen, welche für eine Teilnahme eines Nebenintervenienten am Prozess zweier Hauptparteien einzuhalten seien, sei die Zulassung einer Schutzschrift durch einen potentiellen Nebenintervenienten nicht vertretbar (vgl. ROSANA PFAFFHAUSER, Die Schutzschrift gemäss Art. 270 ZPO unter Berücksichtigung der bisherigen kantonalen Praxis, in: sic! 2011, S. 565 ff., S. 568 f.). Zur Erklärung wird angeführt, ein Nebenintervenient unterstütze eine Prozesspartei, an deren Obsiegen er interessiert sei. Die intervenierende Partei habe zwar die gleichen prozessualen Befugnisse wie die Hauptpartei, sei aber dennoch vom Willen der

Hauptpartei abhängig. Nur die Hauptpartei könne über den Streitgegenstand verfügen. Vor diesem Hintergrund könne die Nebenintervenientin – unabhängig von der Hauptpartei – keine Schutzschrift einreichen. Die Nebenintervention sei so- dann nur während des Prozesses vorgesehen. Da die Schutzschrift noch kein Verfahren eröffne resp. anhängig mache, sei die Nebenintervention zu diesem Zeitpunkt auch noch nicht möglich (ROSANA PFAFFHAUSER, a.a.O., S. 568).

3.4. Aus der Botschaft zur ZPO lässt sich der Zweck der gesetzlichen Einführung der Schutzschrift entnehmen: Wer befürchtet, dass gegen ihn eine superpro- visorische Massnahme getroffen wird, braucht nicht einfach tatenlos abzuwarten. Vielmehr kann er sich an das zuständige Gericht wenden und die Gründe darle- gen, die gegen die befürchtete Massnahme oder zumindest gegen die überfallar- tige Anordnung derselben sprechen. Mit der Möglichkeit der Schutzschrift soll also eine vorausschauende potentielle Gegenpartei ihrem rechtlichen Gehör vorgreifen können (Botschaft zur Schweizerischen ZPO vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7221, S. 7357). Dieses Vorgreifen des rechtlichen Gehörs muss derjenigen Partei zu- kommen, die von der superprovisorischen Massnahme betroffen wäre. Könnte ein Dritter ohne Wissen der mutmasslichen Gesuchsgegnerin das rechtliche Gehör wahrnehmen, wäre das rechtliche Gehör der mutmasslichen Gesuchsgegnerin gerade nicht gewahrt. Ebenso wenig wäre für das zuständige Gericht erkennbar, ob sich die mutmassliche Gesuchsgegnerin dem Standpunkt der Nebeninterven- entin anschliessen wird. Die Nebenintervenientin wird zumindest auch eigene In- teressen verfolgen, welche sich u.U. nicht mit denjenigen der von der Massnahme direkt betroffenen Partei decken. Die Entgegennahme der Schutzschrift müsste somit zumindest von der Zustimmung der mutmasslich betroffenen Gegenpartei resp. Gesuchsgegnerin abhängig gemacht werden. Diese Gewährung des rechtli- chen Gehörs an die Gesuchsgegnerin wiederum könnte beim zeitgleichen Ein- gang der superprovisorischen Massnahme den raschen Entscheid hierüber ge- fährden. Ebenso ist fraglich, ob die Schutzschrift einer Nebenintervenientin nach Eingang eines Gesuchs um Erlass superprovisorischer Massnahmen und vor der Entscheidung hierüber der Gesuchstellerin zugestellt werden müsste, um deren rechtliches Gehör hinsichtlich des Einbezugs der Argumente eines Dritten zu wahren. Mit diesen "Zustellungen", welche eine Schutzschrift einer potentiellen

Nebenintervenientin auslösen würde, dürfte sich der Hauptzweck des Superprovisoriums, nämlich der raschen Entscheidung ohne Zustellung an die Gegenpartei, kaum mehr verwirklichen lassen. Gegen die Berücksichtigung einer Schutzschrift einer mutmasslichen Nebenintervenientin spricht aber nicht nur der klare Gesetzeswortlaut und Sinn und Zweck der Schutzschrift (Art. 270 ZPO), sondern auch der Wortlaut und Sinn und Zweck zur Nebenintervention:

Art. 74 ZPO setzt für die Nebenintervention eine rechtshängige Streitigkeit voraus. Eine Nebenintervention ist zwar im Verfahren um Erlass vorsorglicher Massnahmen, wie die Berufungsklägerin zu Recht bemerkt, zulässig. Diesfalls tritt die Rechtshängigkeit jedoch mit dem Gesuch um Erlass der Massnahme ein (vgl. ZK ZPO-E. STAEHELIN/SCHWEIZER, 3. Aufl. 2016, Art. 74 N. 14 und N. 22), weshalb die Nebenintervention nach Rechtshängigkeit eines entsprechenden Massnahmengesuchs beantragt werden kann. Die Nebenintervention bedarf sodann eines Gesuchs, welches vom Gericht nach Anhörung der Parteien zu behandeln ist (Art. 75 ZPO). Beiden Parteien ist zur Nebenintervention das rechtliche Gehör zu gewähren. Die Entscheidung über das Gesuch, noch bevor überhaupt ein Prozess rechtshängig ist, widerspricht dem Gesetz und ist mangels genauer Kenntnisse der tatsächlich involvierten Parteien und deren künftiger Interessenlage auch nicht praktikabel. Nach Eingang eines Gesuchs um Erlass superprovisorischer Massnahmen kann das rechtliche Gehör, wie oben bereits angetönt, aufgrund der Dringlichkeit desselben und des Sinn und Zwecks, die beantragte Massnahme ohne Anhörung der Gegenpartei zu erwirken, ebenfalls nicht mehr gewährt werden. Aus diesen Widersprüchen geht klar hervor, dass eine Nebenintervention zum Zeitpunkt der Einreichung einer Schutzschrift, also vor Rechtshängigkeit eines Verfahrens, sowohl dem Wortlaut als auch dem Sinn und Zweck der Art. 74 ff. als auch des Art. 270 ZPO widerspricht. Die Schutzschrift einer mutmasslichen Nebenintervenientin ist unter der ZPO somit nicht entgegenzunehmen.

3.5. Denkbar hingegen scheint die Hinterlegung einer Schutzschrift durch einen Dritten, welchem gegen die befürchtete Massnahme – ohne Hauptpartei oder Nebenintervenient zu sein – ein Rechtsbehelf zustünde. Im Arrestverfahren bspw. ist ein Dritter u.U. legitimiert, sich gegen die Arrestbewilligung einzubringen. Folglich

wird in der Lehre die Meinung vertreten, mit Blick auf die Legitimation im Arresteinspracheverfahren bzw. Widerspruchsverfahren des Drittsprechers sei diesem durch einen Arrest in seinen Rechten betroffenen Dritten bereits die Hinterlegung einer Schutzschrift zu gestatten (vgl. DENISE WEINGART, Arrestabwehr – Die Stellung des Schuldners und des Dritten im Arrestverfahren, 2015, S. 104 f.). In diesem Sinne könnte jeder, dem nach Erlass der superprovisorischen Massnahme (oder eben des Arrestes) die Legitimation zur Ergreifung eines Rechtsmittels oder Rechtsbehelfs zukommt, zur Einreichung der Schutzschrift legitimiert sein (vgl. DENISE WEINGART, a.a.O., S. 104). Die Legitimation Dritter im Arresteinspracheverfahren umfasst im Wesentlichen den Drittsprecher (also denjenigen, welcher eigene Rechte am Arrestgegenstand geltend macht, wie ein Eigentümer oder Pfandgläubiger), im Einzelfall auch einen Drittverwahrer oder einen Drittschuldner (vgl. dazu die Übersicht bei YVONNE ARTHO VON GUNTEN, Die Arresteinsprache, 2001, S. 26 ff. sowie auch DENISE WEINGART, a.a.O., S. 67 ff.); die genannten Dritten werden bereits durch die Arrestlegung in ihren Rechten tangiert.

3.6. Im vorliegenden Fall behandelte die Vorinstanz die Berufungsklägerin als potentielle Nebenintervenientin. Die Berufungsklägerin bezeichnete sich als (mutmassliche) Nebenintervenientin / (mutmassliche) Einsprecherin.

3.6.1. Wie aus dem oben Ausgeführten hervor geht, hat die Berufungsklägerin solange nicht die Stellung einer Nebenintervenientin, als sie nicht im Verfahren nach Art. 74 ff. ZPO als Nebenintervenientin zugelassen wurde. Als erst potentielle Nebenintervenientin ist sie zur Hinterlegung einer Schutzschrift im Sinne eines unabhängig von der Hauptpartei erhobenen Verteidigungsmittels nicht legitimiert.

3.6.2. Die Berufungsklägerin wendet sich in ihrer Berufung einzig gegen die rechtliche Würdigung der Vorinstanz, wonach sie als Nebenintervenientin nicht legitimiert sei, eine Schutzschrift zu hinterlegen. Gegen die fehlende Berücksichtigung als potentielle Einsprecherin respektive der Hinterlegung aus eigenem Recht wendet sie sich in ihrer Berufung nicht, weshalb eine solche Berechtigung im Berufungsverfahren nicht mehr Prozessgegenstand ist. Ergänzend sei immerhin darauf hingewiesen, dass entgegen der vor Vorinstanz geäusserten Auffassung der Berufungsklägerin (vgl. act. 1 Rz. 19) diese als weitere Gläubigerin der Arrest-

schuldnerin durch die blosser Arrestlegung eines anderen Gläubigers nicht unmittelbar in ihren Rechten tangiert und im Einspracheverfahren gegen den Arrest daher auch nicht legitimiert wäre (vgl. E. 3.5.).

3.7. Nach den obenstehenden Erwägungen sind die Rügen und Argumente der Berufungsklägerin (vgl. act. 11 Rz. 16 ff.) allesamt unbegründet: So spricht weder die Zulässigkeit einer Nebenintervention im vorsorglichen Massnahmeverfahren noch in einem vorprozessualen Beweisverfahren für die Zulassung einer Nebenintervention resp. einer Schutzschrift der Nebenintervenientin vor der Rechtshängigkeit des Verfahrens: In beiden von der Berufungsklägerin genannten Fällen (vgl. act. 11 Rz. 24) ist zwischen den Hauptparteien bereits ein Verfahren hängig: Das Bundesgericht hat zur Zulassung der Nebenintervention in die vorsorgliche Beweisführung "ausserhalb eines Prozesses" (Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO) kürzlich ausgeführt, es handle sich dabei um ein formell eigenständiges Verfahren, welches den Regelungen über die vorsorglichen Massnahmen unterstehe. Abgesehen von Ausführungen zum rechtlichen Interesse des Dritten an diesem Verfahren (vgl. BGE 142 III 40 E. 3.2 S. 45 ff.), führte es aus, die Nebenintervention sei jederzeit möglich, soweit ein Verfahren rechtshängig sei, sogar im Beschwerde- oder im Berufungsverfahren (vgl. BGE 142 III 40 E. 3.3.1 S. 47). Auch in BGE 143 III 140 bestätigte es die Zulassung der Nebenintervention in einem Verfahren um Erlass vorsorglicher Massnahmen und verwies auf die Voraussetzung der Rechtshängigkeit des Verfahrens (E. 4.1.1 S. 145). Entgegen der Darstellung der Berufungsklägerin führte die Vorinstanz nicht aus, für die Nebenintervention bedürfte es eines rechtshängigen Hauptsacheverfahrens. Sie knüpfte einzig und richtigerweise an die Rechtshängigkeit eines Verfahrens an (vgl. act. 10 E. 2.4). Dass die Hinterlegung einer Schutzschrift vor Rechtshängigkeit des Verfahrens erfolgt, spricht damit gegen die Hinterlegung einer Schutzschrift durch eine mutmassliche Nebenintervenientin, und dies steht, wie dargelegt, im Einklang mit den Bestimmungen zur Nebenintervention, welche den Prozessbeitritt eines Dritten von der Anhörung der Parteien und damit auch von der Rechtshängigkeit eines Verfahrens abhängig machen. Auch die weitere Argumentation der Berufungsklägerin, ein Widerspruch zur Position der mutmasslichen Gesuchsgegner könne durch ihre Intervention mittels Schutzschrift gar nicht entstehen, da die mutmass-

lichen Gesuchsgegner bei einer superprovisorischen Anordnung ohnehin keine Stellungnahme einreichen könnten (vgl. act. 11 Rz. 26 f.), überzeugt nicht: Zum einen könnten die mutmasslichen Gesuchsgegner ebenfalls eine Schutzschrift hinterlegen; zum anderen widerspricht es dem Gedanken der Nebenintervention, dass diese ohne Kenntnisse der im Verfahren betroffenen Hauptparteien erfolgt. Auch der von der Berufungsklägerin zitierte Autor weist auf diese Problematik resp. darauf hin, dass Prozesshandlungen der intervenierenden Partei unbeachtlich sind, sofern sie mit jenen der Hauptpartei in Widerspruch stehen (Art. 76 Abs. 2 ZPO). Er scheint jedoch die Schutzschrift eines Nebenintervenienten dann zu billigen, wenn darin die vollumfängliche Abweisung der superprovisorischen Massnahme beantragt wird (vgl. CPC-FRANÇOIS BOHNET, Art. 270 N. 10). Im Ergebnis würde die Abweisung daher der Position eines Gesuchsgegners entsprechen; in der Begründung könnten sich jedoch Abweichungen ergeben.

Die Berufungsklägerin hat nicht nur die Abweisung allfälliger superprovisorischer Massnahmen oder Arrestgesuche beantragt, sondern eventualiter auch, der Erlass solcher Massnahmen sei von einer Sicherheit von mindestens 20% des geltend gemachten Forderungsbetrages durch die litauische Bank abhängig zu machen. Dieser Antrag geht über eine blosser Abweisung hinaus; inwiefern sich die mutmasslichen Gesuchsgegner der Sicherheitsleistung und der Höhe derselben anschliessen würden, ist unbekannt.

Schliesslich argumentiert die Berufungsklägerin, ob eine Schutzschrift stichhaltig oder ausreichend substantiiert begründet sei, habe ohnehin erst mit dem Sachentscheid zu erfolgen. Ob die Ausführungen in der Schutzschrift sich mit denjenigen der mutmasslichen Gesuchsgegner decken würden oder nicht, sei daher für die Zulässigkeit der Hinterlegung irrelevant; allfällige Widersprüche könnten im Sachentscheid ausgeräumt werden (vgl. act. 11 Rz. 28 f.). Was den noch nicht adressierten Zeitpunkt zur Prüfung der Zulässigkeit betrifft, ist der Berufungsklägerin insofern zuzustimmen, als eine Schutzschrift grundsätzlich ohne materielle Prüfung entgegenzunehmen ist: Es ist vor dem tatsächlichen Eingang des befürchteten aber ungewissen Gesuchs denn auch kaum möglich und erst recht nicht erforderlich, bereits die Stichhaltigkeit einer Schutzschrift zu überprüfen. Die

materielle Begründetheit einer Schutzschrift ist jedoch von der Zulässigkeit resp. Legitimation zur Hinterlegung zu unterscheiden: Entspricht eine Partei, wie vorliegend, offensichtlich nicht dem mutmasslichen Gesuchsgegner, ist nicht ersichtlich, weshalb das Gericht die Unzulässigkeit zur Hinterlegung nicht bereits nach Eingang der Schutzschrift beurteilen dürfte. Es dürfte insbesondere dem Interesse der hinterlegenden Person entsprechen, möglichst rasch davon in Kenntnis gesetzt zu werden, wenn die Schutzschrift aus formellen Gründen nicht entgegengenommen werden kann. So wird in der Lehre denn auch argumentiert, um zu prüfen, ob überhaupt eine Schutzschrift vorliege und die Voraussetzungen erfüllt seien, sei es unabdingbar, dass das Gericht wenigstens cursorisch vom Inhalt der Eingabe vorläufig Kenntnis nehme (vgl. ZK-LUCIUS HUBER, 2. Aufl. 2016, Art. 270 N. 15 mit weiteren Hinweisen). Ein Rechtsschutzinteresse der Berufungsklägerin, über die Zulässigkeit der Hinterlegung durch eine Nebenintervenientin erst zum Zeitpunkt eines tatsächlichen Gesuchs zu entscheiden, ist jedenfalls nicht auszumachen. Die Berufung ist daher abzuweisen.

4. Kosten

Ausgangsgemäss sind die Kosten der Berufungsklägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) bilden einerseits der Streitwert bzw. das tatsächliche Streitinteresse und andererseits der Zeitaufwand des Gerichts und die Schwierigkeit des Falls die Grundlage für die Festsetzung der Gebühr (§ 2 Abs. 1 GebV OG). Für die Entgegennahme einer Schutzschrift beträgt die Gebühr Fr. 500.00 bis Fr. 2'000.00 (§ 8 Abs. 2 GebV OG). Unter Berücksichtigung der genannten Kriterien ist die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1, § 8 Abs. 2 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 1'500.00 festzusetzen. Parteienschädigungen sind keine zuzusprechen; der Berufungsklägerin nicht, weil sie unterliegt, der Berufungsbeklagten sowie den mutmasslichen Gesuchsgegnern nicht, weil ihnen kein Aufwand entstanden ist, den es zu entschädigen gölte.

5. Zustellung

Entsprechend dem Sinn und Zweck einer Schutzschrift wird diese dem mutmasslichen Gesuchsteller erst zusammen mit dem Entscheid über die superprovisorische Massnahme zugestellt. Entsprechend ist bei der Rückweisung einer Schutzschrift an die hinterlegende Partei aus formellen Gründen von der Zustellung an die weiteren Verfahrensparteien abzusehen. Das Gleiche muss im Rechtsmittelverfahren gelten, weshalb der vorliegende Entscheid einzig der Berufungsklägerin und der Vorinstanz zuzustellen ist.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.00 festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Berufungsklägerin auferlegt.
4. Schriftliche Mitteilung an die Berufungsklägerin unter Rücksendung der Doppel von act. 11, sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Audienz, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.

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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG und ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw N. Menghini-Griessen

versandt am:
23. Oktober 2017