

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS130094-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. M. Stammbach und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. V. Seiler.

Urteil vom 19. Juni 2013

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____,

Gesuchs- und Beschwerdegegner,

betreffend **Arrest**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren
des Bezirksgerichtes Hinwil vom 23. Mai 2013 (EQ130004)

Erwägungen:

1.1 Am 22. Mai 2013 gelangte A. _____ (Gesuchsteller und Beschwerdeführer; nachfolgend nur Beschwerdeführer) mit folgendem Arrestbegehren gegen B. _____ (Gesuchs- und Beschwerdegegner, nachfolgend nur Beschwerdegegner) an das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Hinwil (nachfolgend nur Einzelgericht):

Es seien für eine Forderung des Beschwerdeführers gegen den Beschwerdegegner von Fr. 66'000.-- nebst Zins zu 5 % auf Fr. 50'000.-- ab 30. Dezember 2011 sowie Zins zu 5 % auf Fr. 16'000.-- ab 15. September 2011 die Kaufpreisforderung des Beschwerdegegners gegen C. _____, wohnhaft ... [Adresse], aus dem Verkauf einer Liegenschaft in D. _____ zu verarrestieren;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten.

1.2 Mit Urteil vom 23. Mai 2013 wies das Einzelgericht das Begehren ab und auferlegte dem Beschwerdeführer die Spruchgebühr im Betrag von Fr. 400.-- (act. 7). Dagegen erhob der Kläger mit Eingabe vom 1. Juni 2013 Beschwerde. In der Sache beantragt der Beschwerdeführer die Aufhebung des angefochtenen Entscheides und die Gutheissung des Arrestbegehrens. Hinsichtlich der erstinstanzlichen Kostenaufgabe (Dispositiv-Ziffer 3 des angefochtenen Entscheides) ersuchte er um Gewährung der aufschiebenden Wirkung.

1.3 Mit Verfügung vom 5. Juni 2013 wurde der Antrag auf aufschiebende Wirkung hinsichtlich der erstinstanzlichen Kostenfolge abgewiesen und dem Beschwerdeführer ein Kostenvorschuss im Betrag von Fr. 750.-- auferlegt, den er fristgemäss leistete (act. 11-13). Weitere prozessuale Anordnungen wurden nicht getroffen. Eine Beschwerdeantwort ist im Arrestbewilligungsverfahren nicht einzuholen, da es sich um ein einseitiges Verfahren handelt (BSK SchKG II-Stoffel, 2. A. 2010, Art. 272 N 53).

2. Gegen erstinstanzliche Endentscheide in Arrestsachen ist infolge des Ausschlusses der Berufung die Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO zulässig (Art. 319 lit. a ZPO i.V.m. Art. 309 lit. b Ziff. 6 ZPO; vgl. ZK ZPO-Reetz/Theiler,

2. A. Zürich 2013, Art. 309 N 34). Mit der Beschwerde können die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige, d.h. willkürliche Sachverhaltsfeststellung gerügt werden (vgl. Art. 320 ZPO). Das Vorbringen von neuen Anträgen, Tatsachenbehauptungen oder Beweismitteln ist ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO; ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, 2. A. Zürich 2013, Art. 326 N 3). Ausnahmen davon rechtfertigt immerhin eine Verletzung des rechtlichen Gehörs.

3.1 Der Arrest setzt das Glaubhaftmachen einer Arrestforderung, eines Arrestgrundes und die Existenz von Vermögensgegenständen des Arrestschuldners am bezeichneten (Arrest-)Ort voraus (Art. 272 Abs. 1 SchKG).

Glaubhaftmachen bedeutet weniger als Beweisen, aber mehr als blosses Behaupten. Glaubhaft ist eine Tatsache, wenn das Gericht sie aufgrund der ihm vorgelegten Dokumente für wahrscheinlich hält, ohne ausschliessen zu müssen, dass es sich auch anders verhalten könnte. Vorausgesetzt ist damit zum einen ein schlüssiges Vorbringen und zum anderen, dass die Tatsachendarlegungen dem Gericht als wahrscheinlich erscheinen. Auch wenn die Anforderungen an den "Wahrscheinlichkeitsbeweis" nicht zu hoch anzusetzen sind, vermögen blosser Behauptungen des Arrestgläubigers nicht zu genügen, selbst wenn sie schlüssig sind. Vielmehr müssen objektive Anhaltspunkte vorliegen, die auf das Vorhandensein der behaupteten Tatsachen schliessen lassen. In diesem Sinn ist eine Beweisführung mindestens in den Grundzügen erforderlich (BGer 5P.1/2007 vom 20. April 2007, E. 3.3; Bger 5P.330/2005 vom 17. November 2005, E. 3.2; BSK SchKG II-Stoffel, 2. A. Zürich 2010, Art. 272 N 4 ff., 26 ff.; KUKO SchKG-Meier-Dieterle, Art. 272 N 14).

3.2 Das Einzelgericht hat das Arrestbegehren mit der Begründung abgewiesen, der Beschwerdeführer habe keinen definitiven Rechtsöffnungstitel im Sinne von Art. 80 SchKG vorgelegt, sondern lediglich den Entscheid des Kreisgerichts Toggenburg SG vom 26. März 2012, mit welchem dem Beschwerdeführer in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamts E._____ die provisorische Rechtsöffnung erteilt worden sei. Der Beschwerdeführer habe daher keinen Arrestgrund glaubhaft gemacht, weshalb das Begehren abzuweisen sei, ohne dass auf die weiteren Voraussetzungen eines Arrestbefehls eingegangen werden müsse. Es

weist abschliessend darauf hin, dass, für den Fall, dass dem Beschwerdeführer in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamts E. _____ ein Verlustschein ausgestellt worden sein sollte, gemäss Art. 271 Abs. 1 Ziff. 5 SchKG das Vorliegen eines provisorischen oder eines definitiven Verlustscheins einen Arrestgrund darstelle und dass ein Verlustschein den Gläubiger nach Art. 149 Abs. 3 SchKG auch berechtige, innert sechs Monaten nach dessen Ausstellung ein Fortsetzungsbegehren ohne neuen Zahlungsbefehl zu stellen (act. 7).

3.3 Mit der Beschwerde reicht der Beschwerdeführer das Original des Rechtsöffnungsentscheids des Kreisgerichts Toggenburg SG vom 26. März 2012 mit Vollstreckbarkeitserklärung vom 28. Mai 2013 ein (act. 10). Er macht geltend, die Vollstreckbarkeitserklärung sei kein Novum, da dem Einzelgericht das rechtskräftige Urteil des Kreisgerichts Toggenburg vorgelegen habe. Zudem bestehe nach Art. 278 Abs. 3 SchKG keine Novenbeschränkung. Der Beschwerdeführer habe es als juristischer Laie unterlassen, die Vollstreckbarkeitserklärung auf dem Entscheid anbringen zu lassen, da er angenommen habe, dass dieser nach über einem Jahr ohne Mitteilung des Kreisgerichts Toggenburg rechtskräftig sei. Das Einzelgericht hätte dem Beschwerdeführer einfach eine Nachfrist zur Beibringung des Rechtskraftstempels ansetzen können (act. 8).

3.4 Richtig ist, dass das Gericht bei offensichtlich unvollständigen Vorbringen einer Partei Gelegenheit zur Ergänzung zu geben hat (Art. 56 ZPO). Das gilt namentlich dann, wenn das unvollständige Vorbringen Konsequenzen für die rechtliche Beurteilung hat, und die betreffende Partei – wie hier – nicht rechtskundig vertreten ist (vgl. ZK ZPO Sutter-Somm/Von Arx, 2. A. Zürich 2013, Art. 56 N 27).

Nur: Das Einzelgericht hat den Beschwerdeführer korrekt darauf hingewiesen, dass der von ihm eingereichte Rechtsöffnungsentscheid kein definitiver Rechtsöffnungstitel sei. Ob der Entscheid rechtskräftig und vollstreckbar bzw. mit einer Vollstreckbarkeitserklärung versehen ist oder nicht, ist für diese Frage unerheblich. Die provisorische Rechtsöffnung berechtigt den Gläubiger dazu, die provisorische Pfändung bzw. die Aufnahme eines Güterverzeichnisses zu verlangen (Art. 83 Abs. 1). Erhebt der Schuldner keine Aberkennungsklage, wird die

Rechtsöffnung definitiv (Art. 83 Abs. 3 SchKG). Damit ist der Gläubiger berechtigt, das Fortsetzungsbegehren zu stellen (Art. 88 SchKG), worauf das Betreibungsamt die Pfändung vollzieht (Art. 89 SchKG). Ein definitiver Rechtsöffnungstitel im Sinne von Art. 80 SchKG und Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG ist ein (vollstreckbarer) gerichtlicher Entscheid, in dem der Schuldner zur Zahlung einer Geldsumme oder zur Leistung von Sicherheiten verurteilt wird (vgl. BSK SchKG I-Staehelin, 2. A. Basel 2010, Art. 80 N 3). Der provisorische Rechtsöffnungsentscheid bildet – selbst wenn rechtskräftig und vollstreckbar – keinen definitiven Rechtsöffnungstitel, da er den Schuldner nicht zu einer Leistung verpflichtet (vgl. BSK SchKG II-Stoffel, Art. 272 N 21). Dass er *betreibungsrechtlich* wie ein solcher wirkt, wenn der Schuldner keine Aberkennungsklage erhebt, indem der Gläubiger die Betreuung fortsetzen kann, lässt sich nicht auf die Arrestlegung übertragen. Nach dem System und Zweck des Gesetzes soll ein Untätigbleiben des Schuldners im Rechtsöffnungsverfahren den Gläubiger nicht zum Arrest berechtigen; verlangt ist dafür ein vollstreckbares Leistungsurteil, welches den Schuldner zur Zahlung der betreffenden Forderung verpflichtet. Wenn der Gläubiger es versäumt hat, innert der Jahresfrist von Art. 88 Abs. 2 SchKG die Fortsetzung der Betreuung zu verlangen, erlischt dieses Recht und fällt die Betreuung dahin. Der Gläubiger kann in dieser Situation auch nicht mit einem Arrestbegehren zum Ziel gelangen. Die Frage, ob die Vollstreckbarkeitserklärung vom 28. Mai 2013 als Novum ausnahmsweise zulässig ist (der vom Beschwerdeführer angeführte Art. 278 Abs. 3 SchKG betrifft nur die Arresteinsprache des Schuldners), kann hier daher offen bleiben.

Im Ergebnis fehlt es (nach wie vor) an einem definitiven Rechtsöffnungstitel. Der vom Beschwerdeführer angerufene Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG ist nicht gegeben und ein anderer Arrestgrund ist weder behauptet noch ersichtlich. Zum Hinweis des Einzelgerichts, dass der Beschwerdeführer zum Arrest berechtigt wäre, wenn ihm in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamts E. _____ (vgl. act. 2/1 S. 2) ein Verlustschein ausgestellt worden wäre, da das Vorliegen eines provisorischen oder eines definitiven Verlustscheins nach Art. 271 Abs. 1 Ziff. 5 SchKG einen Arrestgrund darstelle (vgl. act. 7 S. 2 f.), äussert sich die Beschwerde nicht.

3.5 Da das Arrestbegehren somit mangels Arrestgrund abzuweisen war, konnte das Einzelgericht offen lassen, ob der Beschwerdeführer mit dem vorgelegten Kaufvertrag zwischen dem Beschwerdegegner und der F. _____ AG über eine Liegenschaft in D. _____ vom 14. April 2011 (act. 2/2) sowie der (unbelegten) Behauptung, der Beschwerdegegner habe telefonisch mitgeteilt, sein Schuldner C. _____ habe den Kaufpreis noch nicht bezahlt (act. 1 S. 4), das Vorliegen eines (verarrestierbaren) Vermögenswerts des Arrestschuldners glaubhaft gemacht hat. Es erübrigt sich damit ebenso im Beschwerdeverfahren auf die diesbezüglichen Ausführungen des Beschwerdeführers im Arrestbegehren (näher) einzugehen.

Die Beschwerde ist abzuweisen.

4.1 Die erstinstanzliche Spruchgebühr wurde bei diesem Ausgang zu Recht dem Beschwerdeführer auferlegt; und er wird auch in zweiter Instanz kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Entscheide, die vom Arrestgericht getroffen werden, gehören zu den in Art. 251 ZPO genannten Angelegenheiten des SchKG, für welche das summarische Verfahren der ZPO gilt. Gemäss GebV SchKG (in der seit 1. Januar 2011 geltenden Fassung) bestimmt sich die Spruchgebühr für einen gerichtlichen Entscheid in betreibungsrechtlichen Summarsachen nach dem Streitwert, sofern die Verordnung nichts anderes vorsieht. Liegt der Streitwert zwischen Fr. 10'000.-- und Fr. 100'000.-- beträgt die Gebühr höchstens Fr. 500.-- (Art. 48 GebV SchKG). Das obere Gericht, an das eine betreibungsrechtliche Summarsache weitergezogen wird, kann für seinen Entscheid eine Gebühr erheben, die höchstens das Anderthalbfache der für die Vorinstanz zulässigen Gebühr beträgt (Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG; vgl. zum Ganzen 5A_492/2012 vom 13. März 2013).

4.2 Der Streitwert beläuft sich nach dem Arrestbegehren auf Fr. 66'000.--. Die Entscheidgebühr ist daher auf Fr. 750.-- festzusetzen und dem Beschwerdeführer aufzuerlegen, der dafür einen Kostenvorschuss geleistet hat. Parteientschädigungen sind nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beschwerdeführer auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an den Beschwerdeführer sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Hinwil, je gegen Empfangsschein.
6. 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. 66'000.--.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. V. Seiler

versandt am: