



Geschäfts-Nr.: PS130058-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-
Sørensen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. F. Gohl Zschokke.

Urteil vom 27. Mai 2013

in Sachen

A._____ GmbH,

Klägerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. X._____,

gegen

B._____,

Beklagte und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Arrest**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes
Zürich vom 25. März 2013 (EQ130049)

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Die Klägerin und Beschwerdeführerin (im Folgenden: Beschwerdeführerin) gelangte mit Arrestbegehren vom 18. März 2013 (act. 1) an das Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichtes Zürich. Sie verlangte die Verarrestierung der Lohnforderung der Beklagten und Beschwerdegegnerin (im Folgenden: Beschwerdegegnerin) gegenüber der C._____AG bis zur Deckung einer Arrestforderung von Fr. 2'750.31 nebst Zins. Als Arrestgrund berief sich die Beschwerdeführerin auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG. Überdies nannte sie einen Vollstreckungsbescheid des Amtsgerichts Stuttgart vom 21. Juli 2003 als Forderungsurkunde, welchen sie zu den Akten reichte (vgl. act. 2/1). Mit Urteil vom 25. März 2013 (act. 3 = act. 6 = act. 8) wies das Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichtes Zürich das Arrestbegehren der Beschwerdeführerin ab und auferlegte ihr die auf Fr. 300.-- festgesetzte Spruchgebühr.

1.2. Gegen diesen Entscheid erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 18. April 2013 (act. 7) rechtzeitig Beschwerde (vgl. act. 4). Sie beantragt die Aufhebung des angefochtenen Urteils und die Bewilligung des vor Vorinstanz gestellten Arrestbegehrens; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin (act. 7 S. 4).

1.3. Mit Verfügung vom 22. April 2013 (act. 10) wurde der Beschwerdeführerin eine Frist von zehn Tagen zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 450.-- für das Beschwerdeverfahren angesetzt. Dieser Betrag wurde innert der mit Verfügung vom 13. Mai 2013 (act. 13) angesetzten Nachfrist bei der Obergerichtskasse einbezahlt (vgl. act. 14 und act. 15). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (vgl. act. 1-4).

2. Zur Beschwerde

2.1. Der Arrest wird vom Gericht am Betreibungsort oder am Ort, wo die Vermögensgegenstände sich befinden, bewilligt, wenn die Gläubigerin glaubhaft macht, dass ihre Forderung besteht, ein Arrestgrund vorliegt und

Vermögensgegenstände vorhanden sind, die dem Schuldner gehören (Art. 272 Abs. 1 SchKG). Glaubhaftmachen bedeutet weniger als Beweisen, hingegen mehr als blosses Behaupten. Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache, wenn das Gericht sie aufgrund der ihm vorgelegten Elemente für wahrscheinlich hält, d.h. wenn es den Eindruck gewinnt, dass der behauptete Sachverhalt wirklich vorliegt, 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. Die Anforderungen an den Wahrscheinlichkeitsbeweis dürfen nicht zu hoch angesetzt werden, doch eine Beweisführung mindestens in den Grundzügen ist erforderlich. Blossé Behauptungen der Arrestgläubigerin genügen also nicht, auch wenn sie schlüssig sind. Vielmehr müssen objektive Anhaltspunkte vorliegen, die auf das Vorhandensein der behaupteten Tatsachen schliessen lassen (BSK SchKG II-Stoffel, Art. 272 N 4 ff.; KUKO SchKG-Meier-Dieterle, Art. 272 N 14; BSK ZGB I-Schmid, Art. 8 N 20 f.).

2.2. Im angefochtenen Entscheid zog die Vorinstanz korrekt in Betracht, dass der von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Arrestgrund gemäss Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG nur in Frage kommt, wenn die Schuldnerin Wohnsitz im Ausland hat (sog. Ausländerarrest), während die Beschwerdegegnerin offenbar in Zürich wohnt (act. 3 S. 2). Sowohl in ihrem Arrestbegehren als auch in ihrer Beschwerdeschrift hat die Beschwerdegegnerin die ... [Adresse] als Wohnadresse der Beschwerdegegnerin genannt (vgl. act. 1 S. 1 und act. 7 S. 1). Vor diesem Hintergrund hat die Beschwerdeführerin zu Recht nicht beanstandet, dass die Vorinstanz zum Schluss kam, es mangle an einer für einen Ausländerarrest im Sinne von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG erforderlichen Vor-aussetzung, namentlich am Fehlen eines Wohnsitzes in der Schweiz (act. 7 S. 2).

2.3. Des weiteren hat die Vorinstanz festgehalten, es seien keine weiteren Arrestgründe zu prüfen, da sich die Beschwerdeführerin ausschliesslich auf den Ausländerarrest berufen habe (act. 3 S. 2). Letzteres bezeichnet die Beschwerdeführerin als unzutreffend. Zwar sei es richtig, dass sie Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG (allein) erwähnt habe. Daraus lasse sich jedoch noch nicht folgern,

dass sie sich ausschliesslich auf diese Bestimmung berufe. Es sei nämlich der Grundsatz "da mihi factum - dabo tibi ius" zu berücksichtigen (act. 7 S. 2). Bei ihrer diesbezüglichen Argumentation scheint die Beschwerdeführerin zu verkennen, dass sie im vorinstanzlichen Verfahren nicht ansatzweise einen Sachverhalt behauptet hat, welcher einem der weiteren in Art. 271 Abs. 1 SchKG genannten Arrestgründe entsprechen könnte oder sonst eine Sicherungsmassnahme in Form eines Arrestes zu rechtfertigen vermöchte (vgl. act. 1). Hierzu wäre sie jedoch gehalten gewesen. Die Vorinstanz war deshalb auch nicht dazu verpflichtet zu prüfen, ob ein anderer Arrestgrund als derjenige gemäss Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG bestehen könnte.

2.4. Dennoch hat die Vorinstanz die Beschwerdeführerin – zu Recht – darauf hingewiesen, dass der von ihr eingereichte Vollstreckungsbescheid des Amtsgerichts Stuttgart vom 21. Juli 2003 (act. 2/1) für einen Arrest gestützt auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG nicht genügen würde (vgl. act. 3 S. 2).

Am 1. Januar 2011 traten für die Schweiz neben der schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 101) auch das Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen, revLugÜ; SR 0.275.12) sowie der Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen) vom 11. Dezember 2009 samt den diesbezüglichen Änderungen des SchKG in Kraft (vgl. AS 2010 5601). Mit Art. 3 des erwähnten Bundesbeschlusses wurde auch der neue Arrestgrund gemäss Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG eingeführt. Dieser setzt voraus, dass die Gläubigerin gegen die Schuldnerin einen definitiven Rechtsöffnungstitel besitzt. Im unter Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG genannten Fall entscheidet das Gericht bei ausländischen Entscheiden, die nach dem Übereinkommen vom 30. Oktober 2007 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen zu vollstrecken sind, auch über

deren Vollstreckbarkeit (Art. 271 Abs. 3 SchKG). Das SchKG setzt somit das Recht auf eine Sicherungsmassnahme gemäss Art. 47 Abs. 2 revLugÜ um.

Ein deutscher Vollstreckungsbescheid ist vergleichbar mit einem Zahlungsbefehl, gegen den die Schuldnerin keinen Rechtsvorschlag erhoben hat. Er ergeht, wenn die Schuldnerin gegen den Mahnbescheid keinen Widerspruch eingelegt hat (§ 699 Abs. 1 der deutschen Zivilprozessordnung; ZPO/D). Im Gegensatz zum schweizerischen Zahlungsbefehl schafft der deutsche Vollstreckungsbescheid formelle und materielle Rechtskraft. Er ist dem Säumnisurteil eines Gerichts gleichgestellt (§ 700 ZPO/D). Nach der Zustellung gemäss § 699 Abs. 4 ZPO/D ist er ohne weiteres vollstreckbar unter dem Vorbehalt, dass die Vollstreckung nicht infolge eines Einspruches einstweilen (gerichtlich, vgl. § 719 i.V.m. § 707 ZPO/D) eingestellt wird. Solange solches nicht erfolgt, ist der Vollstreckungsbescheid uneingeschränkt vollstreckbar (vgl. Vollkommer, in: Zöller, Zivilprozessordnung, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 29. Auflage 2012, § 699 ZPO/D N 15, § 700 ZPO/D N 1 und N 15). Der deutsche Vollstreckungsbescheid ist daher der Anerkennung und der Vollstreckbarerklärung zugänglich.

Vorliegend ist indessen zu beachten, dass der Vollstreckungsbescheid des Amtsgerichts Stuttgart vom 21. Juli 2003 vor dem Inkrafttreten des revLugÜ für die Schweiz am 1. Januar 2011 erlassen worden ist. Bezüglich einer Anerkennung und Vollstreckung in der Schweiz kommen daher gemäss Art. 63 revLugÜ die Bestimmungen des aLugÜ vom 16. September 1988 zur Anwendung (BGE 138 III 82 und 84). Die kontroverse Frage, ob der Arrestgrund gemäss Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG auch für altrechtliche LugÜ-Titel zur Verfügung stehe, hat die Kammer wiederholt abschlägig beantwortet (OGer PS 110030 vom 1. Juni 2011 Erw. 3 und OGer PS110177 vom 31. Oktober 2011, Erw. II.3, je mit weiteren Hinweisen und Erörterungen; vgl. auch Reiser/Jent-Sørensen, Exequatur und Arrest im Zusammenhang mit dem revidierten Lugano-Übereinkommen, in: SJZ 107/2011, S. 453 ff., S. 459). Es besteht heute kein Anlass, von dieser Praxis abzuweichen, auch wenn in der Literatur vereinzelt die Ansicht vertreten wird, aus den Erwägungen eines Urteils des Bundesgerichts vom 21. Dezember 2012 (BGE 5A_355/2012) lasse sich etwas Gegenteiliges ableiten (vgl. Naegeli, Und

nochmals zum neuen Arrestgrund des definitiven Rechtsöffnungstitels: Klärende Worte des Bundesgerichtes, in: Jusletter vom 22. April 2013). Der betreffende Bundesgerichtsentscheid äussert sich nicht zur fraglichen Kontroverse.

Selbst wenn jedoch ein altrechtlicher LugÜ-Titel unter Berücksichtigung von Art. 80 SchKG als definitiver Rechtsöffnungstitel im Sinne von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG zu qualifizieren wäre, so hätte man zu beachten, dass die Gläubigerin nach herrschender Ansicht und geltender obergerichtlicher Praxis für die Arrestlegung gestützt auf einen Entscheid, der nach revLugÜ zu vollstrecken sei, einen entsprechenden Antrag auf Vollstreckbarerklärung zu stellen hat (vgl. Reiser/Jent-Sørensen, a.a.O., S. 454 f. und BSK Lugü-Hofmann/Kunz, Art. 47 N 62; OGer PS110177 vom 31. Oktober 2011, Erw. II.2.b, OGer PS110169 vom 8. November 2011, Erw. III.3, OGer PS120140 vom 5. April 2013, Erw. II.2, je mit weiteren Hinweisen und Erörterungen). Nichts anderes würde für einen unter dem Geltungsbereich des aLugÜ ergangenen Rechtsöffnungstitel gelten. Der einzige Unterschied läge darin, dass die Vollstreckbarerklärung nach den Bestimmungen von Art. 31 ff. aLugÜ und nicht nach denjenigen der Art. 38 ff. revLugÜ zu prüfen wären (vgl. BGE 138 III 82 und 84). Die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin hat es jedoch versäumt, den erforderlichen Exequaturantrag zu stellen (vgl. act. 1). Lediglich der Vollständigkeit halber ist bereits hier festzuhalten, dass einem entsprechenden Begehren – wie noch zu zeigen sein wird (vgl. Erwägung 2.6 hiernach) – ohnehin kein Erfolg beschieden gewesen wäre.

2.5. In ihrer Beschwerdeschrift bringt die Beschwerdeführerin neu vor, sie könnte einen definitiven Rechtsöffnungstitel im Sinne von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG kurzfristig beschaffen (act. 7 S. 2). Hierzu ist zu bemerken, dass im Beschwerdeverfahren neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel (ebenso wie neue Anträge) grundsätzlich ausgeschlossen sind (vgl. Art. 326 Abs. 1 ZPO). Zwar bleiben besondere Bestimmungen des Gesetzes vorbehalten (vgl. Art. 326 Abs. 2 ZPO). So können in einer Beschwerde gegen den Arresteinspracheentscheid gemäss Art. 278 Abs. 3 SchKG neue Tatsachen geltend gemacht werden. Für die Beschwerde gegen die Nichtgewährung des Arrestes gibt es jedoch keine Ausnahmeregelung. Da ein abgewiesenes

Arrestbegehren mit ergänzter Sachverhaltsdarstellung jederzeit neu gestellt werden kann (KUKO SchKG-Meier-Dieterle, Art. 272 N 20), gibt es dafür auch keine Veranlassung (vgl. zum Ganzen: OGer PS110148 vom 5. Oktober 2011, Erw. II.3).

2.6. Schliesslich zog die Vorinstanz in ihrem Entscheid die Möglichkeit eines Arrests als Sicherungsmassnahme im Sinne von Art. 39 Abs. 2 aLugÜ in Betracht und erwog, eine solche würde einen vollstreckbaren ausländischen Entscheid voraussetzen. Die Beschwerdeführerin habe im vorliegenden Fall keinen Antrag auf (hauptfrageweise) Vollstreckbarerklärung des erwähnten Vollstreckungsbescheids (des Amtsgerichts Stuttgart vom 21. Juli 2003) gestellt, was denn auch unbehelflich wäre, weil die Zustellungsbescheinigung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks (hier des Mahnbescheids) fehle (act. 3 S. 2).

In ihrer Beschwerdeschrift vertritt die Beschwerdeführerin demgegenüber den Standpunkt, dass ihrem Arrestbegehren insgesamt vier Vollstreckungsbescheide zu Grunde liegen würden, welche – wie sich eigentlich schon aus dem Namen ergebe – von Amtes wegen vollstreckbar seien (act. 7 S. 3). Soweit die Beschwerdeführerin drei im vorinstanzlichen Verfahren nicht thematisierte Vollstreckungsbescheide anführt (vgl. act. 1), handelt es sich um ein neues Vorbringen, welches im Beschwerdeverfahren nicht zu hören ist (vgl. Art. 326 Abs. 1 ZPO). Hinsichtlich der Frage der Vollstreckbarkeit ist die Beschwerdeführerin auf die Art. 31 ff. aLugÜ zu verweisen. Erst eine Entscheidung, durch welche die Zwangsvollstreckung zugelassen wird, gibt die Befugnis, eine Sicherungsmassnahme (in Form eines Arrestes) zu erlassen (Art. 39 Abs. 2 aLugÜ).

Gemäss Art. 31 Abs. 1 aLugÜ werden die in einem Vertragsstaat ergangenen Entscheidungen, die in diesem Staat vollstreckbar sind, in einem anderen Vertragsstaat vollstreckt, wenn sie dort auf Antrag eines Berechtigten für vollstreckbar erklärt worden sind. Der Umstand allein, dass der Vollstreckungsbescheid des Amtsgerichts Stuttgart vom 21. Juli 2003, d.h. eine in Deutschland ergangene Entscheidung in diesem Vertragsstaat des aLugÜ

vollstreckbar ist, genügt folglich nicht, um eine Vollstreckung in der Schweiz, einem weiteren Vertragsstaat des aLugÜ, zu bewirken.

Nach Art. 46 Nr. 2 aLugÜ hat die Partei, welche die Anerkennung einer Entscheidung geltend macht oder die Zwangsvollstreckung betreiben will, bei einer in einem Versäumnisverfahren ergangenen Entscheidung die Urschrift oder eine beglaubigte Abschrift der Urkunde vorzulegen, aus der sich ergibt, dass das den Rechtsstreit einleitende Schriftstück der säumigen Partei zugestellt worden ist. Der Mahnbescheid ist das verfahrenseinleitende Schriftstück im Sinne von Art. 46 Nr. 2 aLugÜ (vgl. Naegeli, in: Kommentar zum Lugano-Übereinkommen, Bern 2008, Art. 46 N 16 f. mit Hinweis auf Walther, in: Kommentar zum Lugano-Übereinkommen, Bern 2008, Art. 27 N 44 mit FN 62). Entgegen der von der Beschwerdeführerin vertretenen Ansicht (vgl. act. 7 S. 3 f.) handelt es sich folglich nicht um ein Missverständnis, wenn die Vorinstanz das Fehlen eines solchen Dokumentes moniert hat. Der Umstand allein, dass nach der deutschen Zivilprozessordnung ein Vollstreckungsbescheid erst dann erlassen werden kann, wenn der zugrunde liegende Mahnbescheid ordnungsgemäss zugestellt und nach dem Ablauf einer Frist von zwei Wochen kein Widerspruch eingelegt worden ist, genügt entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht.

2.7. Auf Grund der dargelegten Erwägungen erweisen sich die Beanstandungen der Beschwerdeführerin als unbegründet. Ihre Beschwerde ist deshalb abzuweisen.

3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Spruchgebühr für das Beschwerdeverfahren ist in Anwendung von Art. 48 und Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf Fr. 450.– festzusetzen und ausgangsgemäss der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Sie ist mit dem geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Eine Parteientschädigung ist nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 450.-- festgesetzt, der Beschwerdeführerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Beschwerdeführerin und an das Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichtes Zürich sowie an die Obergerichtskasse, 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. 2'750.31.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. F. Gohl Zschokke

versandt am: