

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS210147-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichterin lic. iur.
A. Strähl sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Häfeli

Urteil vom 5. Oktober 2021

in Sachen

A1._____ LTD.,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin,

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

gegen

B._____,

Gesuchs- und Beschwerdegegner,

betreffend **Arrest**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes
Zürich vom 28. Juli 2021 (EQ210120)

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- " 1. Es seien sämtliche Vermögenswerte des Gesuchsgegners, unabhängig davon, ob sie unter seinem Namen und/oder Nummern und/oder Decknamen des Gesuchsgegners geführt werden, zu verarrestieren, insbesondere

Forderungen, Kontokorrent- und Kundenguthaben sowie Barschaften (alle jeweils in in- und ausländischer Währung), Edelmetalle, Wertpapiere, Wertrechte, Depot-, Safe- und Schrankfachinhalte, Festgeldanlagen sowie sämtliche Herausgabeansprüche aus Depot- und Treuhandverträgen bei bzw. mit der Bank C._____ AG mit Sitz an der ... [Adresse], namentlich Vermögenswerte des Gesuchsgegners in Zusammenhang mit der Geschäftsbeziehung 1 und/oder dem Konto mit der IBAN-Nummer CH2, und/oder dem Konto mit der IBAN CH3,

bis zur Deckung der Arrestforderung der Gesuchstellerin von CHF 33'023'880 (= USD 36'000'000 x 0.91733) zuzüglich der Kosten.

2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MwSt.) zulasten des Gesuchsgegners."

Entscheid des Einzelgerichts Audienz:

(act. 5 = act. 8 = act. 10)

- " 1. Das Arrestgesuch wird abgewiesen.
2. Die Spruchgebühr von Fr. 2'000.00 wird der Gesuchstellerin auferlegt.
[Mitteilung und Rechtsmittel]"

Beschwerdeanträge:

(act. 9 S. 2)

- " 1. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht Audienz, vom 28. Juli 2021, Geschäftsnr. EQ210120-L/U, sei aufzuheben.
2. Es seien sämtliche Vermögenswerte des Gesuchsgegners, unabhängig davon, ob sie unter seinem Namen und/oder Nummern und/oder Decknamen des Gesuchsgegners geführt werden, zu verarrestieren, insbesondere

Forderungen, Kontokorrent- und Kundenguthaben sowie Barschaften (alle jeweils in in- und ausländischer Währung), Edelmetalle, Wertpapiere, Wertrechte, Depot-, Safe- und Schrankfachinhalte, Festgeldanlagen sowie sämtliche Herausgabeansprüche

aus Depot- und Treuhandverträgen bei bzw. mit der Bank C. _____ AG mit Sitz an der ... [Adresse], namentlich Vermögenswerte des Gesuchsgegners in Zusammenhang mit der Geschäftsbeziehung 1 und/oder dem Konto mit der IBAN-Nummer CH2, und/oder dem Konto mit der IBAN CH3,

bis zur Deckung der Arrestforderung der Gesuchstellerin von CHF 33'023'880 (= USD 36'000'000 x 0.91733) zuzüglich der Kosten.

3. Eventualiter zu Ziffer 2 seien sämtliche Vermögenswerte des Gesuchsgegners, unabhängig davon, ob sie unter seinem Namen und/oder Nummern und/oder Decknamen des Gesuchsgegners geführt werden, zu verarrestieren, insbesondere

Forderungen, Kontokorrent- und Kundenguthaben sowie Barschaften (alle jeweils in in- und ausländischer Währung), Edelmetalle, Wertpapiere, Wertrechte, Depot-, Safe- und Schrankfachinhalte, Festgeldanlagen sowie sämtliche Herausgabeansprüche aus Depot- und Treuhandverträgen bei bzw. mit der Bank C. _____ AG mit Sitz an der ... [Adresse], namentlich Vermögenswerte des Gesuchsgegners in Zusammenhang mit der Geschäftsbeziehung 1 und/oder dem Konto mit der IBAN-Nummer CH2, und/oder dem Konto mit der IBAN CH3,

bis zur Deckung der Arrestforderung der Gesuchstellerin von CHF 6'971'708 (= USD 7'600'000 x 0.91733) zuzüglich der Kosten.

4. Subeventualiter zu Ziffer 2 sei die Sache zur Neu Beurteilung im Sinne der Erwägungen zurückzuweisen.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (inkl. MwSt.) zu Lasten des Beschwerdegegners."

Erwägungen:

1. Sachverhaltsübersicht und Prozessgeschichte

1.1 Die Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Beschwerdeführerin) ist eine im Wertpapierhandel (sog. Hochfrequenz-Börsenhandel) tätige, in Singapur domizilierte Unternehmung. Sie ist eine Tochterfirma der A2. _____ LTD. (nachfolgend: A2. _____).

Nach den Ausführungen der Beschwerdeführerin habe D. _____ bis zu seiner Abberufung als einziges Mitglied im Verwaltungsrat der A2. _____ Einsitz genom-

men. Wenige Tage vor seiner Absetzung habe er ohne Rechtsgrundlage namhafte Geldbeträge auf sein Bankkonto bei der C. _____ AG überweisen lassen. Weitere substantielle Beträge seien auf das Konto des Gesuchsgegners und Beschwerdegegners (nachfolgend: Beschwerdegegner) – ebenfalls bei der C. _____ AG – geflossen. Insgesamt sei dergestalt ein Betrag von USD 36 Mio. verschoben worden. Der Beschwerdegegner sei solidarisch haftbar, allenfalls für den Gesamtbetrag, jedenfalls aber für die ihm direkt zugeflossenen Geldmittel. Entsprechend sei Arrest zu legen.

1.2 Mit Eingabe vom 27. Juli 2021 (act. 1) stellte die Beschwerdeführerin beim Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Audienz (nachfolgend: Vorinstanz), ein Arrestgesuch gegen den Beschwerdegegner mit den eingangs wiedergegebenen Begehren. Die Vorinstanz wies das Gesuch mit Urteil vom 28. Juli 2021 vollumfänglich ab (act. 5 = act. 8 = act. 10).

1.3 Dagegen erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 9. August 2021 (act. 9) Beschwerde mit den oben dargestellten Anträgen. Den von ihr mit Verfügung vom 10. August 2021 einverlangten Kostenvorschuss leistete sie rechtzeitig (act. 13 und act. 15). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1–6). Das Verfahren ist spruchreif.

2. Prozessuales

2.1. Gegen einen erstinstanzlichen Entscheid, mit dem ein Arrestgesuch abgewiesen wird, kann gemäss Art. 319 lit. a i.V.m. Art. 309 lit. b Ziff. 6 ZPO innert einer zehntägigen Frist (Art. 321 Abs. 2 i.V.m. Art. 251 lit. a ZPO) Beschwerde erhoben werden. Das Beschwerdeverfahren ist hierbei – wie bereits das erstinstanzliche Arrestbewilligungsverfahren – ausnahmsweise einseitig zu führen, d.h. die Arrestschuldnerin ist nicht anzuhören, um den Zweck des Arrests nicht zu vereiteln, nämlich die überfallartige Sicherung der Arrestforderung (vgl. dazu O-Ger ZH, PS200055 vom 6. April 2020, E. 2.1; BGer, 5A_508/2012 vom 28. August 2012, E. 4). Wird der Arrest bewilligt, ist der Arrestschuldnerin das rechtliche Gehör im Arresteinspracheverfahren nachträglich einzuräumen (Art. 278 SchKG).

2.2. Die Beschwerde wurde rechtzeitig (vgl. act. 6), schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet im Sinne von Art. 321 Abs. 1 ZPO bei der Kammer als zuständiger Beschwerdeinstanz eingereicht. Es ist ohne Weiteres darauf einzutreten.

3. Vorinstanzlicher Parteistandpunkt der Beschwerdeführerin

3.1. Laut der Beschwerdeführerin kam es zwischen den an der A2._____ bzw. den an der Unternehmensgruppe beteiligten Partnern zu Unstimmigkeiten. Derentwegen sei am 8. März 2021 auf den 23. März 2021 eine ausserordentliche Generalversammlung der A2._____ anberaumt worden, anlässlich derer D._____, das einzige Verwaltungsratsmitglied und daneben auch Aktionär, abberufen werden sollte. Mit den Stimmen aller übrigen Aktionäre und unter Stimmenthaltung des Beschwerdegegners habe sich die Abwahl verwirklicht und es seien zwei neue Verwaltungsratsmitglieder bestimmt worden (act. 1 Rz. 14).

3.2. Am 26. Februar 2021 habe D._____ für die A2._____ die Ausschüttung einer Zwischendividende an die Aktionäre im Gesamtumfang von USD 80 Mio. beschlossen (act. 1 Rz. 23).

3.3. Es seien in der Folge Überweisungen vom Konto der Beschwerdeführerin vorgenommen worden, nämlich insgesamt USD 28'400'000.– an D._____ (15. März 2021: USD 12'300'000.–; 17. März 2021: USD 10'600'000.–; 19. März 2021: USD 5'500'000.–) und insgesamt USD 7'600'000.– an den Beschwerdegegner (12. März 2021: USD 3'300'000; 17. März 2021: USD 4'300'000.–; act. 1 Rz. 21).

3.4. Der Beschluss über die Ausschüttung der Zwischendividende und die vorgenommenen Überweisungen seien unrechtmässig gewesen. Erstens seien die Auszahlungen von Konten der falschen Gesellschaft vorgenommen worden: der Beschluss sei für die A2._____ (Muttergesellschaft) getroffen worden, während die Auszahlungen zu Lasten der Beschwerdeführerin (Tochtergesellschaft) gegangen seien. Zweitens sei der Beschluss nach singapurischem Recht ungültig, da die A2._____ gar nicht über ausreichend freie Mittel verfügt habe, um eine derartige Zwischendividende auszusahlen. Drittens hätten die übrigen Aktionäre

keine Dividende ausbezahlt erhalten und seien über den Beschluss und die erfolgten Auszahlungen nicht informiert worden. Die Auszahlungen könnten damit nur dazu gedient haben, D._____ und den Beschwerdegegner zu bereichern und hätten mit einer Zwischendividende an alle Aktionäre nichts zu tun (act. 1 Rz. 25 ff.).

3.5. Anwendbar sei nach dem Gesellschaftsstatut (Art. 155 lit. g IPRG; vgl. auch Art. 133 Abs. 3 IPRG) das Recht von Singapur. Zwecks Darlegung des singapurischen Rechts sei ein Rechtsgutachten der singapurischen Anwaltskanzlei E._____ ("legal opinion", act. 4/20; nachfolgend: Rechtsgutachten) eingereicht worden. Für den Fall, dass das Gericht zufolge des summarischen Verfahrens schweizerisches Recht zur Anwendung bringe, werde auch jenes dargelegt (act. 1 Rz. 30 ff.).

3.6. Der Beschwerdegegner hafte gemäss dem Rechtsgutachten solidarisch mit D._____ für die Gesamtsumme der Überweisungen von USD 36 Mio. Es könne daher gegen ihn für diesen Betrag Arrest gelegt werden (act. 1 Rz. 33). Im Einzelnen sei Folgendes zu berücksichtigen:

3.7. Die Transaktionen seien in offensichtlicher Verletzung der Verwaltungsratspflichten von D._____ erfolgt. Neben dem bereits erwähnten Fehlen eines Beschlusses betreffend die Auszahlung zu Lasten der Beschwerdeführerin – welches dem Beschwerdegegner bewusst gewesen sei – habe D._____ bei den Überweisungen an sich augenscheinlich in einem Interessenkonflikt gestanden. Der Beschwerdegegner habe sich deswegen aus dem Gesellschaftsvermögen bereichert (act. 1 Rz. 34 ff.).

3.8. Selbst wenn der Beschluss der Muttergesellschaft für die Auszahlungen vom Konto der Tochtergesellschaft beachtlich wäre, könnte er sie – da er ungültig gewesen sei – nicht rechtfertigen. Die Muttergesellschaft habe gar nicht über ausreichende Gewinne bzw. Vermögenswerte verfügt, um eine Zwischendividende von USD 80 Mio. zu beschliessen, weswegen ein Verstoss gegen Section 403 des Companies Act von Singapur vorgelegen habe. Dies habe dem Beschwerdegegner bewusst sein müssen (act. 1 Rz. 37).

3.9. D._____ habe seine Pflichten als Verwaltungsratsmitglied der Beschwerdeführerin verletzt und der Beschwerdegegner habe offensichtlich mit ihm im Hinblick auf ihre Bereicherung zusammengewirkt. Die zwei hätten in gemeinsamer Absprache als Mittäter gehandelt. Der Beschwerdegegner sei für die pflichtwidrig getätigten Transaktionen gegenüber der Beschwerdeführerin solidarisch haftbar. Er sei daher nach singapurischem Recht verpflichtet, der Beschwerdeführerin USD 36 Mio. zurückzubezahlen. Dieser Anspruch sei fällig und nicht durch ein Pfand gesichert (act. 1 Rz. 38).

3.10. Mit zwei auf ihn lautenden Konten bei der C._____ AG seien verarrestierbare Vermögenswerte vorhanden (act. 1 Rz. 57 ff.). Einschlägig sei der sog. Ausländerarrest nach Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG (act. 1 Rz. 61 ff.). Es seien somit alle Voraussetzungen für die Arrestlegung erfüllt (act. 1 Rz. 66).

4. Entscheid der Vorinstanz

4.1. Die Vorinstanz wies das Arrestbegehren ab, weil sie das Bestehen einer Arrestforderung für nicht glaubhaft gemacht erachtete (act. 8 E. 4. 4).

4.2. Zwar sei eine Verletzung von Verwaltungsratspflichten durch D._____ nach singapurischem Recht glaubhaft. Im Gesuch sei jedoch eine Mitwirkung des Beschwerdegegners, welche diesen als Mittäter erscheinen lasse, weder behauptet noch anderweitig ersichtlich, zumal der Beschwerdegegner mangels entsprechender Organfunktion oder anderweitiger Handlungsbefugnisse gar nicht legitimiert sei. Der Beschwerdegegner habe zwar USD 7'600'000.– von der Beschwerdeführerin erhalten, jedoch seien die beiden Überweisungen vom damaligen Verwaltungsratsmitglied D._____ veranlasst worden und daher, zumindest im Ausnahmeverhältnis, rechtmässig. Dass die Verletzung gesellschaftsrechtlicher Verpflichtungen durch D._____ dem Beschwerdegegner angelastet werden könnte, sei nicht glaubhaft gemacht. Auch dem eingereichten Rechtsgutachten sei hierzu nichts Schlüssiges zu entnehmen. Es würden darin in erster Linie die Pflichtverletzungen von D._____ thematisiert. Mit Bezug auf den Beschwerdegegner hielten die beigezogenen Rechtsanwälte es lediglich für plausibel und wahrscheinlich, dass jener für den von der Beschwerdeführerin erlittenen Schaden in Form einer

angemessenen Entschädigung hafte und den Betrag von USD 36 Mio., welcher der Beschwerdeführerin veruntreut worden sei (und/oder Vermögenswerte, die diese Gelder repräsentieren), als "konstruktiver Treuhänder" abzurechnen, zu halten und an die Beschwerdeführerin herauszugeben habe. Ferner werde im Rechtsgutachten die Ansicht vertreten, es gebe gute Argumente dafür, dass D._____ und der Beschwerdegegner an einer Verschwörung zur Veruntreuung von Geldern der Beschwerdeführerin beteiligt gewesen seien. Diesbezüglich enthalte das Gutachten allerdings weitgehend nur Mutmassungen, welche nicht ausreichen würden, um einen Rückforderungsanspruch für die erhaltenen Beträge – geschweige denn eine solidarische Haftung für den Gesamtbetrag – nach singapurischem Recht glaubhaft zu machen. Die Meinung singapurischer Rechtsanwälte genüge zum Nachweis des ausländischen Rechts nicht, wenn sie nicht durch Rechtsquellen unterlegt sei. Das schweizerische Recht wiederum könne vorliegend nicht als ergänzendes Recht herangezogen werden (act. 8 E. 4.2).

5. Überprüfung des vorinstanzlichen Entscheids vor dem Hintergrund der Beanstandungen der Beschwerdeführerin

5.1. Vorwegzuschicken ist, dass die alleinige Anwendbarkeit des Sachrechts von Singapur auf den vorliegenden Sachverhalt beschwerdeweise nicht in Abrede gestellt wird (vgl. die unbeanstandet gebliebene Ausführung der Vorinstanz in act. 8 E. 4.2). Damit kann allein dieses Recht für die beschwerdeweise Überprüfung, ob die Vorinstanz zu Recht die Glaubhaftmachung einer Arrestforderung verneint hat, massgebend sein.

5.2. Das Glaubhaftmachen der Arrestforderung i.S.v. Art. 272 Abs. 1 SchKG umfasst den Bestand der Forderung sowohl in tatsächlicher als auch rechtlicher Hinsicht. Die tatsächlichen Umstände der Entstehung der Arrestforderung sind glaubhaft gemacht, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn der Arrestrichter mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnten. Eine rechtliche Prüfung des Bestandes der Arrestforderung hat der Arrestrichter grundsätzlich von Amtes wegen vorzunehmen (Art. 57 ZPO), sie erfolgt aber bloss summarisch, d.h. weder endgültig noch restlos (BGE 138 III 232, E. 4.1.1; BGer, 5A_195/2018, 5A_196/2018, 5A_197/2018 vom

22. August 2018, E. 6.1). Ist auf die Arrestforderung indessen ausländisches Recht anwendbar, so obliegt es grundsätzlich der Arrestgläubigerin, die massgeblichen rechtlichen Grundlagen in ihren Grundzügen darzutun (vgl. sogleich nachfolgende Erwägung; BGE 140 III 456, E. 2.3-2.4; 145 III 213, E. 6.1.2–6.1.3; OGer ZH, PS200041 vom 18. Juni 2020, E. 5.4 ff.).

5.2.1. 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. Ist der Inhalt des anzuwendenden ausländischen Rechts nicht feststellbar, so ist schweizerisches Recht anzuwenden (Art. 16 Abs. 2 IPRG). Im summarischen Verfahren ist Art. 16 IPRG indessen nur eingeschränkt anwendbar. In Abweichung zu Absatz 1 Satz 1 dieser Bestimmung besteht hier grundsätzlich keine Pflicht des Gerichts, das anwendbare ausländische Recht von Amtes wegen festzustellen (BGE 140 III 456, E. 2.3–2.4; 145 III 213, E. 6.1.2; BGer, 5P.355/2006 vom 8. November 2006, E. 4.3; 5A_60/2013 vom 27. Mai 2013, E. 3.2.1.2); summarische Verfahren verlangen nämlich regelmässig eine rasche Erledigung und es ist das Einholen von (Rechts-)Gutachten im Arrestverfahren grundsätzlich ausgeschlossen (vgl. BGer, 5A_228/2017 vom 26. Juni 2017, E. 3.1). Umgekehrt wird aber die gesuchstellende Partei nicht ohne Weiteres vom Nachweis des massgeblichen Inhalts des anwendbaren ausländischen Rechts entbunden (vgl. Art. 16 Abs. 1, Sätze 2 und 3, IPRG). Vielmehr obliegt es ihr grundsätzlich auch ohne richterliche Aufforderung, bereits in ihrem Gesuch das ausländische Recht in seinen relevanten Grundzügen darzutun, und zwar so weit, als es ihr nach den Umständen des Einzelfalls zugemutet werden kann, d.h. insbesondere nach Massgabe der Dringlichkeit des Begehrens und der Zugänglichkeit des anwendbaren Rechts (zum Ganzen – mit Bezug auf das Rechtsöffnungsverfahren – BGE 140 III 456, E. 2.3-2.4; 145 III 213, E. 6.1.2; OGer ZH, RT150102 vom 5. Januar 2016, E. III.2.2.1; vgl. auch BREITSCHMID, Übersicht zur Arrestbewilligungspraxis nach revidiertem SchKG, AJP 1999, S. 1009; MEIER-DIETERLE, Formelles Arrestrecht – eine Checkliste, AJP 2002, S. 1227; DERS., Der "Ausländerarrest" im revidierten SchKG – eine Checkliste,

AJP 1996, S. 1419; anders BSK IPRG-MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, 4. Aufl., Basel 2021, Art. 16 N 16, 20).

5.2.2. An den "Nachweis" des massgeblichen ausländischen Rechts sind im summarischen Verfahren keine hohen Anforderungen zu stellen. Es genügt blosses "Glaubhaftmachen" der relevanten Rechtsgrundlagen, d.h., es muss das Gericht wenigstens von der Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit und Vollständigkeit der dargelegten Rechtssätze überzeugt sein (BGE 145 III 213, E. 6.1.3; OGer ZH, RT150102 vom 5. Januar 2016, E. III.2.2.1; vgl. aber BGer, 5A_973/2017 vom 4. Juni 2019, E. 4.2 und E. 5.2.1). Unterlässt es die gesuchstellende Partei, das anwendbare ausländische Recht hinsichtlich der anspruchbegründenden Elemente darzutun, obschon ihr dies möglich und zumutbar gewesen wäre, so ist ihr Gesuch grundsätzlich – jedenfalls soweit es sich um ein Arrest- oder ein Rechtsöffnungsgesuch handelt, das nicht bzw. nur beschränkt in Rechtskraft erwächst und das in verbesserter Form neu eingereicht werden kann – ohne Weiterungen abzuweisen (BGE 140 III 456, E. 2.4–2.5; 145 III 213, E. 6.1.2; OGer ZH, RT150102 vom 5. Januar 2016, E. III.2.2.1). Nur insoweit, als es den Parteien – insbesondere wegen der Dringlichkeit des Verfahrens – nicht möglich bzw. zumutbar ist, das anwendbare Recht im genannten Sinne darzulegen, ist ersatzweise auf schweizerisches Recht zurückzugreifen (Art. 16 Abs. 2 IPRG analog; BGE 140 III 456, E. 2.3–2.4; 145 III 213, E. 6.1.2; vgl. auch BGer, 5P.355/2006 vom 8. November 2006, E. 4.3; 5A_60/2013 vom 27. Mai 2013, E. 3.2.1.2, wo ein direktes Abstellen auf schweizerisches Ersatzrecht bei Dringlichkeit des Verfahrens als nicht willkürlich erachtet wurde; vgl. zudem OGer ZH, PS180184 vom 18. Oktober 2018, E. IV.2.3).

5.2.3. Es besteht keine Beschränkung der Mittel, mit denen der Inhalt des ausländischen Rechts "nachgewiesen" werden kann (BSK IPRG-MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, a.a.O., Art. 16 N 6; BK ZPO-HURNI, Bern 2021; Art. 57 N 10 m.w.H.). In Frage kommt auch ein von einer Partei vorgelegtes Privatgutachten. Dieses ist vom Gericht frei zu würdigen, zieht jedoch in keinem Fall eine Delegation der richterlichen Entscheidungskompetenz nach sich (ZK IPRG-GIRSBERGER/FURRER, 3. Aufl., Zürich 2018, Art. 16 N 65).

5.3. Die Beschwerdeführerin leitet ihre Arrestforderung aus drei Anspruchsgrundlagen des singapurischen Rechts ab. Erstens bestehe eine Forderung aus "conspiracy" (vgl. E. 5.4), zweitens aus dem Konzept des "constructive trustee" (vgl. E. 5.5) und drittens aus "unjust enrichment" (vgl. E. 5.6). Auf diese potentiellen Haftungsgrundlagen ist im Folgenden – jeweils im Lichte ihrer Beanstandungen hinsichtlich des angefochtenen Urteils der Vorinstanz – einzeln einzugehen.

5.4. *Arrestforderung aus "conspiracy" (bzw. "Mittäterschaft")*

5.4.1. Die Beschwerdegegnerin rügt zunächst, die Vorinstanz sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass eine Mittäterschaft des Beschwerdegegners nicht behauptet worden sei. Sie, die Beschwerdeführerin, habe auf mehreren Stellen im Arrestgesuch dargelegt und glaubhaft gemacht, dass der Beschwerdegegner mit D._____ zusammengewirkt habe und über die Unrechtmässigkeit der ausgerichteten Zahlungen in Kenntnis gewesen sei. Sie habe den Beschwerdegegner im Arrestgesuch mehrmals als Mittäter bezeichnet und entsprechende substantiierte Behauptungen aufgestellt. Daneben sei die Mittäterschaft auch aus den Umständen glaubhaft gemacht (act. 9 Rz. 7 f.)

5.4.2. Diesbezüglich ist klarzustellen, dass es sich bei der "Mittäterschaft" – im anwendbaren singapurischen Rechts eigentlich "conspiracy by unlawful means of conspiracy" genannt (vgl. act. 4/21, Annex E, Tab 6 Rz. 112) – um einen Rechtsbegriff und nicht um ein Element des Tatsachenvortrags handelt. Es kommt damit – entgegen der Beschwerdeführerin – nicht darauf an, ob sie den Beschwerdegegner in ihrem Arrestgesuch verschiedentlich als Mittäter bezeichnet hat. Entscheidend ist, ob sie jene Sachverhaltselemente, welche den Schluss auf eine mittäterschaftliche Beteiligung des Beschwerdegegners glaubhaft machen, in den Prozess eingeführt hat. Die Ausführungen der Vorinstanz sind so zu verstehen, dass sie die Tatsachenvorbringen der Beschwerdeführerin diesbezüglich als ungenügend erachtete. Ob diese Würdigung zutreffend ist, muss jedoch nur überprüft werden, insoweit das anwendbare ausländische Recht ausreichend nachgewiesen ist.

5.4.3. Die Beschwerdeführerin legt in ihrer Beschwerdeschrift die ihrer Ansicht nach bestehenden Voraussetzungen der "Mittäterschaft" unter Verweis auf das Rechtsgutachten (act. 4/20 Rz. 29) dar (act. 9 Rz. 13). Gefordert seien hierfür folgende Elemente:

- i. ein Zusammenschluss von zwei oder mehr Personen, um bestimmte Handlungen vorzunehmen
- ii. eine Absicht, die Kläger durch diese Handlungen zu schädigen (was nicht die überwiegende Absicht sein muss)
- iii. die Rechtswidrigkeit der besagten Handlungen
- iv. die Handlungen wurden in Förderung der Verschwörung durchgeführt
- v. der Kläger erlitt einen Schaden als Folge der Verschwörung.

Laut dem Rechtsgutachten gehen diese Anspruchsvoraussetzungen auf einen Entscheid des Court of Appeal von Singapur in Sachen *EFT Holdings, Inc v. Marinteknik Shipbuilders (S) Pte Ltd* [2013] SGCA 64 in Rz. 112 zurück (act. 4/21, Annex E, Tab 6).

5.4.4. Dies stellt entgegen der Beschwerdeführerin keinen genügenden Nachweis des ausländischen Rechts dar (vgl. act. 9 Rz. 13). Die Beschwerdeführerin macht nämlich keinerlei Ausführungen dazu, wie die einzelnen Tatbestandselemente des Anspruches nach dem Recht von Singapur ausgelegt werden, wie die Vorinstanz zutreffend erkannte. Auch das von der Beschwerdeführerin angerufene Präjudiz gibt nur punktuell Aufschluss. Insbesondere bleibt in Bezug auf das Tatbestandselement der Widerrechtlichkeit im Dunkeln, woraus sie sich in der vorliegenden Konstellation, in der eine "Mittäterschaft" eines Nichtorgans mit einem Organ der A2._____ bestehen soll, herzuleiten hat. Fraglich ist, ob das Nichtorgan an der Widerrechtlichkeit des Tuns oder Unterlassens des Organs teilnehmen kann oder ob ihm die Widerrechtlichkeit – was rein intuitiv wohl eher der Rechtslage entsprechen dürfte – gesondert nachzuweisen ist. Dies ist vorliegend entscheidend, denn dem Beschwerdegegner, welcher nicht Mitglied des Verwal-

tungsrats der Beschwerdeführerin oder der A2._____ gewesen ist, kann keine persönliche Verletzung von Verwaltungsratspflichten angelastet werden. Im Übrigen wurde nicht dargetan, inwiefern anderweitige Rechtsgrundlagen des Rechts von Singapur eine Widerrechtlichkeit des Tuns oder Unterlassens des Beschwerdegegners im Sinne der Voraussetzungen einer "Mittäterschaft" begründen könnten.

5.4.5. Der Nachweis des ausländischen Rechts misslingt der Beschwerdeführerin damit selbst nach dem Massstab der Glaubhaftmachung. Auf ihren Tatsachenvortrag zur "Mittäterschaft" des Beschwerdegegners kommt es nicht mehr an, so dass ihre Rüge betreffend offensichtlich unrichtiger Feststellung des Sachverhaltes durch die Vorinstanz, soweit überhaupt einschlägig (vgl. vorstehende E. 5.4.2), nicht mehr behandelt werden muss. Ein Anspruch aus "Mittäterschaft" ist – wie die Vorinstanz im Resultat zu Recht befand – nicht glaubhaft gemacht.

5.4.6. Unbehelflich ist schliesslich der im Beschwerdeverfahren neu erhobene Einwand der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz hätte zumindest eine Haftung des Beschwerdegegners als Gehilfe von D._____ prüfen müssen (act. 9 Rz. 15). Welche Voraussetzungen das Recht von Singapur für eine Gehilfenschaft vorsieht, hat sie weder bei der Vorinstanz noch bei der Kammer vorgetragen. Weiterungen erübrigen sich.

5.5. *Arrestforderung aus dem Konzept des "constructive trustee"*

5.5.1. Die Beschwerdeführerin beruft sich des Weiteren auf das Konzept des "constructive trustee", um eine Arrestforderung zu begründen (act. 1 Rz. 39 i.V.m. act. 4/20 Rz. 27; act. 9 Rz. 33 ff.).

5.5.2. Die Vorinstanz habe die Ausführungen im Rechtsgutachten irrigerweise als Mutmassungen abgetan. Es genüge nach singapurischem Recht, wie es das Rechtsgutachten festhalte (act. 4/10 Rz. 27 lit. a-f), dass der Beschwerdegegnere die Summe von USD 7'600'000.– aus dem Gesellschaftsvermögen der Beschwerdeführerin erhalten habe und diese Überweisungen unter Verletzung der Pflichten von D._____ erfolgt seien. Eine tatsächliche Kenntnis über die Herkunft

der Gelder sei gemäss dem eingereichten Entscheid des Court of Appeal in Sachen *George Raymond Zage III v. Ho Chi Kwong* [2010] SGCA 4 Rz. 28 (act. 4/21, Annex E, Tab 8) nicht erforderlich (act. 9 Rz. 36 ff.).

5.5.3. Diese Kritik ist nicht berechtigt. Zwar ist dem Rechtsgutachten als Privatgutachten nicht per se die Eignung zum Nachweis des singapurischen Rechts abzusprechen (vgl. E. 5.2.3). Es ist allerdings vom Arrestgericht frei zu würdigen, was die Vorinstanz rechtsfehlerfrei getan hat.

5.5.4. Denn bei näherer Betrachtung begnügt sich das Rechtsgutachten damit, einen Anspruch der Beschwerdeführerin aus der Rechtsfigur des "constructive trustee" für plausibel und wahrscheinlich zu bezeichnen, ohne aber die angewendeten rechtlichen Voraussetzungen eines entsprechenden Anspruches offen zu legen (vgl. act. 4/20 Rz. 27). Im Wesentlichen findet sich im Rechtsgutachten eine Schilderung des angeblichen Sachverhalts, namentlich der Abberufung von D._____ als Verwaltungsratsmitglied, der Beschlussfassung betreffend die Ausschüttung von Zwischendividenden und der Überweisungen an D._____ und den Beschwerdegegner, von welchen Vorgängen Letzterer jeweils Kenntnis gehabt haben soll (act. 4/20 Rz. 27 lit. a bis f). Im Anschluss wird ohne Bezugnahme auf rechtliche Grundlagen, insbesondere auf Präjudizien, ein Anspruch für plausibel und wahrscheinlich bezeichnet. Dies stellt – wie die Vorinstanz richtig erkannte – eine blosser Behauptung von Rechtsfolgen dar und kann augenscheinlich nicht als Nachweis des ausländischen Rechts genügen.

5.5.5. Auch aus dem letzterwähnten Entscheid des Court of Appeal ergeben sich die Anspruchsvoraussetzungen nicht in genügender Art und Weise. Zwar werden dort die drei Tatbestandsmerkmale des Anspruches aus "knowing receipt" (was allem Anschein nach eine Unterform von "unjust enrichment" darstellt), nämlich "(a) disposal of the plaintiff's assets in breach of fiduciary duty; (b) the beneficial receipt by the defendant of assets which are traceable as representing the assets of the plaintiff; and (c) knowledge on the part of the defendant that the assets received are traceable to a breach of fiduciary duty" aufgeführt (act. 4/21, Annex E, Tab 8 Rz. 23). Im Detail befasst sich der Entscheid jedoch lediglich mit dem Aspekt des notwendigen Wissensstandes des Empfängers der Vermögenswerte,

ohne die übrigen Voraussetzungen weiter zu thematisieren. Im Ungewissen bleibt damit insbesondere, unter welchen Voraussetzungen im singapurischen Recht ein anspruchsbegründender "breach of fiduciary duty" vorliegt. Keine Klärung ergibt sich aus dem von der Beschwerdeführerin eingelegten Auszug aus dem Werk *Halbury's Laws of Singapore* (act. 4/21, Annex E, Tab 15). Dieser Artikel befasst sich zwar mit dem "breach of duty", wovon der "breach of fiduciary duty" mutmasslich eine Unterform darstellt, ohne dass konkret erörtert würde, was im Einzelnen die Voraussetzungen für einen "breach of fiduciary duty" sind. Es war jedoch weder Aufgabe der Vorinstanz noch ist es heute jene der Kammer, den Nachweis des ausländischen Rechts an Stelle der Beschwerdeführerin in diese Richtung zu ergänzen. Es verbietet sich ferner – auch wenn, wie gesagt, blosses "Glaubhaftmachen" der relevanten Rechtsgrundlagen ausreichend ist – eine spekulative Anwendung ausländischer Rechtsbegriffe, hier des "breach of fiduciary duty".

5.5.6. Der Vorinstanz ist nach dem Gesagten im Resultat beizupflichten, dass das ausländische Recht nicht glaubhaft nachgewiesen wurde. Damit kann folglich von vornherein keine Subsumption des behaupteten Sachverhaltes unter das anzuwendende Recht vorgenommen werden. Die Beschwerdeführerin hat vor diesem Hintergrund ihre Arrestforderung aus dem Konzept des "constructive trustee" nicht glaubhaft gemacht.

5.6. *Arrestforderung aus "unjust enrichment"*

5.6.1. Beschwerdeweise beruft sich die Beschwerdeführerin zur Begründung ihrer Arrestforderung neu auf eine Forderung aus "unjust enrichment". Hierzu legt sie einen Entscheid des Court of Appeal in Sachen *Wee Chiaw Sek Anna v. Ng Li-Ann Genevieve* [2013] SGCA 36 ins Recht. Dies ist ihr, wie sie unter Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 138 III 232 E. 4.2.4) zutreffend ausführt, unbenommen, da die Novenbeschränkung des Beschwerdeverfahrens beim "Nachweis" des ausländischen Rechts nicht zum Tragen kommt.

5.6.2. Die Beschwerdeführerin führt aus, ein entsprechender Anspruch setze gemäss dem eben erwähnten Präjudiz (act. 12/6, Rz. 98-99, 115, 132) voraus, dass

- i. der Beklagte bereichert oder begünstigt worden ist
- ii. die Bereicherung zu Lasten des Geschädigten geht und der Beklagte einen unmittelbaren Vorteil vom Kläger erhalten hat, wodurch eine direkte persönliche Verbindung hergestellt wurde
- iii. die Bereicherung ungerechtfertigt ist und
- iv. der Beklagte keine Einreden geltend machen kann (act. 9 Rz. 44).

5.6.3. Die Beschwerdeführerin nimmt eine Subsumption des von ihr behaupteten Sachverhaltes unter diese Voraussetzungen vor. Von Interesse sind namentlich ihre Ausführungen zum dritten Element ("ungerechtfertigte Bereicherung"), zu welchem sie anbringt, die Vorinstanz habe erkannt, dass D._____ seine Verwaltungsratspflichten verletzt habe und die Transaktionen daher unrechtmässig gewesen seien. Es fehle für die Transaktion daher jede Rechtsgrundlage und die Bereicherung sei mithin ungerechtfertigt (act. 9 Rz. 45).

5.6.4. Aus einer kursorischen Durchsicht des zitierten Entscheides des Court of Appeal erhellt, dass die Beschwerdeführerin diesbezüglich von einem unzutreffenden Verständnis des Rechts von Singapur – welches dem *common law* Rechtskreis angehört – ausgeht. Sie legt ihren Ausführungen im Wesentlichen eine im hiesigen *civil law* verwurzelte Auffassung zugrunde. Wie der Court of Appeal aber ausdrücklich zur Sprache bringt, besteht zwischen den beiden Rechtstraditionen in Bezug auf die Frage, wann eine Bereicherung ungerechtfertigt (*unjust*) ist, eine Differenz. Es stehen sich im Wesentlichen der sog. "unjust factors"-Ansatz und der sog. "absence of basis"-Ansatz gegenüber (vgl. act. 12/6 Rz. 129). Letzterer dürfte mutmasslich in etwa dem schweizerischen Verständnis, wann eine Bereicherung ungerechtfertigt ist, entsprechen (vgl. act. 12/6 Rz. 130; ferner KUKO OR-OBERHAMMER/FRAEFEL, Art. 62 OR N 16). Zum jetzigen Zeitpunkt gelte aber im Recht von Singapur der "unjust factors"-Ansatz, auch wenn im Schrifttum zuweilen der abweichende "absence of basis"-Ansatz vertreten werde (act. 12/6, Rz. 129). Die in Erwägung zu ziehenden "unjust factors" würden in Lehrbüchern wie folgt systematisiert:

"mistake, duress, undue influence, exploitation of weakness, human incapacity, failure of consideration, ignorance, legal compulsion, necessity, illegality and public authority ultra vires exaction and payment"

(*Burrows*, zitiert in act. 12/6 Rz. 132)

"mistake, duress, undue influence, failure of basis, necessity, secondary liability, *ultra vires* receipts and payments by public bodies, legal incapacity, illegality, and money paid pursuant to a judgment that is later reversed"

(*Goff & Jones*, zitiert in act. 12/6 Rz. 133).

Es gebe aber keinen freistehenden (*freestanding*) Anspruch auf der abstrakten Basis, dass es ungerecht (*unjust*) erscheine, dem Empfänger das Einbehalten eines empfangenen Vorteils zu gestatten. Es bedarf für einen Anspruch aus "unjust enrichment" jeweils eines konkreten und anerkannten "unjust factor" (act. 12/6 Rz. 134).

5.6.5. Die Beschwerdeführerin äussert sich – wie bereits angetönt – indes nicht dazu, nach welchem der "unjust factors" sie einen Rückforderungsanspruch gegenüber dem Beschwerdegegner haben könnte. Was die einzelnen "unjust factors" anbelangt, so fehlen Ausführungen dazu, wie diese nach dem Recht von Singapur zu verstehen sind. Unklar ist namentlich, wie die auf den ersten Blick in Betracht zu ziehenden Faktoren "failure of basis" und "illegality" ausgelegt werden. Auch hier geht es nicht an, von der Kammer die amtswegige Ergänzung des ausländischen Rechts oder eine Anwendung unbekannter Begriffe des ausländischen Rechts aufs Geratewohl zu erwarten. Die Beschwerdeführerin hat das ausländische Recht daher unvollständig nachgewiesen und keinen Anspruch aus "unjust enrichment" nach dem Recht von Singapur glaubhaft gemacht.

5.7. *Fazit*

Nach dem Gesagten missglückt der Beschwerdeführerin der Nachweis des anwendbaren Rechts von Singapur in Bezug auf die von ihr geltend gemachten Anspruchsgrundlagen. Ihre Arrestforderungen sind damit nicht glaubhaft gemacht. Ob die Vorinstanz den Sachverhalt offensichtlich unrichtig erstellt hat, kann daher

dahingestellt bleiben. Unbehandelt bleiben können ferner mangels Entscheidrelevanz die Beanstandungen der Beschwerdeführerin, wonach die Vorinstanz zu Unrecht von der Rechtmässigkeit der Überweisungen im Aussenverhältnis ausgegangen sei (vgl. act. 9 Rz. 22 ff.)

Die Abweisung des Arrestgesuchs durch die Vorinstanz ist zu schützen und die Beschwerde abzuweisen.

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Da die Beschwerdeführerin mit ihrer Beschwerde unterliegt, wird sie kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). In Anwendung von Art. 48 GebV SchKG ist die Spruchgebühr auf Fr. 2'000.– festzusetzen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Spruchgebühr wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt und der Beschwerdeführerin auferlegt und aus dem geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Im Mehrbetrag wird der Kostenvorschuss zurückerstattet vorbehältlich allfälliger Verrechnungsrechte.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Beschwerdeführerin sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

5. Eine **Beschwerde** gegen Dispositiv-Ziff. 2-5 dieses Entscheids 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 Zivilsa-

chen) 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. 36'000'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Häfeli

versandt am:
5. Oktober 2021