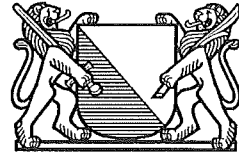


# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS140180-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin  
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur  
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Kröger.

## Urteil vom 18. August 2014

in Sachen

A.\_\_\_\_\_, Dr. iur.,  
Kläger und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

B.\_\_\_\_\_,  
Beklagter und Beschwerdegegner,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_,

betreffend **Arrest**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren  
des Bezirksgerichtes Uster vom 2. Juli 2014 (EQ140015)

### Erwägungen:

#### 1. Prozessgeschichte

1.1. Mit Arrestbegehren vom 26. Juni 2014 verlangte der Beschwerdeführer bei der Vorinstanz gestützt auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG die Verarrestierung von Vermögenswerten des Beschwerdegegners für eine Forderung von Fr. 2'500'000.– nebst Zins zu 5 % seit 1. Januar 2012 (act. 1). Mit Urteil vom 2. Juli 2014 wies die Vorinstanz dieses Begehren ab, setzte die Spruchgebühr auf Fr. 1'800.– fest und auferlegte sie dem Beschwerdeführer (act. 4 = act. 7 = act. 10).

1.2. Dagegen erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 17. Juli 2014 bei der Kammer rechtzeitig Beschwerde und stellte folgende Anträge (act. 8 S. 2 f.):

- "1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 2. Juli 2014 aufzuheben und das Arrestbegehren des Beschwerdeführers zu bewilligen.
2. Dementsprechend seien für eine Forderung des Beschwerdeführers von CHF 2'500'000 nebst Zins zu 5 % seit 1. Januar 2012 Vermögenswerte des Beschwerdegegners, bis zur Deckung der Arrestforderung nebst Zinsen und Kosten zu verarrestieren, insbesondere folgende Vermögenswerte:
  - a) Sämtliche Wert- und Einrichtungsgegenstände, soweit pfändbar, im Einfamilienhaus an der ...strasse ... in ... C.\_\_\_\_\_, namentlich Kunstsammlung (wie z.B. Bilder von Max Gubler, Johann von Tschanner, Juan Miró, Salvador Dalí, Pablo Picasso u.a.), Antiquitätensammlung (antike Möbel), Waffensammlung, Bargeldbestände und sonstige verwertbare Gegenstände;

- b) Konto- und Depotguthaben, insbesondere unter der Kontobeziehung Nr. ... bei der Zürcher Kantonalbank, Bahnhofstrasse 9, 8001 Zürich, sowie sonstige Ansprüche, Forderungen, Barschaften in in- und ausländischer Währung, Festgelder, Konti und Depots aller Art, Edelmetalle und Edelmetallguthaben, Münzen, Schrankfach- und Depotinhalte, inklusive sämtlicher Vermögenswerte, die auf den Namen des Beschwerdegegners lauten, auch soweit sie unter Nummern, Decknamen oder Codebezeichnungen erfasst sind."

1.3. Mit Verfügung vom 25. Juli 2014 wurde dem Beschwerdeführer Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren angesetzt (act. 12). Der Kostenvorschuss ging rechtzeitig bei der Obergerichtskasse ein (act. 14). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-5).

## 2. Zur Beschwerde

2.1. Für die Arrestlegung muss der Gläubiger im Arrestbegehren vor dem Arrestrichter glaubhaft machen, dass seine 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. Blosser Behauptungen des Arrestgläubigers 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, 2. Aufl. 2010, Art. 272 N 4 ff.; KUKO SchKG-MEIER-DIETERLE, Art. 272 N 14; BSK ZGB I-SCHMID, 3. Aufl. 2007, Art. 8 N 20 f.).

2.2. Die Vorinstanz liess offen, ob ein Arrestgrund sowie Arrestgegenstände glaubhaft gemacht worden seien. Sie erachtete das Arrestbegehren hinsichtlich der Arrestforderung als nicht schlüssig. Der Beschwerdeführer trägt zur Begründung seiner Arrestforderung zusammengefasst vor, seine Mutter (und Ehefrau des Beschwerdegegners) sei Inhaberin sämtlicher Aktien der D.\_\_\_\_\_ SA in ... (nachfolgend "D.\_\_\_\_\_") gewesen. Am 14. Oktober 2010 habe sie diese Beteiligung, verkörpert durch 30 Inhaberaktien zu je Fr. 100'000.-, im Hinblick auf eine allfällige Annahme der Erbschaftssteuerinitiative schenkungshalber zu gleichen Teilen auf ihre drei Kinder (darunter auch den Beschwerdeführer) übertragen. Dabei sei vereinbart worden, dass die übereigneten Aktienzertifikate über je 10 Inhaberaktien beim Beschwerdegegner verwahrt würden, bis diese in einem auf die Kinder lautenden Bankfach deponiert werden könnten. Als er (der Beschwerdeführer) im Jahr 2013 die Herausgabe seines Aktienzertifikates gefordert habe, habe der Beschwerdegegner dies abgelehnt und das Eigentum des Beschwerdeführers an den Inhaberaktien grundsätzlich bestritten. Aufgrund dieser Vorgänge macht der Beschwerdeführer eine Forderung gegenüber dem Beschwerdegegner aus unerlaubter Handlung im Sinne von Art. 41 OR sowie alternativ aus Verletzung des Hinterlegungsvertrages im Sinne von Art. 97 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 475 Abs. 1 OR geltend, wobei der relevante Schaden im Entzug des Eigentums an den D.\_\_\_\_\_Aktien durch den Beschwerdegegner bestehe und damit einem Drittel des Nettowertes der D.\_\_\_\_\_ entspreche (vgl. act. 1 = act. 11/3).

2.3. Die Vorinstanz erwog, der Beschwerdeführer habe glaubhaft ausgeführt, dass die Aktien der D.\_\_\_\_\_ im Rahmen einer Schenkung durch Traditionssurrogat im Sinne von Art. 924 Abs. 1 ZGB in sein Eigentum übergegangen seien. Hingegen habe er den Verlust des Eigentums nicht glaubhaft machen können. So habe der Beschwerdeführer zum Verlust des Eigentums lediglich ausgeführt, der Beschwerdegegner bestreite das Eigentum des Beschwerdeführers und gebe damit zu erkennen, dass er die Aktienzertifikate entweder nicht mehr in seinem Besitz habe oder nicht mehr für den Kläger verwahre. Als Eigentumsverlust käme vorliegend eine Übertragung des Eigentums mittels Erwerb durch eine andere Person auf Grund von Art. 933 ZGB bzw. Art. 935 oder durch Ersitzung in Frage. Ein solcher Verlust des Eigentums werde vom Beschwerdeführer jedoch nicht be-

hauptet und damit auch nicht glaubhaft gemacht. Insbesondere sei für den Fall, dass sich der Beschwerdegegner die Aktienzertifikate selber angeeignet haben sollte, ein Übergang des Eigentums mangels gutem Glauben nach Art. 935 OR ausgeschlossen. Auch habe der Beschwerdeführer nicht in nachvollziehbarer Weise ausgeführt, dass oder aus welchen Gründen eine Klage auf Herausgabe (Vindikation) nicht möglich wäre. Aus den Akten und aus den Ausführungen des Beschwerdeführers ergäben sich sodann keine Hinweise darauf, dass sich die Aktienzertifikate nicht mehr im Besitz des Beschwerdegegners befänden. Es er-  
scheine daher wahrscheinlicher, dass der Beschwerdeführer noch Eigentümer der Aktienzertifikate sei. Da der Beschwerdeführer somit keinen Eigentumsverlust habe glaubhaft machen können, bestehe der Schaden lediglich in der Entbehrung des Besitzes (Entbehrungsschaden). Der Beschwerdeführer behaupte jedoch nicht, dass er irgendwelche Vorteile oder Rechte, die sich aus dem (vorenthaltenen) Eigentum bzw. Besitz an den Aktien ergäben, nicht habe geltend machen können und dadurch eine - quantifizierbare - Werteinbusse erlitten habe. Damit habe der Beschwerdeführer nicht glaubhaft gemacht, einen Schaden im Rechtsinne erlitten zu haben (act. 4 = act. 7 = act. 10 S. 6 ff.).

Was die Forderung aus Verletzung des Hinterlegungsvertrages i.S.v. Art. 97 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 475 Abs. 1 OR betreffe, mache der Beschwerdeführer einen Schaden aus schuldhafter Vertragsverletzung geltend, da der Beschwerdegegner die Rückgabe des Aktienzertifikats verweigert habe. Nach Art. 475 OR habe der Hinterleger in jedem Fall einen obligatorischen Herausgabe- bzw. Rückerstattungsanspruch. Erst wenn es dem Aufbewahrer im Falle eines Verlusts oder einer Beschädigung der hinterlegten Sache nicht mehr möglich sei, seine Restitutionspflicht zu erfüllen, hafte der Aufbewahrer, der die Sache nicht zurückgeben könne, nach Art. 97 OR für den daraus entstandene Schaden. Vorliegend mache der Beschwerdeführer lediglich eine Verweigerung der Herausgabe durch den Beschwerdegegner geltend, führe jedoch nicht aus, dass diesem die Rückgabe nicht mehr möglich sei. Auch führe er nicht glaubhaft aus, dass sich die Aktienzertifikate nicht mehr beim Beschwerdegegner befinden würden, weshalb auch dieser Anspruch nicht glaubhaft dargelegt sei (act. 4 = act. 7 = act. 10 S. 8).

2.4. Der Beschwerdeführer beanstandet diese Erwägungen in mehrerer Hinsicht. Mit Bezug auf die Begründung seiner Forderung aus Art. 41 ff. OR macht er im Wesentlichen geltend, entgegen der Vorinstanz sei der Verlust seines Eigentums an den D.\_\_\_\_-Aktien und damit ein Vermögensschaden durch seine Vorbringen im vorinstanzlichen Verfahren und den eingereichten Beweismitteln hinreichend glaubhaft gemacht (act. 8 S. 6 ff.).

2.4.1. Zuzustimmen ist dem Beschwerdeführer insoweit, als er bereits im Arrestbegehren einen Eigentumsverlust an den fraglichen Aktien geltend machte (act. 8 S. 6). Zutreffend und unangefochten ist sodann die Erwägung der Vorinstanz, eine Übertragung des Eigentums komme vorliegend nur mittels Erwerb durch eine andere Person auf Grund von Art. 933 ZGB bzw. Art. 935 OR oder durch Ersitzung in Betracht, weshalb die Vorinstanz zu Recht prüfte, ob ein solcher Eigentumsübergang durch die Vorbringen des Beschwerdeführers glaubhaft erscheint (vgl. act. 4 = act. 7 = act. 10 S. 6 f.).

2.4.2. Der Beschwerdeführer schliesst den Verlust der Aktionärsstellung und somit des Eigentums an den Aktien zum Einen daraus, dass der Verwaltungsrat der D.\_\_\_\_, Dr. E.\_\_\_\_, auf ein E-Mail vom 5. November 2012, in welchem der Beschwerdeführer um Zustellung des Jahresabschlusses sowie eines Aktienzertifikates bzw. einer Kopie des Aktienregisters ersuchte (act. 3/11 = act. 11/10), nicht reagiert habe (act. 8 S. 7). Die Argumentation des Beschwerdeführers vermag nicht zu überzeugen. Gerade wenn er von der Gesellschaft nicht mehr als Aktionär betrachtet worden wäre, wäre eine Beantwortung der Anfrage im Sinne einer Klarstellung zu erwarten gewesen. Naheliegender erscheint deshalb, dass die Beantwortung der per E-Mail gestellten Anfrage aus Nachlässigkeit oder aufgrund eines Übermittlungsfehlers unterblieb. Die fehlende Reaktion des Verwaltungsrates der Gesellschaft vermag einen Verlust des Eigentums an den Aktien daher nicht zu belegen.

2.4.3. Des Weiteren stützt sich der Beschwerdeführer auf ein Schreiben des Rechtsvertreters des Beschwerdegegners vom 12. September 2013, in dem dieser auf das Ersuchen des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers um Herausgabe der Inhaberaktien ausführte: "Es trifft nicht zu, dass Ihr Klient mit zehn Inha-

beraktien an der D.\_\_\_\_\_ SA beteiligt ist. Es trifft auch nicht zu, dass zehn Inhaberaktien von meinem Klienten an Ihren Klienten übertragen wurden. Mein Klient kann Ihrer Forderung deswegen nicht nachkommen" (act. 3/15 = act. 11/14). Allein dadurch, dass der Beschwerdegegner eine Beteiligung des Beschwerdeführers an der Gesellschaft abstreift, ist ein Übergang des Eigentums ebenfalls nicht dargetan. Der Wortlaut des Schreibens lässt eher darauf schliessen, dass der Beschwerdegegner bereits die vom Beschwerdeführer behauptete Übertragung der Aktien auf ihn bestreitet, ein "Entzug" des Eigentums durch Übertragung der Aktien auf einen Dritten - wie ihn der Beschwerdeführer geltend machen will - lässt sich daraus jedoch nicht ableiten.

2.4.4. Im Übrigen macht der Beschwerdeführer keinerlei Angaben dazu, wann, wie, wo und auf wen eine Übertragung der Aktien geschehen sein soll. Die unbestimmte und unbelegte Behauptung eines Eigentumsübergangs genügt nicht, um den Entzug des Eigentums durch den Beschwerdegegner glaubhaft darzutun. Dies umso mehr als eine Übertragung der Aktien auf eine Drittperson vor dem Hintergrund, dass das wesentliche Aktivum der Gesellschaft nach Angaben des Beschwerdeführers die vom Beschwerdegegner und seiner Ehefrau (zweitweise) genutzte Liegenschaft an der ...strasse ... in C.\_\_\_\_\_ darstellt, eher unwahrscheinlich erscheint. Ein Erwerb des Eigentums durch den Beschwerdegegner selber kommt sodann, wie die Vorinstanz zutreffend erkannte, mangels gutem Glauben nicht in Frage (Art. 935 ZGB), wobei das Erfordernis des guten Glaubens auch bei einer Übertragung auf die Mutter des Beschwerdeführers oder nahestehende Familienmitglieder bzw. Vertrauenspersonen zumindest fraglich sein dürfte. Wenn der Beschwerdeführer festhält, die Möglichkeit einer Vindikationsklage gegenüber dem Beschwerdegegner oder einem nicht gutgläubigen Dritten stehe einem Arrest nicht entgegen (act. 8 S. 7), stellt er den Verlust des Eigentums zudem selber in Frage, wäre er doch nur als Eigentümer zur Vindikationsklage legitimiert.

2.4.5. Die Vorinstanz hat einen Verlust des Eigentums des Beschwerdeführers an den Aktien damit zu Recht als nicht glaubhaft gemacht erachtet. Solange die Aktien aber noch existieren und nicht durch guten Glauben oder Ersitzung in frem-

des Eigentum übergegangen sind, besteht - wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat - der Schaden lediglich in der Entbehnung des Besitzes. Einen solchen Entbehnungsschaden hat der Beschwerdeführer, wie von der Vorinstanz zutreffend erkannt, weder behauptet noch belegt. Mit der Vorinstanz erweist sich der vom Beschwerdeführer geltend gemachte Anspruch aus Art. 41 ff. OR daher als nicht glaubhaft gemacht.

2.4.6. Was die Glaubhaftmachung der Forderung aus Verletzung des Hinterlegungsvertrages betrifft, hält der Beschwerdeführer dafür, unter den erwähnten Umständen ergebe sich zwingend, dass ein Dritter Eigentümer des Aktienzertifikats geworden sei und der Beschwerdegegner daher - selbst wenn er immer noch im Besitz desselben wäre - dieses dem Beschwerdeführer als Nichteigentümer nicht mehr herausgeben dürfe und könne, würde er doch dadurch einen Hinterlegungsvertrag mit dem neuen Eigentümer verletzen. Damit sei ein Schadenersatzanspruch des Beschwerdeführers aus Verletzung des Hinterlegungsvertrages im Sinne von Art. 475 OR i.V.m. Art. 97 ff. OR dargelegt (act. 8 S. 6 ff.).

Wie die Vorinstanz zutreffend festhielt, geht der Anspruch des Hinterlegers grundsätzlich auf Rückgabe der hinterlegten Sache. Erst wenn der Aufbewahrer die anvertraute Sache nicht zurückgeben kann, haftet er dem Hinterleger nach Art. 97 ff. OR für den daraus entstandenen Schaden. Die Rückgabepflicht wandelt sich diesfalls in eine Schadenersatzpflicht (BSK OR I-Koller, Art. 475 N 2 und N 14 OR). Wie vorstehend ausgeführt, ist eine Übertragung des Eigentums an den Inhaberaktien durch den Beschwerdegegner nicht glaubhaft dargetan. Damit ist aber auch nicht glaubhaft gemacht, dass eine Herausgabe der Aktien durch den Beschwerdegegner nicht mehr möglich ist. Auch gestützt auf den gemäss Darstellung des Beschwerdeführers zwischen den Parteien bestehenden Hinterlegungsvertrag ist eine auf *Geldzahlung* gerichtete Forderung daher nicht glaubhaft gemacht. Für andersartige Forderungen steht der Arrest nicht zur Verfügung (Art. 38 Abs. 1 SchKG).

2.5. Insgesamt ist der vorinstanzliche Entscheid nicht zu beanstanden. Die Beschwerde ist abzuweisen.



### 3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren ist auf Fr. 2'700.– festzusetzen (Art. 48 i.V.m Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG). Sie ist ausgangsgemäss dem Beschwerdeführer aufzuerlegen und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen (Art. 106 Abs. 1 und Art. 111 Abs. 1 ZPO). Dem Beschwerdegegner sind im Zusammenhang mit dem Beschwerdeverfahren keine Umtriebe entstanden, die es zu entschädigen gälte.

#### Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'700.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beschwerdeführer auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an den Beschwerdeführer sowie an das Bezirksgericht Uster und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

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. 2'500'000.—.  
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Kröger

versandt am: