

Art. 272 Abs. 1 Ziff. 1 und 3 SchKG, Arrestbewilligung. Glaubhaftmachung einer anwaltlichen Honorarforderung (E.3-6); Bezeichnung des Arrestgegenstandes (E.9); Glaubhaftmachung von Vermögensgegenständen, die dem Schuldner gehören; (umgekehrter) Durchgriff (E.10-17).

Aus einem Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 13. April 2004 (Rekurs gegen die Abweisung eines Arrestbegehrens):

"Arrestforderung:

3. Die Vorinstanz stellte sich auf den Standpunkt, dass die Arrestforderung nicht glaubhaft gemacht worden sei (...). Dies insbesondere deshalb, weil der Kläger überhaupt nicht dargetan habe, welche Aufgaben er als Anwalt für die Beklagte wahrgenommen habe. Den Stichworten der Honorarnote sei zu weiten Teilen nicht zu entnehmen, welche Arbeiten ausgeführt worden seien. Andere Belege als die Kostennoten habe der Kläger nicht eingereicht. Zudem sei unklar, ob - wie bei Anwaltsmandaten üblich - ein Vorschuss geleistet worden sei. Unklar sei auch, weshalb der Kläger das Mandat nicht niederlegt habe, nachdem die Honorarnoten vom 31. Dezember 2001 und vom 19. April 2002 nicht bezahlt worden seien (...).

6. Aufgrund der eingereichten Akten steht fest, dass der Kläger im August 2001 von der Beklagten mit ihrer Interessenwahrung in Sachen W. beauftragt wurde (...). Dass der Kläger in dieser Angelegenheit auch tatsächlich tätig wurde, ist - entgegen der Darstellung der Vorinstanz - aufgrund der eingereichten Unterlagen glaubhaft (...). Dies geht insbesondere auch aus der schriftlichen Auskunft von Rechtsanwältin F. hervor, welche damals (als in der Anwaltskanzlei des Klägers tätige Anwältin) mit der Bearbeitung des Mandates betraut war (...). Demgegenüber erscheint die ebenfalls ins Recht gereichte schriftliche Auskunft des Klägers als zur Glaubhaftmachung seiner Behauptungen wenig geeignet, weil sie letztlich lediglich eine Wiederholung seiner zuvor aufgestellten Behauptungen

sind (...). Anhaltspunkte, dass die eingereichten Honorarnoten bzw. die detaillierten Aufwandszusammenfassungen unrichtig sein könnten, liegen nicht vor. Eine Arrestforderung von Fr. 56'248.10 erscheint deshalb als glaubhaft. Dass der vereinbarte Honorarvorschuss nicht eingefordert wurde, ändert hieran nichts. Ebenfalls ändert nichts an der Glaubhaftigkeit der Forderung, dass der Kläger sein Mandat nicht (sogleich) niederlegte, nachdem die Honorarnoten vom 31. Dezember 2001 (...) und 19. April 2002 (...) offen blieben. Bei finanziell gut gestellten Klienten (zu der die Beklagte nach Einschätzung des Klägers offensichtlich gehört) ist es nachvollziehbar, wenn auf einen Vorschuss verzichtet und das Mandat auch bei Nichtbezahlung von zwei Honorarnoten nicht (sogleich) niedergelegt wird, zumal der Kläger offenbar während April bis Dezember 2002 auch regen telefonischen Kontakt zur Beklagten hatte (...).

Arrestgegenstand und Durchgriff:

9. Vorweg ist festzuhalten, dass die Bezeichnung der zu verarrestierenden Vermögenswerte dem Kläger obliegt (Art. 272 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG). Er kann dies nicht der kontoführenden Bank überlassen. Insoweit der Kläger also die Verarrestierung von "Vermögenswerten der Beklagten, soweit sie unter Nummer oder Decknamen erfasst sind und die Bank weiss oder wissen muss, dass sie der Beklagten zustehen, insbesondere auch wenn sie auf den Namen einer Off-Shore-Gesellschaft lauten, von der die Bank weiss, dass sie wirtschaftlich der Beklagten gehört", verlangt, erweist sich das Arrestbegehren mangels genügender Bezeichnung des Arrestgegenstandes als unzulässig und ist insoweit abzuweisen.

10. Zu prüfen bleibt, ob die Verarrestierung der auf die Beklagte (natürliche Person) sowie auf die B. Ltd. lautenden Vermögenswerte bei den betreffenden Bankinstituten zulässig ist. Das Vorhandensein der bezeichneten, dem Schuldner gehörender Vermögenswerte muss ebenfalls glaubhaft gemacht werden (Art. 272 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG). Ein Zugriff auf Vermögenswerte, welche (rechtlich) nicht dem Schuldner gehören, ist grundsätzlich ausgeschlossen. Eine Nichtberücksichtigung der rechtlichen Selbständigkeit einer vom Schuldner beherrschten Gesellschaft (also ein Durchgriff) kommt nur ausnahmsweise in

Betracht, wenn der Schuldner seine Vermögenswerte in rechtsmissbräuchlicher Art und Weise einer von ihm beherrschten Gesellschaft überträgt, um Vermögenswerte dem Zugriff des Gläubigers zu entziehen. Allein die bloße Tatsache der wirtschaftlichen Identität des Schuldners mit der von ihm beherrschten Gesellschaft genügt aber für sich allein nicht. Ein Durchgriff kommt nur dann in Betracht, wenn zur wirtschaftlichen Identität zwischen Schuldner und Träger der fraglichen Vermögenswerte ein Missbrauchstatbestand hinzukommt (so zum Beispiel BGE 102 III 165 = Pra 66 Nr. 17; SJZ 85 Nr. 13; Staehelin/Bauer/Staehelin, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel/Genf/München 1998, Art. 272 N 25 ff. und Breitschmid, AJP 1999 S. 1014). Dass der Schuldner eine "off shore"-Gesellschaft beherrscht, reicht nicht hin (Schmid, Arrestbewilligung ..., in Schriftenreihe SAV Band 4/1989 S. 26).

11. Der Kläger macht geltend (...), dass die auf den Namen der B. Ltd. lautenden Vermögenswerte bei den beiden betreffenden Bankinstituten in Wirklichkeit der Beklagten gehören und diese sich nach Treu und Glauben nicht auf die juristische Selbständigkeit der von ihr vorgeschobenen Gesellschaft berufen könne (...).

15. Zunächst ist hierzu festzuhalten, dass der vom Kläger dargestellte Sachverhalt aufgrund der eingereichten Akten als glaubhaft erscheint (...). Aufgrund der Urkunden (...) ist auch glaubhaft, dass die B. Ltd. bei der Bank O. über die Konten X. und Y. verfügt. Schliesslich spricht weiter für die Behauptung des Klägers, die rechtliche Selbständigkeit der B. Ltd. sei nur vorgeschoben, dass die Beklagte offenbar nach Gutdünken (zumindest teilweise eigentlich von ihr zu bezahlende) Beträge durch diese Gesellschaft auszahlen lässt, so zum Beispiel bezüglich der ersten Honorarrechnung des Klägers (...). Zusammenfassend erscheint es als glaubhaft, dass die Vermögenswerte der B. Ltd. wirtschaftlich der Beklagten zustehen und diese darüber, ohne Organ der Gesellschaft zu sein, auch frei verfügt. Weiter ist glaubhaft, dass die B. Ltd. gegründet wurde, um Vermögenswerte vor den US-Steuerbehörden zu verheimlichen, und dass die B. Ltd. auch heute noch diesem Zweck dient (...).

16. Geht man davon aus, dass die B. Ltd. dem Zweck dient, Vermögenswerte vor den Steuerbehörden zu verheimlichen, so stellt sich die eigentliche Kernfrage, ob nämlich angesichts dieser Sachlage ein (umgekehrter) Durchgriff als gerechtfertigt erscheint oder nicht. Der Kläger stellt sich auf den Standpunkt, dieser Sachverhalt begründe einen Missbrauchstatbestand, welcher einen Durchgriff rechtfertige (...). Demgegenüber geht die Vorinstanz wohl davon aus, dass ein solches Verhalten nicht ausreiche, um einen Durchgriff zu rechtfertigen (...).

17. Wie bereits oben ausgeführt, handelt es sich beim Durchgriff um eine Ausnahme vom Grundsatz, dass eine Arrestlegung nur bezüglich dem Schuldner gehörender Vermögenswerte zulässig ist. Der umgekehrte Durchgriff ist noch zurückhaltender zuzulassen (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 62 N 87 mit weiteren Hinweisen). Er bedarf ganz besonderer Begründung (ZR 90 Nr. 85). Es ist also eine restriktive Betrachtungsweise angezeigt. Die B. Ltd. hat nach dem Gesagten zum Zweck, Vermögenswerte zu halten und diese vor den Steuerbehörden zu verheimlichen. Dass weitere Gläubiger und insbesondere der Kläger durch die Existenz der B. Ltd. geschädigt würden, hat der Kläger nicht dargetan. In Bezug auf den Kläger würde sich die Beklagte nicht missbräuchlich verhalten, wenn sie auf die rechtliche Selbständigkeit der B. Ltd. pocht. Es ist vorliegend nicht so, dass die Beklagte dem Kläger (durch Vorschieben einer von ihr beherrschten Gesellschaft) Vermögenswerte entzieht, um von diesem nicht belangt werden zu können (vgl. einen solchen Sachverhalt in SJZ 85/1989 S. 85 f.). Es ist denn auch offen, ob der Kläger die Beklagte je zu belangen versucht hat und ob diese über ihr gehörende Vermögenswerte verfügt. Aufgrund der klägerischen Vorbringen, wonach die Beklagte auch über Vermögenswerte in den USA verfügt, wäre davon eigentlich auszugehen, indes kann dies vorliegend dahin gestellt bleiben. Es scheint jedenfalls im vorliegenden Fall so, dass der Kläger (angesichts der internationalen Verhältnisse) versucht, mittels der Herleitung eines Durchgriffs auf das (in der Schweiz gelegene) Vermögen der B. Ltd. greifen zu können, um nicht direkt die Beklagte belangen zu müssen. Ein Durchgriff ist aber nur bei ganz aussergewöhnlichen Umständen angezeigt. Er lässt sich nur rechtfertigen, wenn

die Berufung des Arrestschuldners auf die rechtliche Selbständigkeit der Gesellschaft gegenüber dem Arrestgläubiger als eigentlicher Rechtsmissbrauch erscheint. Das Institut des Durchgriffs soll denjenigen Gläubiger schützen, gegenüber dem der Schuldner sein Vermögen entzieht, indem er es in eine Gesellschaft einbringt und sich gegenüber dem Gläubiger auf die rechtliche Selbständigkeit der Gesellschaft beruft. Dies ist vorliegend nach dem Gesagten nicht der Fall. Im Übrigen sei auch angemerkt, dass nicht jede zweckwidrige Verwendung eines Rechtsinstituts einen Rechtsmissbrauch im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB darstellt. Es ist stets, aufgrund der gesamten Umstände des Einzelfalles, eine Wertung vorzunehmen, ob die qualitative und quantitative Abweichung vom eigentlichen Zweck des Rechtsinstituts die Annahme eines Rechtsmissbrauchs rechtfertigt (Gauch/Schmid, [Zürcher] Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Art. 1 - 7 ZGB, Zürich 1998, Art. 2 N 325 ff.). In Bezug auf den Kläger ist im vorliegenden Fall ein Rechtsmissbrauchstatbestand, welcher einen Durchgriff rechtfertigen würde, zu verneinen."

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer
Beschluss vom 13. April 2004
(Mitgeteilt von lic. iur. M. Hüsler)