

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS110066-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. V. Seiler.

Urteil vom 11. August 2011

in Sachen

A. _____,

Kläger, Arrestgläubiger und Beschwerdeführer,

vertreten durch Fürsprecher X. _____ und Fürsprecher Y. _____,

gegen

B. _____,

Beklagter, Dritteinsprecher und Beschwerdegegner,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Z. _____,

betreffend **Arresteinsprache**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes Audienz des Bezirkes Zürich vom 15. März 2011 (EQ100821)

Erwägungen:

1. Prozessuales

1.1. Der Kläger verlangte am 8. Dezember 2010 gestützt auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG die Arrestierung von Vermögenswerten der C._____ (nachfolgend Arrestschuldnerin) bei der D._____ AG mit Sitz in Zürich (nachfolgend D._____) bis zur Deckung der geltend gemachten Arrestforderung von Fr. 5'502'101.22 (entsprechend USD 5'584'523.40) nebst Zins (act. 13/4/1). Mit Verfügung vom 9. Dezember 2010 hiess die Arrestrichterin das Begehren teilweise gut und erteilte einen Arrestbefehl über sämtliche Konten und Vermögenswerte der Arrestschuldnerin bei der D._____, inbegriffen das Konto IBAN CH ...(Konto). Am 10. Dezember 2010 vollzog das zuständige Betreibungsamt E._____ den Arrestbefehl (act. 13/6).

1.2. Auf Arresteinsprache des Beklagten hin, welcher das Eigentum am Konto beansprucht, verfügte das Einzelgericht am 15. März 2011 die Aufhebung des Arrestbefehls vom 9. Dezember 2010 bezüglich des Kontos; im Übrigen blieb der Arrestbefehl bestehen (act. 3 S. 10 f.).

1.3. Mit elektronisch eingereichter Eingabe vom 13. April 2011 verlangte der Kläger, es sei ihm zu bestätigen, dass die Verfügung vom 15. März 2011 bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Beschwerdeentscheids nicht vollstreckbar sei, eventualiter sei betreffend dieser Verfügung die aufschiebende Wirkung zu gewähren (act. 1). Am 15. April 2011 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung einstweilen erteilt (act. 5). Die innert der zehntätigen Frist begründet eingereichte Beschwerdeschrift vom 18. April 2011 enthält die folgenden Anträge (act. 8 S. 2):

- "1. Die Verfügung des Einzelrichters des Bezirksgerichtes Zürich vom 15. März 2011 sei aufzuheben und der Arrestbefehl vom 9. Dezember 2010 sei zu bestätigen.
2. Das Beschwerdeverfahren sei bis zu einem rechtskräftigen Entscheid im zurzeit vor dem Court of Chancery des US-Bundesstaates F._____ zwischen den Parteien hängigen Verfahren (Fall-Nr. ...) zu sistieren.

3. Die mit Verfügung vom 15. April 2011 erteilte aufschiebende Wirkung sei aufrecht zu erhalten."

1.4. Nach rechtzeitigem Eingang des dem Kläger auferlegten Vorschusses für die Gerichtskosten (act. 20 und 22) wies die Kammer das Gesuch des Klägers um Sistierung des Verfahrens ab und setzte dem Beklagten Frist zur Beschwerdeantwort an (act. 25). Mit der fristwährend eingereichten Beschwerdeantwort vom 4. Juli 2011 beantragt der Beklagte die Abweisung der Beschwerde (act. 30). Die Beschwerdeantwort wurde dem Kläger am 8. Juli 2011 zugestellt. Die Sache ist spruchreif.

1.5. Am 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Für die Rechtsmittel und das Rechtsmittelverfahren gilt nach Art. 405 Abs. 1 ZPO das Recht, das bei Eröffnung des angefochtenen Entscheides in Kraft ist. Demgegenüber gilt gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO das bisherige Verfahrensrecht für die Verfahren weiter, die am 1. Januar 2011 vor der betroffenen Instanz rechtshängig waren. Die angefochtene Verfügung datiert vom 15. März 2011 und ist somit nach dem Inkrafttreten der ZPO eröffnet worden. Das vorliegende Rechtsmittelverfahren richtet sich daher – nebst dem SchKG – nach den Regeln der ZPO und dem Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess vom 10. Mai 2010 (GOG). Hingegen beurteilt sich der erstinstanzlich vor dem 1. Januar 2011 anhängig gemachte Prozess sowie die angefochtene Verfügung verfahrensrechtlich noch nach dem alten Recht (ZPO/ZH samt GVG).

1.6. Gegen erstinstanzliche Endentscheide in Arrestsachen ist die Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO zulässig (Art. 319 lit. a ZPO i.V.m. Art. 309 lit. b Ziff. 6 ZPO). Dies gilt auch für den Einspracheentscheid nach Art. 278 SchKG (ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 309 N 34). Das Rechtsmittel der Beschwerde dient der Rechtskontrolle und hat nicht den Zweck, das erstinstanzliche Verfahren fortzusetzen. Noven sind im Beschwerdeverfahren unter dem Vorbehalt gesetzlicher Ausnahmebestimmungen nicht zulässig (Art. 326 ZPO). Ein Vorbehalt findet sich in Art. 278 Abs. 3 SchKG – bei der Anfechtung des Arresteinspracheentscheids können neue Tatsachen geltend gemacht werden (vgl. ZK ZPO-

Freiburghaus/Afheldt, Art. 326 N 6). Art. 278 Abs. 3 SchKG umfasst jedoch nur echte Noven, d.h. es können nur diejenigen Tatsachen angerufen werden, die erst nach dem Entscheid über die Arresteinsprache bzw. nach dem letzten Parteivortrag im Einspracheverfahren eingetreten sind (BSK SchKG II-Reiser, Art. 278 N 46; KUKO SchKG-Meier-Dieterle, Art. 278 N 15; vgl. BGer 5P.296/2005 vom 17. November 2005, E. 4.2.1; Sprecher, Prozessieren zum SchKG unter neuer ZPO, SJZ 107/2011, S. 282; BSK SchKG II-Reiser, Art. 278 N 50).

1.7. Die Zulässigkeit der mit der Beschwerde vorgetragene neuen Behauptungen des Klägers ist unter diesen Voraussetzungen vorweg zu klären.

1.7.1. Im erstinstanzlichen Verfahren stützte der Kläger seine Arrestforderung auf ein Urteil des Court of Chancery des US-Staates F. _____ vom 12. August 2010, wonach die Arrestschuldnerin dem Kläger USD 5'584'523.40 schulde (act. 13/15 S. 10; act. 13/4/1 S. 3 ff.). Zum Arrestgegenstand trug er vor, das Konto sei wirtschaftlich der Arrestschuldnerin zuzurechnen, da es vom Beklagten systematisch als Zahlstelle für Gutschriften zugunsten der Arrestschuldnerin verwendet worden sei. Dies leitete er daraus ab, dass im Rahmen von drei Aktienkaufverträgen sieben Überweisungen im Gesamtbetrag von insgesamt USD 6'368'935.03, die für die Arrestschuldnerin bestimmt gewesen seien, auf Anweisung des Beklagten auf das Konto überwiesen worden seien (act. 13/15 S. 3 ff.; act. 13/4/1 S. 8).

1.7.2. Mit der Beschwerde behauptet der Kläger neu, dass die Arrestschuldnerin Aktien der G. _____ treuhänderisch für den Kläger gehalten habe. Am 25. Juni bzw. 14. August 2009 habe die Arrestschuldnerin die treuhänderisch gehaltenen Aktien der G. _____ an die H. _____ sowie die J. _____ verkauft und damit den Vertrag mit dem Kläger gebrochen. Mit diesem Wissen habe der Beklagte als Alleininhaber und Organ der Arrestschuldnerin im Dezember 2009 bzw. zu Beginn des Jahres 2010 die H. _____ und J. _____ angewiesen, die der Arrestschuldnerin zustehenden Zahlungen aus den Aktienkaufverträgen nicht an die Arrestschuldnerin auf deren Konto, sondern auf das formell auf seinen Namen lautende Konto bei der D. _____ zu überweisen. Erstmals bringt der Kläger zudem vor, der Beklagte habe nach dem Vertragsbruch und der dadurch drohenden Klage des Klägers versucht, die der Arrestschuldnerin zustehenden Zahlungen auf sein angegeb-

lich persönliches Konto umzuleiten, um das Geld so vor dem Zugriff des Klägers zu sichern, wodurch er bewusst die berechtigten Interessen des Klägers verletzt habe (act. 8 S. 4 f., 13).

1.7.3. Bei diesen neuen Behauptungen über vor dem angefochtenen Entscheid erfolgte Vorgänge und eingetretene Tatsachen handelt es sich - wie der Beklagte zu Recht geltend macht (act. 30 N 7 ff.) - um unechte Noven. Damit ist der Kläger im Beschwerdeverfahren aus formellen Gründen ausgeschlossen. Das gilt umso mehr, als angenommen werden muss, dass dem Kläger diese Tatsachen im erstinstanzlichen Verfahren bereits bekannt waren, so dass von einer entschuldbaren Unterlassung der früheren Geltendmachung dieser Noven nicht die Rede sein kann.

1.7.4. Anders verhält es sich mit der Eingabe des Klägers vom 2. Mai 2011. Damit bringt der Kläger neu vor, der Beklagte habe sich am 29. April 2011, im zwischen denselben Parteien hängigen Verfahren zu bestimmten Sachverhalten geäußert. So habe er bestätigt, dass zwischen ihm und der Arrestschuldnerin zum Zeitpunkt der fraglichen Überweisungen im Dezember 2009 und im Februar 2010 ein schriftlicher Treuhandvertrag bestanden habe. Er habe ausdrücklich erklärt, dass auf das Konto Vermögenswerte der Arrestschuldnerin einbezahlt wurden. In seiner Stellungnahme zur Klage im US-Verfahren habe der Beklagte somit die Vorbringen des Klägers bestätigt. Der Kläger weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass der Beklagte den Treuhandvertrag mit der Arrestschuldnerin sowie allfällige ihn entlastende Unterlagen bereits vor der Vorinstanz hätte einreichen können und müssen und verwahrt sich gegen neue Vorbringen und Beweismittel des Beklagten, welche belegen sollten, dass keine Gelder der Arrestschuldnerin mehr auf dem Konto lägen (act. 14 und 15).

1.7.5. Der Beklagte wendet dagegen ein, er habe in der Klageantwort vom 29. April 2011 im hängigen US-Verfahren einzig anerkannt, dass das Konto kraft einer bis April 2010 bestehenden Treuhandvereinbarung zwischen ihm und der Arrestschuldnerin für die Arrestschuldnerin treuhänderisch verwaltete Gelder enthalten habe. Nur, weil der Kläger in einem anderen Staat ein neues Verfahren gegen den Beschwerdegegner eingeleitet habe, dürften die darin vorgebrachten

Tatsachenbehauptungen nicht als echte Noven betrachtet werden (act. 30 N 21 f.).

1.7.6. Der Beklagte übersieht mit seinem Einwand, dass nicht die im anderen Verfahren vorgetragene Tatsachenbehauptung das Novum darstellt, sondern die Tatsache, dass diese Behauptung nach dem angefochtenen Entscheid vom Beklagten bestätigt wurde. Zuzulassen ist die Behauptung des Klägers, der Beklagte habe im US-Verfahren am 29. April 2011 anerkannt, dass zum Zeitpunkt der relevanten Überweisungen Ende 2011/Anfangs 2011 ein schriftlicher Treuhandvertrag zwischen ihm und der Arrestschuldnerin bestanden habe und auf das Konto Gelder der Arrestschuldnerin einbezahlt wurden.

2. Arrestgegenstand

2.1. Im summarischen Arrestbewilligungs- und Einspracheverfahren kann nicht immer definitive Klarheit über die Rechtsansprüche und allfällige Vorzugsrechte Dritter erreicht werden, oft sind diese Fragen nach dem erfolgten Vollzug im Widerspruchsverfahren nach Art. 106 ff. SchKG zu klären. Das bedeutet hingegen nicht, dass die Schwelle für die Darlegung der Berechtigung des Arrestschuldners am Arrestgegenstand auf ein Minimum reduziert wird. Im Gegenteil ist dem Schutz des Dritten vor ungerechtfertigten Eingriffen in sein Vermögen ein hoher Stellenwert beizumessen. Mit Arresteinsprache im Sinne von Art. 278 SchKG kann der vom Arrest Betroffene insbesondere die Zugehörigkeit eines verarrestierten Gegenstandes zum schuldnerischen Vermögen bestreiten. Im Einspracheverfahren hat der Gläubiger alsdann glaubhaft zu machen, dass die Arrestvoraussetzungen gegeben sind, indem er Umstände nachweist, welche die massgebliche Behauptung zu stützen vermögen und dafür einen erheblichen Grad an Wahrscheinlichkeit begründen (vgl. zum Ganzen BGer 5P.1/2007 vom 20. April 2007, E. 3.2; BGE 129 III 203 E. 2.2 und E. 2.4 S. 206 f.; von Gunten, Die Arresteinsprache, Diss. 2001, S. 85 ff., 104 ff., 147 f.; BSK SchKG II-Reiser, Art. 278 N 4; BSK SchKG II-Stoffel, Art. 272 N 28).

2.2. Das Einzelgericht eruierte in einem ersten Schritt die formelle und rechtliche Berechtigung am Konto. Es erwog, aus den vom Beklagten eingereichten Unter-

lagen zur Eröffnung des Kontos (act. 3/4) gehe hervor, dass das Konto dem Beklagten gehöre. Als Vertragspartner werde darin der Beklagte aufgeführt und dieser erkläre, wirtschaftlich an den Vermögenswerten berechtigt zu sein. Diese Unterlagen stellten einen objektiven Anhaltspunkt dafür dar, dass das Konto tatsächlich dem Beklagten gehöre. Auch die übrigen, vom Kläger selbst eingereichten Dokumente wiesen mit einer Ausnahme jeweils als Inhaber des Kontos den Beklagten aus. Dass das Konto rechtlich dem Beklagten gehöre, scheine der Kläger überdies anzuerkennen, sonst würde er nicht einen Durchgriffstatbestand geltend machen und einräumen, das Konto stehe formal gesehen im Vermögen des Beklagten (act. 3 S. 7).

2.3. Der Kläger beanstandet, das Einzelgericht habe nicht beachtet, dass die Angaben des Beklagten bei der Eröffnung des Kontos am 8. Januar 2007 gegenüber der Bank mehr als zwei Jahre vor den vom Kläger geltend gemachten Vorgängen gemacht worden seien. Abgesehen davon, dass es sich dabei um unüberprüfbare Behauptungen des Beklagten handle, lasse sich daraus über eine spätere Verwendung des Kontos nichts ableiten. Es sei ohne Weiteres denkbar, dass das Konto nun nicht mehr den gleichen Zwecken diene wie zu Beginn der Bankbeziehung. Der Beklagte habe zudem mit E-mail vom 18. Dezember 2009 ausdrücklich erklärt, dass die von der J. _____ auf das Konto überwiesenen Beträge der Arrestschuldnerin gehörten und er habe dies auch im Formular W-8BEN gegenüber der amerikanischen Steuerbehörde bestätigt (act. 11/10 und 11/29-30). Ferner weist der Kläger darauf hin, es sei ohne Weiteres möglich, Vermögenswerte der Arrestschuldnerin, welche in Gewahrsam eines Dritten seien, mit Beschlag zu belegen (act. 8 S. 6 ff.).

2.4. Dem Kläger kann nicht gefolgt werden. Zutreffend ist zunächst die Erwägung des Einzelgerichts, dass die Kontoeröffnungsdokumente, welche den Beklagten als Kontoinhaber ausweisen (act. 13/3/4), für die formelle Berechtigung am streitbetroffenen Konto einen wesentlichen Anhaltspunkt bilden. Die Angaben des Beklagten werden durch die vom Kläger eingereichten Überweisungsbelege gestützt (vgl. act. 13/17/10a bis 13/17/17b). Wichtiger noch, gab der Kläger vor dem Einzelgericht selber an, das Konto laute formell auf den Beklagten bzw. ste-

he formal gesehen im Vermögen des Beklagten (act. 13/15 S. 9). Davon rückt der Kläger auch in der Beschwerde nicht ab, weist er darin doch wiederholt darauf hin, dass das Konto formell auf den Beklagten laute (act. 8 S. 7, 11, 13), und, dass die Arrestschuldnerin bei der D. _____ selber ebenfalls ein Konto (Nr. ...) besitze (act. 8 S. 12). Wenn der Kläger behauptet, der Beklagte habe in dem E-mail des Beklagten vom 18. Dezember 2009 mitsamt Formular W8-Ben (act. 16/10a) der US-Steuerbehörde bekannt gegeben, die auf das Konto überwiesenen Gelder gehörten der Arrestschuldnerin, bezieht er sich auf die wirtschaftliche Berechtigung ("beneficial owner") an den betreffenden Vermögenswerten. Daran ändert nichts, dass der Kläger zugleich "ausdrücklich bestreitet", dass das Konto tatsächlich Eigentum des Beklagten sei, sondern geltend macht, die Vermögenswerte stünden mindestens im Betrag von USD 6'368'935.-- im Eigentum der Arrestschuldnerin, ungeachtet dessen, auf wen das Konto gegenüber der Bank formell laute (act. 8 S. 8 f., 11). Damit stellt der Kläger für das Eigentum auf die wirtschaftliche Berechtigung ab. Er erachtet es für einzig massgeblich, für wessen Zwecke das Konto verwendet wird und wem die darauf liegenden Vermögenswerte zustehen. Allein: Die Frage, für wen die Überweisungen auf das Konto bestimmt waren und wem entsprechende Gelder daher tatsächlich "zustehen", berührt die (zivil-)rechtliche Zugehörigkeit in keiner Weise. Richtig ist zwar, dass Vermögenswerte des Arrestschuldners, die sich bei Dritten befinden, verarrestiert werden dürfen. Steht ein Vermögenswert im Eigentum des Schuldners, spielt es keine Rolle, ob er sich im Gewahrsam des Arrestschuldners oder eines Dritten befindet. Der Kläger verkennt bei seiner Argumentation indessen, dass es vorliegend um ein Bankkonto geht, welches auf den Namen des Beklagten lautet, und damit um eine Forderung des Beklagten gegenüber der Bank. Bei Forderungen gibt es anders als bei Sachen weder Besitz noch Gewahrsam. Berechtigt an der Forderung ist stets der Kontoinhaber. Kontoinhaber ist unbestrittenermassen der Beklagte. Das verarrestierte Bankkonto gehört damit formell nicht zum Vermögen der Arrestschuldnerin.

2.5. Streitig bleibt die Rechtsfrage, ob bereits die wirtschaftliche Zurechnung des Kontos zum Vermögen der Arrestschuldnerin für eine Arrestlegung genügend ist.

2.5.1. Das Einzelgericht verneint dies. Es erachtete die formelle Berechtigung - die Inhaberschaft - am Konto für entscheidend. Nur in zwei besonderen Fällen könne formell im Eigentum eines Dritten stehendes Vermögen in die Zwangsvollstreckung gegen den Arrestschuldner einbezogen werden. Erstens im Falle, dass der Arrestschuldner in missbräuchlicher Absicht Vermögenswerte auf einen Dritten übertrage, um sie dem Zugriff seiner Gläubiger zu entziehen, mithin einen Strohmann vorschiebe, damit der Rechtsschein entstehe, der Vermögenswert gehöre nicht mehr dem Arrestschuldner. Zweitens, wenn ein Vermögenswert rechtlich einem Dritten gehöre, der mit dem Arrestschuldner wirtschaftlich identisch sei und ein Missbrauchstatbestand hinzutrete, so dass im Verfahren gegen den Arrestschuldner ein Durchgriff auf die Vermögenswerte des Dritten möglich sei (act. 3 S. 5 f.).

2.5.2. Der Kläger hält an der gegenteiligen Auffassung fest. Gemäss neuerer Rechtsprechung und Lehre – der Kläger verweist auf BGE 130 III 579, BGE 126 III 95 sowie auf Stoffel – könne das Treugut beim Treuhänder im Verfahren gegen den Treugeber mit Sicherungsbeschlag belegt werden. Der Gläubiger müsse nur glaubhaft machen, dass die Vermögenswerte wirtschaftlich dem Treugeber gehörten (act. 8 S. 8 f.; act. 13/15 S. 9).

2.5.3. Da der Arrest die spätere Vollstreckung absichern soll, kann er nur realisierbare und damit pfändbare Vermögenswerte des Schuldners erfassen. Grundsätzlich können nur Vermögenswerte verarrestiert werden, die im Eigentum des Schuldners stehen. Nur ausnahmsweise darf Dritteigentum mit Arrest belegt werden. Das ist, wie die Vorinstanz erkannt hat, erstens der Fall, wenn ein Strohmann Vermögenswerte für den Schuldner hält. Zweitens kann der wirtschaftlichen Einheit zwischen Arrestschuldner und Drittem beim sogenannten "Durchgriff" Rechnung getragen werden, wenn der Arrestschuldner seine Vermögenswerte rechtsmissbräuchlich einer von ihm beherrschten Gesellschaft übertragen hat oder umgekehrt die Gesellschaft als Arrestschuldnerin ihrem Organ (vgl. BGE 102 III 165 E. II/1, S. 169 f.; BGE 126 III 95 E. 4, S. 97 f.; vgl. zum Durchgriff ferner BGE 132 III 489 E. 3.2, S. 493; BGE 132 III 737 E. 2.3, S. 742). In beiden Fällen liegt ein rechtsmissbräuchliches Verhalten vor.

2.5.4. Treuhänderisch gehaltene Vermögenswerte bilden – der Beklagte weist darauf hin – nach schweizerischer Rechtsauffassung Eigentum des Treuhänders, d.h. eine (wirklich gewollte) fiduziarische Rechtsübertragung führt zum vollen Rechtserwerb des Fiduziars (BGer 4C.7/2000 vom 5. Juni 2000, E. 4a). Der Treugeber verfügt lediglich über einen obligatorischen Anspruch gegenüber dem Treuhänder und nur dieser ist als Forderung arrestierbar (KUKO SchKG-Meier-Dieterle, Art. 271 N 24). Anders als der Kläger geltend macht, hat das Einzelgericht die bundesgerichtliche Rechtsprechung durchaus zutreffend interpretiert. Das Bundesgericht führte dazu in BGE 106 III 86, E. 2 aus, der fiduziarische Eigentümer sei als Vollberechtigter zu betrachten. Ein Arrestgläubiger könne deshalb die Beschlagnahme von Sachen oder Guthaben eines Dritten nicht mit der alleinigen Begründung rechtfertigen, dieser sei fiduziarischer Eigentümer "für" den Schuldner. Der Umstand, dass dem Schuldner in einem solchen Fall ein obligatorischer Herausgabeanspruch gegen den Dritten zustehe, reiche für den Einbezug des Drittmannsgutes in den Arrestbeschlagnahme nicht aus, sondern könne nur dazu führen, dass dieser obligatorische Anspruch gegenüber dem Dritten Gegenstand des Arrestes bilde. Dass die im fiduziarischen Eigentum eines Dritten stehenden Vermögenswerte wirtschaftlich gesehen dem Arrestschuldner zustünden, lasse die Beschlagnahme solcher Werte in der Betreibung gegen den Arrestschuldner nicht als zulässig erscheinen. Es komme in der Zwangsvollstreckung von ganz aussergewöhnlichen Umständen abgesehen allein auf die rechtliche Identität und nicht auf die wirtschaftliche Realität an. All jene Vermögenswerte, die nach den Regeln des Zivilrechts einer vom betriebenen Schuldner verschiedenen Person gehörten, seien deshalb als Drittmannsgut zu betrachten, das weder gepfändet noch mit Arrest belegt werden dürfe. Mit der Anerkennung der Eigentümerstellung des Dritten, auch wenn diese bloss fiduziarischer Art sein sollte, entfalle die Möglichkeit, in einer nicht gegen den Dritten selbst gerichteten Zwangsvollstreckung auf diese Werte zu greifen. Vorbehalten bleibe einzig der Fall des Forderungsübergangs gemäss Art. 401 OR. Dies hat das Bundesgericht in BGE 107 III 103 bestätigt (E. 1, S. 104 f.).

2.5.5. Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichts nimmt entgegen der klägerischen Auffassung keinen anderen Standpunkt ein. Aus BGE 130 III 579 kann

der Kläger nichts für seinen Standpunkt ableiten. Das Bundesgericht schützte darin den Entscheid der Aufsichtsbehörde des Kantons Graubünden, mit welchem der Vollzug der Arrestbefehle insoweit aufgehoben worden war, als er sich auf Vermögenswerte bei der Bank beziehe, welche nicht auf den Namen der Arrestschuldner lauten, sondern diese daran lediglich wirtschaftlich berechtigt sein sollten. Die Ausführungen des Bundesgerichts drehen sich um die Formulierung der betreffenden Arrestbefehle. Das Bundesgericht schloss sich der Erwägung der Aufsichtsbehörde an, dass der Arrest nicht durchführbar und der Vollzug des Arrestbefehls aufzuheben sei, wenn die Angabe des Namens von Dritten fehle, deren Vermögenswerte des Arrestschuldners lediglich formell gehören sollen (BGE 130 III 579 E. 2, S. 581 ff.). Ferner wurde in dem vom Kläger zitierten BGE 126 III 95 auf die Praxis verwiesen, wonach der Gläubiger verpflichtet sei, das Eigentum des Schuldners an den zu verarrestierenden Vermögenswerten glaubhaft darzutun, insbesondere wenn aufgrund des Inhalts des Titels oder des Namens, auf welchen das Konto oder das Bankdepot laute, erscheine, dass die Vermögenswerte Dritten gehörten (BGE 126 III 95 E. 4a = Pra 2001 Nr. 52 mit Hinweis auf BGE 107 III 33 E. 2). In späteren Entscheiden führt das Bundesgericht entsprechend aus, wolle der Gläubiger Vermögensgegenstände mit Arrest belegen, die formell auf den Namen eines Dritten lauten, müsse er glaubhaft machen, dass jene in Wirklichkeit – d.h. entgegen dem Rechtsschein – Eigentum des Schuldners seien (BGer 5P.1/2007, E. 3.2; BGer 5A_871/2009 vom 2. Juni 2010, E. 7.1; vgl. auch BGer 5A_225/2009 vom 15. Oktober 2009, E. 4). Das wird in einem Entscheid vom 3. Mai 2011 mit anderen Worten bestätigt: "en principe, seule l'identité juridique est ainsi déterminante en matière d'exécution forcée [...]. Ce n'est que dans des circonstances particulières qu'un tiers peut être tenu des engagements d'un débiteur avec lequel il forme une identité économique; tel est le cas si l'identité économique absolue entre le débiteur et le tiers n'est ni contestable ni sérieusement contestée et que la dualité des sujets n'est invoquée qu'aux fins de se soustraire abusivement à l'exécution forcée (BGer 5A_873/2010 E. 4.2.2; in diesem Sinne auch BGer 5A_144/2008 vom 11. April 2008, E. 3.3). Die kantonale Rechtsprechung folgt dem Bundesgericht. So befand die Obergerichtskommission OW am 26. November 2007 die Arrestierung des Treuhandkontos eines Notars in

einem Verfahren gegen den Treugeber für unzulässig (BISchK 2010 S. 90 ff., E. 3 und 4; vgl. auch GVP ZG 2002, S. 190).

2.5.6. Diese Ansicht wird überwiegend auch von der Lehre geteilt (vgl. KUKO SchKG-Meier-Dieterle, Art. 271 N 24; Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. A., Rz 4 zu § 23; Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Lausanne 2003, Art. 272 N 56, 63; vgl. auch von Gunten, Die Arresteinsprache, Zürich 2001, 157). Wenn Stoffel die Rechtsprechung des Bundesgerichts als unbefriedigend bezeichnet und darauf hinweist, mit der arrestverfahrensrechtlichen Gleichbehandlung von Vermögenswerten des Schuldners auf fremden Namen und treuhänderisch gehaltenen Vermögenswerten könne vermieden werden, dass die Verarrestierung davon abhängt, ob der Gläubiger den Dritten als Strohhalm oder als Treuhänder bezeichnet (vgl. BSK SchKG II-Stoffel, Art. 271 N 48 f.; Art. 272 N 26 f.; vgl. auch BSK SchKG-Reiser, Art. 278 N 11), übersieht er, dass sich eine Ungleichbehandlung dieser Fälle aus materiellen Gründen rechtfertigt, weil nur im ersten Fall ein falscher Rechtschein vorliegt, der – ernsthaft gewollte – Treuhandvertrag hingegen zum vollen Rechtserwerb führt. Nicht ausser Acht zu lassen ist ferner, dass es bei einem Arrest und den darauffolgenden Verwertungshandlungen um einen erheblichen Eingriff in die Eigentumsrechte des vom Arrestschuldner verschiedenen Dritten geht. Im Falle der Arrestierung von Treuhandvermögen sähe sich der Fiduziar in die Situation versetzt, sich im Widerspruchsverfahren gemäss Art. 106 ff. SchKG seines Eigentums und (allfälliger) materieller Vorrechte am Treuhandvermögen zu erwehren. An der Massgeblichkeit der rechtlichen Berechtigung und des Erfordernisses eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens für den Einbezug von Dritteigentum ist daher festzuhalten.

2.5.7. Eine Modifikation betreffend die rechtliche Zugehörigkeit könnte sich höchstens aus Art. 401 OR ergeben, wonach Forderungsrechte, die der Beauftragte für Rechnung des Auftraggebers in eigenem Namen gegen Dritte erworben hat, auf den Auftraggeber übergehen, sobald dieser seinerseits allen Verbindlichkeiten aus dem Auftragsverhältnis nachgekommen ist (BGE 130 III 312 E. 5.1, S. 315 f.; BSK OR I-Weber, Art. 401 N 9 ff.). Die Subrogation kommt grundsätzlich auch im

Treuhandverhältnis (analog) zur Anwendung, wobei sich der gesetzliche Übergang indes vertraglich modifizieren bzw. ausschliessen lässt (Urteil 5C.95/1999 vom 10. September 1999, E. 3, BGE 130 III 312 E. 5.1, S. 315 f.; BSK OR I-Weber, Art. 401 N 4, 9). Vorliegend wird ein Forderungsübergang weder behauptet noch ist solches ersichtlich.

2.6. Folglich kann das Konto, welches im Eigentum des Beklagten steht, nur dann in die Zwangsvollstreckung gegen die Arrestschuldnerin einbezogen werden, wenn ein Strohmannverhältnis oder die Voraussetzungen für einen Durchgriff auf das Bankkonto des Beklagten glaubhaft gemacht worden sind. Das heisst: Wenn der Arrestschuldnerin bzw. dem Beklagten ein rechtsmissbräuchliches Verhalten vorzuwerfen ist.

2.6.1. Das Einzelgericht schliesst es in der angefochtenen Verfügung nicht aus, dass mit den vom Kläger belegten Zahlungen auf das Konto der Beklagten systematisch Gelder, welche für die Arrestschuldnerin bestimmt gewesen seien, auf das Konto des Beklagten geflossen seien und damit von einer wirtschaftlichen Einheit des Beklagten und der Arrestschuldnerin auszugehen sei. Aus den erstellten Einzelüberweisungen lasse sich das indessen nicht rechtsgenügend ableiten. Selbst wenn aber von einer wirtschaftlichen Einheit ausgegangen würde, müsste für die Bejahung des Durchgriffs zusätzlich ein Missbrauchstatbestand gegeben sein. Einen solchen behaupte aber der Kläger nicht einmal, sondern er bringe nur vor, das Konto des Beklagten sei wirtschaftlich der Arrestschuldnerin zuzurechnen. Er scheine davon auszugehen, dass der Missbrauchstatbestand schon dann erfüllt sei, wenn die Arrestschuldnerin und der Beklagte eine wirtschaftliche Einheit bilden. Nach dem Gesagten genüge dies aber gerade nicht. Die Voraussetzungen für einen Durchgriff seien deshalb vorliegend nicht gegeben (act. 3 S. 8 f.).

2.6.2. Der Kläger rügt, das Einzelgericht verkenne, dass der Kläger das Vorliegen von systematischen Überweisungen von der Arrestschuldnerin zustehenden Geldern auf das Konto des Beklagten bzw. einen Missbrauchstatbestand nicht beweisen, sondern lediglich glaubhaft machen müsse. Er habe sieben Zahlungen im Gesamtbetrag von USD 6'368'935.-- belegt, welche unbestritten der Arrest-

schuldnerin zugestanden hätten, hingegen auf das streitgegenständliche Konto überwiesen bzw. umgeleitet worden seien. Zu beachten sei zudem, dass auf dem Konto der Arrestschuldnerin Nr. ... bei der D. _____ nur ein Betrag von USD 50'574.-- bzw. EUR 38'253.-- vorhanden sei (act. 11/32). Im Vergleich zu den Überweisungen auf das Konto des Beklagten über USD 6 Mio. sei das ein äusserst geringer Betrag und es stelle sich die berechnigte Frage, wieso die Gelder zugunsten der Arrestschuldnerin nicht auf ihr Konto Nr. ... bei der D. _____ überwiesen worden seien. Damit habe er genügend objektive Anhaltspunkte für die hohe Wahrscheinlichkeit einer systematischen Umleitung von Zahlungen an die Arrestschuldnerin erbracht und damit seine Schlussfolgerungen bzw. das Vorliegen eines Missbrauchstatbestandes entgegen der Auffassung der Vorinstanz glaubhaft gemacht. Der Beklagte deklarieren die Eigentümerschaft an den Vermögenswerten auf dem Konto im Übrigen gerade so, wie es ihm gelegen komme. Im Falle, dass ein Gläubiger der Arrestschuldnerin auf das Konto zugreifen wolle, sei das Konto in seinem persönlichen Eigentum, gehe es dagegen darum, Verrechnungssteuern zu sparen, werde bescheinigt, dass die Arrestschuldnerin Eigentümerin der Vermögenswerte sei. Der Beklagte selber missachte damit die rechtliche Eigenständigkeit der Gesellschaft. Daher rechtfertige sich ein Durchgriff, und der Kläger könne das formell auf den Beklagten lautende Konto mit Arrest belegen. Ergänzend seien durch das Gericht die Kontoauszüge und Transaktionsbelege des formell auf den Beklagten lautenden, streitbetroffenen Kontos sowie des Kontos Nr. ... der Arrestschuldnerin bei der D. _____ der Jahre 2009 bis 2011 einzuverlangen (act. 8 S. 9 ff.).

2.6.3. Der Beklagte widersetzt sich dem klägerischen Editionsbegehren mit dem Einwand, es handle sich um eine unzulässige Ausforschung. Im Übrigen schliesst er sich den Erwägungen in der angefochtenen Verfügung an. Der Kläger habe weder für die wirtschaftliche Berechnigung noch für das Eigentum der Arrestschuldnerin noch für einen Durchgriff irgendwelche objektiven Anhaltspunkte vorgebracht. In der Klageantwort im US-Verfahren habe der Beklagte lediglich anerkannt, dass das streitgegenständliche Konto bis April 2010 treuhänderisch verwaltete Gelder enthielt. Der Arrestbefehl sei aber am 9. Dezember 2010 ausgestellt worden (vgl. act. 30 N 24 ff.).

2.6.4. Der Beschwerde ist auch in diesem (letzten) Punkt kein Erfolg beschieden.

2.6.4.1. Wenn der Kläger zunächst moniert, die Überweisungen seien ohne erkennbar rechtmässigen Grund erfolgt und der Beklagte habe keine Gründe dafür vorgebracht, wieso die genannten Überweisungen nicht direkt auf das Konto Nr. ... der Arrestschuldnerin bei der D. _____ erfolgt seien, übersieht er, dass nicht der Arrestschuldner bzw. Drittsprecher die Grundlage seines Eigentums, sondern der Arrestgläubiger die rechtsmissbräuchliche Übertragung von Eigentum der Arrestschuldnerin auf Dritte glaubhaft machen muss. Dem klägerischen Vorwurf, der Beklagte missachte die rechtliche Eigenständigkeit der Arrestschuldnerin, indem er vor der US-Steuerbehörde erklärte, die Arrestschuldnerin sei wirtschaftliche Eigentümerin am Konto, während er das Konto in diesem Verfahren als sein eigenes beanspruche, ist vor dem Hintergrund der vorstehenden Erwägungen die Grundlage entzogen.

2.6.4.2. Das einzig zulässige und in der Beschwerdeantwort nicht bestrittene Novum, wonach der Beklagte im US-Verfahren am 29. April 2011 anerkannt hat, dass zum Zeitpunkt der relevanten Überweisungen Ende 2010/Anfangs 2011 ein schriftlicher Treuhandvertrag zwischen ihm und der Arrestschuldnerin bestanden habe, stützt die Sichtweise des Klägers insoweit, als die vom Kläger belegten Überweisungen auf das Konto des Beklagten auf vertraglicher Grundlage und eben planmässig bzw. systematisch erfolgten. Nur: Dass die Berufung des Beklagten auf die rechtliche Berechtigung am Konto rechtsmissbräuchlich erfolge, hat der Kläger damit nach wie vor nicht behauptet, geschweige denn mit objektiven Anhaltspunkten glaubhaft gemacht. Im erstinstanzlichen Verfahren hat der Kläger sich lediglich auf die wirtschaftliche Berechtigung der Arrestschuldnerin am Konto berufen. Mit dem echten Novum ist ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Arrestschuldnerin bzw. des Beklagten ebenso wenig dargetan. Im Gegenteil bestätigt der Kläger damit die Rechtsgrundlage für die inkriminierten Überweisungen und bezeichnet den Beklagten mit Bezug auf das Konto als Treuhänder. Mangels Missbrauchstatbestand fallen ein Strohmannverhältnis und ein Durchgriff auf das Konto ausser Betracht. Die Kontotransaktionen erweisen sich als irrelevant, und Weiterungen erübrigen sich. Der Kläger könnte mit den Kontobelegen

wiederum nur Überweisungen von Beträgen aus Transaktionen der Arrestschuldnerin aufzeigen, nicht aber die fehlende Behauptung eines Rechtsmissbrauchs ersetzen.

2.7. Im Einklang mit den Erwägungen des Einzelgerichts hat es bei der rechtlichen Berechtigung des Beklagten am Konto sein Bewenden. Das Einzelgericht hat den Arrestbefehl vom 9. Dezember 2010 (Geschäft Nr. EQ100225, Arrest Nr. ... des Betreibungsamtes E._____) bezüglich des Kontos IBAN CH ... zu Recht aufgehoben. Die Beschwerde ist abzuweisen. Die aufschiebende Wirkung fällt mit diesem Entscheid dahin.

3. Kosten / Entschädigung

3.1. Bei diesem Ausgang des Beschwerdeverfahrens kann die erstinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolge ohne Weiteres bestätigt werden. Der unterliegende Kläger wird ferner zweitinstanzlich kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 ZPO).

3.2. Die Gerichtsgebühr für das vorliegende Beschwerdeverfahren richtet sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) vom 8. September 2010 (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG; vgl. www.gerichte-zh.ch/entscheide/entscheide-neue-zpo.html: Kosten gerichtlicher SchK-Sachen; vgl. auch BISchK 2011, S. 68). Im Hinblick auf den Streitwert von Fr. 7.2 Mio. ist die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren gestützt auf § 4 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 8 Abs. 1 GebV OG und unter Beachtung des Äquivalenzprinzips auf Fr. 15'000.-- festzulegen und mit dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen. In Anwendung von §§ 4, 9 und 13 der Anwaltsgebührenverordnung vom 8. September 2010 (AnwGebV) hat der Kläger den Beklagten für das Beschwerdeverfahren mit einer reduzierten Grundgebühr von Fr. 9'000.-- zu entschädigen. Ersatz der Mehrwertsteuer hat der Beklagte als Partei im Ausland nicht verlangt (vgl. ZR 104/2005 Nr. 76; Kreisschreiben vom 17. Mai 2006, publiziert unter [www.gerichte-zh.ch/Obergericht/Kreisschreiben/ab 2000](http://www.gerichte-zh.ch/Obergericht/Kreisschreiben/ab_2000)).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und die Verfügung des Einzelgerichts Audienz des Bezirkes Zürich vom 15. März 2011 wird bestätigt. Die aufschiebende Wirkung fällt mit dieser Entscheidung dahin.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 15'000.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Der Kläger wird verpflichtet, dem Beklagten für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 9'000.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Audienz, je gegen Empfangsschein.

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

6. Eine Beschwerde gegen diese Entscheidung 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. 7.2 Mio.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. V. Seiler

versandt am: