

## VISCHER

Der Verlag SCHULTHESS JURISTISCHE MEDIEN AG hat freundlicherweise die Genehmigung erteilt, dass arrestpraxis.ch den nachfolgenden Entscheid auf der Website online zugänglich macht.

Sämtliche Rechte verbleiben aber beim Verlag SCHULTHESS JURISTISCHE MEDIEN AG.

gericht des Kantons Zürich, welches den Rekurs mit Beschluss vom 13. November 2000 unter Bestätigung des erstinstanzlichen Einspracheentscheids abwies. Hiegegen führte der Beschwerdeführer kantonale Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationsgericht.

Aus den Erwägungen:

«II/4.a) Der Beschwerdeführer rügt sodann als Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes gemäss § 281 Ziff. 1 ZPO, dass die beiden Vorinstanzen ihn als Arrestschuldner zu Unrecht als Kläger und den Arrestgläubiger (bzw. Arrestkläger) zu Unrecht als Beklagten bezeichnet hätten. Es sei ein wesentlicher Prozessgrundsatz, wem welche Prozess- resp. Parteirolle zustehe und wer an erster Stelle seine Argumente vortragen müsse.

b) Die massgebliche Lehre geht unter anderem aufgrund der Materialien davon aus, dass Art. 278 SchKG in der Fassung vom 16. Dezember 1994 auf einer grundlegend anderen Konzeption beruhe als das alte Recht. Danach ist das Einspracheverfahren gegen den Arrestbefehl kein Rechtsmittelverfahren, sondern die Einsprache ist eine (fakultative) Vernehmlassung zur Wahrung des rechtlichen Gehörs. Die Einsprache entspricht funktionell der Vernehmlassung des Arrestbetroffenen zu Arrestbegehren und Arrestbewilligung. Das Einspracheverfahren ist kein selbstständiges Verfahren; vielmehr nimmt es das Arrestbewilligungsverfahren wieder auf und setzt dieses fort. Das bedeutet, dass die (Arrest-)Einsprache – übrigens vergleichbar mit jener gegen superprovisorische vorsorgliche Massnahmen (§ 110 Abs. 2, § 224 ZPO) – nur ein unselbstständiger Teil des erstinstanzlichen Arrestbewilligungsverfahrens ist (vgl. dazu *Jaeger/Walder/Kull/Kottmann*, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2 Bde., 4. A., Zürich 1997/99, N. 16 zu Art. 278 SchKG; *Gasser*, Das Abwehrdispositiv der Arrestbetroffenen nach revidiertem SchKG, ZBJV 130/1994, S. 582 ff., 600, 613).

c) Im vorliegenden Fall wird zumindest von der Erstinstanz entgegen den vorstehenden Erwägungen das Arresteinsprache- im Verhältnis zum Arrestbefehlsverfahren als selbstständiges Verfahren betrachtet, und demgemäss ist der Einsprecher (Schuldner) Kläger und der Gläubiger Beklagter.

#### 4.

#### Art. 271 f., 278 SchKG; § 281 Ziff. 1 und 3 ZPO. Verteilung der Parteirollen im Arresteinspracheverfahren. Prüfungspflicht des Gerichts auch hinsichtlich der Gläubigerstellung des Gesuchstellers.

*Im Unterschied zur Parteirollenverteilung bei der altrechtlichen Arrestaufhebungsklage kommt im (neuen) Arresteinspracheverfahren nach Art. 278 SchKG dem Gesuchsteller (Arrestgläubiger) prozessual die Rolle des Klägers und dem Gesuchsgegner (Arrestschuldner) die Stellung des Beklagten zu (Erw. II/4). Zu den Voraussetzungen einer Arrestbewilligung gehört auch die Gläubigereigenschaft des Gesuchstellers, welche ebenfalls glaubhaft zu machen ist (Erw. II/5).*

Sachverhalt:

Am 13. Juni 2000 bewilligte der Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes X gestützt auf Art. 272 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG ein Arrestbegehren des Kantons Schwyz (Einsprache-, Rekurs- und Beschwerdegegner) gegen Y (Einsprecher, Rekurrent und Beschwerdeführer) für eine ausstehende (Grundstückgewinn-)Steuerforderung; Arrestgegenstand war eine im Eigentum des Beschwerdeführers stehende Liegenschaft. Dagegen erhob der Beschwerdeführer Einsprache beim Arrestrichter, welcher ihm die Kläger- und dem Kanton Schwyz die Beklagtenrolle zuwies und die Einsprache gegen den Arrestbefehl mit Verfügung vom 18. Juli 2000 abwies. Gegen den Einspracheentscheid rekurrierte der Beschwerdeführer beim Ober-

Dieses Vorgehen entwickelte sich in letzter Zeit im Kanton Zürich zur Praxis, wobei als Argument dieser Parteirollenverteilung fälschlicherweise die Kostenvorschusspflicht erwähnt wird (vgl. *Y. Artho von Gunten*, Die Arresteinsprache, Diss. Zürich 2001, S. 69; im Druck). Die von der Erstinstanz gewählte Konzeption widerspricht grundlegend dem eigentlichen Wesen des neuen Arresteinspracheverfahrens als blosser Fortsetzung des Arrestbewilligungsverfahrens. Deshalb kann der Einsprecher nicht in die Klägerrolle gezwungen werden; er ist notwendigerweise und funktionell zwingend Beklagter. Dies hat zwar für die Behauptungs- und Beweislast keine Bedeutung, wohl aber für den verfahrensmässigen Ablauf und vor allem für die Frage, wer im Einspracheverfahren den ersten Parteivortrag und wer die prozessual günstigere Beklagtenrolle hat. Insofern ist der (Arrest-)Einsprecher, wenn ihm letztere verweigert (und er fälschlicherweise in die Klägerrolle gezwungen) wird, entgegen vorinstanzlicher Auffassung durchaus beschwert.

Durch die unrichtige Parteirollenverteilung hat die Erstinstanz und mit ihr auch die Vorinstanz, die den Mangel nicht korrigiert hat (vgl. *von Rechenberg*, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. A., Zürich 1986, S. 25), einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO verletzt.

5.a) Der Beschwerdeführer sieht sodann die Nichtigkeitsgründe von § 281 Ziff. 1 und 3 ZPO erstellt, weil der angefochtene obergerichtliche Entscheid über den (im Rekursverfahren nachgereichten) Beschluss des Kantonsgerichts Schwyz vom 3. August 2000 hinweggegangen sei, worin das Vorliegen eines Rechtsöffnungstitels definitiv verneint werde. Danach sei der Beschwerdegegner gar nicht Gläubiger der Grundlage des Arrests bildenden Steuerforderung.

b) Die Vorinstanz führte in diesem Zusammenhang aus, es bedürfe zur Arrestlegung keines definitiven Rechtsöffnungstitels. Es genüge, wenn der Arrestgläubiger seine Forderung glaubhaft machen könne.

c) Mit der Arresteinsprache (und dem gegen die Arrestanordnung gerichteten Rechtsmittel im Sinne von Art. 278 Abs. 3 SchKG) kann gerügt werden, der Arrestbefehl sei

mangelhaft (*Reiser*, in: *Stachelin/Bauer/Stachelin* [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3 Bde., Basel/Genf/München 1998, N. 16 zu Art. 278 SchKG), weil z.B. nicht alle für eine Arrestlegung erforderlichen Voraussetzungen glaubhaft gemacht seien (s.a. *Amonn/Gasser*, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. A., Bern 1997, § 51 Rz. 74, wonach es im Weiterziehungsverfahren nach wie vor um die Glaubhaftigkeit der Arrestvoraussetzungen gehe). In diesem Zusammenhang kann unter anderem auch die Gläubigereigenschaft des Gesuchstellers (bzw. deren Glaubhaftmachung) bestritten werden (vgl. nachstehend, lit. d).

Vorliegend kann (zufolge fehlender Relevanz) offen bleiben, ob bereits die Erstinstanz Zweifel an der Gläubigerstellung des Beschwerdegegners hätte haben müssen oder ob sie – mangels anderweitiger Anhaltspunkte – als glaubhaft erachten durfte, dass der Beschwerdegegner Gläubiger der in Betreuung gesetzten Steuerforderung sei. Nachdem der Beschwerdeführer die (zuvor noch zu keinen besonderen Abklärungen Anlass gebende) Gläubigereigenschaft des Beschwerdegegners spätestens im Rekursverfahren (in welchem neue Vorbringen zulässig sind; vgl. Art. 278 Abs. 3 Satz 2 SchKG; *Jaeger/Walder/Kull/Kottmann*, a.a.O., N. 28 zu Art. 278 SchKG; *Gasser*, a.a.O., S. 616; *Amonn/Gasser*, a.a.O., § 51 Rz. 74) ... bestritten und zur Untermauerung seiner Bestreitung den bei objektiver Betrachtung durchaus Zweifel an derselben erweckenden Beschluss des Kantonsgerichts des Kantons Schwyz vom 3. August 2000 nachgereicht hatte (wo die [alleinige] Gläubigereigenschaft explizit verneint wurde), durfte zumindest die Vorinstanz nicht mehr ohne weiteres (und insbesondere ohne nähere Auseinandersetzung mit der Ansicht bzw. ohne argumentative Widerlegung der Auffassung des Schwyzer Kantonsgerichts) für glaubhaft erachten, dass der Beschwerdegegner Gläubiger der in Betreuung gesetzten Steuerforderung ist. Vielmehr hätte die Vorinstanz den vom Beschwerdeführer erhobenen Einwand fehlender Gläubigerstellung näher prüfen und diese genauer abklären müssen, was sie indessen unterlassen hat. Unter den vorliegend gegebenen Umständen

(substanzierte Bestreitung der Gläubigerstellung durch den Arrestschuldner) genügt es im Gegensatz zur vorinstanzlichen Ansicht eben nicht, einfach die Glaubhaftmachung der Forderung zu prüfen, nicht aber auch die Gläubigereigenschaft des Gesuchstellers. Insofern (Nichtprüfung der Einwände betreffend Gläubigerstellung des Beschwerdegegners) liegt eine Verletzung des beschwerdeführerischen Anspruchs auf rechtliches Gehör und damit der Nichtigkeitsgrund gemäss § 281 Ziff. 1 ZPO vor.

d) Indem die Vorinstanz die Gläubigereigenschaft des Arrestgesuchstellers als entscheidewesentliches Tatbestandsmerkmal bzw. als unabdingbare Basis des Arrests überhaupt nicht geprüft hat, verletzte sie auch klares materielles Recht gemäss § 281 Ziff. 3 ZPO, besteht doch über die Notwendigkeit der erwähnten Arrestvoraussetzung (vgl. Art. 271 Abs. 1 SchKG, wonach [nur] der Gläubiger Vermögenswerte des Schuldners mit Arrest belegen lassen kann; s.a. Art. 272 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG; *Stoffel*, in: *Stahelin/Bauer/Stahelin* [Hrsg.], a.a.O., N. 2 zu Art. 271 SchKG; *Jaeger/Walder/Kull/Kottmann*, a.a.O., N. 3 zu Art. 271 SchKG; ferner auch BGE 102 III 74, Erw. 2) keinerlei begründeter Zweifel (vgl. *Frank/Sträuli/Messmer*, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N. 51 zu § 281 ZPO; *Spühler/Vock*, a.a.O. [Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999], S. 69). Es wird nach erfolgter Rückweisung Sache der Vorinstanz sein, näher zu prüfen, ob überhaupt bzw. ob dem Beschwerdegegner allein oder allenfalls nur zusammen mit anderen Gemeinwesen Gläubigereigenschaft zukommt, d.h. inwieweit die Gläubigereigenschaft des Beschwerdegegners an der Arrestforderung glaubhaft erscheint.»

Kassationsgericht,  
Beschluss vom 7. Mai 2001