

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.

wesentliche Beeinträchtigung eine Verletzung gesetzlicher Prozessformen im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO bedeutet. Wesentlich ist die Beeinträchtigung des Parteirechts, wenn die Ergänzung des Gutachtens oder die Einholung eines neuen Gutachtens in Überschreitung pflichtgemässen Ermessens verweigert wird. Das Kassationsgericht prüft frei, ob eine solche wesentliche Beeinträchtigung des Parteirechts vorliegt (vgl. *Donatsch*, in *Donatsch/Schmid*, Kommentar StPO ZH, N. 19 zu § 127 und N 22 zu § 430 StPO; vgl. statt vieler *Kass.Nr. 2000/033 S.*, Beschluss vom 28. Februar 2001, in *Sachen E.*, E. 11/6c).

Aus den weiteren Erwägungen des Kassationsgerichts:

«bb) Dem psychiatrischen Gutachten muss entnommen werden können, wie lange die Sitzungen des Experten mit dem Exploranden gedauert haben. Diese Angaben sind deshalb besonders wichtig, weil das explorative Untersuchungsgespräch ein entscheidendes diagnostisches Instrument bildet und die dafür aufgewendete Zeit Rückschlüsse auf die Qualität der Begutachtung erlaubt (vgl. *Furger*, Hinweise zum kritischen Umgang mit psychiatrischen Gutachten, in *ZStrR* 105 [1988] S. 388; vgl. auch *Gmür*, Die Anforderungen an psychiatrische Gutachten, in *plädoyer* 4/99, S. 31, 2. Spalte unten, S. 32, 1. Spalte, vgl. auch S. 43, 2. und 3. Spalte, jeweils unten). Nach *Furger* gelten für die Forensik gleiche Zeitgrössen wie in der Psychiatrie im Allgemeinen, nämlich 2–3 Stunden und nicht mehr als 6–8 Stunden. Er hält dafür, dass der zeitliche Einsatz so begrenzt bleiben soll, dass noch keine allzu enge gefühlsmässige Beziehung entsteht, die den diagnostischen Blick trüben und die Entscheidungsfreiheit hinsichtlich weiterer Verfahrensfragen gegenseitig einschränken würde (a.a.O.). *Gmür* spricht sich dafür aus, dass sich die Dauer, vor allem bei umfassenden Grossgutachten, nach der Persönlichkeit des Probanden, nämlich dessen Mitteilungsdruk, Mitteilungsrhythmus und Widerstand gegen die Untersuchung, sowie der Länge und dem Ereignisreichtum der Lebensgeschichte zu richten hat. Eine Explorationsitzung – so *Gmür* – sollte gewöhnlich nicht länger als 2 bis 2 1/2

Stunden dauern. Der Ermüdbarkeit des Probanden soll auch dadurch Rechnung getragen werden, dass die Gesamtbefragung auf mehrere Sitzungen mit mehrtägigen Intervallen dazwischen verteilt wird (a.a.O., vgl. auch Richtlinien bei *Maier/Möller*, Das gerichtspsychiatrische Gutachten gemäss Art. 13 StGB, Zürich 1999, S. 163 f.).

cc) Aktenkundig ist, dass die Gutachterin im Rahmen der ersten Begutachtung drei Explorations-Gespräche mit dem Beschwerdeführer führte (Sitzungen vom 19. April, 11. Mai und 15. November 2001). Für die Erstattung des Ergänzungsgutachtens fand ein weiteres Gespräch statt (Sitzung vom 9. September 2002). Die genaue Dauer der einzelnen Sitzungen ergibt sich indessen nicht aus den beiden Gutachten, ebenso wenig aus der Stellungnahme der Gutachterin zu den Fragen der Verteidigung. Das Haupt- und Ergänzungsgutachten erweisen sich somit als unvollständig im Sinne von § 127 StPO. Aufgrund dieser Unvollständigkeit ist das Vorliegen eines Nichtigkeitsgrundes nach § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO («Verletzung gesetzlicher Prozessformen») zu bejahen. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde in diesem Punkt. (...)

Kassationsgericht
Sitzungsbeschluss vom 21. Juni 2004
(Mitgeteilt von RA lic. iur. Lukas Künzli)

8.

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

Aus einem Rekursentscheid des Obergerichts:

«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 beauftragt 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. 56248.10 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 (...).

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 konduzierenden 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 Selbstständigkeit 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/S. 85; *Stahelin/Bauer/Stahelin*, Kommentar zum SchKG, 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 Selbstständigkeit 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 Selbstständigkeit 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 Vermögens-

werte 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 Selbstständigkeit 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/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 aussergewöhnlichen Umständen angezeigt. Er lässt sich nur rechtfertigen, wenn die Berufung des Arrestschuldners auf die rechtliche Selbstständigkeit 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 Selbstständigkeit 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 (*Baumann*, in Zürcher Kommentar zum ZGB, Einleitung, Art. 2 N. 325 f.). In Bezug auf den Kläger ist im vorliegenden Fall ein Rechtsmissbrauchstatbestand, welcher einen Durchgriff rechtfertigen würde, zu verneinen.»

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

9.

§ 55 ZPO. Ausübung der richterlichen Fragepflicht durch Erteilung von Substanzierungshinweisen.

Der richterlichen Fragepflicht lässt sich in der Regel nicht durch (allenfalls sogar vorgängige) Erteilung allgemeiner, von den konkreten Vorbringen der Parteien losgelöster Substanzierungshinweise Genüge tun. Richterliche Substanzierungshinweise haben grundsätzlich vielmehr an konkrete, unklar, unvollständig oder unbestimmt gebliebene Parteivorbringen anzuknüpfen und in hinreichend bestimmter Weise auf solche Bezug zu nehmen (Erw. II/2.2).

Sachverhalt:

Die Beschwerdegegnerin (Aberkennungsbeklagte) – ein Bankinstitut – hatte der Beschwerdeführerin (Aberkennungsklägerin) – einer Aktiengesellschaft – im Jahre 1987 einen Kredit zur Finanzierung eines Liegenschaftskaufs gewährt, wobei das Kreditverhältnis in den Jahren 1994 und 1997 jeweils neu geregelt wurde. Nachdem die Laufzeit einer dabei vereinbarten Festzinstranche am 3. April 2000 abgelaufen war und die Parteien sich nicht über eine Neuordnung des durch Sicherungsübereignung von Schuldbriefen gesicherten Kreditverhältnisses einigen konnten,

kündigte die Beschwerdegegnerin mit Schreiben vom 18. September 2001 die gesamte Kreditlimite von damals Fr. 730 000.– sowie die Schuldbriefforderungen per 31. Dezember 2001. Die Beschwerdeführerin zahlte die Ausstände, deren Fälligkeit sie bestritt, nicht.

In der Folge leitete die Beschwerdegegnerin mit Zahlungsbefehl vom 27. Februar 2002 beim Betreibungsamt X gegen die Beschwerdeführerin die Betreibung auf Grundpfandverwertung über eine Forderungssumme von total Fr. 722 500.– ein, wogegen die Beschwerdeführerin Rechtsvorschlag erhob. Mit Verfügung vom 5. Juli 2002 erteilte der seitens der Gläubigerin daraufhin angerufene Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes Z der Beschwerdegegnerin provisorische Rechtsöffnung für den Betrag von Fr. 722 500.– sowie für weitere (Betreibungs- und Verfahrens-)Kosten.

Mit Eingabe vom 10. Oktober 2002 erhob die Beschwerdeführerin alsdann fristgerecht Aberkennungsklage (im Sinne von Art. 83 Abs. 2 SchKG) beim Bezirksgericht Z, das den Prozess mangels sachlicher Zuständigkeit an das Handelsgericht des Kantons Zürich (Vorinstanz) überwies. Dort fand nach Eingang der Klageantwortschrift am 12. März 2003 eine Referentenaudienz mit (erfolgloser) Vergleichsverhandlung statt. Nach Abschluss des Schriftenwechsels fällte das Handelsgericht am 18. November 2003 (ohne Durchführung eines Beweisverfahrens) sein Urteil, mit dem die (Aberkennungs-)Klage abgewiesen und die der Beschwerdegegnerin am 5. Juli 2002 erteilte provisorische Rechtsöffnung für definitiv erklärt wurde. Gegen dieses handelsgerichtliche Erkenntnis erhob die Beschwerdeführerin kantonale Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Urteils und Rückweisung der Sache zur Durchführung eines Beweisverfahrens und zur Neuurteilung an die Vorinstanz.

Aus den Erwägungen:

«II/1.a) Die Beschwerdeführerin bestritt vor Vorinstanz weder den Bestand der Schuldbriefforderungen oder Pfandrechte noch der Hypothekarforderung. Hingegen machte sie