



Kass.-Nr. AA040194/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Robert Karrer, Alfred Keller, Karl Spühler und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie der Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

Zirkulationsbeschluss vom 11. Juli 2005

in Sachen

(Zentralbank eines Staates)

...,

Beklagte, Arrestschuldnerin, Rekurrentin und Beschwerdeführerin
vertreten durch Rechtsanwalt ...

gegen

K.,

...,

Klägerin, Arrestgläubigerin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend **Arresteinsprache**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 15. November 2004 (NN040097/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Am 28. November 2003 erliess der Arrestrichter am Bezirksgericht Zürich auf Begehren der Arrestgläubigerin einen Arrestbefehl über eine Forderungssumme von Fr. 5'301'513.15 (entsprechend USD 4'028'505.38) nebst Zins. Die Forderungssumme stützt sich auf zwei Urteile des Handelsgerichts des Kantons Zürich und ein Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts. Als Arrestgegenstände bezeichnete der Arrestrichter „Vermögenswerte der Arrestschuldnerin, insbesondere die gestützt auf den Arrestbefehl der Audienzrichterin des Bezirksgerichts Zürich vom 1. Juli 2002 (Geschäft Nr. EQ020076, Arrest Nr. 22027) verarrestierten Guthaben gemäss Arresturkunde vom 14. Juli 2003 und Anlagewerte, in welche die Guthaben seither umgewandelt wurden, sowie Kontokorrentguthaben in Schweizer Franken und fremder Währung bei der (Bank), soweit alles verarrestierbar, bis zur Deckung der Arrestforderung nebst Kosten und Zinsen“ (ER act. 4/5). Der Arrest wurde am 3. Dezember 2003 durch das Betreibungsamt Zürich 1 vollzogen (Arrest Nr. 23065, ER act. 6). Das zum Arrest Nr. 23065 führende Arrestbegehren erfolgte, weil der frühere Arrest Nr. 22027 vom 1./14. Juli 2002 mangels Prosequierung dahingefallen war. Es handelt sich vorliegend bereits um das dritte Arrestverfahren zwischen denselben Parteien betreffend dieselbe Arrestforderung.

Die Arrestschuldnerin erhob am 16. März 2004 Arresteinsprache mit dem Begehren, der Arrestbefehl im Arrest Nr. 23065 sei vollumfänglich aufzuheben (ER act. 1). Der Einzelrichter wies mit Verfügung vom 15. Juni 2004 diese Einsprache ab (ER act. 28a = OG act. 2). Gegen diese Verfügung erhob die Arrestschuldnerin Rekurs beim Obergericht (OG act. 1).

Das Obergericht (II. Zivilkammer) wies mit Beschluss vom 15. November 2004 den Rekurs ab und bestätigte die einzelrichterliche Verfügung vom 15. Juni 2004 (OG act. 17 = KG act. 2). Die Arrestschuldnerin erhob gegen diesen Beschluss kantonale Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationsgericht (KG act. 1) sowie staatsrechtliche Beschwerde beim Bundesgericht (vgl. KG act. 9).

2. Mit ihrer Nichtigkeitsbeschwerde beantragt die Arrestschuldnerin, es sei der angefochtene Beschluss des Obergerichts vom 15. November 2004 aufzuheben und der Arrestbefehl im Arrest Nr. 23065 als vollumfänglich aufgehoben zu erklären. Eventuell sei der angefochtene Beschluss aufzuheben und die Sache zur Neuentscheidung an das Obergericht zurückzuweisen (KG act. 1). Die Arrestgläubigerin beantragt Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 16). Das Obergericht verzichtet auf eine Vernehmlassung KG act. 8).

Der Präsident des Kassationsgericht wies mit Verfügung vom 21. Dezember 2004 das Gesuch der Arrestschuldnerin, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, ab (KG act. 4). Die Arrestschuldnerin leistete die ihr auferlegte Prozesskaution für das Kassationsverfahren innert der mit Präsidialverfügung vom 3. Januar 2005 (KG act. 11) erstreckten Frist (KG act. 13).

Mit Verfügung vom 21. Dezember 2004 auferlegte der Präsident der II. Zivilabteilung des Bundesgerichts der Arrestschuldnerin einen Kostenvorschuss und ordnete nach rechtzeitiger Vorschusszahlung die Sistierung des bundesgerichtlichen Verfahrens bis zum Vorliegen des Beschwerdeentscheids des Kassationsgerichts an (KG act. 9).

II.

1. a) Die Beschwerdeführerin rügt, das Obergericht gehe im angefochtenen Entscheid in ganzen vierzehn Zeilen auf ihre Rüge ein, wonach sowohl das Arrestbegehren als auch der Arrestbefehl bezüglich der Arrestgegenstände mangelhaft und widersprüchlich formuliert seien. Es genüge nicht, wenn das Obergericht feststelle, dem Hinweis auf den Arrest Nr. 22027 in der Bezeichnung der Arrestgegenstände komme „nur“ der Stellenwert der Spezifizierung zu und es komme nicht darauf an, ob der Arrest (Nr. 22027) noch Bestand habe oder mittels (recte: mangels) Prosequierung dahingefallen wäre. Die Beschwerdegegnerin habe als Arrestgegenstände „verarrestierte Guthaben“ bezeichnet. In ihren Rechtsschriften im Einspracheverfahren habe sie jedoch zugegeben, dass der Arrest Nr. 22027

im Zeitpunkt des neuen Arrestbefehls Nr. 23065, also am 28. November 2003, bereits dahingefallen sei. Damit seien die vorgehend verarrestierten Guthaben am 28. November 2003 eben nicht mehr verarrestiert. Die von der Beschwerdegegnerin gewählte Formulierung der bezeichneten Arrestgegenstände „verarrestierte Guthaben“ sei damit eindeutig mangelhaft. Die Arrestschuldnerin, die Bank als Drittschuldnerin und das Betreibungsamt als Vollzugsorgan müssten wissen, was die Arrestgläubigerin verarrestiert haben wolle. Zugegebenermassen würden teilweise breite Formulierungen toleriert. Hingegen dürfte kaum toleriert werden, dass die Bezeichnung der Arrestgegenstände zu Verwirrnis, Zeitverzögerung und unnötigen Kosten führe. Dies sei in casu der Fall. Insofern dürfte ein Arrest nicht gewährt werden, der auf verarrestierte Gegenstände laute, die im Zeitpunkt des Arrests eben gerade nicht mehr verarrestiert seien. Die Begründung des Obergerichts, dass dem Hinweis auf Arrest Nr. 22027 nur der Stellenwert der Spezifizierung der Arrestgegenstände zukomme und es nicht darauf ankomme, ob der Arrest Bestand habe oder mangels Prosequierung dahingefallen sei, sei nicht haltbar. Die Arrestgegenstände hätten von der Rekursgegnerin eindeutiger bezeichnet werden müssen. Jedenfalls hätte sie nicht verarrestierte Guthaben als Arrestgegenstände bezeichnen dürfen, da es zu diesem Zeitpunkt keine verarrestierte Guthaben mehr gegeben habe.

Indem das Obergericht sich mit dieser Argumentation der Beschwerdeführerin kaum auseinandersetze, verletze es deren Anspruch auf rechtliches Gehör. Ohne nähere Prüfung und Auseinandersetzung stütze sich das Obergericht auf die Vorinstanz. Damit verletze es den Rahmen von § 161 GVG, mithin klares Recht. Die Feststellung, dem Hinweis auf einen früheren Arrest komme nur der Stellenwert der Spezifizierung zu und habe keine eigene Bedeutung und im Übrigen komme es nicht darauf an, ob der Arrest noch bestehe oder nicht, komme einer willkürlichen Annahme resp. willkürlichen Beweiswürdigung gleich (KG act. 1 S. 4 - 6 Ziff. III/1-3)

b) Der Arrestbefehl vom 1. Juli 2002 (Arrest Nr. 22027) richtete sich an dieselbe Arrestschuldnerin, dieselbe Bank und dasselbe Betreibungsamt wie der vorliegende, auf dem Arrestbegehren der Beschwerdegegnerin vom 26. November

2003 beruhende Arrestbefehl vom 27. November 2003 (Arrest Nr. 23065). Unbestrittenermassen wurden die fraglichen Guthaben gestützt auf den Arrestbefehl vom 1. Juli 2002 verarrestiert. Daran ändert nichts, dass diese Verarrestierung später mangels Prosequierung dahingefallen ist. Indem die Beschwerdegegnerin in ihrem neuen Arrestbegehren bei der Bezeichnung der Arrestgegenstände auf „insbesondere die gestützt auf den Arrestbefehl der Audienzrichterin des Bezirksgerichts Zürich vom 1. Juli 2002 (Geschäft Nr. EQ020076, Arrest Nr. 22027) verarrestierten Guthaben gemäss Arresturkunde vom 14. Juli 2003 ...“ verwies (ER act. 4/1 S. 2 unten) und der Arrestrichter den Arrestbefehl vom 27. November 2003 entsprechend ausstellte, gaben sie der Beschwerdeführerin, der betroffenen Bank und dem Betreibungsamt klar zu verstehen, welche Guthaben „insbesondere“ zu verarrestieren seien. Die Feststellung des Obergerichts, dem Hinweis auf Arrest Nr. 22027 im Arrestbefehl komme nur der Stellenwert der Spezifizierung der Arrestgegenstände zu, so dass es - wie auch der Einzelrichter zu Recht annehme (§ 161 GVGH) - nicht darauf ankomme, ob jener Arrest noch Bestand gehabt habe oder mangels Prosequierung dahingefallen sei (KG act. 2 S. 9 Erw. III/1), ist demnach inhaltlich nicht zu beanstanden.

Das Obergericht nimmt in der gerügten Erwägung Bezug auf die Rüge der Beschwerdeführerin an der Bezeichnung der Arrestgegenstände im Arrestbefehl. Es hat also von der Rüge Kenntnis genommen. Diese Rüge lässt sich mit wenigen Sätzen entkräften. Dazu genügen ohne weiteres die vierzehn Zeilen, welche das Obergericht hierzu verwendet. Gemäss § 161 GVG darf eine Rechtsmittelinstanz auf vorinstanzliche Erwägungen verweisen, soweit es diesen beipflichtet. Es ist demnach ebenfalls nicht zu beanstanden, dass das Obergericht so vorgegangen ist. Die in diesem Zusammenhang erhobenen Rügen sind offensichtlich unbegründet.

2. a) Die Beschwerdeführerin erhob vor Obergericht - wie bereits zuvor vor dem Einzelrichter (ER act. 1 S. 4 - 6 Ziff. III/2) - die Einrede ihrer Immunität. Sie machte geltend, dass sie als Zentralbank des ... Staates zwar eigene Rechtspersönlichkeit besitze, dass sie aber in casu mit staatlicher Hoheitsgewalt iure imperii gehandelt habe. Sie habe im Rahmen des Staatsvertrags von B zwischen S und

dem damaligen J., beides sozialistische Bruderstaaten, öffentlich rechtlich begründete Bankgarantien für die Inanspruchnahme von staatsvertraglich vereinbarten günstigen Zahlungs- und Kreditkonditionen ausgestellt. Die in Frage stehenden Rechtsgeschäfte seien dem öffentlichen Recht zuzuordnen. Auch der Zweck derselben sei klar öffentlich-rechtlich und auf das Staatsinteresse ausgerichtet. Zudem handle es sich nicht um kommerzielle Bankgarantien im üblichen Sinn. Es handle sich um nur von der Arrestschuldnerin ausstellbare, mit speziellen Texten in einem speziellen Verfahren gemäss dem genannten Staatsvertrag auszustellende Garantien. Damit sei die eigentliche Natur des Geschäfts öffentlich-rechtlicher Natur. Die Ausstellung von solchen öffentlich-rechtlichen Garantien zwischen Staaten respektive Staatsfirmen gestützt auf einen Staatsvertrag könne nicht anders als ein für die öffentliche Gewalt kennzeichnender Akt bezeichnet werden. Ein solches Geschäft könne nicht in gleicher oder ähnlicher Form auch unter Privaten eingegangen werden. Damit habe die Beschwerdeführerin eindeutig *iure imperii* gehandelt. Die Beschwerdeführerin erläuterte weiter, dass sich die dem Rechtsstreit der Parteien und der Arrestforderung zugrundeliegenden Bankgarantien eben auf einen Staatsvertrag, das B.-Abkommen stütze und es sich bei der Ausstellung dieser Bankgarantien nicht um kommerzielle Banktätigkeit handele. Eine normale kommerzielle Bank würde solche Garantien nicht ausstellen und könnte dies auch nicht, weil solche Garantien nur aufgrund der öffentlich-rechtlichen und staatlichen Umstände ausstellbar seien. Die Natur des Geschäfts indiziere ein Handeln *iure imperii*. Auch die wirtschaftliche Tragweite der Verträge der Garantien sprächen in casu für ein Handeln *iure imperii*. Sie wehrte sich gegen die Argumentation des Einzelrichters, es handle sich bei der vereinbarten Garantiesumme um „nur wenige Millionen US-Dollar“. Wenige Millionen seien selbst im schweizerischen Bundeshaushalt ein Politikum und stellten eine gewisse wirtschaftliche Tragweite dar. Die in Frage stehenden wenigen Millionen US-Dollar stellten für ...sche Verhältnisse eine noch viel höhere Summe dar, wenn man die Währungsdifferenz US-Dollar zum ... Pfund und die entsprechende Kaufkraft-Differenz zwischen den beiden Staaten einbeziehe (OG act. 1 S. 5 - 9 Ziff. 2/2.1 - 2.5).

Das Obergericht prüft zunächst, ob die Immunitätsfrage bzw. die Einrede der fehlenden Gerichtsbarkeit trotz des rechtskräftigen Leistungsurteils noch erhoben werden könne und schliesst sich der bejahenden Ansicht von Jolanta Kren Kostkiewicz (Staatenimmunität im Erkenntnis- und im Vollstreckungsverfahren nach schweizerischem Recht, Bern 1998, S. 524) an, wonach sich dies aus der Pflicht zur Vermeidung völkerrechtswidriger Entscheidungen ergebe. Es hält weiter fest, der Einzelrichter habe die Frage, ob die Garantie der Arrestschuldnerin auf hoheitlicher oder rechtsgeschäftlicher Basis gegeben worden sei, geprüft, und verweist auf dessen als zutreffend bezeichnete Erwägungen. Es hält dafür, für die Qualifikation der Garantieleistung der Beschwerdeführerin als solche könne es nicht entscheidend darauf ankommen, ob die Parteien des Vertrags betreffend Lieferung von Stromerzeugungsanlagen (die heutige Arrestgläubigerin und die P) als selbständige Staatsunternehmen zu qualifizieren seien, weil sich die Immunitätsfrage auch diesbezüglich höchstens dann stellen würde, wenn hoheitliches Handeln in Frage stünde (Kren Kostkiewicz, a.a.O., S. 356 ff., insb. S. 363). Dass die Verträge zwischen der Arrestgläubigerin und der PEE als rechtsgeschäftlich zu qualifizieren seien, werde auch durch die Vertragsbestimmungen nicht in Frage gestellt. Insbesondere ändere auch die gemäss Art. 23 der Vertragsbestimmungen erforderliche behördliche Zustimmung nichts daran, dass die Verträge als nicht hoheitlich zu qualifizieren seien (KG act. 2 S. 10 - 13 Erw. III/3).

b) Im vorliegenden Fall besteht die Situation, dass die Beschwerdeführerin offenbar nicht frei entscheiden konnte, ob sie die fragliche Bankgarantie gewähren möchte oder nicht, sondern an die Weisungen der zuständigen Organe ihres Eigners, des ... Staates, gebunden war, und diese wiederum erteilten die entsprechenden Weisungen in Nachachtung des Staatsvertrags von B. Die Anweisung an die Beschwerdeführerin, eine solche Bankgarantie zu gewähren, stellt demnach einen Hoheitsakt dar. Daraus erfolgt jedoch nicht zwingend, dass auch die Ausführung dieser Weisung ein Hoheitsakt sei. Die Gewährung einer Bankgarantie ist ein typisches Rechtsgeschäft einer Geschäftsbank, ob diese nun ein privates Unternehmen oder eine Staatsbank bzw. vom Staat beherrschte Bank ist. In der Gewährung einer Bankgarantie, selbst wenn sie im öffentlichen Interesse er-

folgt, ist deshalb grundsätzlich ein privatrechtlicher Akt und nicht ein Hoheitsakt zu erblicken.

Der Einzelrichter hält fest, die vereinbarte Garantiesumme betrage nur wenige Millionen US-Dollar, was bezüglich der wirtschaftlichen Tragweite nicht als Indiz für aus dem Rahmen gewöhnlicher Handelsgeschäfte fallende Hoheitsakte gewertet werden könne (OG act. 2 S. 5 Erw. II/2.4). Das Obergericht geht im angefochtenen auf diese Frage nicht weiter ein, sondern hält lediglich allgemein fest, der Einzelrichter habe die Frage, ob die Garantie der Arrestschuldnerin auf hoheitlicher oder rechtsgeschäftlicher Basis gegeben worden sei, geprüft und es könne auf dessen zutreffende Erwägungen hingewiesen werden (KG act. 2 S. 12). Es mag wohl zutreffen, dass die Leistung einer Bankgarantie über eine Summe von einigen Millionen US-Dollar unter Beachtung der Währungsdifferenz zwischen US-Dollar und Pfund und der Kaufkraftdifferenz zwischen den beiden Ländern für die Beschwerdeführerin nicht alltäglich und damit von einer gewissen wirtschaftlichen Tragweite ist. Daraus ergibt sich jedoch nicht ohne weiteres, auch wenn die Beschwerdeführerin Staatsbank ist, dass die Gewährung einer Bankgarantie über rund vier Millionen US-Dollar den Charakter eines Handelsgeschäfts verliert und gleichsam zum Hoheitsakt mutiert. Die entsprechende Feststellung des Einzelrichters ist nicht zu beanstanden.

c) Zusammenfassend erweisen sich die Rügen der Beschwerdeführerin als unbegründet. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist abzuweisen.

III.

Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin für das Kassationsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Spruchgebühr im Sinne von Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG in Verbindung mit Art. 48 GebV SchKG und Parteientschädigung im Sinne von Art. 62 Abs. 1 GebV SchKG).

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Spruchgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 3'000.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, dem Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 3'000.-- (inkl. MWSt.) zu entrichten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, das Audienzrichteramt am Bezirksgericht Zürich, das Betreibungsamt Zürich 1 und das Schweizerische Bundesgericht (II. Zivilabteilung, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: