



Kass.-Nr. AA050195/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Hans Michael Riemer, Dieter Zobl, die Kassationsrichterin Sylvia Frei und der Kassationsrichter Rudolf Ottomann sowie der Sekretär Markus Nietlispach

Zirkulationsbeschluss vom 22. Februar 2006

in Sachen

X.

Beklagter, Arrestschuldner, Rekurrent und Beschwerdeführer
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. _____

gegen

Y. AG,

Klägerin, Arrestgläubigerin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. _____

betreffend **Arresteinsprache**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 11. November 2005 (NN050125/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1.a) Am 16. März 2005 reichte die Arrestgläubigerin, Klägerin, Rekurs- und Beschwerdegegnerin (im Folgenden Beschwerdegegnerin) bei der Einzelrichterin im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich (Audienzrichteramt) gestützt auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG ein Arrestbegehren gegen den Arrestschuldner, Beklagten, Rekurrenten und Beschwerdeführer (fortan Beschwerdeführer) ein, mit welchem sie (zur Sicherung einer ihr gegenüber dem Beschwerdeführer zustehenden Forderung aus einem gerichtlichen Vergleich) die Verarrestierung zweier dem Beschwerdeführer gegen die Bank Z. als Drittschuldnerin (behaupteterweise) zustehender Schadenersatzforderungen (aus dem "Project A." und "B.") verlangte (ER act. 3/1). Mit Verfügung vom 17. März 2005 wies die Audienzrichterin dieses Begehren mangels Glaubhaftmachung eines tauglichen Arrestgegenstands ab (ER act. 3/4a = ER act. 4/2 = ER act. 4/7 = KG act. 3/1). Hiegegen rekurrierte die Beschwerdegegnerin unter dem 31. März 2005 (ER act. 4/1), worauf die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich am 3. Mai 2005 in Gutheissung des Rekurses beschloss, die einzelrichterliche Verfügung aufzuheben und den Arrestbefehl hinsichtlich der beiden genannten Forderungen (des Beschwerdeführers gegen die Bank Z.) zu erteilen (ER act. 4/14 = KG act. 3/2). Am 9. Mai 2005 wurde der Arrestbefehl vom Betreibungsamt Zürich 1 vollzogen (ER act. 6).

b) In der Folge erhob der Beschwerdeführer unter dem 23. Mai 2005 fristgerecht Einsprache gegen die Arrestbewilligung (ER act. 1), welche er mit Eingabe vom 7. Juli 2005 schriftlich begründete (ER act. 10). Dabei beantragte er die Aufhebung des Arrestes; eventualiter wollte er die Beschwerdegegnerin zur Leistung einer angemessenen Arrestkaution (im Sinne von Art. 273 Abs. 1 SchKG) verpflichtet sehen. Mit Verfügung vom 25. August 2005 wies die Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirks Zürich, Audienzrichteramt (Erstinstanz),

sowohl die Arresteinsprache als auch das Begehren um Anordnung einer Sicherheitsleistung ab (ER act. 12a = OG act. 2 = OG act. 6 = KG act. 3/3).

c) Gegen den erstinstanzlichen Einspracheentscheid erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 15. September 2005 innert gebotener Frist Rekurs mit dem (Haupt-)Antrag auf Aufhebung der audienzrichterlichen Verfügung, Gutheissung der Arresteinsprache und Aufhebung des Arrestes, eventualiter Rückweisung der Sache zur Neuurteilung an die Erstinstanz; ferner verlangte er – wohl ebenfalls eventualiter –, die Beschwerdegegnerin zu einer Sicherheitsleistung zu verpflichten (OG act. 1, insbes. S. 2). Nachdem die Beschwerdegegnerin ausdrücklich auf eine Stellungnahme zum Rekurs verzichtet (OG act. 10) und den dem Beschwerdeführer mit Präsidialverfügung vom 20. September 2005 (OG act. 3) für das Rekursverfahren auferlegten Barvorschuss von Fr. 1'500.-- selbst geleistet hatte (vgl. OG act. 11), beschloss die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (Vorinstanz) am 11. November 2005, den Rekurs abzuweisen und die erstinstanzliche Verfügung vom 25. August 2005 zu bestätigen (OG act. 15 = KG act. 2). In ihrer Rechtsmittelbelehrung nannte die Vorinstanz die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne von §§ 281 ff. ZPO als zulässiges Rechtsmittel (KG act. 2 S. 7, Disp.-Ziff. 5).

2. Gegen diesen dem Beschwerdeführer (bzw. seinem Rechtsvertreter) am 15. November 2005 zugestellten (OG act. 16/1) obergerichtlichen Rekursentscheid richtet sich die vorliegende, vom 15. Dezember 2005 datierte, gleichentags zur Post gegebene und damit fristwährend erhobene (vgl. § 287 ZPO und §§ 191/193 GVG) Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 1) mit dem Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und des Arrestbefehls; eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2).

Mit Präsidialverfügung vom 16. Dezember 2005 wurden die vorinstanzlichen Akten beigezogen (s.a. KG act. 4 und 7) und dem Beschwerdeführer eine zehntägige Frist angesetzt, um für das Kassationsverfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 1'500.-- zu leisten (KG act. 5). Währenddem die Vorinstanz ausdrücklich auf Vernehmlassung zur Beschwerde verzichtet hat (KG act. 9), lässt die Beschwerdegegnerin in ihrer fristwährend (vgl. KG act. 5 und 6/2) erstatteten Beschwerde-

antwort vom 11. Januar 2006 den Antrag stellen, auf die Beschwerde nicht einzutreten oder – eventualiter – die Beschwerde abzuweisen (KG act. 10, insbes. S. 2). Zudem leistete die Beschwerdegegnerin den vom Beschwerdeführer einverlangten Kostenvorschuss von Fr. 1'500.-- innert laufender Frist (vgl. KG act. 5 und 6/1/b) unter ausdrücklichem Verzicht auf eine Rückerstattung und/oder die Einräumung eines Rückgriffsrechts gegenüber dem Beschwerdeführer an Stelle und auf Rechnung desselben selbst (vgl. KG act. 10 [S. 2/3], 11 und 14). Da damit Sinn und Zweck der in Art. 49 Abs. 2 GebV SchKG statuierten Vorschusspflicht Genüge getan war, wurde dem Beschwerdeführer die Frist zur Leistung des Kostenvorschusses mit Präsidialverfügung vom 12. Januar 2006 unter Vormerknahme dieses Vorgangs abgenommen (KG act. 12).

II.

Vorweg stellt sich die eine Rechtsmittelvoraussetzung betreffende (und daher von Amtes wegen zu prüfende) Frage der Beschwerdefähigkeit des angefochtenen Entscheids und damit der grundsätzlichen Zulässigkeit der vorliegenden Beschwerde.

1. Anfechtungsobjekt im vorliegenden Beschwerdeverfahren bildet ein obergerichtlicher Rekursentscheid über die Frage, ob für die Sicherung einer der Beschwerdegegnerin gegenüber dem Beschwerdeführer zustehenden Forderung (aus einem gerichtlichen Vergleich) zwei (behaupteterweise bestehende) Forderungen des Beschwerdeführers gegenüber der Bankk Z. verarrestiert werden können, wobei sowohl die Arrestforderung als auch der Arrestgrund (sowie die Gläubigerstellung der Beschwerdegegnerin) unbestritten geblieben sind. Strittig ist einzig, ob die Existenz der Arrestgegenstände, auf die sich das Arrestbegehren richtet, glaubhaft gemacht sei, d.h. ob glaubhaft erscheine, dass dem Beschwerdeführer gegenüber der Bank Z. zwei Forderungen zustünden, welche im Sinne von Art. 272 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG als "Vermögensgegenstände ..., die dem

Schuldner gehören", zu betrachten sind. Es geht somit um die Frage der Arrestbewilligung bzw. – nach erteiltem Arrestbefehl – der Aufrechterhaltung derselben.

2. Nach § 281 ZPO kann gegen Rekursentscheide kantonale Nichtigkeitsbeschwerde erhoben werden. Ist gegen einen erstinstanzlichen Entscheid der Rekurs gegeben, kann der Rekursentscheid also grundsätzlich mit der Nichtigkeitsbeschwerde weitergezogen werden (von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. A., Zürich 1986, S. 5). Das gilt insbesondere auch für Rekursentscheide im summarischen Verfahren gemäss § 272 ZPO (Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 62; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 10 zu § 281 ZPO), zu denen auch Entscheide über Arresteinsprachen gehören (vgl. § 213 Ziff. 14 und § 272 Abs. 1 ZPO). Dementsprechend erachtete das Kassationsgericht Nichtigkeitsbeschwerden gegen Rekursentscheide betreffend Arresteinsprachen in seiner bisherigen Praxis als zulässig und trat – bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen (wie z.B. hinreichend konkrete Rügen, fristwahrende Leistung des Kostenvorschusses etc.) – auf solche ein (vgl. statt vieler ZR 101 Nr. 4; s.a. Spühler/Pfister, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht I, 2. A., Zürich 1999, S. 210; Artho von Gunten, Die Arresteinsprache, Zürich 2001, S. 151).

3. Gemäss der am 1. Juli 2003 in Kraft getretenen Ausschlussvorschrift von § 284 Ziff. 7 ZPO ist die Nichtigkeitsbeschwerde indessen nicht (mehr) zulässig gegen Rekursentscheide betreffend vorsorgliche Massnahmen. Unter der Herrschaft dieser neuen Bestimmung erscheint fraglich, ob die Nichtigkeitsbeschwerde gegen Rekursentscheide über Arresteinsprachen nach wie vor als zulässig betrachtet werden kann. Das Kassationsgericht ist in Fortschreibung seiner unter altem (Prozess-)Recht begründeten Praxis zwar auch nach Inkraftsetzung von § 284 Ziff. 7 ZPO auf derartige Beschwerden eingetreten; dies allerdings ohne nähere Begründung und insbesondere ohne die Vereinbarkeit dieser Praxis mit der genannten (Ausschluss-)Vorschrift speziell geprüft zu haben (vgl. z.B. Kass.-Nr. AA030136 vom 26.1.2004 i.S. I.c.F.; AA040185 vom 31.5.2005 i.S. S.c.M.;

AA040194 vom 11.7.2005 i.S. C.c.K.; AA050058 vom 23.9.2005 i.S. P.c.V. et al.). Im Folgenden ist zu prüfen, ob an dieser Praxis festgehalten werden kann.

a) Der Arrest im Sinne von Art. 271 ff. SchKG hat – wie bereits unter der Herrschaft des alten SchKG – die Funktion einer Sicherungsmassnahme zum Schutz gefährdeter Gläubigerrechte (Botschaft über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs [SchKG] vom 8. Mai 1991 [Sonderdruck], S. 162; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3 Bde., 4. A., Zürich 1997/1999, N 1 zu Art. 271 SchKG; s.a. Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. II, 3. A., Zürich 1993, § 56 Rz 3). Als "mesure provisoire et purement conservatoire" (BGE 117 Ia 505; s.a. BGE 116 III 115/116) bezweckt er einzig und allein, den Erfolg einer schon eingeleiteten oder erst noch bevorstehenden Vollstreckung durch (zeitlich begrenzte) Beschränkung der Verfügungsbefugnis des Schuldners zu sichern. Er hat reine Sicherungsfunktion und daher auch bloss (höchst) provisorischen Charakter (Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. A., Bern 2003, § 51 Rz 2 [und Rz 87]; Spühler/Gehri/Pfister, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht I, 3. A., Zürich 2004, S. 220 [und 221]; Stoffel, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel/Genf/München 1998, N 6 zu Art. 271 SchKG; BGE 107 III 35; 116 III 115 f. ["caractère éminemment provisoire"]; 120 III 91 ["carattere eminentemente provvisorio"]). Insbesondere stellt er keine Vollstreckungsmassnahme im eigentlichen Sinne (mit definitiven Auswirkungen auf die Berechtigung an der Streitsache) dar; ebenso wenig begründet er irgendwelche über die bloss Beschlagnahme von Vermögenswerten zu Sicherungszwecken hinausgehenden Vorzugsrechte materieller Natur (BGE 116 III 115 f.; 117 Ia 505; s.a. Spühler/Gehri/Pfister, a.a.O., S. 220 und 229; Kofmel Ehrenzeller, Der vorläufige Rechtsschutz im internationalen Verhältnis, Tübingen 2005, S. 32).

Wenngleich es sich beim Arrest nicht um eine vorsorgliche Massnahme des Zivilprozessrechts handelt, charakterisiert sich dieser doch als eine auf die Bedürfnisse der Schuldbetreibung zugeschnittene einstweilige Verfügung (Amonn/Walther, a.a.O., § 51 Rz 3), welche im Rahmen der Vollstreckung von Geldforde-

rungen bzw. zur Sicherung derselben – mit demselben Zweck wie der "eigentliche" ("klassische" zivilprozessuale) provisorische Rechtsschutz – an die Stelle der vorsorglichen Massnahmen des kantonalen Zivilprozessrechts tritt (vgl. Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. A., Bern 2006, Kap. 12 Rz 194; Stoffel, a.a.O., N 17 zu Art. 271 SchKG; Amonn/Walther, a.a.O., § 51 Rz 3 m.Hinw. auf BGE 93 III 79, wonach die "Vollstreckung von Geldforderungen ... *ausschliesslich* durch einen Arrest gesichert werden [könne], nie durch eine einstweilige Verfügung nach kantonalem Prozessrecht"; ebenso Spühler/Gehri/Pfister, a.a.O., S. 220; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 574, Anm. 3/a; Walder-Richli, Zivilprozessrecht, 4. A., Zürich 1996, § 32 Rz 3; Meier, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, Zürich 1983, S. 96 i.V.m. S. 107; s.a. Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, a.a.O., N 2 zu Art. 271 SchKG; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 3 und 8 zu § 110 ZPO; ferner auch Berti, Vorsorgliche Massnahmen im Schweizerischen Zivilprozess, ZSR 1997 II, S. 185, Ziff. 18 mit Anm. 32, und S. 203, Ziff. 47, wo der Arrest den Sicherungs- bzw. Erhaltungsmassnahmen und damit ebenfalls dem einstweiligen Rechtsschutz zugeordnet wird; s.a. Kofmel Ehrenzeller, a.a.O., S. 27 und 279 f.). Der bloss vorsorgliche Charakter des Arrestbeschlags zeigt sich insbesondere auch darin, dass er nach erfolgter Bewilligung prosequiert werden muss, ansonsten er eo ipso dahinfällt (Art. 279 f. SchKG). Materiell, d.h. seiner Natur nach, stellt der Arrest somit eine ihre Rechtsgrundlage im SchKG findende (besondere) vorsorgliche Massnahme (so ausdrücklich BGE 115 III 35; 116 III 115; 117 Ia 505) zur Sicherung (der Vollstreckung) von Geldforderungen dar (Stoffel, Das neue Arrestrecht, AJP 1996, S. 1401; ders., a.a.O. [SchKG-Komm.], N 1 zu Art. 271 SchKG; Vogel, Probleme des vorsorglichen Rechtsschutzes, SJZ 1980, S. 93/94; Mazan, Neuere Rechtsprechung des Bundesgerichts in Arrestsachen, in: Spühler [Hrsg.], Vorsorgliche Massnahmen aus internationaler Sicht, Zürich 2000, S. 35; Walter, Vorsorgliche Massnahmen bei fehlender Hauptsachezuständigkeit, ebenda, S. 122; Gilliéron, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 4. A., Basel 2005, Rz 2134; Kofmel Ehrenzeller, a.a.O., S. 20, 27, 30 ff., insbes. S. 33 und 34, wo der Arrest zu den vorsorglichen Massnahmen im weiteren Sinne gezählt wird), welche die (allgemeinen) zivilprozessualen vorsorglichen Massnahmen ausschliesst (vgl.

immerhin auch Walter, Die internationale Zuständigkeit schweizerischer Gerichte für "vorsorgliche Massnahmen" – oder: Art. 10 IPRG und seine Geheimnisse, AJP 1992, S. 61 f., wonach die überwiegende Meinung es – allerdings mit Bezug auf Art. 10 und 183 IPRG – ablehne, den Arrest als zulässige vorsorgliche Massnahme [im Sinne dieser IPRG-Vorschriften] zu verstehen).

b) Angesichts der Rechtsnatur des Arrestes und damit auch des Entscheids über die Arresteinsprache als (bundesrechtlich vorgesehene) vorsorgliche Massnahme (des Schuldbetreibungsrechts) fragt sich sogleich, ob § 284 Ziff. 7 ZPO nur Rekursentscheide betreffend vorsorgliche Massnahmen des kantonalen Zivilprozessrechts (bzw. des formellen Bundeszivilrechts) erfasst oder auch solche, die ihren Rechtsgrund anderweitig – hier: im SchKG – finden. Zur Beurteilung dieser – in Literatur und Praxis offenbar noch nicht eigens diskutierten (Spühler/Gehri/Pfister, a.a.O., S. 226 und 229, nehmen ohne nähere Begründung oder Bezugnahme auf § 284 Ziff. 7 ZPO an, die Nichtigkeitsbeschwerde sei in diesem Zusammenhang zulässig) – Frage bedarf die Ausschlussbestimmung von § 284 Ziff. 7 ZPO der Auslegung.

aa) Nach der bundesgerichtlichen Praxis muss das Gesetz "in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Auszurichten ist die Auslegung auf die ratio legis, die zu ermitteln dem Gericht allerdings nicht nach seinen eigenen, subjektiven Wertvorstellungen, sondern nach den Vorgaben des Gesetzgebers aufgegeben ist. Zwar ist die Auslegung des Gesetzes nicht entscheidend historisch zu orientieren, im Grundsatz aber dennoch auf die Regelungsabsicht des Gesetzgebers und die damit erkennbar getroffenen Wertentscheidungen auszurichten, da sich die Zweckbezogenheit des rechtsstaatlichen Normverständnisses nicht aus sich selbst begründen lässt, sondern aus den Absichten des Gesetzgebers abzuleiten ist, die es mit Hilfe der herkömmlichen Auslegungselemente zu ermitteln gilt" (BGE 127 III 416; s.a. BGE 128 I 40 f.; 131 III 35).

Vor diesem Hintergrund ist Ausgangspunkt jeder Auslegung (d.h. der Erueirung des wahren Sinns einer Vorschrift) der Wortlaut einer Norm. Ist dieser klar

und unzweideutig, ist die rechtsanwendende Behörde in der Regel an ihn gebunden. Abweichungen von einem klaren Wortlaut sind nur (aber doch) zulässig und allenfalls sogar geboten, wenn triftige Gründe zur Annahme bestehen, dass dieser nicht den wahren Sinn der fraglichen Bestimmung wiedergibt. Solche Gründe können sich insbesondere aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Sinn und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben. Vom Wortlaut kann ferner abgewichen werden, wenn die wörtliche Auslegung zu einem Ergebnis führt, das der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann. Im Übrigen sind bei der Auslegung alle herkömmlichen Auslegungselemente (insbesondere das grammatikalische, systematische, teleologische und historische Element) zu berücksichtigen, wobei das Bundesgericht einem dem Einzelfall gerecht werdenden pragmatischen Methodenpluralismus das Wort redet und es ablehnt, die einzelnen Auslegungselemente einer festen Prioritätenordnung zu unterstellen (BGE 124 III 268; 126 III 54; 127 III 322 f.; 130 III 82; 131 III 315 f. [je m.w.Hinw.]; s.a. Häfelin/Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. A., Zürich 2005, S. 41, Rz 130 ff.; Riemer, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. A., Bern 2003, § 4 Rz 59 ff.; Hausheer/Jaun, Die Einleitungsartikel des ZGB, Stämpfli Handkommentar, Bern 2003, N 112 ff., insbes. N 120 zu Art. 1 ZGB). Immerhin ist die rechtsanwendende Behörde umso eher an einen klaren gesetzgeberischen Willen gebunden, je jünger dieser bzw. die auszulegende Vorschrift ist (vgl. BGE 128 I 292; 127 III 344; 125 II 208 f.; 124 III 352; Häfelin/Haller, a.a.O., S. 34, Rz 101; kritisch gegenüber dieser apodiktischen Formulierung Riemer, a.a.O., § 4 Rz 51 m.w.Hinw.; ders., recht 2002, S. 150; s.a. Hausheer/Jaun, a.a.O., N 146 ff. zu Art. 1 ZGB).

bb) Der Wortlaut von § 284 Ziff. 7 ZPO nimmt ganz allgemein "Rekursentscheide betreffend vorsorgliche Massnahmen" von der Beschwerdefähigkeit aus. Dazu ist zunächst festzuhalten, dass es an einer gesetzlichen Definition, einer einheitlichen Regelung und einer konsistenten Terminologie fehlt (Berti, a.a.O., S. 178; Walter, a.a.O. [Vorsorgliche Massnahmen], S. 122; Sprecher, Praktische Aspekte bei vorsorglichen Massnahmen im internationalen Zivilprozessrecht, in: Spühler [Hrsg.], Internationales Zivilprozess- und Verfahrensrecht IV, Zürich 2005, S. 2). Im allgemeinen Sprachgebrauch, in welchem der Begriff wenig bedeu-

tungsspezifisch verwendet wird und eher unscharfe Konturen hat, versteht man unter einer "vorsorglichen Massnahme" eine Regelung oder Handlung, die etwas Bestimmtes bewirken bzw. mit der im Hinblick auf etwas Kommendes (die Zukunft) für etwas gesorgt werden soll, mithin um Handlungen, die auf Vorsorge bedacht sind, zur Vorsorge erfolgen, d.h. einer späteren Entwicklung oder Lage vorbeugen sollen (Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 5. A., Mannheim/Leipzig/Wien/Zürich 2003, S. 1058 [und S. 1759, Stichwort "Vorsorge"]; s.a. Duden, Bedeutungswörterbuch, 3. A., Mannheim/Leipzig/Wien/Zürich 2002, S. 609 und 1022). Im spezifisch juristisch-technischen Sinn und damit auch in der (hier allein relevanten) Gesetzessprache (vgl. Hausheer/Jaun, a.a.O., N 125 zu Art. 1 ZGB; Riemer, a.a.O. [Einleitungsartikel], § 4 Rz 30) handelt es sich beim Begriff der "vorsorglichen Massnahme" um einen terminus technicus und ein Synonym für "einstweilige Verfügung" (vgl. Metzger, Schweizerisches juristisches Wörterbuch, Bern/Stuttgart/Wien 1996, S. 372 und 631; s.a. Guldener, a.a.O., S. 574; Vogel, a.a.O., S. 89), wobei der Begriff der "Verfügung" seinerseits in diesem Zusammenhang nicht juristisch-technisch (als Anordnung einer Einzelperson im Unterschied zu derjenigen einer Kollegialbehörde) verstanden wird. Gleichbedeutend wird (unter anderem) auch von "einstweiligem" oder "vorläufigem Rechtsschutz" gesprochen (vgl. Metzger, a.a.O., S. 631; Walder-Richli, a.a.O., § 32 Rz. 1 ff.; Vogel/Spühler, a.a.O., Kap. 12 Rz 190; s.a. Meier, a.a.O., S. 109; Berti, a.a.O., S. 178, Ziff. 1; Walter, a.a.O. [AJP 1992], S. 61 mit Anm. 1; Sprecher, a.a.O., S. 2 [mit der Bemerkung, dass der Arrest mitunter zu den zivilprozessualen vorsorglichen Massnahmen gezählt werde]; differenzierend immerhin Meier, a.a.O., S. 107 ff., der den Begriff "einstweiliger Rechtsschutz" als Oberbegriff für die Sicherung von Geld- und Realforderungen verwendet und denjenigen der "vorsorglichen Massnahme" für eine Unterart des einstweiligen Rechtsschutzes für Realansprüche). Dessen Zweck kann (unter anderem) darin bestehen, die bevorstehende Zwangsvollstreckung eines Anspruchs zu sichern und dadurch die Realverwirklichung einer gefährdeten Berechtigung durch Erhaltung der hierzu notwendigen tatsächlichen Grundlagen zu ermöglichen (sog. Sicherungsmassnahmen; vgl. Walder-Richli, a.a.O., § 32 Rz 2; Vogel/Spühler, a.a.O., Kap. 12 Rz 192; Gulde-

ner, a.a.O., S. 574; Vogel, a.a.O., S. 90; Berti, a.a.O., S. 179, Ziff. 6; Kofmel Ehrenzeller, a.a.O., S. 26 f.).

Angesichts des weit verbreiteten synonymen Verständnisses der Begriffe "vorsorgliche Massnahme" (oder "Massregel") und "einstweiliger Rechtsschutz" kann der erstgenannten Wortwendung ein engerer oder weiterer Wortsinn bzw. eine engere oder weitere Wortbedeutung zukommen. Das engere Begriffsverständnis umfasst (nur) den "klassischen" einstweiligen Rechtsschutz des Zivilprozessrechts (d.h. insbesondere Massnahmen nach § 110 ZPO und § 222 Ziff. 3 ZPO oder die im formellen Bundeszivilrecht und den verschiedenen Nebenerlassen vorgesehenen Massnahmen nach Art. 28c ff., Art. 137 Abs. 2 und Art. 281 ff. ZGB, Art. 65 URG, Art. 59 MSchG, Art. 38 DesG, Art. 77 PatG, Art. 43 ff. SortenschutzG, Art. 14 UWG, Art. 17 KG, Art. 32 Abs. 2 HRegV usw.). Nach dem weiteren Begriffsverständnis sind damit auch vorsorgliche Massnahmen im (weiteren) materiellen Sinn gemeint, die ihren Geltungsgrund bzw. ihre rechtliche Grundlage ausserhalb der zivilprozessualen Bestimmungen (vgl. etwa Art. 386 Abs. 2, Art. 551 ff., Art. 594 und Art. 960 f. ZGB oder Art. 565 Abs. 2 OR), insbesondere im Vollstreckungsrecht (so z.B. Art. 83 Abs. 1, Art. 162, Art. 170, Art. 183, Art. 271 ff.; Art. 283 oder Art. 341 SchKG) finden (s. zur Unterscheidung zwischen vorsorglichen Massnahmen im engeren und weiteren Sinn insbes. Kofmel Ehrenzeller, S. 33, 34 und passim; vgl. – allerdings im Zusammenhang mit Art. 10 IPRG – aber immerhin auch Walter, a.a.O. [AJP 1992], S. 62, wonach der "gängige juristische Sprachgebrauch in der Schweiz den Arrest nicht als Massnahme des vorläufigen Rechtsschutzes" verstehe).

Aus grammatikalischer Sicht geht aus dem Gesetzestext nicht schlüssig hervor, ob mit dem in § 284 Ziff. 7 ZPO verwendeten Begriff der "vorsorglichen Massnahmen" nur die dem engeren Begriffsverständnis entsprechenden vorsorglichen Massnahmen des Zivilprozessrechts (und des formellen Bundeszivilrechts) gemeint sind oder ob darunter sämtliche vorsorglichen Massnahmen im (weiteren) materiellen Sinn fallen. Immerhin ist nicht auszuschliessen, dass der Gesetzgeber im Gesetzestext eine dahingehende Präzisierung vorgenommen hätte (wie z.B. "betreffend vorsorgliche Massnahmen gemäss § 110 oder § 222 Ziff. 3

ZPO"), wenn er nur die zivilprozessualen Massnahmen im Auge gehabt hätte, weshalb der (als solcher nicht schlüssige) Wortlaut zumindest ebenso für die zweite als für die erste Variante (d.h. für eine weite Auslegung des Begriffs der "vorsorglichen Massnahmen") spricht. Andererseits liesse sich allerdings auch mutmassen, dass im Falle eines weiten Normverständnisses eine "untechnischere" Formulierung (z.B. "gegen Rekursentscheide betreffend vorläufigen/provisorischen Rechtsschutz") gewählt worden wäre. Die grammatikalische Auslegung gibt hinsichtlich der Ermittlung des wahren Sinns der Norm somit wenig her. Sie führt insbesondere nicht zu einem eindeutigen Ergebnis, weshalb auch nicht von einem klaren Wortlaut (für oder wider die eine oder andere Bedeutung des Gesetzestextes) gesprochen werden kann.

cc) Unter dem (im vorliegenden Zusammenhang ebenfalls wenig ergiebigen) Aspekt der Gesetzssystematik liesse sich gegen einen Ausschluss der Nichtigkeitsbeschwerde gegen Rekursentscheide betreffend Arresteinsprachen allenfalls anführen, mit der Wendung "Rekursentscheide betreffend vorsorgliche Massnahmen" werde nur diejenige sprachliche Wendung aufgenommen, die bereits in § 271 Ziff. 4 ZPO Aufnahme ins Gesetz gefunden habe, weshalb – nach dem Grundsatz, dass identische Begriffe innerhalb der Rechtsordnung im gleichen Sinne zu verstehen seien – nur die dort genannten Entscheide von § 284 Ziff. 7 ZPO erfasst seien. Dem wäre indessen entgegenzuhalten, dass § 271 Ziff. 4 ZPO die Rekursfähigkeit von Massnahmeentscheiden keineswegs abschliessend regelt. Vielmehr dient diese Bestimmung nur hinsichtlich eines Teils derselben als Rechtsgrundlage für die Rekursfähigkeit, nämlich für die im Rahmen eines bereits rechtshängigen ordentlichen Verfahrens (vgl. das Marginale von § 271 ZPO) ergehenden und damit prozessleitenden Massnahmeentscheide. Demgegenüber wird die Rekursfähigkeit von Entscheiden im Sinne von § 222 Ziff. 3 ZPO, d.h. von Anordnungen betreffend den vorprozessualen vorsorglichen Rechtsschutz (welche das Gesetz an anderer Stelle ebenfalls als "vorsorgliche Massnahmen" bezeichnet [vgl. §§ 227 ff. ZPO]), in § 272 ZPO geregelt (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 37 zu § 222 ZPO; Spühler/Vock, a.a.O., S. 44). Dennoch besteht kein Zweifel, dass auch diese Entscheide (betreffend vorprozessualen einstweiligen Rechtsschutz) unter § 284 Ziff. 7 ZPO fallen und demnach nicht (mehr) mit Nich-

tigkeitsbeschwerde angefochten werden können (so ausdrücklich schon die Erläuterungen der Direktion der Justiz und des Innern des Kantons Zürich zur Kleinen Revision des GVG und der ZPO vom 8.2.2001, S. 3). Insoweit erwiese sich das Argument, § 284 Ziff. 7 ZPO verweise auf § 271 Ziff. 4 ZPO bzw. die dort genannten Fälle, als nicht stichhaltig.

Im Übrigen lassen sich weder aus der systematischen Stellung von Ziff. 7 innerhalb der Vorschrift von § 284 ZPO, noch aus der systematischen Einordnung von § 284 ZPO innerhalb der gesetzlichen Bestimmungen zur Nichtigkeitsbeschwerde (§§ 281 ff. ZPO) (oder der gesamten Rechtsordnung) irgendwelche Hinweise zur Beantwortung der Frage entnehmen, ob die Wendung "betreffend vorsorgliche Massnahmen" im engeren oder weiteren Sinne zu verstehen sei. Vielmehr erschöpft sich die Bedeutung von § 284 ZPO, welcher in seinen einzelnen Ziffern einige spezifische (und voneinander unabhängige und qualitativ unterschiedliche) Entscheidarten von der Nichtigkeitsbeschwerde ausschliesst, darin, im Rahmen der Umschreibung der beschwerdefähigen Entscheide und der beschwerdeberechtigten Personen in einer nicht nach bestimmten Kriterien geordneten Aufzählung einzelne Ausnahmefälle (darunter auch die Rekursentscheide betreffend vorsorgliche Massnahmen) von der Zulässigkeit der Beschwerde (vgl. die Marginalien von § 281 ZPO und § 284 ZPO) zu definieren, ohne dass der Gesetzessystematik für die hier interessierende Frage weitere Rückschlüsse entnommen werden könnten.

dd) Unter dem Gesichtspunkt der Entstehungsgeschichte der auszulegenden Norm (insbesondere des subjektiv-historischen Elements) ist zunächst festzuhalten, dass mit dem durch das Gesetz betreffend Anpassung des Prozessrechts im Personen- und Familienrecht vom 27. März 2000 (OS 56, S. 187 ff.) eingeführten, zwischen dem 1. Januar 2001 und dem 31. Juni 2003 geltenden § 271 Abs. 2 (a)ZPO bereits vor der Revision von § 284 ZPO eine in dieselbe Richtung zielende Vorschrift in die ZPO aufgenommen worden war. Nach dieser Bestimmung waren, nachdem Anordnungen des einstweiligen Rechtsschutzes bis zum 1. Januar 2001 uneingeschränkt (d.h. in allen Rechtsgebieten) rekursfähig waren (vgl. § 271 Abs. 1 Ziff. 4 ZPO in der bis zum 31. Dezember 2000 geltenden

Fassung und dazu Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 30 zu § 271 ZPO), Entscheide betreffend vorsorgliche Massnahmen in Scheidungs- und Trennungsprozessen nicht (mehr) mit dem Rekurs (sondern nur noch mit Nichtigkeitsbeschwerde) anfechtbar (vgl. Frank, Ergänzungsband zu Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., Zürich 2000, N 2 f. zu § 271 ZPO). Diese Einschränkung bezweckte (in Scheidungs- und Trennungsprozessen) eine Verfahrensbeschleunigung durch Beschränkung des Rechtswegs auf zwei (kantonale) Instanzen bzw. eine einzige (kantonale) Rechtsmittelinstanz (Frank, a.a.O., N 3 und 16 zu § 271 ZPO sowie N 3 zu § 292a ZPO). Mit dem Ausschluss der Rekursmöglichkeit gegen Entscheide betreffend vorsorgliche Massnahmen hat der Gesetzgeber schon damals in Scheidungs- und Trennungsprozessen mit Bezug auf den provisorischen Rechtsschutz das Beschleunigungsgebot und das Interesse an einem raschen Entscheid stärker gewichtet als dasjenige an einem ausgebauteren Rechtsschutz (bzw. einer umfassenderen Richtigkeitskontrolle) in Form eines dreistufigen (kantonalen) Instanzenzuges.

In Fortschreibung dieser zunächst nur partiellen Beschränkung des Rechtsmittelzuges wurde dann – anstelle von § 271 Abs. 2 aZPO (in der bis 30. Juni 2003 geltenden Fassung) – § 284 Ziff. 7 in die ZPO eingefügt. Diese Vorschrift sollte die durch das Anpassungsgesetz geschaffene, sachlich nicht zu rechtfertigende prozessuale Ungleichbehandlung von (auf bezirksgerichtlicher Stufe angeordneten) vorsorglichen Massnahmen in Scheidungs- und Trennungsprozessen und anderen (vorprozessualen und prozessualen) vorsorglichen Massnahmen, d.h. die unterschiedliche Ausgestaltung des Instanzenzuges beim einstweiligen Rechtsschutz in Scheidungs- und Trennungsprozessen (nur Nichtigkeitsbeschwerde) einerseits und in den übrigen Rechtsgebieten (zunächst Rekurs und anschliessend Nichtigkeitsbeschwerde) andererseits, beseitigen (vgl. Erläuterungen der Direktion der Justiz und des Innern des Kantons Zürich zur Kleinen Revision des GVG und der ZPO vom 8.2.2001, S. 2 f.). Dass zu diesem Zweck nicht die (früher beschlossene) partielle Beschränkung des Rechtsmittelweges (wieder) aufgehoben, sondern dessen Verkürzung generell auf sämtliche (Rekurs-)Entscheide betreffend vorsorgliche Massnahmen ausgedehnt wurde, zeigt, dass im Zusammenhang mit dem einstweiligen Rechtsschutz dem mit der Beschränkung

des Instanzenzuges verwirklichten Interesse an einer Verfahrensbeschleunigung wesentlich mehr Gewicht beigemessen wurde als demjenigen an einem umfassenderen Rechtsschutz bzw. einer zusätzlichen Richtigkeitskontrolle durch Ausweitung des Rechtsmittelzugs. (Der Umstand, dass der Rechtsmittelausschluss schliesslich die Nichtigkeitsbeschwerde betraf und nicht den Rekurs, d.h. dass im Zusammenhang mit vorsorglichen Massnahmen die Nichtigkeitsbeschwerde und nicht der Rekurs ausgeschlossen [und gegen unterinstanzliche Massnahmeentscheide demnach nur der Rekurs und nicht lediglich die Nichtigkeitsbeschwerde für zulässig erklärt] wurde, findet seinen Grund in der Befürchtung, dass ein Ausschluss des Rekurses bei vorsorglichen Massnahmen in Scheidungs- und Trennungsprozessen allenfalls gegen Bundesrecht [Art. 138 ZGB] verstossen könnte; ausserdem wollte man den Prozessparteien angesichts der Tragweite von Massnahmeentscheiden [zumindest soweit möglich, d.h. gegen Entscheide der unteren Gerichte] ein Rechtsmittel mit umfassender Kognition der Rechtsmittelinstanz zur Verfügung stellen [vgl. Erläuterungen der Direktion der Justiz und des Innern des Kantons Zürich zur Kleinen Revision des GVG und der ZPO vom 8.2.2001, S. 2 f.])

Dass bei dieser vereinheitlichenden Verkürzung des Rechtsmittelweges gegen (Rekurs-)Entscheide betreffend einstweiligen Rechtsschutz neben den "klassischen" vorsorglichen Massnahmen des Zivilprozessrechts auch an Fälle vorsorglicher Massnahmen gedacht wurde, welche ihre Rechtsgrundlage nicht im Zivilprozessrecht (oder im formellen Bundeszivilrecht) haben, ist aus den Materialien nicht ersichtlich (vgl. Erläuterungen der Direktion der Justiz und des Innern des Kantons Zürich zur Kleinen Revision des GVG und der ZPO vom 8.2.2001, S. 2 f.; Weisung des Regierungsrates vom 18.7.2001, Amtsblatt Nr. 33 vom 17.8.2001, S. 1003 f.; Protokolle der 176. und 189. Sitzung des Kantonsrates vom 2.12.2002 bzw. 27.1.2003, S. 14521 ff. und 15376 f.). Deshalb lässt sich weder behaupten, der Gesetzgeber habe mit der gewählten Formulierung von § 284 Ziff. 7 ZPO die Nichtigkeitsbeschwerde bewusst nur bei vorsorglichen Massnahmen ausschliessen wollen, die sich auf § 110 ZPO oder § 222 Ziff. 3 ZPO (bzw. die entsprechenden Normen des formellen Bundeszivilrechts) stützen, noch darf auf der anderen Seite angenommen werden, er habe bei der Legiferierung bewusst auch

vorsorgliche Massnahmen im Auge gehabt, die ihren Geltungsgrund ausserhalb dieser Rechtsquellen finden. Fest steht lediglich, dass der Ausschluss in gleicher Weise für sämtliche Rekursentscheide betreffend vorsorgliche Massnahmen (in allen Rechtsgebieten) gelten soll, ohne dass bewusst zwischen "eentlichen" ("klassischen") vorsorglichen Massnahmen (im formellen Sinne) und solchen im (weiteren) materiellen Sinne unterschieden worden wäre, d.h. solchen, die – ohne explizit als vorsorgliche Massnahmen bezeichnet zu werden – der Sache nach Anordnungen des einstweiligen Rechtsschutzes darstellen.

ee) Damit rückt die durch die Entstehungsgeschichte dokumentierte ratio legis von § 284 Ziff. 7 ZPO ins Zentrum des Interesses (vgl. dazu auch Riemer, a.a.O. [Einleitungsartikel], § 4 Rz 45; Hausheer/Jaun, a.a.O., N 105 ff. und 155 ff. zu Art. 1 ZGB). Sie liegt – wie eben dargelegt – darin, beim einstweiligen Rechtsschutz den (ursprünglich bestehenden, dreistufig konzipierten kantonalen) Rechts(mittel)weg zu verkürzen, um diesbezüglich rascher zu einem verbindlichen gerichtlichen Entscheid zu gelangen und dadurch zu verhindern, dass vor dem eigentlichen Hauptsacheverfahren bereits das Inzidentverfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen in einen langwierigen Rechtsstreit (ohne – zumindest einstweilen – verbindliche Regelung) mündet oder der Hauptprozess durch das Massnahmeverfahren übermässig lange blockiert wird. Dementsprechend wurde der (bei vorsorglichen Massnahmen pointiert zu Tage tretende und bei der Legiferierung explizit thematisierte) Zielkonflikt zwischen den beiden entgegengesetzten Verfahrenszielen der raschen Entscheidung (über eine bloss provisorisch, nicht definitiv wirksame Anordnung) einerseits und einem ausgebauten Rechtsschutz (durch einen mehrstufigen Rechtsmittelzug) andererseits zugunsten der Verfahrensbeschleunigung gelöst, wobei dem (der Raschheit untergeordneten) Ziel eines ausgebauten Rechtsschutzes immerhin dadurch Rechnung getragen wurde, dass gegen vorsorgliche Massnahmen der unteren Gerichtsinstanzen nicht – wie in der Anlass zur Revision bildenden Motion KR 242/1996 vorgeschlagen – nur die Nichtigkeitsbeschwerde (als ausserordentliches Rechtsmittel), sondern (einzig) der Rekurs (als vollkommenes Rechtsmittel) zur Verfügung gestellt wurde (s.a. die Weisung des Regierungsrates vom 18.7.2001, Amtsblatt Nr. 33 vom 17.8.2001, S. 1004; Protokoll der 176. Sitzung des Kantonsrates vom 2.12.2002,

S. 14523 ff.). Die mit dieser gesetzgeberischen Entscheidung favorisierte Zielsetzung bzw. der damit verfolgte Zweck – Beschleunigung der Entscheidungsfindung beim einstweiligen Rechtsschutz, der bereits aufgrund seiner Natur einen raschen Entscheid erheischt – gilt aber für alle Anordnungen, die den Charakter vorsorglicher Massnahmen haben, in gleicher Weise. Insbesondere ist kein sachlicher Grund ersichtlich, weshalb sie nur auf vorsorgliche Massnahmen im formellen Sinne (insbesondere nach §§ 110 und 222 Ziff. 3 ZPO) beschränkt sein sollte und andere Anordnungen, die der Sache nach ebenfalls vorsorgliche Massnahmen darstellen und als solche in gleicher Weise nach einem raschen (provisorischen) Entscheid verlangen, von ihr nicht erfasst sein sollten (vgl. auch Protokoll der 176. Sitzung des Kantonsrates vom 2.12.2002, S. 14523, wo festgehalten wird, dass es Sinn mache, "im Verfahren betreffend vorsorglicher Massnahmen – unabhängig vom Verfahrensgegenstand – durchgehend nur ein Rechtsmittel zuzulassen"; s.a. a.a.O., S. 14526/14527, sowie S. 14538, wonach die ins Gesetz aufgenommene Lösung ein "einheitliches Rechtsmittelverfahren für alle vorsorglichen Massnahmen in allen Rechtsbereichen" etablieren solle). Nach dem teleologischen Auslegungselement, d.h. unter dem Gesichtspunkt der ratio legis von § 284 Ziff. 7 ZPO, kann sich der Ausschluss der Nichtigkeitsbeschwerde somit nicht nur auf vorsorgliche Massnahmen des Zivilprozessrechts (und des formellen Bundeszivilrechts) beziehen; vielmehr muss er für alle Anordnungen gelten, die ihrem Wesen nach als Massnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes bzw. vorsorgliche Massnahmen zu verstehen sind. Dementsprechend muss sich der Ausschluss insbesondere auch auf Rekursentscheide betreffend Arresteinsprachen beziehen, welche – wie gesehen (vgl. vorne, lit. a) – ebenfalls eine (bloss provisorisch geltende) vorsorgliche Anordnung (einstweilige Verfügungsbeschränkung als Sicherungsmassnahme) zum Gegenstand haben.

ff) Die Auffassung, wonach die Nichtigkeitsbeschwerde nicht nur gegen Rekursentscheide betreffend vorsorgliche Massnahmen im Sinne von § 110 ZPO und § 222 Ziff. 3 ZPO (und der entsprechenden Bestimmungen des formellen Bundeszivilrechts) ausgeschlossen ist, sondern darüber hinaus auch gegen weitere Rekursentscheide, die – wie insbesondere Rekursentscheide betreffend Arresteinsprachen – ihrem Charakter nach den einstweiligen Rechtsschutz betref-

fen, korreliert im Übrigen mit den bundesrechtlichen Vorgaben des Arrestrechts. Zwar stellt Art. 278 SchKG es den Kantonen frei, nach dem bundesrechtlich vorgeschriebenen vollkommenen Rechtsmittel (vgl. Art. 278 Abs. 3 SchKG und § 272 Abs. 1 ZPO) ein zusätzliches ausserordentliches Rechtsmittel vorzusehen (vgl. Artho von Gunten, a.a.O., S. 151; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, a.a.O., N 30 zu Art. 278 SchKG, Ottomann, Der Arrest, ZSR 1996 I, S. 259; Stoffel, a.a.O. [AJP], S. 1411; Reiser, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], a.a.O., N 40 zu Art. 278 SchKG). Da ein solches dem gebotenen raschen Ablauf des (Arrest-)Verfahrens jedoch hinderlich ist, erscheint es unter dem Gesichtspunkt von Art. 278 SchKG angemessener, diese Möglichkeit im kantonalen Recht für das Einspracheverfahren gänzlich auszuschliessen (Reiser, a.a.O., N 40 zu Art. 278 SchKG). Somit dient die – ihrer ratio legis entsprechende – weite Auslegung der (kantonalrechtlichen) Bestimmung von § 284 Ziff. 7 ZPO auch der Umsetzung der vom Bundesrecht vorgezeichneten Stossrichtung und – im Ergebnis – der Verwirklichung der Einheit der Rechtsordnung.

Einer in diesem Sinne weiten Auslegung von § 284 Ziff. 7 ZPO steht im Übrigen auch nicht entgegen, dass es sich bei dieser Bestimmung um eine Ausnahmenvorschrift (zum Grundsatz, wonach Rekursentscheide der Nichtigkeitsbeschwerde unterliegen; vgl. § 281 ZPO) handelt, gilt die früher postulierte Regel, wonach Ausnahmenvorschriften (allein aufgrund ihrer Eigenschaft als Ausnahme) restriktiv auszulegen seien, in der modernen Auslegungslehre doch als überholt (BGE 120 II 114; Riemer, a.a.O. [Einleitungsartikel], § 4 Rz 71 m.w.Hinw.; Hausheer/Jaun, a.a.O., N 138 zu Art. 1 ZGB). Ausserdem entspricht die hier bevorzugte weite Auslegung auch der in der neueren Gesetzgebung feststellbaren Tendenz zum Prinzip der "double instance", welches seinen allgemeinen Niederschlag in Art. 76 der neuen, am 1. Januar 2006 in Kraft getretenen Zürcher Kantonsverfassung gefunden hat. Danach sieht das Gesetz (unter dem Vorbehalt, dass ein Weiterzug an ein eidgenössisches Gericht nicht möglich ist) für Zivil- und Strafverfahren grundsätzlich (nur) zwei gerichtliche Instanzen vor. Insoweit spricht auch die geltungszeitliche Auslegung für die hier vertretene Auffassung.

Und schliesslich lässt sich – vor dem Hintergrund des realistischen Auslegungselements (vgl. dazu Riemer, a.a.O. [Einleitungsartikel], § 4 Rz 48; s.a. Häfelin/Haller, a.a.O., S. 42, Rz 135 f.; Hausheer/Jaun, a.a.O., N 187 zu Art. 1 ZGB) – auch nicht behaupten, das zu favorisierende weite Verständnis der Ausschlussvorschrift sei nicht praktikabel (oder weniger praktikabel als ein enges Verständnis), da diesfalls möglicherweise nicht ohne weiteres klar sei, ob ein bestimmter (Rekurs-)Entscheid vorsorgliche Massnahmen (im Sinne von § 284 Ziff. 7 ZPO) zum Gegenstand habe oder nicht. Derartige Abgrenzungsschwierigkeiten bestehen nämlich auch bei einem engen Begriffsverständnis. Man denke in diesem Zusammenhang beispielsweise an Entscheide betreffend Prozesskostenvorschuss im Scheidungsprozess, welche nach einhelliger Ansicht seit jeher als Massnahmeentscheide betrachtet wurden (vgl. z.B. Kass.-Nr. AA040186 vom 30.12.2004 i.S. T.c.T., Erw. 2 m.w.Hinw.), ohne dass sie vom Gesetz (als Geltungsgrund der Vorschusspflicht) als solche bezeichnet werden.

gg) Als Ergebnis der Auslegung ergibt sich somit (insbesondere aufgrund der Entstehungsgeschichte und der ratio legis der noch jungen Norm), dass der wahre Sinn von § 284 Ziff. 7 ZPO darin liegt, die Nichtigkeitsbeschwerde gegen jeden Rekursentscheid auszuschliessen, welcher der Sache nach den einstweiligen (provisorischen) Rechtsschutz betrifft, d.h. eine vorsorgliche Massnahme im (weiten) materiellen Sinn, mithin eine vorläufige, bloss vorübergehend geltende Anordnung zur Sicherung und zum Schutz gefährdeter Ansprüche und Rechtspositionen zum Gegenstand hat. Damit erweist sich (auch) der Rekursentscheid betreffend Arresteinsprache (im Sinne von Art. 278 Abs. 3 SchKG bzw. § 272 Abs. 1 ZPO) als nicht beschwerdefähig.

c) Gestützt auf diese Auslegung liegen ernsthafte und sachliche Gründe vor, von der bisherigen Rechtsprechung abzuweichen, welche die Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Rekursentscheid betreffend Arresteinsprache implizit als zulässig erachtet hat. Dies umso mehr, als die bisherige (nicht publizierte) Praxis, welche auch nach Erlass von § 284 Ziff. 7 ZPO stillschweigend von der Zulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde ausging, nie argumentativ begründet wurde, sondern darauf beruhte, dass die Problematik bislang offenbar nicht erkannt wurde.

Da das Interesse an der richtigen Anwendung des (Prozess-)Rechts in casu zudem höher zu gewichten ist als dasjenige an der Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit – es geht um die Auslegung einer sehr jungen Norm und dementsprechend nicht um die Änderung einer langjährigen und durch zahlreiche Entscheidungen gefestigten Rechtsprechung –, erscheint es angezeigt, die aufgrund besserer Erkenntnis der ratio legis als unrichtig erkannte bisherige Praxis aufzugeben und kantonale Nichtigkeitsbeschwerden gegen Rekursentscheide über Arresteinsprachen als nicht (mehr) zulässig zu betrachten (vgl. zu den damit angesprochenen Voraussetzungen einer Praxisänderung BGE 127 I 52; 127 II 492 f. m.w.Hinw.; 122 I 59; Häfelin/Haller, a.a.O., S. 220, Rz 69; Hausheer/Jaun, a.a.O., N 56 ff. zu Art. 1 ZGB).

4. Handelt es sich beim angefochtenen Beschluss vom 11. November 2005 demnach um einen (gemäss § 284 Ziff. 7 ZPO) nicht beschwerdefähigen Entscheid und fehlt es damit an einer Prozess- bzw. Rechtsmittelvoraussetzung, kann auf die gegen ihn erhobene Nichtigkeitsbeschwerde nicht eingetreten werden (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 vor §§ 259 ff. ZPO [und N 15 zu § 108 ZPO]).

Daran ändert auch der Umstand nichts, dass in der vorinstanzlichen Rechtsmittelbelehrung die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde als zulässiges Rechtsmittel gegen den vorinstanzlichen Rekursentscheid genannt wird (vgl. KG act. 2 S. 7, Disp.-Ziff. 5), kann die Zulässigkeit eines Rechtsmittels doch keinesfalls von der (unrichtigen) Rechtsmittelbelehrung der unteren Instanz abhängen. Vielmehr hat die Rechtsmittelinstanz (hier: das Kassationsgericht) im Hinblick auf die ihr vom Gesetz verliehene funktionale Zuständigkeit die Prozess- bzw. Rechtsmittelvoraussetzungen für das vor ihr anhängig gemachte (Rechtsmittel-)Verfahren von Amtes wegen zu prüfen (vgl. insbes. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 zu § 290 ZPO) und das Rechtsmittel bei Fehlen einer solchen von der Hand zu weisen. Eine fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung vermag eine nicht gegebene Zuständigkeit der Rechtsmittelinstanz mithin nicht zu begründen bzw. die fehlende Beschwerdefähigkeit des vorliegend angefochtenen Beschlusses nicht zu beseitigen (vgl. Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zü-

rich 2002, N 18 zu § 188 GVG; s.a. Kass.-Nr. 2003/124 vom 30.6.2003 i.S. H., Erw. 2/b; Kass.-Nr. AA040037 vom 24.03.2004 i.S. Z.c.B., Erw. 2/d; ferner auch BGE 92 I 77; 100 Ib 119 f.; 108 III 26; 117 Ia 299; 122 I 60 f.; 129 III 89; 129 IV 200/201, wonach auch der [nunmehr in Art. 9 BV kodifizierte] Grundsatz von Treu und Glauben bzw. des Vertrauensschutzes kein Rechtsmittel schaffen kann, das es nicht gibt, d.h. nicht dazu führen kann, dass auf ein als solches unzulässiges Rechtsmittel eingetreten wird; im Übrigen könnte man sich fragen, ob die seit der Inkraftsetzung von § 284 Ziff. 7 ZPO ergangenen [wenigen] Beschlüsse des Kassationsgerichts, in denen sich Letzteres nicht explizit mit der Frage der Anwendbarkeit dieser Vorschrift bei Verfahren betreffend Arresteinsprache auseinandergesetzt hat, überhaupt berechtigtes Vertrauen in die bisherige Praxis entstehen lassen konnten [vgl. BGE 117 Ia 122 ff., Erw. 2]).

Ob und unter welchen Bedingungen dem Beschwerdeführer aufgrund der vorliegend beschlossenen Praxisänderung die Frist zur Erhebung einer staatsrechtlichen Beschwerde gegen den obergerichtlichen Beschluss (auf welche gemäss bisheriger Praxis mangels Letztinstanzlichkeit des obergerichtlichen Entscheids nicht eingetreten worden wäre) wiederherzustellen ist, hätte gegebenenfalls das Bundesgericht nach Massgabe von Art. 35 OG zu entscheiden.

III.

1. Bei diesem Ausgang (Nichteintreten) wären die Kosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens gemäss der auch im vorliegenden Rechtsmittelverfahren anwendbaren allgemeinen Regel (vgl. § 64 Abs. 2 ZPO und Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1a a.E. zu § 64 ZPO m.Hinw. auf ZR 48 Nr. 161) an sich dem mit seinem (Rechtsmittel-)Antrag (auf Aufhebung des angefochtenen Beschlusses) unterliegenden Beschwerdeführer aufzuerlegen (vgl. Guldener, a.a.O., S. 406, Anm. 6/a). Es ist indessen nicht auszuschliessen, dass sich der Beschwerdeführer hauptsächlich aufgrund der vorinstanzlichen Rechtsmittelbelehrung, die sich aufgrund der vorliegenden, unangekündigt erfolgten und nicht ohne weiteres vor-

hersehbaren Praxisänderung als unzutreffend erweist, veranlasst sah, gegen den obergerichtlichen Rekursentscheid kantonale Nichtigkeitsbeschwerde zu führen. Aus diesem Grunde, d.h. weil die neue Praxis im vorliegenden Fall erstmals zur Anwendung gelangt und der Beschwerdeführer gestützt auf frühere Entscheide und die (unzutreffende) vorinstanzliche Rechtsmittelbelehrung damit rechnen durfte, dass seine Beschwerde als zulässig erachtet werde, erscheint es angezeigt, die Kosten des Kassationsverfahrens (entgegen dem Ausgang des Verfahrens) in Anwendung von § 64 Abs. 3 ZPO und in Analogie zu § 66 Abs. 2 ZPO auf die Gerichtskasse zu nehmen (vgl. RB 1980 Nr. 14; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 5 zu § 66 ZPO m.Hinw. auf die Praxis; Kass.-Nr. 2003/124 vom 30.6.2003, Erw. 4; 2001/227 vom 22.10.2001 i.S. H.c.S., Erw. III; Kass.-Nr. AA040037 vom 24.3.2004 i.S. Z.c.B., Erw. 3; Hauser/Schweri, a.a.O., N 18 zu § 188 GVG; Weber, Die Prozessentschädigung mit besonderem Bezug auf ihre Ausgestaltung im Zürcherischen Zivilprozess, Diss. Zürich 1990, S. 61; s.a. RB 2000 Nr. 61; Riemer, Prozessführung "in guten Treuen" [§ 64 Abs. 3 ZPO, Art. 156 Abs. 3 OG] – zwischen "Treu und Glauben" [Art. 2 ZGB] und "gutem Glauben" [Art. 3 ZGB], in: Festschrift 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, Zürich 2000, S. 283 und 286).

2. Mit Bezug auf die Zusprechung von Prozessentschädigungen ist zunächst festzuhalten, dass die Ausrichtung von Entschädigungen aus der Gerichtskasse von vornherein ausser Betracht fällt, weil es hierfür an einer gesetzlichen Grundlage mangelt (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 5 zu § 66 ZPO und N 14a zu § 68 ZPO; Weber, a.a.O., S. 61 f.). Vielmehr richtet sich die Entschädigungspflicht grundsätzlich nach den gewöhnlichen Regeln (hier: nach Art. 62 Abs. 1 GebV SchKG), d.h. nach dem Verhältnis des Obsiegens und Unterliegens (ZR 77 Nr. 46, Erw. 6; RB 1977 Nr. 16; Hauser/Schweri, a.a.O., N 18 zu § 188 ZPO). Aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes (Art. 9 BV; s.a. § 50 Abs. 1 ZPO) folgt indessen, dass einer Partei aus einer unrichtigen Rechtsmittelbelehrung, auf welche sie sich nach Treu und Glauben verlassen durfte, kein Rechtsnachteil erwachsen darf. Das gilt erst recht dann, wenn sich die Unrichtigkeit der Rechtsmittelbelehrung erst aufgrund einer (unvorhergesehenen und nicht angekündigten) Praxisänderung ergibt (BGE 122 I 61; 117 Ia 124, 422; s.a. Entscheide des

Bundesgerichts 1P.176/2004 vom 2.9.2004, Erw. 3.2, und 5P.341/2004 vom 8.3.2005, Erw. 3 m.w.Hinw.). Da die Unzulässigkeit der vorliegenden Beschwerde in Anbetracht der bisherigen Praxis nicht ohne weiteres erkennbar war, sondern sich erst aufgrund einer Praxisänderung ergab, greift zugunsten des Beschwerdeführers auch hinsichtlich der Entschädigungspflicht gegenüber der Gegenpartei der Vertrauensschutz. Deshalb ist in Abweichung von der allgemeinen, in betriebsrechtlichen Summarsachen im Sinne von Art. 25 Ziff. 2 SchKG anwendbaren Regel von Art. 62 Abs. 1 GebV SchKG, bei der es sich im Übrigen um eine blosse "Kann"-Vorschrift handelt, davon abzusehen, den Beschwerdeführer zu verpflichten, die Beschwerdegegnerin für die ihr im Kassationsverfahren angefallenen Auslagen und Kosten zu entschädigen (s.a. Kass.-Nr. 94/198 vom 31.8.1994 i.S. C.c.J., Erw. III/3.2).

Das Gericht beschliesst:

1. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Spruchgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 1'000.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden auf die Gerichtskasse genommen.
4. Für das Kassationsverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, die Einzelrichterin im summarischen Verfahren (Audienz) des Bezirkes Zürich (ad EQ050087) und das Betreibungsamt Zürich 1, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär:

