

Urteil des Bundesgerichts vom 26. November 2007 (BGer vom 26.11.2007, 5A_554 / 2007). In diesem Entscheid beanstandete das Bundesgericht im Rahmen der Beurteilung einer Verfassungsbeschwerde den Schluss der Vorinstanz nicht, dass die dortige Beschwerdeführerin als Drittschuldnerin nicht in ihren Rechten betroffen sei, weil sie nicht mehr mit befreiender Wirkung an ihren Gläubiger leisten dürfe und sie bei Nichtbeachtung dieser Pflicht eine Doppelzahlung riskiere. In dem von der hiesigen Beschwerdeführerin angerufenen BGE 96 III 109 kam das Bundesgericht unter Hinweis auf BGE 80 III 124 f. zum Ergebnis, dass der Drittschuldner zur Beschwerde gegen den Arrestvollzug legitimiert sei, falls dieser stark in seinen Geschäftsbetrieb eingreife. Unter Berücksichtigung dieser Rechtsprechung ist der Drittschuldner nach den zutreffenden Lehrmeinungen nur dann im Sinne von Art. 278 Abs. 1 SchKG durch den Arrest in seinen Rechten betroffen und zur Beschwerde legitimiert, wenn nebst der Anweisung, nicht mehr befreiend an den Schuldner leisten zu können, erschwerende Umstände dazukommen, die in wesentlichem Umfang in seine Rechtsposition eingreifen (Walder/Kull/ Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. A., Bd. II, Zürich 1997/99, Art. 278 N 8, mit Hinweisen; ferner Felix C. Meier-Dieterle, a.a.O., Art. 278 N 2).

2.4 In der Arresteinsprache vom 13. April 2012 führte die Beschwerdeführerin ohne weitere Begründung aus, als angebliche Drittschuldnerin sei sie ohne weiteres zur Arresteinsprache legitimiert. Zu den Ausführungen der Beschwerdegegnerin in der Stellungnahme zur Arresteinsprache vom 27. April 2012, wonach die Beschwerdeführerin als gewöhnliche Drittschuldnerin nicht zur Arresteinsprache legitimiert sei, liess sich die Letztere nicht vernehmen, obwohl ihr die Stellungnahme der Beschwerdegegnerin zur Kenntnisnahme zugestellt worden war. Soweit sich die Beschwerdeführerin im Beschwerdeverfahren erstmals auf eine besondere Betroffenheit beruft, da sie nicht bloss gewöhnliche Drittschuldnerin sei, handelt es sich dabei um ein unechtes Novum, das im Beschwerdeverfahren nach einem Teil der vorzitierten Lehre nicht gehört werden kann. Stellt man dagegen auf diejenige Lehrmeinungen ab, wonach im Beschwerdeverfahren eingeschränkt unechte Noven zulässig sind, kann die Beschwerdeführerin daraus ebenfalls nichts zu ihren Gunsten ableiten. Weder legt sie dar noch ist ersichtlich, dass sich aufgrund dieses unechten Novums die Nichtigkeit des Arrestes ergibt oder dieses unechte Novum entschuldbar nicht bereits im Einspracheverfahren hätte vorgetragen werden können. Kann die im Beschwerdeverfahren erstmals vorgetragene Darstellung der Beschwerdeführerin, wonach sie von dem gegen den Arrestschuldner verfügten Arrest besonders betroffen sei, nicht gehört werden, ist sie gewöhnliche Drittschuldnerin. Demzufolge ist die Vorinstanz zu Recht nicht auf die Arresteinsprache der Beschwerdeführerin eingetreten und mangels Betroffenheit fehlt es ihr auch an der Beschwerdelegitimation (Reiser, a.a.O., Art. 278 N 43).

2.5 Soweit die Beschwerdeführerin sich in der Beschwerde auf die Nichtigkeit des Arrestes beruft, weil dieser vom örtlich unzuständigen Arrestrichter erlassen wor-

den sei, kann dies nicht gehört werden. Das Nichteintreten auf die Beschwerde führt dazu, dass keine Nichtigkeitsprüfung stattfindet (Anwaltsrevue 11 - 12/2011, S. 498).

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung, 13. September 2012

1.4 Art. 194 Abs. 1 SchKG in Verbindung mit 174 Abs. 2 SchKG

Regeste:

Art. 194 Abs. 1 SchKG in Verbindung mit 174 Abs. 2 SchKG – Beim Weiterzug einer Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung sind im Rechtsmittelverfahren nur die in Art. 174 Abs. 2 SchKG genannten echten Noven zulässig. Insbesondere kann weder vorgebracht werden, eine neue Revisionsstelle bestätige, dass keine Überschuldung vorliege, noch nützt in diesem Stadium ein Rangrücktritt, der die Gesellschaft an sich berechtigten würde, von der Überschuldungsanzeige abzusehen.

Aus den Erwägungen:

(...)

4.1 Für den Weiterzug der Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung verweist Art. 194 Abs. 1 SchKG auf Art. 174 SchKG, der den Weiterzug des konkursrichterlichen Entscheids über das Konkursbegehren in der ordentlichen Betreuung regelt. Nach Art. 174 Abs. 1 SchKG kann der Entscheid des Konkursgerichts innert zehn Tagen mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden. Die Parteien können dabei neue Tatsachen geltend machen, wenn diese vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind. Bei dieser Novenregelung handelt es sich um eine gemäss Art. 326 Abs. 2 ZPO gesetzlich geregelte Ausnahme zu dem nach Art. 326 Abs. 1 ZPO bestehenden Novenverbot im Beschwerdeverfahren (Volkart, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich 2011, Art. 326 N 1 ff.; Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2010, Art. 326 N 3 ff.). Inhaltlich können diese so genannten unechten Noven uneingeschränkt alle für das Konkursbegehren prozessrelevanten Tatsachen und Beweismittel umfassen (Giroud, in: Staehelin/ Bauer/Staehelin [Hrsg.], a.a.O., Art. 174 N 19).

4.2 Art. 174 Abs. 2 SchKG bestimmt sodann, dass die Tilgung der Schuld (samt Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit) auch nach der Konkurseröffnung vorgebracht werden kann, sofern dies innerhalb der Rechtsmittelfrist erfolgt (vgl. BGE 136 III 294 ff.; Diggelmann/Müller, in: Hunkeler [Hrsg.], Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Kurzkommentar, Basel 2009, Art. 174 N 18). Diese Bestimmung betrifft allerdings den Fall der «gewöhnlichen» Konkurseröffnung auf Betreuung ei-

nes Gläubigers. Es ist daher fraglich, ob diese Bestimmung im Fall der Überschuldungsanzeige gemäss Art. 192 SchKG analog gilt. Der wohl grössere Teil der Lehre hält Art. 174 SchKG für abschliessend und eine grosszügige Zulassung echter Noven für unzulässig (vgl. Brönnimann, Novenrecht und Weiterziehung des Entscheids des Konkursgerichtes gemäss Art. 174 E SchKG, in: Festschrift für Hans Ulrich Walder zum 65. Geburtstag, Zürich 1994, S. 444; Brunner/Boller, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], a.a.O., Art. 192 N 24; Huber, in: Hunkeler [Hrsg.], a.a.O., Art. 192 N 33). Auch das Bundesgericht hat in einem Entscheid vom 30. Juli 2001 ausgeführt, dass Art. 174 Abs. 2 SchKG die nur beschränkt zulässigen echten Noven abschliessend nenne (vgl. 5P.182/2001 E. 5b). Der II. Appellationshof des Kantonsgerichts Freiburg hielt in einem Entscheid vom 25. April 2006 fest, dass Art. 194 Abs. 1 SchKG zwar ausdrücklich auf Art. 174 SchKG verweise, dass aber dessen Abs. 2 eine abschliessende Regelung enthalte (RFJ/FZR 2006, S. 190 ff.). Die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich liess in einem Entscheid vom 15. Juli 2011 offen, ob Forderungsverzichte und Rangrücktritte während der Rechtsmittelfrist nachgebracht werden können, da im konkreten Fall selbst dann, wenn es entgegen der vorherrschenden Lehre und Praxis zulässig gewesen wäre, Rangrücktritte und Forderungsverzichte während der Beschwerdefrist überhaupt nachzubringen, diese wegen der aufgezeigten Unklarheit nicht berücksichtigt werden könnten (vgl. Geschäfts-Nr.: PS110058-O/U.doc). Demgegenüber hat der Cour de Justice de Genève in einem Entscheid vom 7. Mai 1997 die wohl herrschende Lehre und Rechtsprechung angezweifelt und sich gefragt, ob dies wirklich vom Gesetzgeber so gewollt war, die Frage aber im Ergebnis offen gelassen (vgl. BISchK 1999, S. 193). Die gegenteilige Auffassung vertritt auch Magdalena Rutz, welche festhält, dass wie bei Konkurseröffnungen ohne vorgängige Betreuung auf Antrag des Gläubigers unechte und echte Noven bis zur zweitinstanzlichen Verhandlung zugelassen werden sollten (Weiterziehung des Konkursdekretes, in: Festschrift 75 Jahre Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz, Basel 2000, S. 353).

4.3 Die Justizkommission des Obergerichts des Kantons Zug hat in einem Entscheid vom 1. Mai 2001 (JZ 2001/55.112) - indem sie im Gesetzesverweis (Art. 194 Abs. 1 SchKG) eine sinngemässe Anwendbarkeit der Novenregelung von Art. 174 Abs. 2 SchKG erblickte - sämtliche echte Noven bezüglich Sanierungsfähigkeit und Sanierungsaussichten sowie Wahrung der Gläubigerinteressen im Rechtsmittelverfahren als zulässig erachtet. In einem späteren Entscheid vom 7. April 2004 (JZ 2004 44) liess sie dann allerdings offen, ob an dieser Auffassung weiterhin festgehalten werden könne (vgl. JZ 2007 126 und JZ 2008 152). Auch die II. Beschwerdeabteilung des Obergerichts des Kantons Zug liess diese Frage in einem Entscheid vom 7. April 2011 offen (vgl. BZ 2011 19). Nachdem die herrschende Auffassung in der Literatur überzeugt und sich auch die Rechtsprechung - soweit ersichtlich - mehrheitlich dieser Meinung anschliesst, ist die alte Praxis der Justizkommission aufzugeben und sind im Rechtsmittelverfahren lediglich die in Art. 174 Abs. 2 SchKG

genannten echten Noven zuzulassen. Insbesondere kann weder vorgebracht werden, eine neue Revisionsstelle bestätige, dass keine Überschuldung vorliege, noch nützt in diesem Stadium ein Rangrücktritt, der die Gesellschaft an sich berechtigten würde, von der Überschuldungsanzeige abzusehen (vgl. Brunner/Boller, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], a.a.O., Art. 193 N 24).

II. Beschwerdeabteilung des Obergerichts Zug, Urteil vom 9. November 2012

IV. Rechtspflege

1. Zivilrechtspflege

1.1 Art. 223 Abs. 2 und Art. 229 ZPO

Regeste:

Art. 223 Abs. 2 und Art. 229 ZPO – Wird im Verfahren mit Dispositionsmaxime nach Ausbleiben der Klageantwort eine Hauptverhandlung durchgeführt, ist die Position der beklagten Partei durch Art. 229 Abs. 1 ZPO beschränkt. Unbeschränkt äussern kann sie sich nur noch zu den neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismitteln der klagenden Partei.

Aus den Erwägungen:

3. Der Beklagte reichte (auch binnen der ihm mit Verfügung vom 4. Mai 2011 angesetzten Nachfrist) keine Klageantwort ein. Da die Angelegenheit zu jenem Zeitpunkt noch nicht spruchreif war, wurden die Parteien auf den 1. Dezember 2011 zur Hauptverhandlung vorgeladen (Art. 223 Abs. 2 ZPO). Der Beklagte nahm an der Hauptverhandlung zur ganzen Klage Stellung und nicht nur zu jenen Vorbringen, welche die Klägerinnen neu vortragen liessen.

3.1 Nach Art. 229 Abs. 1 ZPO werden in der Hauptverhandlung neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie a) ohne Verzug vorgebracht werden und erst nach Abschluss des Schriftenwechsels oder nach der letzten Instruktionsverhandlung entstanden oder gefunden worden sind (echte Noven) oder b) bereits vor Abschluss des Schriftenwechsels oder vor der letzten Instruktionsverhandlung vorhanden waren, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten (unechte Noven). Hat weder ein zweiter Schriftenwechsel noch eine Instruktionsverhandlung stattgefunden, so können neue Tatsachen und Beweismittel zu Beginn der Hauptverhandlung unbeschränkt vorgebracht werden (Abs. 2). Hat das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären, so berücksichtigt es neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung (Abs. 3). Das Gesetz enthält keine ausdrückliche Regelung darüber, ob in Verfahren mit Dispositionsmaxime (Art. 58 ZPO) nach Ausbleiben der Klageantwort an der Hauptverhandlung unbeschränkt neue Tatsachen und Beweismittel vorgebracht werden können