Kanton Zug

Buch GVP 2012

Kanton Zug

Buch GVP 2012

Inhalt

1.3	Schuldbetreibungs- und Konkursrecht	3
1.3.1	Ordentliches Verfahren	3

1.3 Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

1.3.1 Ordentliches Verfahren

Art. 22 SchKG
Regeste:

Art. 22 SchKG – Wird eine aufgrund eines rechtzeitig erhobenen Rechtsvorschlags eingestellte Betreibung ohne vorgängigen Erlass einer entsprechenden Verfügung des Betreibungsamtes fortgesetzt, erweist sich dies als nichtig, falls der Schuldner nicht durch sein Verhalten für die Fortsetzung der Betreibung Anlass gegeben hat.

Aus den Erwägungen:

(...)

2.3.1 Verstossen Verfügungen gegen Vorschriften, die im öffentlichen Interesse oder im Interesse von am Verfahren nicht beteiligten Personen erlassen worden sind, so sind sie nichtig (Art. 22 Abs. 1 Satz 1 SchKG).

2.3.2 In BGE 73 III 147 f. hielt das Bundesgericht fest, wenn feststehe, dass ein Zahlungsbefehl infolge Rechtsvorschlags nicht zum vollstreckbaren Titel geworden sei, aber versehentlich gleichwohl eine Fortsetzungshandlung stattfinde, so sei die Fortsetzung der Betreibung als nichtig zu betrachten und jederzeit als solche aufzuheben. Wenn jedoch das Betreibungsamt die Gültigkeit eines Rechtsvorschlags verneine und dies den Beteiligten, sei es auch nur in konkludenter Weise durch Fortsetzung der Betreibung, zur Kenntnis gebracht habe, so werde seine Verfügung rechtskräftig, falls der Schuldner nicht binnen der Frist von Art. 17 Abs. 2 SchKG Beschwerde führe. Ebenso verhalte es sich, wenn zwar der Rechtsvorschlag vom Betreibungsamt als gültig erachtet, dann aber ebenso eine Rückzugserklärung als verbindlich entgegengenommen worden sei. Habe der Gläubiger eine entsprechende Anzeige und der Schuldner eine eindeutige amtliche Mitteilung mindestens konkludent durch die Fortsetzung des Verfahrens erhalten, so müsse ihm, wenn er es dabei nicht bewenden lassen wolle, füglich die Beschwerdeführung binnen gesetzlicher Frist zugemutet werden. In BGE 85 III 16 f. zweifelte das Bundesgericht diese Rechtsprechung an und hielt fest: «Man kann sich ernstlich fragen, ob einem Schuldner, dessen rechtzeitig erklärter Rechtsvorschlag vom Betreibungsamt als ungültig zurückgewiesen wird, wirklich zugemutet werden dürfe, bei Gefahr der Unwirksamkeit des Rechtsvorschlags binnen der Frist von Art. 17 Abs. 2 SchKG Beschwerde zu führen, wenn ihm das Betreibungsamt seine Entscheidung nicht durch eine formelle Verfügung, sondern einfach dadurch zur Kenntnis bringt, dass es die Betreibung fortsetzt. Gegen eine solche Zumutung bestehen auf jeden Fall dann erhebliche Bedenken, wenn nicht gesagt werden kann, der Schuldner oder ein Dritter, für den einzustehen dem Schuldner zugemutet werden darf (wie etwa seine Ehefrau; vgl. BGE 73 III 145 ff.), habe durch eine missverständliche und vom Betreibungsamt auch tatsächlich missverstandene Erklärung oder auf andere Weise zur Fortsetzung der Betreibung Anlass gegeben. Es lässt sich die Ansicht vertreten, in solchen Fällen dürfe der Schuldner, der fristgemäss Rechtsvorschlag erhoben hat, nicht durch blosse Fortsetzung der Betreibung nochmals vor eine - ihm zudem nicht ausdrücklich angesetzte - Verwirkungsfrist gestellt werden, sondern unter derartigen Umständen seien die Fortsetzungshandlungen ohne Rücksicht darauf, ob die Beschwerdefrist eingehalten worden sei oder nicht, von Amtes wegen aufzuheben.» Auch wenn das Bundesgericht in diesem Entscheid darüber nicht abschliessend befunden hat, ist diesen Bedenken zuzustimmen. Wird demnach eine aufgrund eines rechtzeitig erhobenen Rechtsvorschlags eingestellte Betreibung ohne vorgängigen Erlass einer entsprechenden Verfügung des Betreibungsamtes fortgesetzt, erweist sich dies als nichtig, falls der Schuldner nicht durch sein Verhalten für die Fortsetzung der Betreibung Anlass gegeben hat.

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung als Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs,
31. Oktober 2012

Art. 275 SchKG
Regeste:

Art. 275 SchKG – Arrestort. Für die Bestimmung des Arrestortes wird wie zur Festlegung des Pfändungsortes an die Belegenheit der Vermögensobjekte angeknüpft. Nicht in einem Wertpapier verurkundete Forderungen sind am Wohnsitz des Gläubigers (und Arrestschuldners) belegen. Wohnt der Inhaber nicht in der Schweiz, gilt eine solche Forderung als am schweizerischen Wohnsitz bzw. des Sitzes der Forderung des Drittschuldners belegen und ist dort zu verarrestieren. Eine nicht inkorporierte Forderung gegen eine ausländische Tochtergesellschaft gilt hingegen als im Ausland gelegen, unabhängig davon, dass diese Gesellschaft von der im Betreibungskreis domizilierten Muttergesellschaft umfassend beherrscht wird.

Aus den Erwägungen:

3.1 Gemäss Art. 275 SchKG wird der Arrest nach den in den Art. 91 -109 SchKG für die Pfändung geltenden Vorschriften vollzogen. Dies hat unter anderem zur Folge, dass einzig das Betreibungsamt des Ortes, wo die Arrestgegenstände liegen, zu deren Beschlagnahme befugt ist. Es steht dem Betreibungsamt zwar nicht zu, die Grundlagen eines Arrestbefehls nachzuprüfen; doch hat es anderseits auch nicht jeden ihm von der Arrestbehörde erteilten Arrestbefehl ohne weiteres zu vollziehen. Vielmehr hat es den Arrestvollzug abzulehnen, wenn dadurch gegen gesetzliche Vorschriften verstossen würde. Letzteres trifft unter anderem zu, wenn Vermögenswerte mit Arrest belegt werden sollten, die nicht im Amtskreis des mit dem Vollzug beauftragten Betreibungsamtes liegen. Wird dem Arrestbefehl in einem solchen Fall dennoch stattgegeben, kann der Arrestvollzug jederzeit von Amtes wegen aufgehoben werden (BGE 116 III 107 E. 5.a), da er nichtig ist (Cometta/Möckli, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, 2. A., Basel 2010, Art. 22 N 12, S. 163).

3.2 Für die Bestimmung des Arrestortes wird wie zur Festlegung des Pfändungsortes an die Belegenheit der Vermögensobjekte angeknüpft. Nicht inkorporierte Forderungen sind am Wohnsitz des Gläubigers (und Arrestschuldners) belegen. Wohnt der Inhaber nicht in der Schweiz, gilt die Forderung als am schweizerischen Wohnsitz bzw. des Sitzes der Forderung des Drittschuldners belegen und ist dort zu verarrestieren. Beruht die Forderung des im Ausland wohnhaften Arrestschuldners auf dem Geschäftsverkehr mit einer Zweigniederlassung, gilt sie als dort belegen. In BGE 107 III 147 hat das Bundesgericht festgehalten, dass die Anknüpfung an den Ort der Zweigniederlassung die Ausnahme ist. Es müssen Tatsachen gegeben sein, die einen überwiegenden Zusammenhang mit der Zweigniederlassung herzustellen vermögen. Diese Ausnahme vom Grundsatz der Lokalisierung der Forderung am Sitz des Drittschuldners rechtfertigt sich indessen nur dann, wenn die Zweigniederlassung ebenfalls ihren Sitz in der Schweiz hat. Eine Forderung, welche auf Beziehungen des im Ausland wohnhaften Schuldners mit einer ausländischen Niederlassung des in der Schweiz domizilierten Drittschuldners beruht, gilt demnach als an dessen schweizerischem Wohnsitz belegen (Hans Reiser, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 2. A., Basel 2010, Art. 275 N 49 u. 55 mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung und insbes. auf BGE 128 III 473 E. 3.1 = Pra 91 Nr. 215).

3.3 Der Begriff der Zweigniederlassung ist gesetzlich nicht definiert. Nach herrschender Lehre und bundesgerichtlicher Praxis ist darunter ein kaufmännischer Betrieb zu verstehen, der zwar rechtlich Teil einer Hauptunternehmung ist, von der er abhängt, der aber in eigenen Räumlichkeiten dauernd eine gleichartige Tätigkeit wie jene ausübt und dabei über eine gewisse wirtschaftliche und geschäftliche Selbständigkeit verfügt. Rechtlich bleibt die Zweigniederlassung Bestandteil des Gesamtunternehmens. Durch diese rechtliche Abhängigkeit, durch das Fehlen eigener Rechtspersönlichkeit und damit auch der Parteifähigkeit unterscheidet sich die Zweigniederlassung insbesondere von der Tochtergesellschaft (Meier-Hayoz/Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. A., Bern 2012, § 24 N 6 u. 12 mit Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung und inbes. BGE 120 III 11 ff.).

3.4 Vorliegend stellte das Betreibungsamt der A. AG eine an die Adresse der Beschwerdeführerin gerichtete Anzeige von der Pfändung oder Arrestierung einer Forderung der Arrestschuldnerin gegen die Beschwerdeführerin von CHF 6,2 Mio. zu, herrührend aus den Forderungen der B. Ltd gegen die A. AG und die Beschwerdeführerin aus dem Prepayment Agreement vom 30. März 2012. Bei der Beschwerdeführerin handelt es sich um eine am 23. September 2002 nach britischem Recht gegründete Aktiengesellschaft. Sie verfügt gemäss dem massgebenden britischen Recht über eigene Rechtspersönlichkeit und Parteifähigkeit (Art. 154 und 155 IPRG; Derek French/Stephen W. Mayson/Christopher L. Ryan, Company Law, 28. A., Oxford 2011, S. 5). Sie ist demnach rechtlich nicht Bestandteil der A. AG und damit nicht eine Zweigniederlassung derselben, sondern deren Tochtergesellschaft. Handelt es sich bei der Beschwerdeführerin mithin nicht um eine ausländische Zweigniederlassung der in Baar domizilierten A. AG, sind die nicht in einem Wertpapier verkörperten Forderungen der Arrestschuldnerin gegen die Beschwerdeführerin nicht am Sitz der A. AG belegen. Damit fehlt es an einer in der Gemeinde Baar belegenen Forderung der Arrestschuldnerin gegen die Beschwerdeführerin. Demnach war das Betreibungsamt nicht zuständig, den vom Arrestrichter verfügten Arrest mit Bezug auf diese Forderung durch die Zustellung der vorerwähnten Anzeige an die A. AG zu vollziehen. Indem das Betreibungsamt trotz örtlicher Unzuständigkeit diesen Arrest vollzog, handelt es sich dabei um eine nichtige Verfügung. Die Nichtigkeit dieser Verfügung ist von der II. Beschwerdeabteilung als Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs von Amtes wegen festzustellen, ohne dass geprüft werden müsste, ob die Beschwerdeführerin als Drittschuldnerin zu einer Beschwerde gegen den Vollzug des Arrestbefehls legitimiert ist .

3.5 Die vom Arrestgläubiger gegen diese Schlussfolgerung vorgetragene Kritik ist unbegründet. Der Hinweis des Arrestgläubigers, wonach gemäss der Lehre zu Art. 5 Ziff. 5 LugÜ auch rechtlich selbständige Einheiten, die vom Stammhaus kontrolliert würden, als Niederlassung im Sinne von Art. 5 Ziff. 5 LugÜ gälten und damit ein Gerichtsstand bei der kontrollierenden Gesellschaft gegeben sei, ist für den vorliegenden Fall irrelevant. Im hier zu beurteilenden Fall geht es nicht um die Feststellung eines Gerichtsstandes im eurointernationalen Verhältnis. Vielmehr ist darüber zu befinden, ob das Betreibungsamt eine Forderung der Arrestschuldnerin gegen die Beschwerdeführerin verarrestieren kann. Zur Beurteilung, ob dies der Fall ist, kann dem Betreibungsamt nicht zugemutet werden, sich mit der Konzernstruktur eines Firmenkonglomerates auseinanderzusetzen. Insbesondere kann das Betreibungsamt nicht prüfen, ob eine ausländische Tochtergesellschaft derart stark von einer in seinem Betreibungskreis domizilierten Muttergesellschaft kontrolliert wird, so dass sie trotz rechtlicher Eigenständigkeit als Niederlassung der Muttergesellschaft gilt, mit der Konsequenz, dass das Amt zum Arrestvollzug zuständig ist. Derart komplexe Fragen können vom Betreibungsamt im Rahmen des Arrestvollzugs nicht gelöst werden. Andernfalls wäre das Betreibungsamt nicht in der Lage, seine Aufgabe innert nützlicher Frist wahrzunehmen. Das Betreibungsamt muss sich daher in einem solchen Fall zur Prüfung seiner Zuständigkeit auf rein formale Kriterien abstützen können. Es hat nur zu prüfen, ob es sich bei der Drittschuldnerin um eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit handelt, die in seinem Betreibungskreis Sitz hat, oder ob die Forderung der Arrestschuldnerin auf Beziehungen mit einer ausländischen Zweigniederlassung einer in Baar domizilierten Drittschuldnerin beruht. Einzig dann hat das Amt den Arrest zu vollziehen. Andernfalls hat es unbesehen von der konkreten Konzernstruktur eines bestehenden Firmenkonglomerates den Arrestvollzug infolge fehlender örtlicher Zuständigkeit zu verweigern.

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung als Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs, 6. Dezember 2012

Art. 278 SchKG
Regeste:

Art. 278 SchKG – Der Drittschuldner ist 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 (E. 1.1 - 2.4). Das Nichteintreten auf die Beschwerde führt dazu, dass keine Nichtigkeitsprüfung stattfindet (E. 2.5)

Aus den Erwägungen:

1.1 Wer durch einen Arrest in seinen Rechten betroffen ist, kann nach Art. 278 Abs. 1 SchKG innert zehn Tagen, nachdem er von dessen Anordnung Kenntnis erhalten hat, beim Gericht Einsprache erheben. Das Gericht gibt den Beteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme und entscheidet ohne Verzug (Art. 278 Abs. 2 SchKG). Der Einsprachentscheid kann mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden. Vor der Rechtsmittelinstanz können neue Tatsachen geltend gemacht werden (Art. 278 Abs. 3 SchKG).

1.2 Gemäss Art. 320 ZPO kann mit der Beschwerde die unrichtige Rechtsanwendung (lit. a) oder die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes (lit. b) geltend gemacht werden.

1.3 Im Beschwerdeverfahren können die Parteien neue Tatsachen geltend machen (Art. 278 Abs. 3 Satz 2 SchKG). Gemäss der Botschaft über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) vom 8. Mai 1991 (S. 173 f.) sind damit echte Noven, d.h. Tatsachen, die nach dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind, gemeint. Das Bundesgericht hat in zwei Entscheiden vom 17. November 2005 (5P.296/2005 E. 4.2.1 und 5P.330/2005, E. 4.2.1) unter Hinweis auf die Botschaft und die Lehre festgehalten, das Obergericht des Kantons Bern habe Art. 278 Abs. 3 SchKG nicht willkürlich angewendet, indem es grundsätzlich lediglich echte, nicht aber unechte Noven zugelassen habe. Ein Teil der Lehre folgert daraus, dass im Beschwerdeverfahren nur echte Noven zulässig sind (Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. A., Bern 2008, § 51 N 74; Felix C. Meier-Dieterle, in: Daniel Hunkeler [Hrsg.], Kurzkommentar SchKG, Basel, 2009, Art. 278 N 15; vgl. ferner Walter A. Stoffel, Das neue Arrestrecht, in: AJP 1996 S. 1411), während anderen Lehrmeinungen zufolge auch unechte Noven gehört werden können, jedoch nur falls sich daraus die Nichtigkeit des Arrestes ergibt oder sie entschuldbar nicht bereits im Einspracheverfahren vorgetragen worden sind (Hans Reiser, in: Staehelin/ Bauer/Staehelin [Hrsg.], Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 2. A., Basel 2010, Art. 278 N 47 - 49; Walder/Kull/Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. II, 4. A., Zürich 1997/99, Art. 278 N 28).

2.1 Gemäss der Vorinstanz fehlt es der Beschwerdeführerin an der Legitimation zur Einsprache gegen den Arrestbefehl, weshalb auf ihre Einsprache nicht eingetreten werden könne. Zur Begründung hielt der Arrestrichter fest, der gewöhnliche Drittschuldner, für den sich der Arrest dahingehend auswirke, dass er nicht mehr mit befreiender Wirkung an den Gläubiger leisten könne und bei Nichtbeachtung dieser Pflicht eine Doppelzahlung riskiere, sei nicht in seinen Rechten betroffen. Dies treffe für die Beschwerdeführerin zu, welche nicht dargelegt habe, welche konkreten wirtschaftlichen oder faktischen Nachteile sie durch die Sperrung der verarrestierten Vermögenswerte erleide. Mangels Betroffenheit sei auf ihre Arresteinsprache daher nicht einzutreten.

2.2 Dagegen bringt die Beschwerdeführerin vor, die Vorinstanz stütze sich sinngemäss auf ein Zitat im Basler Kommentar zum SchKG (Hans Reiser, a.a.O., Art. 278 N 24), wonach der gewöhnliche Drittschuldner wohl nicht in seinen Rechten betroffen gelten könne. Sie verschweige jedoch, dass namhafte Autoren anderer Meinung seien (gleiches Zitat) und dass der Dritte jedenfalls dann zur Einsprache legitimiert sei, wenn der Arrest stark in seinen Geschäftsbetrieb eingreife (Reiser, a.a.O., Art. 278 N 25 mit Hinweis auf BGE 96 III 109). Gegen den Arrestvollzug habe das Bundesgericht das Beschwerderecht sogar einer Bank zuerkannt, die Schuldnerin des Arrestschuldners gewesen sei (BGE 96 III 109). In einer viel ungemütlicheren Lage befinde sich im vorliegenden Fall die Beschwerdeführerin. Ihr sei angezeigt worden, dass sie rechtsgültig nur noch an das Betreibungsamt leisten könne. Gegenstand der Arrestlegung seien alles streitige Forderungen. Im Falle eines sich möglicherweise als Inhaberaktionär ausweisenden Aktionärs wäre die Beschwerdeführerin als aus dem Wertpapier Verpflichtete gezwungen, Zahlungen zu leisten, wolle sie nicht schadenersatzpflichtig werden. Sie habe deshalb ein evidentes Interesse daran, dass die Nichtigkeit des Arrestes festgestellt bzw. der Arrest

aufgehoben werde, zumal der Arrestbefehl sehr weit gefasst sei (sämtliche Rechte an den im Eigentum des Arrestschuldners stehenden 1’199 Namenaktien).

2.3 Hans Reiser (a.a.O., Art. 278 N 24), der dem gewöhnlichen Drittschuldner die Einsprachelegitimation abspricht, beruft sich zur Begründung seiner Ansicht auf ein 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 worden 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

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 Betreibung 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 Betreibung verweist Art. 194 Abs. 1 SchKG auf Art. 174 SchKG, der den Weiterzug des konkursrichterlichen Entscheids über das Konkursbegehren in der ordentlichen Betreibung 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 Betreibung eines 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. BlSchK 1999, S. 193). Die gegenteilige Auffassung vertritt auch Magdalena Rutz, welche festhält, dass wie bei Konkurseröffnungen ohne vorgängige Betreibung 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