Urteilstkopf

145 III 324

39. Auszug aus dem Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung i.S. J. Ltd gegen B. Ltd (Beschwerde in Zivilsachen) 5A_626/2018 vom 3. April 2019

Regeste (de):

Art. 278 Abs. 3 Satz 2 SchKG; Art. 9 BV; Zulassung unechter Noven im Beschwerdeverfahren.

Prüfung, ob es sich mit Art. 9 BV verträgt, gestützt auf Art. 278 Abs. 3 Satz 2 SchKG im Beschwerdeverfahren gegen den Arresteinspracheentscheid unechte Noven zuzulassen (E. 6).

Regeste (fr):

Art. 278 al. 3, 2e phrase, LP; art. 9 Cst.; recevabilité des faits nouveaux improprement dits (pseudo-nova) dans la procédure de recours.

Compatibilité avec l'art. 9 Cst. de la recevabilité, sur la base de l'art. 278 al. 3, 2e phrase, LP, des pseudo-nova dans la procédure de recours contre le jugement sur opposition au séquestre (consid. 6).

Regesto (it):

Art. 278 cpv. 3 seconda frase LEF; art. 9 Cost.; ammissibilità di fatti nuovi impropriamente detti (pseudo nova) nella procedura di reclamo.

Esame della questione a sapere se sia compatibile con l'art. 9 Cost. ammettere, sulla base dell'art. 278 cpv. 3 seconda frase LEF, pseudo nova nella procedura di reclamo contro la decisione sull'opposizione al sequestro (consid. 6).

Sachverhalt ab Seite 325

BGE 145 III 324 S. 325

A.

A.a Am 7. November 2016 stellte die J. Ltd (Arrestgläubigerin) beim Bezirksgericht Zürich ein Arrestgesuch gegen die B. Ltd (Arrestschuldnerin). Beide Gesellschaften sind in Belize ansässig. Die Arrestgläubigerin beruft sich darauf, am 9. Januar 2012 mit der Arrestschuldnerin schriftlich einen als "Loan Agreement" bezeichneten Vertrag über die Gewährung eines verzinslichen, spätestens per 9. Januar 2015 rückzahlbaren Darlehens von USD 4'865'000.- geschlossen zu haben. Sie macht geltend, sie habe die Darlehensvaluta am 9. Januar 2012 auf das Konto der Arrestschuldnerin bei der Bank C. AG in Zürich überwiesen. Am 10. Mai 2016 habe sie die Arrestschuldnerin vergeblich aufgefordert, die ausstehenden Beträge binnen dreissig Tagen zu bezahlen. Seit spätestens 16. Juni 2016 sei die Arrestschuldnerin mit der Rückzahlung der Darlehensvaluta und den Zinsen im Umfang von insgesamt USD 5'337'934.28 in Verzug.

A.b Gestützt auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG bewilligte das Bezirksgericht Zürich den Arrest am 10. November 2016 für eine Forderung von Fr. 4'708'200.- (entsprechend USD 4'865'000.-) nebst Zins zu 2,5 % seit 13. Februar 2012. Zwei Zahlungen der Arrestschuldnerin von insgesamt USD 10'900.- wurden an die aufgelaufenen Darlehenszinsen angerechnet. Als Arrestgegenstände wurden Vermögenswerte der Arrestschuldnerin bei der Bank D. AG in Zürich bezeichnet. Der Arrestbefehl des Bezirksgerichts datiert vom 11. November 2016. Er wurde vom Betreibungsamt Zürich 1 am 14. November 2016 vollzogen.

B. Am 16. Januar 2017 erhob die Arrestschuldnerin Einsprache gegen den Arrestbefehl. Mit Urteil vom 4. Oktober 2017 wies das Bezirksgericht die Einsprache einschliesslich des gestellten

Eventualantrags auf Anordnung einer Sicherheit von Fr. 317'273.80 ab. Die BGE 145 III 324 S. 326

Arrestschuldnerin gelangte darauf mit Beschwerde an das Obergericht des Kantons Zürich. Dieses hiess das Rechtsmittel gut und hob den Arrestbefehl auf (Urteil vom 18. Juli 2018).

C. Mit Eingaben vom 27. Juli und vom 20. August 2018 wendet sich die J. Ltd (Beschwerdeführerin) an das Bundesgericht. Sie beantragt, das Urteil des Obergerichts aufzuheben und den Arresteinspracheentscheid des Bezirksgerichts (Bst. B) sowie den Arrestbefehl desselben Gerichts (Bst. A.b) zu bestätigen. Eventualiter sei der Prozess zur neuen Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Beschwerdegegnerin beantragt, die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist (Eingabe vom 11. Januar 2019). Das Obergericht verzichtete auf eine Vernehmlassung (Schreiben vom 21. November 2018). Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab, soweit es darauf eintritt. (Zusammenfassung)

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

6. Zuerst ist auf die Streitfrage einzugehen, ob es sich mit Art. 9 BV verträgt, gestützt auf Art. 278 Abs. 3 Satz 2 SchKG im Beschwerdeverfahren gegen den Arresteinspracheentscheid unechte Noven zuzulassen. Nach dem Wortlaut der zitierten Vorschrift können vor der Rechtsmittelinstanz neue Tatsachen geltend gemacht werden.

6.1 Soweit die Beschwerdeführerin dem Obergericht vorwirft, seine Handhabung der streitigen Novenregelung nicht hinreichend zu begründen und deshalb ihren Anspruch auf rechtliches Gehör zu verletzen, sind ihre Befürchtungen unbegründet. Um den Vorgaben von Art. 29 Abs. 2 BV zu genügen, muss die Begründung so abgefasst sein, dass sich die betroffene Person über die Tragweite des angefochtenen Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann (BGE 134 I 83 E. 4.1 S. 88; BGE 133 III 439 E. 3.3 S. 445; BGE 130 II 530 E. 4.3 S. 540). Zu begründen ist das Ergebnis des Entscheides, das im Urteilsspruch zum Ausdruck kommt und das allein die Rechtsstellung der betroffenen Person berührt. Die Begründung ist also nicht an sich selbst, sondern am Rechtsspruch zu messen (Urteil 5A_382/2013 vom 12. September 2013 E. 3.1). Im konkreten Fall ergibt sich aus den vorinstanzlichen Erwägungen sehr wohl, weshalb das Obergericht die Beschwerde gutheisst und den Arrestbefehl aufhebt. Ist die BGE 145 III 324 S. 327

Beschwerdeführerin mit dieser Entscheidungsfindung nicht einverstanden, so beschlägt dies nicht das rechtliche Gehör, sondern die Anwendung von Art. 278 Abs. 3 Satz 2 SchKG, die das Bundesgericht hier nur auf die Verletzung verfassungsmässiger Rechte hin überprüft.

6.2 In der Sache anerkennt die Beschwerdeführerin, dass das Bundesgericht bislang nicht abschliessend geklärt habe, ob nach Art. 278 Abs. 3 Satz 2 SchKG nur echte Noven zulässig sind. Sie findet jedoch, dass "einige Urteile in diese Richtung" weisen. In einem neueren, amtlich veröffentlichten Urteil vom 16. Juli 2014 stellt das Bundesgericht klar, dass es diese Frage bis anhin offengelassen hat (BGE 140 III 466 E. 4.2.3 und 4.2.4 S. 471 f.). Aus dem Urteil 5A_614/2011 vom 28. November 2011, das die Beschwerdeführerin erwähnt, lässt sich nichts ableiten. Die dortige Beschwerde genügte schon den Rügeanforderungen nicht, weshalb das Bundesgericht darauf nicht eintrat und sich dementsprechend auch nicht zur Sache äussern konnte (E. 3.2.2 des besagten Urteils). In den zwei älteren Urteilen, welche die Beschwerdeführerin zitiert, erklärt das Bundesgericht, dass die kantonale Beschwerdeinstanz Art. 278 Abs. 3 SchKG nicht willkürlich angewendet hat, indem sie grundsätzlich nur echte, nicht jedoch unechte Noven zulässt (Urteile 5P.296/2005 und 5P.330/2005 vom 17. November 2005, je E. 4.2.1). Ein späteres Urteil nimmt auf das Urteil 5P.296/2005 Bezug. Es hält fest, dass die Frage der Zulassung unechter Noven im Beschwerdeverfahren gegen den Arresteinspracheentscheid wiederum offenbleiben kann (Urteil 5A_739/2012 vom 17. Mai 2013 E. 9.2.3; s. auch das Urteil 5A_817/2008 vom 30. Juni 2009 E. 4.2, das die Frage ebenfalls offenlässt). Auch im Urteil 5A_195/2018 und andere vom 22. August 2018 E. 5.2, in welchem die hiesige Beschwerdegegnerin einer anderen Arrestgläubigerin gegenüberstand, brauchte das Bundesgericht die Frage nicht zu beantworten. Der aktuelle Fall liegt anders. Hier ist der Beschwerdeführerin darin beizupflichten, dass die streitigen Noveneingaben vom 1. Dezember 2017 und vom 31. Januar 2018 den Ausschlag für die Gutheissung der Beschwerde und die Aufhebung des Arrestes gaben. Die Frage, ob diese Noveneingaben zulässig waren, kann deshalb nicht offenbleiben.

6.3 Was den Streit um die Zulassung unechter Noven im Beschwerdeverfahren (Art. 278 Abs. 3 Satz 2 SchKG) angeht, so sprechen sich neben den von der Beschwerdeführerin erwähnten

Lehrmeinungen (HANS REISER, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. II, 2. Aufl. 2010, N. 49 zu Art. 278 BGE 145 III 324 S. 328

SchKG; THOMAS BAUER, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Ergänzungsband, 2017, N. 49 zu Art. 278 SchKG; DENISE WEINGART, Arrestabwehr - Die Stellung des Schuldners und des Dritten im Arrestverfahren, 2015, S. 154 f.) noch weitere Autoren dafür aus, in diesem Beschwerdeverfahren unechte Noven zuzulassen, soweit sie aus entschuldigen Gründen nicht schon im Einspracheverfahren vorgetragen werden konnten (NICOLAS JEANDIN, in: Commentaire romand, Code de procédure civile, 2. Aufl. 2019, N. 4 zu Art. 326 ZPO; JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, Schuldbetreibungs- & Konkursrecht [nachfolgend: 2018], 3. Aufl. 2018, Rz. 1623 S. 455; dieselbe, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs [nachfolgend: 2017], Kren Kostkiewicz/Vock [Hrsg.], 4. Aufl. 2017, N. 36 zu Art. 278 SchKG; dieselbe, SchKG Kommentar, Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen, 19. Aufl. 2016, N. 19 und 23 zu Art. 278 SchKG; JOËL PAHUD, Le séquestre et la protection provisoire des créances pécuniaires, 2018, S. 261; VOCK/MEISTER-MÜLLER, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, 2018, S. 334; THOMAS ALEXANDER STEININGER, in: Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kommentar, Brunner/Schwander/Gasser [Hrsg.], 2. Aufl. 2016, N. 6 zu Art. 326 ZPO; STOFFEL/CHABLOZ, Voies d'exécution, Poursuite pour dettes, exécution de jugements et faillite en droit suisse [nachfolgend: Voies d'exécution], 3. Aufl. 2016, S. 266 f.; dieselben, in: Commentaire romand, Poursuite et faillite, 2005, N. 33 zu Art. 278 SchKG; MARTIN H. STERCHI, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. II, 2012, N. 9 zu Art. 326 ZPO; HOFMANN/LÜSCHER, Le Code de procédure civile, 2. Aufl. 2015, S. 304; THOMAS SPRECHER, Prozessieren zum SchKG unter neuer ZPO, SJZ 107/2011 S. 282 mit Fn. 96; PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Bd. 4, 2003, N. 34 zu Art. 278 SchKG; YVONNE ARTHO VON GUNTEN, Die Arresteinsprache, 2001, S. 106; WALDER/KULL/KOTTMANN, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. II, 4. Aufl. 1997/99, N. 28 zu Art. 278 SchKG; JÉRÔME PIEGAI, La protection du débiteur et des tiers dans le nouveau droit du séquestre, 1997, S. 220 ff.; BERTRAND REEB, Les mesures provisoires dans la procédure de poursuite, ZSR 116/1997 II S. 482 mit Fn. 393; RUDOLF OTTOMANN, Der Arrest, ZSR 115/1996 I S. 259; DOMINIK GASSER, Das Abwehrdispositiv der Arrestbetroffenen nach revidiertem SchKG, ZBJV 130/1994 S. 616; SILVIO ROSSETTI, BGE 145 III 324 S. 329

Das schweizerische Arrestrecht und seine Reformbedürftigkeit, 1983, S. 177 f.; im Ergebnis wohl auch IVO W. HUNGERBÜHLER, Rechtsmittel und Rechtsbehelfe beim Arrest unter besonderer Berücksichtigung des Steuerarrestes und des Arrestes nach Art. 39 Abs. 1 LugÜ, ZZZ 2005 S. 208; JÜRGEN BRÖNNIMANN, Feststellung des neuen Vermögens, Arrest, Anfechtung, in: Das revidierte Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz [SchKG], 1995, S. 134). Was die Auslegung von Art. 278 Abs. 3 Satz 2 SchKG angeht, sind die zitierten Autoren mehrheitlich der Meinung, dass allein dem Gesetzestext nicht zu entnehmen sei, ob im Beschwerdeverfahren gegen den Arresteinspracheentscheid nur echte oder auch unechte Noven geltend gemacht werden können (KREN KOSTKIEWICZ, 2018, a.a.O.; dieselbe, 2017, a.a.O.; WEINGART, a.a.O., S. 154; REISER, a.a.O., N. 46 zu Art. 278 SchKG; OTTOMANN, a.a.O.; BRÖNNIMANN, a.a.O.; ähnlich ARTHO VON GUNTEN, a.a.O., S. 105 f.). Einzelne Befürworter der Zulassung unechter Noven finden demgegenüber, dass sich die Norm (von ihrem Wortlaut her) nur auf die echten Noven beziehe (BAUER, a.a.O., N. 46 zu Art. 278 SchKG; STOFFEL/CHABLOZ, Voies d'exécution, a.a.O.). Zur Begründung, weshalb im Beschwerdeverfahren auch unechte Noven zu berücksichtigen seien, finden sich im Schrifttum verschiedene Argumente. REISER (a.a.O., N. 49 zu Art. 278 SchKG) und BAUER (a.a.O., N. 49 zu Art. 278 SchKG) wollen mit einer grosszügigen Novenregelung "unnötige Härten" vermeiden. Andere Autoren finden, einzig massgebend sei die materielle Rechtslage im Zeitpunkt der Entscheidung; nach dem Willen des Gesetzgebers soll der Arrestbeschluss beseitigt werden, sobald die Voraussetzungen hierfür nicht mehr vorliegen (WEINGART, a.a.O., S. 154 f.; ARTHO VON GUNTEN, a.a.O., S. 106; ROSSETTI, a.a.O., S. 177 f.; ähnlich KREN KOSTKIEWICZ, 2018, a.a.O.; dieselbe, 2017, a.a.O., und STOFFEL/CHABLOZ, Voies d'exécution, a.a.O.). In diesem Sinne erblickt PIEGAI (a.a.O., S. 222) die "ratio legis" von Art. 278 Abs. 3 Satz 2 SchKG im Erfordernis, den Arrest ständig zu "aktualisieren". ARTHO VON GUNTEN (a.a.O.) weist überdies darauf hin, dass das Arrestgesuch jederzeit mit ergänzter Begründung bei der ersten Instanz wieder eingereicht werden kann, weshalb sich das grosszügige Zulassen von neuen Tatsachen auch aus prozessökonomischen Gründen rechtfertigt. GILLIÉRON (a.a.O.) betont, dass sowohl der Arrestrichter als auch die Rechtsmittelinstanz gestützt auf den Sachverhalt urteilen, wie er sich aus der von ihnen vorgenommenen Instruktion ergibt,

BGE 145 III 324 S. 330

und dass sie einer Veränderung der Verhältnisse seit Einreichung des Arrestbegehrens Rechnung tragen müssen. STERCHI (a.a.O.) erinnert daran, dass die Zulässigkeit unechter Noven vor dem Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung dem kantonalen Recht überlassen blieb (so auch WALTER A. STOFFEL, *Das neue Arrestrecht*, AJP 1996 S. 1411), und folgert, dass sich die Frage mit der ZPO nun auch für das Arresteinspracheverfahren nach den allgemeinen Grundsätzen dieses Gesetzes beurteile. Da aus dem blossen Verweis in Art. 326 Abs. 2 ZPO keine schlüssige Antwort abzuleiten sei, seien die Regeln des Berufungsverfahrens analog heranzuziehen und unechte Noven unter den in Art. 317 Abs. 1 ZPO erwähnten einschränkenden Voraussetzungen zuzulassen (ebenso STEININGER, a.a.O.; ähnlich PAHUD, a.a.O., S. 261). Ähnlich argumentieren STOFFEL/CHABLOZ (*Voies d'exécution*, a.a.O.), die für die Zulassung unechter Noven Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO analog anwenden wollen. HOFMANN/LÜSCHER (a.a.O., S. 305) erinnern daran, dass der Gesetzgeber Art. 278 SchKG im Rahmen der Anpassung an das neue Lugano-Übereinkommen geändert, in Absatz 3 dieser Norm jedoch keinerlei Präzisierungen vorgenommen habe (vgl. AS 2010 5604). Daraus folgern diese Autoren, dass "l'interprétation littérale relative aux 'faits nouveaux' peut s'appliquer".

6.4 Demgegenüber vertreten einige Autoren die Ansicht, mit den "neuen Tatsachen" seien in Art. 278 Abs. 3 Satz 2 SchKG nur echte Noven, also Tatsachen gemeint, die sich erst nach dem Einspracheentscheid - genauer: nach dem letzten Parteivortrag im Einspracheverfahren - ergeben haben (FELIX C. MEIER-DIETERLE, in: *Klagen und Rechtsbehelfe im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht* [nachfolgend: *Klagen*], Boesch und andere [Hrsg.], 2018, S. 688; derselbe, *Prozessuale Besonderheiten im Arrestrecht*, in: *Zivilprozess und Vollstreckung national und international - Schnittstellen und Vergleiche*, Markus und andere [Hrsg.], Festschrift für Jolanta KrenKostkiewicz, 2018, S. 572; derselbe, in: *SchKG, Kurzkommentar* [nachfolgend: *Kurzkommentar*], Hunkeler [Hrsg.], 2. Aufl. 2014, N. 15 zu Art. 278 SchKG; derselbe, *Arrestpraxis ab 1. Januar 2011* [nachfolgend: *Arrestpraxis*], AJP 2010 S. 1222 [anders noch derselbe, *Formelles Arrestrecht - Eine Checkliste*, AJP 2002 S. 1230]; CHRISTOPH REUT, *Noven nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, 2017, S. 213 f.; MICHAEL LAZOPOULOS, *Arrestrecht - die wesentlichen Änderungen im Zusammenhang mit dem revidierten LugÜ und der Schweizerischen ZPO*, AJP 2011 S. 615; PHILIPPE M. REICH, in: BGE 145 III 324 S. 331

Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Baker & McKenzie [Hrsg.], 2010, N. 4 zu Art. 326 ZPO; JEAN FROIDEVAUX, *Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Modifications au 1er janvier 1997, avec commentaires*, 1997, S. 219; HOHL/FISCHBACHER, *Dokumentation über das neue Schuldbetreibungs- und Konkursrecht*, 1997, S. 103). Nicht eindeutig äussert sich SPÜHLER, der unter Hinweis auf die bundesrätliche Botschaft erklärt, dass der Wortlaut von Art. 278 Abs. 3 Satz 2 SchKG "eher für eine Beschränkung auf echte Noven" spreche (KARL SPÜHLER, *Neuerungen in den Bereichen Arrest, Feststellung neuen Vermögens und der Anfechtung*, in: *Das revidierte Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz [SchKG], Referate anlässlich der Tagung des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse an der Hochschule St. Gallen vom 4. April 1995*, S. 5). In seinen Publikationen aus der Zeit vor dem Inkrafttreten der ZPO erklärt auch STOFFEL, dass sich Art. 278 Abs. 3 Satz 2 SchKG nur auf echte Noven beziehe. Er weist aber darauf hin, dass die Zulassung unechter Noven dem kantonalen Recht überlassen bleibe. Damit bringt dieser Autor zum Ausdruck, dass Art. 278 Abs. 3 Satz 2 SchKG der Zulassung unechter Noven jedenfalls nicht entgegensteht (WALTER A. STOFFEL, *Le séquestre*, in: *La LP révisée*, Iynedjian/Rieben [Hrsg.], Publication CEDIDAC Bd. 35, 1997, S. 290; derselbe, *Das neue Arrestrecht*, AJP 1996 S. 1411). Dasselbe gilt für AMONN/WALTHER (*Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts*, 9. Aufl. 2013, S. 487), nach deren Einschätzung im Weiterziehungsverfahren "zumindest echte Noven" vorgetragen werden dürfen, und für KUNZ/ HOFFMANN-NOWOTNY/STAUBER (*ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde, Kommentar zu den Art. 308-327a ZPO*, 2013, N. 9 zu Art. 326 ZPO), gemäss denen es sich bei den neuen Tatsachen im Sinne von Art. 278 Abs. 3 Satz 2 SchKG "in der Regel" um echte Noven handelt. Von den Autoren, welche in Art. 278 Abs. 3 Satz 2 SchKG eine strikte Beschränkung auf echte Noven sehen, nennt nur REUT Argumente, die (seiner Meinung nach) für diese Rechtsauffassung sprechen. Er weist darauf hin, dass der Arrestbeschluss für den Betroffenen unter Umständen einschneidende Folgen habe, weshalb die Beseitigung umgehend erfolgen müsse, sobald die Voraussetzungen nicht mehr vorliegen. Diesem Zweck würden die echten Noven dienen; so könne der Schuldner im Rechtsmittelverfahren etwa die zwischenzeitlich erfolgte Tilgung der Forderung geltend machen. Ein

BGE 145 III 324 S. 332

"vollständiges Öffnen des Novenfensters" spreche allerdings gegen die summarische Natur der Arresteinsprache. Könnte der Schuldner durch neue Tatsachen und Beweismittel erneut Bestand, Höhe oder Fälligkeit der Forderung in Zweifel ziehen, wäre eine Verfahrensverzögerung im Beschwerdeverfahren unvermeidbar. Der Autor erinnert an den "vorläufigen Sicherungscharakter des Arrestes", der ohnehin keine volle materielle Rechtskraft zu begründen vermöge. Schliesslich führt er ins Feld, dass Art. 278 Abs. 3 SchKG im Gegensatz zu Art. 174 Abs. 1 SchKG keinen ausdrücklichen Vorbehalt zugunsten unechter Noven enthalte (REUT, a.a.O., S. 213 f.). Einzelne Autoren belegen ihre Meinung mit dem erwähnten Urteil 5P.296/2005 vom 17. November 2005, in welchem das Bundesgericht die Beschränkung auf echte Noven als nicht willkürlich erachtet (REICH, a.a.O.; MEIER-DIETERLE, Arrestpraxis, a.a.O.), oder weisen darauf hin, dass das Bundesgericht die Frage bisher offenlässt (so etwa MEIER-DIETERLE, Kurzkomentar, a.a.O.), während sich das Obergericht des Kantons Zürich in einem Urteil vom 20. Februar 2015 (Geschäfts-Nr. PS150016) in Erwägung 4.1 für eine Beschränkung auf echte Noven ausspreche (derselbe, Klagen, a.a.O. mit Fn. 43; s. auch den entsprechenden Hinweis bei VOCK/MEISTER-MÜLLER, a.a.O.).

6.5 Am zuletzt erwähnten zürcherischen Urteil fällt auf, dass das Obergericht zur Untermauerung seiner Beurteilung, wonach Art. 278 Abs. 3 Satz 2 SchKG nur echte Noven umfasse, mit REISER (a.a.O., N. 46 zu Art. 278 SchKG) und SPRECHER (a.a.O., S. 282) in Erwägung 4.1 auf zwei Autoren verweist, die es als "herrschende Lehre" bezeichnet, die sich in ihren Schriften - wenn auch an anderer Stelle - aber im gegenteiligen Sinn äussern (REISER, a.a.O., N. 49 zu Art. 278 SchKG; SPRECHER, a.a.O., S. 282 mit Fn. 96; vgl. oben E. 6.3). Im vorliegend angefochtenen Entscheid zitiert das Obergericht - wie schon in seinen Urteilen vom 24. Januar 2018 (Geschäfts-Nrn. PS170027, PS170028 und PS170029), mit denen das Bundesgericht im Urteil 5A_195/2018 und andere vom 22. August 2018 befasst war - den erwähnten Autoren aus dem Basler Kommentar als Stütze für die Zulassung (auch) unechter Noven im Beschwerdeverfahren nach Art. 278 Abs. 3 Satz 2 SchKG, und zwar als Belegstelle für eine Abweichung von der "in der Lehre überwiegend vertretenen Meinung" (s. E. 4.4). In der Zwischenzeit - in einem Urteil vom 1. Juni 2018 (Geschäfts-Nr. PS180059) - hielt dieselbe Kammer des Obergerichts des Kantons Zürich wiederum BGE 145 III 324 S. 333

fest, dass der Beschwerdeführer mit Tatsachenbehauptungen, die keine echten Noven betreffen, im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen sei (vgl. auch Urteil 5A_569/2018 vom 11. September 2018 E. 3.2). Auch in früheren Jahren war die Praxis des Obergerichts des Kantons Zürich schwankend. In einem Urteil vom 24. Juli 2012 (Geschäfts-Nr. PS110160) wies es darauf hin, dass nach vorherrschender Meinung auch unechte Noven zulässig seien (E. III/3), und prüfte im konkreten Fall, ob die verspätete Einreichung der unechten Noven entschuldbar war (E. III/7 und III/9). Zwei Monate zuvor stand für das Obergericht demgegenüber noch fest, dass der Vorbehalt in Art. 278 Abs. 3 SchKG nur echte Noven umfasst (Urteil vom 31. Mai 2012, Geschäfts-Nr. PS120075, E. III/3.1). In einem Beschluss vom 24. Juli 2008 hielt das Obergericht des Kantons Zürich fest, die Entstehungsgeschichte von Art. 278 Abs. 3 Satz 2 SchKG zeige, dass mit den neuen Tatsachen "auch echte Noven" gemeint und dass die Verhältnisse im Zeitpunkt des Einspracheentscheids zu würdigen seien (in: ZR 108/2009 Nr. 27 S. 90 E. 4.1 mit Hinweis auf ZR 98/1999 Nr. 58 S. 285 ff. E. 1b).

Ein ähnlich uneinheitliches Bild zeigt die Praxis in anderen Kantonen. In einem Entscheid vom 26. März 2018 (Geschäfts-Nr. KSK 15 1) stellt das Kantonsgericht von Graubünden zutreffend fest, dass das Bundesgericht die Streitfrage bisher offengelassen hat und im Schrifttum mehrheitlich die Auffassung vertreten werde, bei gegebener Entschuldbarkeit seien auch unechte Noven zuzulassen (E. II/ 4.2.1 f.). Im konkreten Fall äusserte sich das Kantonsgericht freilich nicht zur Frage (E. II/8.4.3). Laut einem Entscheid desselben Gerichts vom 4. April 2006 (in: PKG 2006 S. 106) geht es in Art. 278 Abs. 3 SchKG um "(echte oder unechte) neue Tatsachen und/oder Beweismittel". In den Jahren 2001 und 2012 hielt das Kantonsgericht von Graubünden demgegenüber fest, dass mit den neuen Tatsachen im Sinne von Art. 278 Abs. 3 Satz 2 SchKG nur echte Noven gemeint seien (Urteile des Kantonsgerichts von Graubünden vom 1. Mai 2001, in: PKG 2001 S. 90, und vom 7. August 2012, Geschäfts-Nr. KSK 12 35, E. II/1b). Derselben Ansicht ist auch das Appellationsgericht des Kantons Basel Stadt (Urteil vom 30. Juli 2014, Geschäfts-Nr. BEZ.2013.67, E. 2.6.2). Andere kantonale Beschwerdeinstanzen sprechen sich für die Zulassung (auch) unechter Noven aus (Urteil des Obergerichts des Kantons Bern vom 14. Juni 2017, Geschäfts-Nr. ZK 2017 182, E. 1.5; Urteil des Kantonsgerichts Wallis vom 8. März 2013, in: Zeitschrift für Walliser Rechtsprechung BGE 145 III 324 S. 334

[ZWR] 2013 S. 301; Urteil der Cour de justice des Kantons Genf vom 28. August 2017, Geschäfts-

Nr. ACJC/1028/2017, E. 2.1 mit Hinweisen; Urteile des Tribunal cantonal des Kantons Waadt, Cour des poursuites et faillites, vom 29. September 2017, Geschäfts- Nr. 233, E. Ib, und vom 3. Mai 2013, Geschäfts-Nr. 185, E. Ib mit Hinweisen). Vereinzelt bringen kantonale Entscheide das Thema zur Sprache, ohne sich abschliessend zu äussern (Urteil des Obergerichts des Kantons Zug vom 13. September 2012, in: Gerichts- und Verwaltungspraxis [GVP] 2012, S. 168 f. und 170; Urteil des Tribunal cantonal des Kantons Jura vom 26. August 2014, in: Revue jurassienne de jurisprudence [RJJ] 2015, S. 234; Urteil des Kantonsgerichts Freiburg vom 1. Oktober 2018, Geschäfts-Nr. 102 2018 234, E. 1.2).

6.6 Das Gesetz ist in erster Linie nach seinem Wortlaut auszulegen (Auslegung nach dem Wortlaut). Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Auslegungen möglich, so muss der Richter unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente nach der wahren Tragweite der Norm suchen. Dabei hat er insbesondere den Willen des Gesetzgebers zu berücksichtigen, wie er sich namentlich aus den Gesetzesmaterialien ergibt (historische Auslegung). Weiter hat der Richter nach dem Zweck, dem Sinn und den dem Text zu Grunde liegenden Wertungen zu forschen, namentlich nach dem durch die Norm geschützten Interesse (teleologische Auslegung). Wichtig ist auch der Sinn, der einer Norm im Kontext zukommt, und das Verhältnis, in welchem sie zu anderen Gesetzesvorschriften steht (systematische Auslegung). Das Bundesgericht befolgt bei der Auslegung von Gesetzesnormen einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es ab, die einzelnen Auslegungselemente einer Prioritätsordnung zu unterstellen (BGE 144 III 29 E. 4.4.1 S. 34 f.; BGE 131 III 314 E. 2.2 S. 315 f.; BGE 121 III 460 E. 4a/bb S. 465; je mit Hinweisen; BGE 145 III 109 E. 5.1).

6.6.1 Die Beschwerdeführerin beruft sich zuerst auf eine systematische Auslegung von Art. 278 Abs. 3 Satz 2 SchKG. Beim systematischen Auslegungselement geht es darum, den Zusammenhang der auszulegenden Bestimmung mit anderen Normen in die Betrachtung einzubeziehen (BGE 124 III 321 E. 2 S. 324). Die Beschwerdeführerin argumentiert mit Art. 326 Abs. 2 ZPO. Diese Vorschrift stellt klar, dass gegenüber dem Grundsatz, wonach im Beschwerdeverfahren ein Novenausschluss gilt (Art. 326 Abs. 1 ZPO), besondere Bestimmungen des Gesetzes vorbehalten bleiben. Nach der Meinung
BGE 145 III 324 S. 335

der Beschwerdeführerin ergibt aus dieser in Art. 326 Abs. 2 ZPO vorbehaltenen "lex specialis" nicht eindeutig, "ob auch unechte Noven zulässig sind". Deshalb sei die in Art. 326 Abs. 1 ZPO enthaltene "lex generalis" massgeblich, gemäss der neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen sind. Mit der Formulierung der Frage, ob Art. 278 Abs. 3 Satz 2 SchKG "auch" unechte Noven erfasse, bringt die Beschwerdeführerin zum Ausdruck, dass ihre Überlegung auf der unausgesprochenen Prämisse beruht, die Norm erfasse jedenfalls echte Noven. In diese Richtung weist die Botschaft des Bundesrates, die im Zusammenhang mit Art. 278 Abs. 3 SchKG die echten Noven explizit erwähnt (Botschaft vom 8. Mai 1991 über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs [SchKG], BBl 1991 III 173 f.). Auf diese Botschaft wird zurückzukommen sein (s. E. 6.6.3). Losgelöst davon lässt sich aus dem Verhältnis von Art. 326 ZPO und Art. 278 Abs. 3 Satz 2 SchKG unter systematischen Gesichtspunkten aber nichts Konkretes ableiten. Denn weder die eine noch die andere Norm unterscheidet vom Wortlaut her zwischen echten und unechten Noven. Von daher "neutralisieren" sich Regel (Art. 326 Abs. 1 ZPO) und Ausnahme (Art. 326 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 278 Abs. 3 Satz 2 SchKG). Weiter verweist die Beschwerdeführerin auf Art. 174 SchKG. Diese in Art. 326 Abs. 2 ZPO ebenfalls vorbehaltene Spezialvorschrift lasse in Abs. 1 ausdrücklich unechte Noven zu und regle in Abs. 2, unter welchen Voraussetzungen der Schuldner im Beschwerdeverfahren betreffend den Entscheid des Konkursgerichts echte Noven vorbringen kann. Hätte der Gesetzgeber auch im Arrestbeschwerdeverfahren unechte Noven zulassen wollen, dann hätte er dies wie in Art. 174 Abs. 1 SchKG ausdrücklich so vorgesehen. Die von Art. 174 Abs. 1 SchKG "abweichende Formulierung" in Art. 278 Abs. 3 SchKG deutet nach der Meinung der Beschwerdeführerin "auf ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers hin", in dem Sinne, dass das Gesetz die hier streitige Rechtsfrage nicht übersehen, sondern "stillschweigend mitentschieden" habe. Die Beschwerdeführerin fühlt sich in dieser These durch die Botschaft (a.a.O.) bestätigt. Tatsächlich unterstellt sie mit ihrer Idee eines qualifizierten Schweigens erneut, dass der Gesetzgeber in Art. 278 Abs. 3 Satz 2 SchKG jedenfalls hinsichtlich der echten Noven gerade nicht geschwiegen, sondern sich eindeutig erklärt habe. Abstrahiert man von dieser (aus der Botschaft gewonnenen) Erkenntnis, so liegt unter dem Gesichtspunkt des
BGE 145 III 324 S. 336

äusseren Systems des Gesetzes (s. ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2016, S. 97) der Schluss nahe, dass der Gesetzgeber in Art. 174 SchKG eine umfassende Novenregelung schuf, die er womöglich einfach deshalb in zwei verschiedene Absätze goss, weil er echte Noven nur

von Seiten des Schuldners und nur in bestimmten Fällen zulassen wollte. Allein daraus kann mit Rücksicht auf das innere System (s. KRAMER, a.a.O.) des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts freilich nicht gefolgert werden, dass der Gesetzgeber das Novenfenster mit den in Art. 278 Abs. 3 Satz 2 SchKG erwähnten "neuen Tatsachen" auch im Beschwerdeverfahren betreffend die Arresteinsprache umfassend öffnen wollte. Denn seiner Natur nach lässt sich das Arresteinspracheverfahren kaum mit anderen schuldbetreibungs- und konkursrechtlichen Rechtsbehelfen vergleichen (s. Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 19. Februar 1999, in: ZR 98/1999 Nr. 58 S. 286 E. 1b/dd). Gesetzessystematisch drängt sich aus dem Vergleich mit Art. 174 SchKG aber auch nicht der Schluss auf, dass in Art. 278 Abs. 3 Satz 2 SchKG nur die echten Noven gemeint sind. Aus dem blossen Umstand, dass der Gesetzgeber in Art. 174 Abs. 1 und 2 SchKG für einen anderen von Art. 326 Abs. 2 ZPO vorbehaltenen Fall sowohl für echte und als auch für unechte Noven Regeln aufstellt, kann nicht im Sinne eines "e contrario"-Arguments abgeleitet werden, dass er ausschliesslich echte Noven meint, wenn er - wie in Art. 278 Abs. 3 Satz 2 SchKG - ohne weitere Erklärungen "neue Tatsachen" für zulässig erklärt. Nichts anderes gilt für den Hinweis auf die Novenregelungen von Art. 229 Abs. 1 und Art. 317 Abs. 1 ZPO, mit dem die Beschwerdeführerin ihre Auffassung, dass der Gesetzgeber die Zulassung unechter Noven jeweils explizit in den Gesetzeswortlaut aufnehme und in Art. 278 Abs. 3 Satz 2 SchKG deshalb "qualifiziert schweige", zusätzlich untermauern will. Aus den zitierten Normen ergibt sich, unter welchen Voraussetzungen in der Hauptverhandlung (Art. 229 Abs. 1 ZPO) und im Berufungsverfahren (Art. 317 Abs. 1 ZPO) echte und unechte Noven zulässig sind. Daraus, dass der Gesetzgeber für echte und unechte Noven je eine gesonderte (Art. 229 Abs. 1 lit. a und b ZPO) bzw. eine gemeinsame (Art. 317 Abs. 1 ZPO) Regelung trifft, lässt sich für die systematische Auslegung von Art. 278 Abs. 3 Satz 2 SchKG nichts ableiten.

6.6.2 Als Nächstes legt die Beschwerdeführerin ihre teleologische Auslegung von Art. 278 Abs. 3 Satz 2 SchKG dar. Das teleologische Auslegungselement besteht darin, nach dem Ziel zu fragen, das

BGE 145 III 324 S. 337

die Bestimmung verfolgt, und nach dem Zweck zu forschen, dem sie dient. Der Normzweck lässt sich freilich nicht aus sich selbst heraus begründen, sondern ergibt sich wiederum aus grammatikalischen, historischen und systematischen Gesichtspunkten (BGE 124 III 321 E. 2 S. 324 mit Hinweisen). Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis (BGE 136 III 23 E. 6.6.2.1 S. 37). Die Beschwerdeführerin zitiert im Wesentlichen die Argumente von REUT (s. E. 6.4). Sie wendet ein, dass die umfassende Zulassung unechter Noven zu einer im Beschwerdeverfahren unerwünschten Verzögerung führen würde und der summarischen Natur der Arresteinsprache widerspräche. Dem ist entgegenzuhalten, dass dieselben Bedenken den Gesetzgeber auch im Zusammenhang mit der Weiterziehung des Konkurserkennnisses (Art. 174 SchKG) davon hätten abhalten können, unechte Noven zuzulassen. Im Zuge der Einführung der Schweizerischen Zivilprozessordnung gab der Gesetzgeber seine Wertentscheidung, wonach die Parteien unechte Noven im Verfahren der Weiterziehung des Konkurserkennnisses unbeschränkt geltend machen können (Art. 174 Abs. 1 Satz 2 SchKG), aber nicht auf. Er unterstellte auch diese Angelegenheit dem summarischen Verfahren (Art. 251 lit. a ZPO) und sah als Rechtsmittel die Beschwerde nach der ZPO vor (Art. 174 Abs. 1 Satz 1 SchKG). Dabei hielt er inhaltlich an der am 1. Januar 1997 eingeführten Novenregelung fest, die er in der erklärten Absicht erlassen hatte, die als "Problem" erkannte Vielfalt des kantonalen Novenrechts mit einer bundesrechtlichen "Mittellösung" aus der Welt zu schaffen (Botschaft, a.a.O., S. 111 f.). Die Beschwerdeführerin äussert sich nicht dazu, inwiefern unter Wertungsgesichtspunkten nur in der Weiterziehung des Konkurserkennnisses, nicht aber in der Weiterziehung des Arresteinspracheentscheids unechte Noven zulässig sein sollen. Vernünftige Gründe für eine solche Unterscheidung sind auch nicht ersichtlich. Bei all ihrer Verschiedenheit vom Arrest zeichnet sich die Konkursöffnung dadurch aus, dass sie - wie der Arrestbeschluss - für die betroffene Person einschneidende, ja existenzielle Auswirkungen hat. Von daher lassen sich zwischen den beiden in Art. 326 Abs. 2 ZPO vorbehaltenen Beschwerdefällen durchaus Parallelen ziehen, die den Gesetzgeber dazu bewogen haben, im

BGE 145 III 324 S. 338

Beschwerdeverfahren ausnahmsweise auch in tatsächlicher Hinsicht eine Korrektur des erstinstanzlichen Entscheids zu ermöglichen. An der Sache vorbei geht auch das weitere teleologische Argument der Beschwerdeführerin, dass eine umfassende Zulassung von Noven dem Zweck des kantonalen Beschwerdeverfahrens widerspräche, weil dieses Verfahren nur der

Rechtskontrolle diene und nicht den Zweck habe, das erstinstanzliche Verfahren fortzusetzen. Die Literaturstelle, auf die sich die Beschwerdeführerin beruft (ALEXANDER BRUNNER, in: Kurzkomentar ZPO, Oberhammer und andere [Hrsg.], 2. Aufl. 2014, N. 4 zu Art. 326 ZPO), bezieht sich auf den in Art. 326 Abs. 1 ZPO verankerten Grundsatz, wonach neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen sind. Mit Art. 326 Abs. 2 ZPO verschafft das Gesetz den Parteien nun aber gerade die Möglichkeit, die Beschwerdeinstanz in bestimmten Fällen nicht nur um eine reine Rechtskontrolle anzurufen, sondern vor dieser Rechtsmittelinstanz auch die Erarbeitung des Sachverhalts fortzuführen. Damit nimmt der Gesetzgeber eine gewisse Erweiterung des Beschwerdeverfahrens in Kauf. Angesichts dieser gesetzgeberischen Wertung relativiert sich die Befürchtung der Beschwerdeführerin, dass die umfassende Zulassung von Noven zu einer Verfahrensverzögerung führen und der Eigenart des Summarprozesses als rasches und unkompliziertes Verfahren widersprechen könnte. Abgesehen davon vermag die Beschwerdeführerin nicht zu erklären, weshalb nur die Zulassung unechter Noven, nicht jedoch diejenige echter Noven mit der (angeblichen) Beschränkung auf eine reine Rechtskontrolle in Konflikt geraten sollte. Aufschluss über den Zweck der hier streitigen Novenregelung gibt insbesondere ihre Entstehungsgeschichte. Im erwähnten Beschluss aus der Zeit kurz nach dem Inkrafttreten der Teilrevision des SchKG vom 16. Dezember 1994 (AS 1995 1227) legt das Obergericht des Kantons Zürich ausführlich dar, dass mit dem neuen Einspracheverfahren ein umfassendes "verfahrensrechtliches Korrektiv" für den Fall fehlender Arrestvoraussetzungen geschaffen werden sollte, der Gang der Gesetzgebungsarbeit klar in Richtung der Verstärkung des Rechtsschutzes des Schuldners weist und die Intention des Gesetzgebers dahin ging, veränderten Lebensverhältnissen nach der Arrestbewilligung sowohl im Einsprache- als auch im Weiterziehungsverfahren umfassend Rechnung zu tragen (in: ZR 98/1999 Nr. 58 S. 286 ff. E. 1b/ee ff. mit Hinweisen). Hervorzuheben ist
BGE 145 III 324 S. 339

namentlich folgender Passus aus der bundesrätlichen Botschaft: "Um die Verteidigung gegen den Arrestbeschluss zu verstärken, wird die Arrestaufhebungsklage des geltenden Rechts durch ein summarisches Einspracheverfahren mit Weiterzugsmöglichkeit ersetzt, das den zivilprozessualen Bestimmungen einzelner Kantone über einstweilige Verfügungen nachgebildet ist" (Botschaft, a.a.O., S. 171). Daraus wird im Schrifttum mit Bezug auf die Novenregelung gefolgert, dass der überaus einschneidende Arrestbeschluss nach dem Willen des Gesetzgebers dem Gläubiger nur so lange als vorläufige Sicherheit dienen soll, wie die Voraussetzungen dafür tatsächlich gegeben sind. Sollen die Weiterziehung und die dort vorgesehene Novenregelung dem Schuldner Schutz vor einem ungerechtfertigten Arrest verschaffen, so ist mit Blick auf diesen Zweck von Art. 278 Abs. 3 Satz 2 SchKG in Übereinstimmung mit WEINGART, ARTHO VON GUNTEN und ROSSETTI (E. 6.3) in der Tat nicht einzusehen, weshalb es für die laufende Aktualisierung des Arrestes (PIEGAL, a.a.O.) einen Unterschied machen soll, ob die neuen Tatsachen, die zu einer sofortigen Aufhebung des Arrestes führen würden, bereits vor dem Einspracheentscheid bzw. bereits vor Erlass des Arrestbefehls bestanden haben oder aus der Zeit nach dem erstinstanzlichen Entscheid stammen. Dem Zweck von Art. 278 SchKG, die Abwehr ungerechtfertigter Arrestbefehle zu verstärken, steht auch der Charakter des Arrestes als vorläufige Sicherungsmassnahme nicht im Weg, auf den sich die Beschwerdeführerin unter Hinweis auf REUT (vgl. E. 6.4) beruft. Wie auch die Beschwerdegegnerin zutreffend betont, liegt es gerade in der Natur des einstweiligen Rechtsschutzes - dem gesetzgeberischen Vorbild für Art. 278 SchKG -, dass vorsorgliche Massnahmen aufgehoben werden können, wenn sie sich nachträglich als ungerechtfertigt erweisen (vgl. Art. 268 Abs. 1 ZPO). Zwar standen der hier streitigen Norm (naturgemäss) nicht die Regeln über die vorsorglichen Massnahmen aus der (später erlassenen) ZPO Pate. Der Blick auf diese Regeln zeigt aber doch, dass einstweiliger Rechtsschutz, Summarverfahren und ein umfassendes Novenrecht im Rechtsmittelverfahren zusammenhängen: So gilt für vorsorgliche Massnahmen das summarische Verfahren (Art. 248 lit. d ZPO). Zugleich sind erstinstanzliche Massnahmeentscheide mit Berufung anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Entsprechend können im Streit um vorsorgliche Massnahmen vor der Berufungsinstanz nach Massgabe von Art. 317 ZPO auch (echte und unechte) Noven
BGE 145 III 324 S. 340

berücksichtigt werden. Von daher passt der Vorschlag verschiedener Autoren, für die Zulassung unechter Noven im Beschwerdeverfahren gegen den Arresteinspracheentscheid Art. 317 ZPO analog heranzuziehen (E. 6.3), bzw. die Erkenntnis, dass Noven nach Massgabe von Art. 278 Abs. 3 Satz 2 SchKG jedenfalls nicht grosszügiger zuzulassen sind als im Anwendungsbereich von Art. 317 ZPO (Urteil des Tribunal cantonal des Kantons Waadt, Cour des poursuites et faillites, vom 3. Mai 2013, Geschäfts-Nr. 185, E. 1b mit Hinweisen), durchaus ins Gesamtbild des einstweiligen Rechtsschutzes, zu dem auch der Arrest gehört.

6.6.3 Zuletzt äussert sich die Beschwerdeführerin zur historischen Auslegung. Die historisch orientierte Auslegung setzt sich mit den Überlegungen auseinander, die der Gesetzgeber beim Erlass der fraglichen Gesetzesbestimmung angestellt hat (BGE 124 III 321 E. 2 S. 324). Das historische Auslegungselement ist insoweit von besonderer Bedeutung, als nur es die Regelungsabsicht des Gesetzgebers aufzuzeigen vermag, die zusammen mit den zu ihrer Verfolgung getroffenen Wertentscheidungen verbindliche Richtschnur des Gerichts bleibt (BGE 140 III 206 E. 3.5.3 S. 213 f. mit Hinweisen). Die Beschwerdeführerin beruft sich in diesem Zusammenhang auf den Bericht der Expertenkommission zum Vorentwurf der SchKG-Revision vom Dezember 1981. Darin werde festgehalten, dass im Rechtsmittelverfahren nach Art. 278 Abs. 3 SchKG echte Noven geltend gemacht werden könnten. In seiner Botschaft zur SchKG-Revision habe der Bundesrat diese Ausführungen übernommen und auch nur die echten Noven aufgeführt; in der parlamentarischen Beratung sei diesbezüglich dem Entwurf des Bundesrates diskussionslos zugestimmt worden. "In diese Richtung" würden auch die zu dieser Rechtsfrage bisher ergangenen Bundesgerichtsurteile weisen, die jeweils auf die Botschaft zur SchKG-Revision vom 8. Mai 1991 verweisen.

In ihrem Bericht zum Vorentwurf der SchKG-Revision äussert sich die Expertenkommission nicht so klar, wie die Beschwerdeführerin glauben machen will. Die Kommission präsentiert das neue Einspracheverfahren als Verfahren, das "immer dann zur Anwendung kommen [kann], wenn die Voraussetzungen des Arrestes (Art. 272:Arrestgrund und Arrestgegenstand) nicht gegeben sind" (Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission für die Gesamtüberprüfung des SchKG an das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement vom Dezember 1981, S. 92). Mit Bezug auf Art. 278 Abs. 3

BGE 145 III 324 S. 341

SchKG schreiben die Experten wörtlich: "Abs. 3 behandelt die 'neuen' Tatsachen. Auch sog. echte Nova, d.h. Tatsachen, die nach dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind, können im Berufungsverfahren geltend gemacht werden" (a.a.O., S. 93). Indem die Autoren zuerst die neuen Tatsachen im Allgemeinen erwähnen und den darauf folgenden Satz mit dem Partikel "auch" einleiten, heben sie die echten Noven als Unterkategorie von neuen Tatsachen besonders hervor. Ein eindeutiger Hinweis darauf, dass nach der Meinung der Expertenkommission im Weiterziehungsverfahren vor der Rechtsmittelinstanz nur echte, nicht jedoch unechte Noven zulässig sein sollen, ist dieser Textstelle nicht zu entnehmen. Die Botschaft aus dem Jahr 1991 lässt keinen gegenteiligen Schluss zu. Dort steht geschrieben: "Auch sogenannte echte Nova ... können vor der oberen Instanz geltend gemacht werden" (Botschaft, a.a.O., S. 173). Ein direkter Bezug zur übergeordneten Kategorie der neuen Tatsachen fehlt hier. Das Wort "auch" wird im Sinne von "unter anderem" oder "ausserdem", also zum Zweck der (blossen) Ergänzung des vorstehenden Abschnitts verwendet, der den Inhalt von Art. 278 Abs. 3 SchKG allgemein beschreibt. Dieser Sinn von "auch" tritt in der französischen und italienischen Fassung der Botschaft ebenfalls zutage: "Il est également possible de faire valoir auprès de l'instance supérieure des fait[s] nouveaux proprement dits..." (Message du 8 mai 1991 concernant la révision de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, FF 1991 III 199 f.). "Possono essere invocati davanti all'istanza superiore anche i cosiddetti nova in senso proprio ..." (Messaggio dell'8 maggio 1991 concernente la revisione della legge federale sulla esecuzione e sul fallimento, FF 1991 III 124). Eine positive Aussage zur Frage der Zulässigkeit unechter Noven im Weiterziehungsverfahren lässt sich aus der Botschaft nicht herauslesen. Nach dem Gesagten ist der Beschwerdeführerin zu widersprechen, wenn sie aus der Art und Weise, wie in den erwähnten Gesetzesmaterialien (nur) von den echten Noven die Rede ist, im Sinne einer historischen Auslegung den Schluss ziehen will, dass der Gesetzgeber die Zulassung unechter Noven in Art. 278 Abs. 3 Satz 2 SchKG bewusst habe ausschliessen wollen. Wie das reichhaltige Schrifttum und die kantonale Rechtsprechung zeigen (E. 6.3-6.5), ist die Diskussion um die Zulassung unechter Noven im Weiterziehungsverfahren gegen den Arresteinspracheentscheid nicht erst in jüngerer Zeit, sondern schon kurz nach Inkrafttreten der BGE 145 III 324 S. 342

SchKG-Revision entbrannt. Der Gesetzgeber hätte es im Zuge der Einführung der Schweizerischen Zivilprozessordnung in der Hand gehabt, Art. 278 Abs. 3 Satz 2 SchKG nicht nur redaktionell an die ZPO anzupassen, sondern die darin enthaltene Novenregelung angesichts der festgestellten Unsicherheiten auch im von der Beschwerdeführerin verfochtenen Sinn zu verdeutlichen. Dies ist nicht geschehen. Unter dem Titel der historischen Auslegung muss es deshalb sein Bewenden damit haben, dass sich keine konkrete Regelungsabsicht des Gesetzgebers ausfindig machen lässt, die im Sinne einer historisch getroffenen Wertentscheidung klar dagegen spräche, im Anwendungsbereich von Art. 278 Abs. 3 Satz 2 SchKG unechte Noven zuzulassen.

6.6.4 Zusammenfassend legen die gesetzessystematischen und die teleologischen Überlegungen den

Schluss nahe, dass zu den "neuen Tatsachen", die gemäss Art. 278 Abs. 3 Satz 2 SchKG vor der Rechtsmittelinstanz geltend gemacht werden können, gleichermassen echte und unechte Noven zählen, wobei mit den Letzteren diejenigen Tatsachen und Beweismittel gemeint sind, die bereits vor dem Einspracheentscheid bestanden haben (E. 6.6 und 6.6.2). Die historische Auslegung fördert nichts zutage, was den Erkenntnissen aus der systematischen und teleologischen Auslegung widerspräche und eine auf echte Noven beschränkte Lesart dieser offen formulierten Norm als geradezu zwingend erscheinen liesse (E. 6.6.3). Die skizzierte Auslegung von Art. 278 Abs. 3 Satz 2 SchKG steht im Übrigen im Einklang mit zahlreichen Lehrmeinungen, die sich mit schlüssigen Argumenten für die Zulassung unechter Noven aussprechen (E. 6.3). Allein dass in Rechtsprechung und Lehre mit gewissen Argumenten auch die gegenteilige Meinung vertreten wird (E. 6.4), bedeutet nicht, dass der angefochtene Entscheid dem Verbot staatlicher Willkür (Art. 9 BV) zuwiderläuft. Der Nachweis, dass sich das Obergericht mit seiner Beurteilung der Rechtslage dem Vorwurf der Willkür aussetzt, gelingt der Beschwerdeführerin nicht. Entsprechend muss es mit der Entscheidung des Obergerichts, im Beschwerdeverfahren gegen den Arresteinspracheentscheid unechte Noven grundsätzlich zuzulassen, sein Bewenden haben. Die Beschwerde ist in diesem Punkt unbegründet. Was die Voraussetzungen angeht, unter denen die unechten Noven im Beschwerdeverfahren vorgebracht werden können, sind aus den dargelegten Gründen (E. 6.6.2 i.f.) die in Art. 317 Abs. 1 ZPO enthaltenen Regeln analog heranzuziehen. Das bedeutet zum einen, BGE 145 III 324 S. 343

dass die unechten Noven ohne Verzug vorgebracht werden müssen (vgl. Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO). Zum andern kann die Beschwerdeinstanz die unechten Noven nur berücksichtigen, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (vgl. Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Auch das Obergericht legt seiner Beurteilung dieselben Vorgaben zugrunde, will es die unechten Noven doch nur zulassen, sofern sie entschuldbar nicht bereits im Einspracheverfahren vorgetragen wurden und im Beschwerdeverfahren ohne Verzug vorgebracht werden. Die Beschwerdeführerin stellt die Berechtigung dieser Bedingungen zu Recht nicht in Frage. Sie wirft dem Obergericht lediglich vor, die Vorgaben im konkreten Fall willkürlich angewendet zu haben. Die Frage, bis zu welchem Verfahrenszeitpunkt die (echten oder unechten) Noven im Beschwerdeverfahren gegen den Arresteinspracheentscheid spätestens vorgebracht werden müssen, braucht hier nicht erörtert zu werden, zumal die Beschwerdeführerin diesbezüglich keinen Anstoss am angefochtenen Entscheid nimmt (vgl. dazu BGE 142 III 413 E. 2.2.3 ff. S. 415 ff.).