

# ius.focus

## Zivilprozessrecht

### Konversion eines unzulässigen in das zulässige Rechtsmittel

Art. 319 lit. b Ziff. 1, Art. 326 Abs. 1 ZPO

**Die Konversion eines unzulässigen Rechtsmittels in das zulässige – vorliegend die Entgegennahme und Beurteilung eines altrechtlichen Rekurses als neurechtliche Beschwerde – ist zulässig und gerechtfertigt, wenn der betroffenen Partei keine grobe Unsorgfalt vorgeworfen werden kann.** [17]

OGer ZH RB110008, Entscheid vom 2. November 2011

Der Kläger hatte beim Bezirksgericht Zürich gegen die Beklagte Klage auf Zahlung von CHF 1 587 817.33 zuzüglich Zins eingereicht. Mit Klageantwort hatte die Beklagte die Sicherstellung der Gerichtskosten und der Prozessentschädigung durch den Kläger beantragt. Das Bezirksgericht hatte diesen Antrag mit Beschluss vom 2. Februar 2011 gutgeheissen und dem Kläger gestützt auf § 73 Ziff. 3 ZPO ZH unter Androhung der Säumnisfolgen des Nichteintretens eine Frist von 20 Tagen zur Leistung einer Prozesskostensicherheit von CHF 86 000.– angesetzt.

Gegen diesen Beschluss reichte der Kläger fristgerecht ein von ihm als «Rekurs» bezeichnetes Rechtsmittel beim Obergericht des Kantons Zürich ein. Die Beklagte wandte in ihrer Beschwerdeantwort ein, der Kläger habe mit seinem Rekurs das falsche Rechtsmittel erhoben. Sie verneinte das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Konversion desselben in das eigentlich zulässige Rechtsmittel der (neurechtlichen) Beschwerde und brachte vor, ein solches Vorgehen würde ihre Rechte erheblich beeinträchtigen. Zwar seien die Rechtsmittelfristen für den altrechtlichen Rekurs und die neurechtliche Beschwerde zufällig identisch. Hingegen habe der Kläger nicht nur die falsche Rechtsmittelbezeichnung gewählt, sondern seine Eingabe entspreche auch sonst nicht den gesetzlichen Vorgaben. Die Beklagte habe sich daher mit einer umfangreichen Rechtsschrift und grossen Mengen an neuen (unzulässigen) Behauptungen bzw. neuen (unzulässigen) Rechtsmitteln auseinandersetzen müssen. Innert der ohnehin kurzen Frist von zehn Tagen

habe sie eine weitaus umfassendere Stellungnahme erstellen müssen, als dies im Beschwerdeverfahren üblicherweise erforderlich sei. Eine unrichtige Rechtsmittelbelehrung allein könne jedenfalls nicht für eine Konversion sprechen.

Das Obergericht hielt in seinem Entscheid einleitend fest, dass das neurechtliche Rechtsmittel die Beschwerde i.S.v. Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO sei und es sich beim vom Kläger eingereichte Rechtsmittel um einen altrechtlichen Rekurs handle. Es stellte fest, dass die Rechtsmittelbelehrung im vorinstanzlichen Entscheid falsch gewesen sei, und fasste die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Vertrauensschutz in Bezug auf unrichtige Rechtsmittelbelehrungen (Treu und Glauben im Hinblick auf die fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung, Negativvoraussetzung des Fehlens einer groben prozessualen Unsorgfalt) zusammen (vgl. z.B. ius.focus 2012, Nr. 92). Daraufhin gelangte es zum Ergebnis, dass dem Kläger keine als grob zu wertende Unsorgfalt vorgeworfen werden könne. Zwar sei er anwaltlich vertreten gewesen. Allerdings sei auf das vorinstanzliche Verfahren noch das altrechtliche Verfahren anwendbar gewesen und im Zeitpunkt der Anhebung des Rechtsmittels die Praxis zur Schweizerischen Zivilprozessordnung noch sehr dürftig gewesen. Im übrigen habe immerhin die Beklagte offenbar erkannt, dass sie sich in einem neurechtlichen Beschwerdeverfahren befinde. Entsprechend hätte sie mit Blick auf Art. 326 Abs. 1 ZPO nur zu den zulässigen Rügen des Klägers Stellung nehmen müssen. Die Konversion sei daher in der vorliegenden Konstellation zulässig und gerechtfertigt.

#### Kommentar

Der Entscheid äussert sich zur Frage, unter welchen Umständen – basierend auf einer falschen Rechtsmittelbelehrung – ein unrichtiges Rechtsmittel einer anwaltlich vertretenen Partei als das zulässige Rechtsmittel entgegengenommen werden kann. Kann der Partei keine grobe prozessuale Unsorgfalt vorgeworfen werden, steht einer Konversion grundsätzlich nichts entgegen. In Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 135 III 374 E. 1.2.2.2) hält das Obergericht fest, dass es bei der Frage, wann einer Partei eine als grob zu wertende Unsorgfalt vorgeworfen werden kann, jeweils auf die konkreten Umstände und die Rechtskenntnisse der Prozesspartei ankommt. Vorliegend war diesbezüglich entscheidend, dass es sich beim vorinstanzlichen Verfahren um ein altrechtliches und beim Rechtsmittelverfahren um ein neurechtliches Verfahren handelte, und dass die Praxis zur Schweizerischen Zivilprozessordnung noch relativ jung war. Dazu kommt, dass es sich beim Anfechtungsobjekt um eine prozessleitende Verfügung und nicht um einen (instanzabschliessenden) Endentscheid handelte. Mit Blick

auf den Übergang vom alten zum neuen Verfahrensrecht und die damit verbundenen Unsicherheiten – insbesondere im Zusammenhang mit den zulässigen Rechtsmitteln für verfahrensleitende und nicht verfahrensabschliessende Entscheide – sowie die fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung ist der Entscheid im Ergebnis sachgerecht, zumal er die Rechte der Beklagten nicht beeinträchtigt hat (vgl. REETZ, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Zürich 2010, Vorbem. zu Art. 308–318 N 51).

Gemäss Art. 405 Abs. 1 ZPO gilt für die Rechtsmittel das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheids in Kraft war (vgl. FREIBURGH/AUFHELDT, a.a.O., Art. 405 N 7). Es war anfangs umstritten, ob diese Übergangsbestimmung nur auf Entscheide anzuwenden ist, welche das Verfahren für die betreffende Instanz beenden, oder auch auf Vor-, Zwischen- und prozessleitende Entscheide. Nach SUTTER-SOMM/SEILER, a.a.O., Art. 404 N 10, und FREI/WILLISEGGER, BSK ZPO, Art. 404 N 12 und Art. 405 N 7, setzt ein Rechtswechsel voraus, dass das Verfahren vor der betroffenen Instanz zum Abschluss gekommen ist, weshalb das Anfechtungsobjekt ein Endentscheid sein müsse. Vor-, Zwischen- sowie prozessleitende Entscheide würden daher von dieser Regelung nicht erfasst. Andere Autoren sprechen sich für die Anwendung der Rechtsmittel der Schweizerischen Zivilprozessordnung gegen alle Entscheide aus, die nach dem 31. Dezember 2010 eröffnet wurden, unabhängig davon, ob sie das Verfahren vor der betreffenden Instanz abschliessen oder nicht (vgl. dazu DOMEJ, in: Oberhammer, Kurzkomentar ZPO, Basel 2010, Art. 405 N 3; DOMINIK GASSER, Schweizerische ZPO, Checkliste für Tag 1, Anwaltsrevue 6–7/2010, 256). Mittlerweile erscheint gefestigt, dass entsprechend der letzteren Lehrmeinung alle Entscheide den Rechtsmitteln gemäss Art. 405 ZPO unterstehen (vgl. ius.focus 2011, Nr. 277).

Der Hinweis des Obergerichts, die Gegenpartei, welche erkenne, dass ein unzutreffendes Rechtsmittel ergriffen wurde, müsse bloss auf die zulässigen Rügen reagieren, ist praxisfremd: Kein Anwalt, der seinen Beruf sorgfältig und gewissenhaft ausübt, kann letztlich das Risiko eingehen, gewisse Rügen der Gegenseite unbeantwortet zu lassen – auf die Gefahr hin, dass ihm das Gericht genau dies in der Folge vorhält.

Mit zunehmender Praxis zur Schweizerischen Zivilprozessordnung und der gleichzeitig abnehmenden Anzahl von Zivilprozessen, auf die sowohl alt- als auch neurechtliches Verfahrensrecht zur Anwendung kommt, dürfte die praktische Bedeutung dieses Entscheids allerdings gering sein.