

## Intertemporal anwendbares Verfahrensrecht im Rechtsmittelverfahren gegen vorsorgliche Massnahmen

Art. 405 Abs. 1 ZPO CH

**Die Anfechtung von nach dem 1. Januar 2011 ergangenen Entscheiden über vorsorgliche Massnahmen, welche unabhängig vom Hauptprozess beurteilt werden können, richtet sich nach der ZPO CH.** [152]

OGer ZH LA110009–0/Z 01, Verfügung vom 17. Februar 2011

Mit Beschluss vom 18. Januar 2011 hatte das Arbeitsgericht Zürich die provisorische Wiedereinstellung einer Arbeitnehmerin gestützt auf Art. 10 Abs. 3 GlG verfügt. Bei diesem Entscheid handelte es sich um eine vorsorgliche Massnahme i.S.v. Art. 262 ZPO CH, über welche unabhängig vom Hauptprozess entschieden wurde, die das Verfahren vor Arbeitsgericht jedoch nicht abschloss.

Gegen diesen Beschluss des Arbeitsgerichts führte die Arbeitgeberin Rekurs an das Obergericht des Kantons Zürich. Sie beantragte, dem Rekurs aufschiebende Wirkung zu erteilen, um damit die provisorische Wiedereinstellung der Beklagten zu verhindern. Ausserdem beantragte sie: «Es sei festzustellen, dass auf Zwischenentscheide das bisherige Verfahrensrecht gemäss Art. 404 ZPO anwendbar sei.»

Das Obergericht hielt fest, es bestehe kein Anspruch auf Feststellung des anwendbaren Verfahrensrechts, also auf abstrakte Beantwortung einer Rechtsfrage. Es musste sich aber natürlich dennoch mit der Frage des anwendbaren Verfahrensrechts befassen, weil nur nach dem alten Verfahrensrecht die Anfechtung von prozessleitenden Verfügungen des Arbeitsgerichts betreffend vorsorgliche Massnahmen mittels Rekurs möglich war (§ 271 Abs. 1 Ziff. 4 ZPO ZH). Nach dem neuen Recht sind derartige Verfügungen mittels Berufung anzufechten (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO CH).

Gemäss Art. 405 ZPO CH gilt für die Rechtsmittel dasjenige Recht, «das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist.» Das Obergericht hielt fest, dass dies nicht nur für Sach- und Prozessentscheide gelte, die eine Instanz abschliessen. Vorsorgliche Massnahmen bilden Gegenstand eines im Lichte von Art. 405 ZPO CH als eigenständig zu betrachtenden Verfahrens, «sofern sie unabhängig vom Hauptprozess beurteilt werden können.»

Das Gericht führte aus, dass sich seine beiden Zivilkammern «in einem Gedankenaustausch darauf verständigt [hätten], auf nach dem 1. Januar 2011 eröffnete Zwischenentscheide die Rechtsmittel des neuen Rechts anzuwenden.» Da der selbständige Beschluss über die vorsorgliche Wiedereinstellung am 18. Januar 2011 gefasst worden war,

hätte er entsprechend mittels Berufung i.S.v. Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO angefochten werden müssen.

Das Obergericht nahm den Rekurs allerdings als zulässige Berufung entgegen, da die Vorinstanz in ihrer Rechtsmittelbelehrung fälschlicherweise auf die Möglichkeit eines Rekurses hingewiesen hatte und sich ansonsten die Frage nach der Wiederherstellung der Rechtsmittelfrist gestellt hätte. Zudem wurden durch die Konversion des Rechtsmittels die Rechte der Arbeitnehmerin nicht beeinträchtigt.

Das Begehren auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung war von der Arbeitgeberin in erster Linie damit begründet worden, dass die Arbeitsstelle der Beklagten infolge einer Umstrukturierung gar nicht mehr existiere. Diese Behauptung rechtfertigte es allerdings laut dem Gericht nicht, der Berufung ausnahmsweise aufschiebende Wirkung zu erteilen; der in eine Berufung umgedeutete Rekurs der Arbeitgeberin wurde daher abgewiesen.

### Kommentar

Das Rechtsmittel zur Anfechtung eines nach Inkrafttreten der ZPO CH ergangenen selbständig anfechtbaren Entscheids muss sich mit Blick auf den Wortlaut von Art. 405 Abs. 1 ZPO CH stets nach dem neuen Verfahrensrecht richten.

Selbständige, das Hauptverfahren nicht abschliessende Entscheide über vorsorgliche Massnahmen sind mit Blick auf das anwendbare Verfahrensrecht gleich zu behandeln wie Sach- und Prozessentscheide, die das Verfahren abschliessen. Eine Differenzierung zwischen den beiden Entscheidformen mit Bezug auf das auf Rechtsmittel anwendbare Recht erschiene mit Blick auf Art. 405 Abs. 1 ZPO inkonsequent.

Weist die Vorinstanz in ihrer Rechtsmittelbelehrung fälschlicherweise auf ein altrechtliches Rechtsmittel hin, so ist eine Konversion des unrichtigen Rechtsmittels angezeigt, sofern dadurch die Rechte der Gegenpartei nicht beeinträchtigt und sämtliche formellen Voraussetzungen für das Rechtsmittel gemäss der ZPO CH erfüllt sind. Der Entscheid ist in diesem Sinn richtig ausgefallen.

Raphael Butz