

## Keine Perpetuierung der Rechtshängigkeit nach Art. 63 ZPO im Rechtsmittelverfahren

Art. 63 ZPO

**Art. 63 ZPO ist im Rechtsmittelverfahren nicht anwendbar. Wird trotz korrekter Rechtsmittelbelehrung anstelle der Ergreifung des Rechtsmittels das erstinstanzliche Gericht erneut angegangen, so löst dies keine Nachfrist aus, innert welcher das Rechtsmittel nachträglich trotzdem rechtzeitig eingereicht werden kann. [73]**

**KGer FR 101 2011–210, Cour d'appel civil, Entscheid vom 7. September 2011, RFJ 2011, 149**

Auf Antrag des Handelsregisters des Kantons Fribourg hatte der Präsident des Tribunal Civil Fribourg der X. GmbH unter Androhung der Auflösung Frist angesetzt, um gemäss Art. 727 Abs. 2 i.V.m. Art. 818 OR eine Revisionsstelle zu bestimmen. Die X. GmbH hatte die Frist ungenutzt verstreichen lassen. Der Präsident des Tribunal Civil Fribourg hatte daher die Auflösung der Gesellschaft beschlossen und das Konkursamt mit der Liquidation betraut.

Das Urteil war der X. AG am 22. Juni 2011 mit dem Hinweis zugestellt worden, dass innert zehn Tagen Berufung an das Tribunal Cantonal ergriffen werden könne. Mit Schreiben vom selben Tag hatte die X. GmbH dem Präsidenten des Tribunal Civil erklärt, sie wolle nicht aus dem Handelsregister gelöscht werden. Der Präsident des Tribunal Civil hatte mit Schreiben vom 29. Juni 2011 geantwortet, er könne seinen Entscheid nicht anpassen, doch stehe es der X. GmbH offen, gemäss Ziff. 4 des Urteils Berufung zu ergreifen.

Mit Eingabe vom 2. August 2011 focht die X. GmbH das Urteil an. Sie beantragte die Feststellung, dass sie über das notwendige Organ (Revisionsstelle) verfüge, die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und die Anweisung an das Konkursamt, die Liquidation einzustellen. Das Handelsregisteramt nahm mit Eingabe vom 17. August 2011 Stellung; es führte aus, dass die X. GmbH inzwischen wieder über eine eingetragene Revisionsstelle verfüge. Die X. GmbH selber begründete die Zulässigkeit und Rechtzeitigkeit ihrer Berufung damit, dass ihr Schreiben vom 22. Juni 2011 an den Präsidenten des Tribunal Civil als Eingabe an eine unzuständige Behörde zu werten sei. Demzufolge habe die dreissigtägige Frist gemäss Art. 63 ZPO erst mit Zustellung des Antwortschreibens vom 29. Juni 2011 zu laufen begonnen.

Das Kantonsgericht stellte in seinem Entscheid klar, dass der Meinung der Berufungsklägerin nicht gefolgt werden könne. Art. 63 ZPO sei im Gesetz systematisch im

vierten Titel unter «Rechtshängigkeit und Folgen des Klagerückzugs» eingegliedert, habe die Marginalie «Rechtshängigkeit bei fehlender Zuständigkeit und falscher Verfahrensart» und sehe inhaltlich u.a. vor, dass dann, wenn eine Eingabe, die mangels Zuständigkeit zurückgezogen oder auf die nicht eingetreten wurde, innert eines Monats seit dem Rückzug oder dem Nichteintretensentscheid bei der zuständigen Schlichtungsbehörde oder beim zuständigen Gericht neu eingereicht wird, das Datum der ersten Einreichung als massgebender Zeitpunkt für die Rechtshängigkeit gelte. Das Schreiben der X. GmbH vom 22. Juni 2011 an den Präsidenten des Tribunal Civil sei kein Rechtsmittel und weise auch keinen entsprechenden Titel auf. Ebenso sei die Antwort des Präsidenten vom 29. Juni 2011 kein Nichteintretensentscheid zufolge Fehlens der Zuständigkeit, sei doch die X. GmbH damit einzig nochmals auf die Möglichkeit zur Berufung verwiesen worden. Die X. GmbH könne sich schliesslich auch nicht auf ihre Gutgläubigkeit berufen. Der angefochtene Entscheid habe eine korrekte Rechtsmittelbelehrung mit Angabe der Adresse der Rechtsmittelinstanz enthalten. Zudem habe der Präsident des Tribunal Civil mit seinem Schreiben vom 29. Juni 2011 nochmals explizit darauf verwiesen. Die Rechtsmittelfrist sei zu diesem Zeitpunkt noch nicht verstrichen gewesen, sondern noch bis am 4. Juli 2011 weitergelaufen. Aus all diesen Gründen sei es offensichtlich, dass sich die Berufungsklägerin nicht auf Art. 63 ZPO berufen könne.

### Kommentar

Nach Art. 63 ZPO Abs. 1 und 2 ZPO kommt es bei Eingaben, die ursprünglich bei einem unzuständigen Gericht bzw. in der falschen Verfahrensart eingereicht worden sind und die mangels Zuständigkeit zurückgezogen wurden oder auf die nicht eingetreten worden ist, bei nachträglicher korrekter Einreichung innert Monatsfrist zu einer Perpetuierung der Rechtshängigkeit (P. SCHLEIFFER MARAIS, in: Baker McKenzie [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Handkommentar, Bern 2010, Art. 63 N 1; Botschaft ZPO, BBl 2006 7277).

Die systematische Platzierung von Art. 63 im vierten Titel «Rechtshängigkeit und Folgen des Klagerückzugs» macht deutlich, dass der Anwendungsbereich der Bestimmung auf Schlichtungsgesuche und Klagen zugeschnitten ist, die der Einleitung eines Verfahrens und somit dem Eintritt der Rechtshängigkeit dienen. Die Bestimmung bezweckt die Sicherstellung der Wirkung der Rechtshängigkeit im Falle fehlender Zuständigkeit oder falscher Verfahrensart. Durch die Falscheinreichung soll die Rechtshängigkeit nicht verloren gehen und insbesondere auch das entsprechende Klagerecht nicht verwirkt werden. Der Anwendungsbe-

reich der Bestimmung deckt sich mit jenem von Art. 62 ZPO (P. SCHLEIFFER MARAIS, a.a.O.; S. BERTI, in: Oberhammer [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomentar, Art. 63 N 1 und Art. 62 N 2; ZPO-Komm., F. BOHNET, Art. 63 N 1 ff.).

Die Situation im Rechtsmittelverfahren ist demgegenüber eine andere als jene, auf die Art. 63 ZPO zugeschnitten ist. Mit dem Rechtsmittel wird keine neue erstmalige Rechtshängigkeit bezweckt. Das Rechtsmittel dient der Überprüfung einer Entscheidung. Die Gefahr, bei einem unzuständigen Gericht oder im falschen Verfahren ein Rechtsmittel zu erheben, ist auch schon aufgrund der Rechtsmittelbelehrung weitgehend zu vernachlässigen. (Für unrichtige Rechtsmittelbelehrungen gilt zudem in gewissen Schranken ein Gutgläubensschutz.)

Vorliegend hatte die X. GmbH ein Rechtsmittel zu ergreifen und nicht ein neues Verfahren einzuleiten. Sie wurde sogar durch den Präsidenten des erstinstanzlichen Gerichts während laufender Rechtsmittelfrist nochmals auf das Rechtsmittel aufmerksam gemacht. Sie hat daher die Rechtsmittelfrist in Kenntnis aller Umstände verstreichen lassen. Dem Entscheid ist deshalb zuzustimmen.

Sacha Sekulic