

## Die Rechtsprechung im Kanton Zürich zur neuen ZPO

PD Dr. Peter Reetz / Sarah Hilber

*Die Darstellung soll einen Überblick über die Judikatur im Kanton Zürich zur neuen ZPO geben, zumal die Zürcher Gerichte bereits wesentlich rechtsfortbildend (vgl. Art. 1 Abs. 3 ZGB) tätig waren. Wo dies passend erschien, wurden die Entscheide mit kurzen Anmerkungen der Autoren versehen.*

### Inhaltsübersicht

- I. Entscheide zu Art. 1–307 ZPO
- II. Entscheide zu Art. 308–403 ZPO
- III. Entscheide zu Art. 404–408 ZPO
- IV. Entscheide zu Art. 174 SchKG

### I. Entscheide zu Art. 1–307 ZPO <sup>^</sup>

#### Zu Art. 5 Abs. 2 ZPO: Sachliche Zuständigkeit bei vertraglichen und lauterkeitsrechtlichen Ansprüchen

[Rz 1] **Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 29. Juli 2011 (LF110069-O/U; ZR 110/2011 Nr. 65), E. 2.3:** Beim Entscheid über die sachliche Zuständigkeit ist *ausschliesslich* auf die klägerischen Sachvorbringen abzustellen; die Vorbringen des Beklagten zur Sache (insbesondere auch Widerklagebegehren) sind für die Zuständigkeitsfrage irrelevant. Bei Massnahmebegehren hat sich das Gericht mit einer summarischen Prüfung der Zuständigkeit zu begnügen und es hat auf die Sache einzutreten, wenn es für dessen Behandlung nicht offensichtlich unzuständig ist.

[Rz 2] Streitigkeiten aus dem Gesetz über den unlauteren Wettbewerb (UWG) mit einem Streitwert von mehr als CHF 30'000 fallen in die Kompetenz des Handelsgerichts als einzige kantonale Instanz (Art. 5 Abs. 1 lit. d i.V.m. Art. 6 Abs. 4 lit. a ZPO und § 44 lit. a GOG). Die Zuständigkeit des Handelsgerichts umfasst auch die Anordnung vorsorglicher Massnahmen vor Eintritt der Rechtshängigkeit der Klage (Art. 5 Abs. 2 ZPO). Fraglich ist, ob das Handelsgericht oder das Einzelgericht (§ 24 lit. c GOG) zur Anordnung von vorsorglichen Massnahmen sachlich zuständig ist, wenn sowohl vertragliche als auch lauterkeitsrechtliche Ansprüche geltend gemacht werden bzw. wo und ob es diesfalls zu einer Kompetenzattraktion kommt oder nicht. Die II. Zivilkammer hielt dazu aufgrund der stark divergierenden Literaturmeinungen (Zusammenfassung in E. 2.3.7.2) fest, dass das *Einzelgericht* für vorsorgliche Massnahmen bei Konkurrenz von (primär) vertraglichen und (marginal) lauterkeitsrechtlichen Ansprüchen jedenfalls *nicht offensichtlich unzuständig* sei, weshalb es auf das Massnahmebegehren einzutreten hatte.

[Rz 3] **Anmerkungen:** 1. Das Obergericht hält in diesem Entscheid fest, dass nicht nur bei der Prüfung der örtlichen, sondern auch bei der Prüfung der sachlichen Zuständigkeit allein auf den klägerischen Sachvortrag abzustellen ist (vgl. dazu die Lehre von den sog. doppelrelevanten Tatsachen). 2. Als Unterschied zu berücksichtigen ist immerhin, dass die sachliche Zuständigkeit *zwingend* ist, währenddem die örtliche Zuständigkeit der Parteidisposition untersteht. 3. Nach der hier vertretenen Auffassung ist es zutreffend, dass bei Massnahmebegehren auch die Zuständigkeit (wie alle Fragen in solchen Verfahren) nur summarisch zu überprüfen ist. Dem widerspricht aber, wenn das Obergericht gleich im Anschluss an diese Feststellung zum Schluss gelangt, bei Massnahmebegehren sei auf die Sache (bereits dann) einzutreten, wenn keine offensichtliche

Unzuständigkeit vorliege: Erforderlich ist denn auch nicht bloss keine offensichtliche Unzuständigkeit, vielmehr ist die Zuständigkeit (immerhin) glaubhaft zu machen, was weitergehende Darlegungen des Massnahmegesuchstellers erfordert.

**Zu Art. 6 Abs. 5 ZPO: Unterschiedliche Auffassungen betreffend die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts als vorsorgliche Massnahme – Zuständigkeitskonflikt**

[Rz 4] **Entscheid des Einzelgerichts «Audienz» Zürich vom 15. Juni 2011 (ES110037-L):** Das Einzelgericht Zürich kam zum Schluss, dass in casu die Voraussetzungen einer handelsrechtlichen Streitigkeit i.S.v. Art. 6 Abs. 2 ZPO gegeben seien und dass somit für die Beurteilung der Klage um definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts sowie die damit verbundene Forderungsklage zwingend das Handelsgericht zuständig sei. Bei Vorliegen einer handelsrechtlichen Streitigkeit ist das Handelsgericht auch für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen vor Eintritt der Rechtshängigkeit zuständig (Art. 6 Abs. 5 ZPO). Weil die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts eine solche vorsorgliche Massnahme darstelle, erweise sich das Handelsgericht als sachlich zuständig, weshalb das Einzelgericht Zürich auf das Begehren nicht eintrat.

[Rz 5] **Entscheid des Einzelgerichts am Handelsgericht vom 16. Juni 2011 (HE110333):** Eine andere Auffassung vertrat das Einzelgericht am Handelsgericht, welches in der Folge auf ein Begehren betreffend Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ebenfalls nicht eintrat. Es kam zum Schluss, dass die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts keine vorsorgliche Massnahme i.S.v. Art. 6 Abs. 5 ZPO sei. Die Antwort gebe die ZPO selber: Das 5. Kapitel des 5. Titels («Summarisches Verfahren») der besonderen Bestimmungen der ZPO trage die Überschrift «Vorsorgliche Massnahmen und Schutzschrift» (Art. 261 ff. ZPO). Damit würden die vorsorglichen Massnahmen (gemäss Art. 261 ff. ZPO) klar abgegrenzt von anderen Geschäften des summarischen Verfahrens. Die Geschäfte des summarischen Verfahrens seien in Art. 248 ZPO aufgelistet, darunter auch die vorsorglichen Massnahmen (Art. 248 lit. d ZPO). In den Art. 249 ff. ZPO würden (nicht abschliessend) vom Gesetz bestimmte Fälle des summarischen Verfahrens (vgl. Art. 248 lit. a ZPO) aufgezählt, darunter auch die vorläufige Eintragung gesetzlicher Grundpfandrechte (Art. 249 lit. d Ziff. 5 ZPO). Darum handle es sich gemäss Auffassung des Einzelgerichts am Handelsgericht bei der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (aus systematischen Gründen) *gerade nicht* um eine vorsorgliche Massnahme i.S.v. Art. 248 lit. d ZPO, sondern um einen vom Gesetz bestimmten Fall i.S.v. Art. 248 lit. a ZPO. Dass im Bundesgesetz über das Bundesgericht (BGG) eine andere Begrifflichkeit anzutreffen sei, ändere nichts daran.

[Rz 6] **Verfügung der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 16. Juni 2011 (LF110065):** Die Präsidentin der II. Zivilkammer hatte über die Gewährung der aufschiebenden Wirkung einer Berufung zu entscheiden und musste dabei zuerst prüfen, ob es sich bei der provisorischen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts überhaupt um eine vorsorgliche Massnahme handelt (denn sonst kommt der Berufung ohnehin aufschiebende Wirkung zu, vgl. Art. 315 Abs. 1 und Abs. 4 lit. b ZPO). Die Präsidentin der II. Zivilkammer *bejahte das Vorliegen einer vorsorglichen Massnahme*.

[Rz 7] **Verfügung der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 30. Juli 2011 (LF110087-O/Z1), E. 2:** Auf ein Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung in einer Bauhandwerkerpfandrechtssache wurde eingetreten. Das Obergericht ging dabei davon aus, dass es

sich bei der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts um eine vorsorgliche Massnahme handle (Art. 315 Abs. 4 lit. b und Abs. 5 ZPO) – wäre es anderer Auffassung gewesen, so hätte es sich diese Frage (Eintretensfrage) nicht stellen müssen, denn diesfalls hätte bereits von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung bestanden (Art. 315 Abs. 1 ZPO).

[Rz 8] **Anmerkungen:** 1. In ihrem Entscheid vom 12. Juli 2011 (LF110073-O/Z2) hielt die Präsidentin der II. Zivilkammer fest, dass Einzelgericht (am Bezirksgericht) und Obergericht in dringenden Fällen «unter Protest» die superprovisorische Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten (in handelsrechtlichen Streitigkeiten) anordnen würden, damit nicht der Kanton Zürich die Durchsetzung von bundesrechtlichen Ansprüchen vereitle. 2. «Unter Protest» erfolgt die Anordnung einer Eintragung diesfalls, weil das Obergericht in solchen Konstellationen das Handelsgericht als zuständig erachtet. 3. Die Auffassung des Obergerichts entspricht auch der hier vertretenen Auffassung.<sup>1</sup>

#### **Zu Art. 53 Abs. 2 ZPO: Einschränkung des Akteneinsichtsrechts**

[Rz 9] **Beschluss der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 15. Juni 2011 (VR110002-O/U; ZR 110/2011 Nr. 46), E. 2.2:** Das Akteneinsichtsrecht kann gemäss Art. 53 Abs. 2 ZPO aus überwiegendem öffentlichen oder privaten Interessen eingeschränkt werden. Die Geltendmachung von ausschliesslich *prozesstaktischen Nachteilen* vermag dabei in der Regel keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen i.S.v. Art. 53 Abs. 2 ZPO zu begründen. Im vorliegenden Fall wurde dem Gesuchsgegner das Recht zur Akteneinsicht gewährt, nachdem der (sich dem widersetzende) Gesuchsteller das Begehren um Erlass superprovisorischer Massnahmen zurückgezogen hatte und nachdem das Verfahren zufolge Gegenstandslosigkeit abgeschlossen worden war.

#### **Zu Art. 56 ZPO: Umfang der gerichtlichen Fragepflicht mit Bezug auf Rechtsmittelanträge**

[Rz 10] **Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 21. Juni 2011, E. 3 (PF110013):** Die *mangelnde Bezifferung* des Rechtsmittelantrages durch eine anwaltlich vertretene Partei ist *kein Fall der gerichtlichen Fragepflicht* nach Art. 56 ZPO. Vorliegend hat der Anwalt die Bezifferung des Beschwerdeantrages bewusst unterlassen. Die gerichtliche Fragepflicht dient indes nicht dazu, Auswirkungen bewussten Verhaltens einer Partei rückgängig zu machen, wo sich dieses nachträglich als nachteilig auswirkt.<sup>2</sup>

[Rz 11] **Anmerkungen:** 1. Das Obergericht vertritt (implizit) die Auffassung, dass sich der Umfang der gerichtlichen Fragepflicht reduziert, wenn die betroffene Partei anwaltlich vertreten ist. Dies entspricht auch der allerneusten Rechtsprechung des Bundesgerichts<sup>3</sup>. 2. Das Gesetz selbst sieht indes eine solche Differenzierung zwischen anwaltlich vertretenen Personen und Laien nicht vor.<sup>4</sup>

#### **Zu Art. 63 ZPO: Diese Bestimmung ist auch bei fehlender sachlicher Zuständigkeit anwendbar**

[Rz 12] **Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 14. Februar 2011 (LF110011-O):** Die II. Zivilkammer des Obergerichts stellte hier fest, dass es mit dem Inkrafttreten der ZPO keine kantonalen Grundlagen mehr für eine Prozessüberweisung gebe. Auch die ZPO sehe keine entsprechende Bestimmung vor. Indes könne eine Partei, auf deren Eingabe nicht eingetreten

worden sei, innert eines Monats seit dem Nichteintretensentscheid die Eingabe beim zuständigen Gericht neu einreichen, wobei als Zeitpunkt der Rechtshängigkeit das Datum der ersten Einreichung gelte (Art. 63 ZPO).

[Rz 13] **Anmerkungen:** 1. Zunächst folgt aus diesem Entscheid (implizit), dass das Obergericht Art. 63 ZPO auch bei sachlicher Unzuständigkeit als anwendbar erachtet, denn im vorliegenden Fall wurde *infolge sachlicher Unzuständigkeit* nicht auf das klägerische Begehren eingetreten. 2. Demnach gilt: Art. 63 ZPO ist nicht nur bei örtlicher, sondern auch bei sachlicher, damit aber wohl auch bei *funktioneller* Unzuständigkeit anwendbar (auch letzteres muss so sein – wäre es anders, wäre dies nur durch einen veritablen Systembruch zu bewerkstelligen, vgl. dazu den nachfolgend besprochenen Entscheid). 3. Die Monatsfrist gemäss Art. 63 ZPO beginnt bereits mit dem Nichteintretensentscheid und nicht erst dann, wenn die Frist für dessen Anfechtung abgelaufen ist.

**Zu Art. 63 ZPO: Diese Bestimmung ist auch bei fehlender funktioneller Zuständigkeit anwendbar**

[Rz 14] **Urteil der I. Zivilkammer des Obergerichts vom 22. August 2011 (RT110073-O):** Eine Schuldnerin erhob im Nachgang zu einer erstinstanzlich erteilten provisorischen Rechtsöffnung eine Aberkennungsklage – dies tat sie allerdings beim Obergericht und nicht bei der dafür zuständigen ersten Instanz. Das Obergericht befand, dass es sachlich zur (erstinstanzlichen) Beurteilung von Aberkennungsklagen i.S.v. Art. 83 Abs. 2 SchKG nicht zuständig sei, weshalb auf die Klage nicht einzutreten sei. Indes sei die Schuldnerin darauf hinzuweisen, dass sie innert 20 Tagen seit dem obergerichtlichen Nichteintretensentscheid ihre Aberkennungsklage beim zuständigen Bezirksgericht neu einreichen könne (Art. 63 Abs. 3 ZPO i.V.m. Art. 83 Abs. 2 SchKG).

[Rz 15] **Anmerkungen:** 1. Das Obergericht spricht in diesem Entscheid davon, es sei *sachlich* nicht zuständig gewesen. Richtigerweise liegt vorliegend aber nicht ein Fall sachlicher, sondern ein Fall *funktioneller* Unzuständigkeit vor, denn die Schuldnerin hatte nicht unter mehreren einander gleichgeordneten Gerichten das falsche angerufen, sondern sie hatte innerhalb des gerichtlich zu durchlaufenden Instanzenzuges an der falschen Stelle «angedockt». 2. Entsprechend lässt sich festhalten, dass das Obergericht (hier allerdings die I. Zivilkammer) *Art. 63 ZPO auch in Fällen funktioneller Unzuständigkeit zur Anwendung bringt*.<sup>5</sup> 3. Zu beachten ist weiter, dass der Vorbehalt von Art. 63 Abs. 3 ZPO (Vorbehalt besonderer gesetzlicher Klagefristen nach dem SchKG) zur Folge hat, dass die gesetzliche «Nachfrist» diesfalls nicht einen Monat (so ordentlicherweise gemäss Art. 63 Abs. 1 ZPO), sondern (wesentlich) weniger (hier: 20 Tage) beträgt.

**Zu Art. 68 ZPO: Befugnis zur vertraglichen Vertretung im Prozess**

[Rz 16] **Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 19. Mai 2011 (PD110004-O/U), E. 1:** Die II. Zivilkammer des Obergerichts hat zunächst entschieden, dass als Vertreter i.S.v. Art. 68 ZPO *nur natürliche Personen* in Frage kommen.

[Rz 17] Art. 68 Abs. 2 lit. d ZPO bestimmt, dass beruflich qualifizierte Vertreterinnen und Vertreter zur Vertretung vor Miet- und Arbeitsgerichten berechtigt sind, soweit das kantonale Recht es vorsieht. Diese Bestimmung legt es den Kantonen nahe, die «berufliche Qualifikation» zu regeln. § 11 Abs. 2 lit. a des revidierten Anwaltsgesetzes des Kantons Zürich erlaubt Vertreterinnen und Vertretern im

Sinne von Art. 68 Abs. 2 lit. d ZPO die *berufsmässige* Vertretung («Tätigkeit im Bereich des Anwaltsmonopols», § 11 Abs. 2 in initio Anwaltsgesetz) vor Arbeits- und Mietgerichten in Verfahren bis zu einem Streitwert von CHF 30'000. In dieser Bestimmung (und auch sonst) werden jedoch keine Anforderungen an die von Art. 68 Abs. 2 lit. d ZPO verlangte «berufliche Qualifikation» gestellt. Das Obergericht fügte der Vollständigkeit halber weiter an, dass die Berechtigung zur Vertretung vor Miet- und Arbeitsgerichten auch die Vertretung vor den diesen Gerichten vorgelagerten Schlichtungsbehörden umfassen müsse (was aus der unklaren Formulierung von Art. 68 ZPO und § 11 Anwaltsgesetz nicht hervorgehe).

[Rz 18] **Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 30. Juni 2011 (PS110104), E. 4:** Art. 68 Abs. 2 lit. c ZPO verweist zur Vertretung in summarischen SchK-Verfahren (gemäss Art. 251 ZPO) auf Art. 27 SchKG. Dieser sieht vor, dass die Kantone die gewerbsmässige Vertretung der am Zwangsvollstreckungsverfahren Beteiligten regulieren können. § 11 Abs. 2 lit. b des Zürcher Anwaltsgesetzes *berechtigt Vertreter nach Art. 27 SchKG zur gewerbsmässigen Vertretung in summarischen SchK-Verfahren*. Als solche kommen dabei nur natürliche Personen in Frage.<sup>6</sup>

[Rz 19] **Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 16. August 2011 (PS110143-O/U), E. 1:** Art. 27 SchKG und Art. 68 ZPO regeln die *nichtberufsmässige* Vertretung nicht. Die nichtberufsmässige Vertretung unterliegt demnach keinen besonderen Beschränkungen. Eine juristische Person ist zur Vertretung anderer Personen in einem Prozess indes nicht befugt. Einer juristischen Person fehlt als Vertreterin in einem Prozess die Postulationsfähigkeit, was dazu führt, dass deren Eingaben und andere Vertretungshandlungen unwirksam sind. Der unwirksam vertretenen Partei ist eine kurze Nachfrist zu Behebung des Mangels – d.h. zur Genehmigung der bisherigen Handlungen – anzusetzen. Für die Zukunft kann sich dann die Partei selbst vertreten oder einen neuen (postulationsfähigen) Vertreter bestimmen.

#### **Zu Art. 91 ZPO: Bezifferung des Streitwertes durch die Parteien**

[Rz 20] **Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 12. Januar 2011 (NK100014-O/U):** Gemäss Art. 91 Abs. 2 ZPO können sich die Parteien auf einen Streitwert einigen, wenn das Rechtsbegehren nicht auf eine bestimmte Geldsumme lautet. Das Gericht setzt den Streitwert in diesem Fall nur dann selber fest, wenn die *Angaben der Parteien offensichtlich unrichtig* sind. Das Gericht hat folglich die Möglichkeit, den Streitwert bereits bei «offensichtlich unrichtigen» Angaben selber festzulegen und nicht erst bei Vorliegen von Rechtsmissbrauch. Die Bezifferung der Parteien kann somit unter weniger strengen Voraussetzungen hinterfragt werden als noch unter Geltung von § 22 Abs. 1 aZPO ZH.

#### **Zu Art. 91 ZPO: Organisationsmängel als vermögensrechtliche Streitigkeiten / Höhe des Streitwertes bei Organisationsmängeln**

[Rz 21] **Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 14. Februar 2011 (LF110011-O, ZR 110/2011 Nr. 30):** Ein Organisationsmangel i.S.v. Art. 731b und Art. 941a Abs. 1 OR war gemäss bisheriger Rechtsprechung der II. Zivilkammer entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung<sup>7</sup> keine vermögensrechtliche Streitigkeit. Im Lichte der neuen ZPO änderte die II. Zivilkammer nun ihre Rechtsprechung mit der Begründung, dass letztlich ein wirtschaftlicher Zweck, nämlich die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes und damit die Weiterführung der Geschäftstätigkeit

(Zweck) der Gesellschaft, verfolgt werde (E. 3.2; bestätigt mit Beschluss vom 1. März 2011, LF110017-O/U, E. 3.1).

[Rz 22] Gemäss Obergericht rechtfertigt es sich, bei Verfahren betreffend Organisationsmängel von Aktiengesellschaften zur Ermittlung des Streitwertes auf das *Aktienkapital der Gesellschaft* abzustellen. Dies erweise sich als sinnvoll, weil das Aktienkapital aus dem Handelsregisterauszug ersichtlich ist und das Gesetz zudem bei Nichtwiederherstellung des rechtmässigen Zustandes bezüglich der Organisation als letzte Massnahme die Auflösung der Gesellschaft vorsehe (Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR). Daraus folgt, dass für Organisationsmängel bei einer Aktiengesellschaft – das Aktienkapital muss bekanntlich mindestens CHF 100'000 betragen (vgl. Art. 621 OR) – die sachliche Zuständigkeit nicht beim Einzelgericht im summarischen Verfahren (§ 24 lit. c GOG), sondern beim Präsidenten des Handelsgerichts oder bei einem von ihm bezeichneten Mitglied liegt (§ 45 lit. c GOG; E. 3.3).

**Zu Art. 93 ZPO: Streitwert bei solidarisch belangten einfachen Streitgenossen: Die einzelnen Beträge sind zu addieren (was auch im Rechtsmittelverfahren und insbes. auch für erstinstanzlich nach der alten ZPO beurteilte Streitigkeiten gilt)**

[Rz 23] **(Zwischen-)Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 24. August 2011 (LB110028-O/Z03):** Bei Vorliegen einer einfachen (passiven) Streitgenossenschaft, welche sich aus Solidarschuldern zusammensetzt, liegen mehrere Klagen vor, und diese Klagen können gegen jeden einfachen (passiven) Streitgenossen, welcher Solidarschuldner ist, auch je separat erhoben und beurteilt werden. Dass die Leistung nur einmal erbracht werden soll (denn wird die Leistung erbracht, geht die Schuld unter), ändert daran nichts, zumal bei Solidarschuldern jeder einzeln zur Zahlung der ganzen Forderung verurteilt werden soll; darauf richten sich auch die entsprechenden Rechtsbegehren gegen die verschiedenen Solidarschuldner. Demnach sind i.S.v. Art. 93 Abs. 1 ZPO *bei der Berechnung des Streitwertes die im vorliegenden Prozess geltend gemachten Ansprüche zusammen zu zählen.*

[Rz 24] **Anmerkungen:** 1. Dieser Entscheid dürfte (schon fast) bahnbrechende Wirkungen haben. Den Autoren erschien er zwar im Ergebnis zunächst als unzutreffend, mit zunehmender Reflexion dann jedoch als sachgerecht. Warum dies? 2. Der Entscheid weicht vom bisher Bekannten, namentlich auch von der herrschenden Lehre, ab, wie die II. Zivilkammer unter Angabe von Belegstellen selbst einräumt. 3. Richtig ist dabei allerdings, wie dies die II. Zivilkammer zutreffend hervorgehoben hat, dass es in der Tat um verschiedene Ansprüche geht, welche auch in verschiedenen Prozessen (evtl. sogar an verschiedenen Orten!) mit diesfalls noch höheren Kosten- und Entschädigungsfolgen geltend gemacht werden könnten. Dazu ein Beispiel: Die Kosten und Entschädigungen in drei verschiedenen Verfahren mit einem Streitwert von je CHF 2 Mio. bei drei Solidarschuldern sind aufgrund der mit zunehmendem Streitwert degressiv verlaufenden Tarife höher als Kosten und Entschädigungen in einem einzigen Verfahren mit einem Streitwert von insgesamt CHF 6 Mio. 4. Der vorliegende Entscheid kann zur Folge haben, dass der Streitwert im Falle solidarisch belangter Streitgenossen vor Obergericht wesentlich höher ist, als dies die Parteien – etwa aufgrund der Kosten- und Entschädigungsfestsetzungen im Entscheid der ersten Instanz – erwartet haben. Konkret kann dies dazu führen, dass in entsprechenden Konstellationen Kostenvorschüsse für Gerichtskosten, aber auch Sicherheiten für Parteientschädigungen aufgrund des nun (neu) höheren Streitwertes wesentlich höher als eingeplant ausfallen und – wenn sie vom

Gericht vorerst unter Annahme nicht zu addierender Beträge (d.h. gemäss «alter» Praxis) verfügt wurden – vom Gericht nachträglich erhöht werden. 5. In Fällen von solidarisch belangten einfachen Streitgenossen hat sich in der Vergangenheit im Falle der Klageabweisung die Parteientschädigung für die einzelnen einfachen passiven Streitgenossen (Solidarschuldner) aufgrund der diese treffenden Obliegenheit, wo möglich arbeitsteilig vorzugehen<sup>8</sup>, häufig als zu tief erwiesen. Dies u.a. deshalb, da die (ausgehend vom Streitwert) entsprechend gewährten Erhöhungen der Parteientschädigungen, d.h. die entsprechenden Zuschläge, oftmals eher bescheiden ausfielen. Der vorliegend referierte Entscheid begeht den umgekehrten Weg, indem nämlich bereits der als Ausgangspunkt dienende Streitwert durch Addition aller Beträge erhöht wird, dann aber aufgrund des gemeinsamen Sachverhaltes und der einheitlichen rechtlichen Grundlage eine Senkung der sich aufgrund des (erhöhten) Streitwertes ergebenden Kosten (und damit notwendigerweise auch Entschädigungen) angestrebt wird. Es ist durchaus denkbar, dass diese Methode im Einzelfall zu besseren Ergebnissen führt als die «alte» Methode mit «normalem» bzw. tieferem Streitwert und entsprechenden Zuschlägen.

#### **Zu Art. 96 ZPO: Divergierende Praxen der I. und II. Zivilkammer bezüglich Gebühren in SchK-Summarsachen**

[Rz 25] Gemäss Art. 96 ZPO setzen die Kantone die Tarife für die Prozesskosten fest. Das Obergericht Zürich hat sich bereits mehrfach mit der Frage befasst, ob sich die *Prozesskosten für gerichtliche Angelegenheiten des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts* ebenfalls nach dem kantonalen Tarif oder nach der gestützt auf Art. 16 SchKG vom Bundesrat erlassenen Gebührenverordnung bestimmen. Dazu Folgendes:

[Rz 26] Nach Art. 1 lit. c ZPO regelt die ZPO das Verfahren für die gerichtlichen Angelegenheiten des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts – darunter auch das Rechtsöffnungs- und Konkurseröffnungsverfahren – abschliessend. Die Tarife für die Prozesskosten werden für sämtliche Verfahren nach der ZPO durch die Kantone festgesetzt (Art. 96 ZPO). Trotz dieser seit dem 1. Januar 2011 geltenden Regelung besteht die bundesrätliche Gebührenverordnung zum SchKG («GebVo SchKG»; SR 281.35) unverändert fort. Art. 48 GebVo SchKG regelt weiterhin die Tarife für das summarische Verfahren in SchK-Sachen.

[Rz 27] Die *I. Zivilkammer des Obergerichts* entschied mit Urteil vom 8. Februar 2011 (RT110010-O/U; ZR 110/2011 Nr. 28) betreffend Rechtsöffnung, dass die Gebührenregelungen gemäss Art. 16 SchKG bzw. der GebVo SchKG der Ordnung von Art. 95 und 96 ZPO als *leges speciales* vorgehen (E. 5.1). Als Begründung führte die I. Zivilkammer an, dass das SchKG für gerichtliche Verfahren durchaus gewisse Spezialregelungen enthalte, so für das Rechtsöffnungsverfahren in Art. 84 Abs. 2 SchKG, was daher auch eine Ausnahme bei den Gebühren rechtfertige (E. 5.1).

[Rz 28] Zum gegenteiligen Schluss kam die *II. Zivilkammer des Obergerichts* mit Verfügung vom 23. Februar 2011 (PS110024-O/Z01, ZR 110/2011 Nr. 35), E. 2, betreffend Konkurseröffnung: Sie entschied, dass Art. 48 GebVo SchKG nicht mehr anzuwenden sei, da es der GebVo SchKG an einer gesetzlichen Grundlage fehle, nachdem neu gerichtliche Angelegenheiten des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts (abschliessend) von der ZPO geregelt würden. Entsprechend komme Art. 96 ZPO zur Anwendung und die Tarife (auch) für die Prozesskosten in summarischen Verfahren in SchK-Sachen seien daher neu (abschliessend) durch das kantonale Recht – im Kanton Zürich durch die

Gerichtsgebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG, LS 211.11) – geregelt. Die II. Zivilkammer hielt weiter fest, die Gebührenverordnung des Obergerichts müsse so bald als möglich angepasst werden und sie sei vorderhand so anzuwenden, dass keine überhöhten Gebühren resultierten. Die Konkursgerichte sollen sich bei der Konkursöffnung einstweilen auf eine Gebühr von wenigen Hundert Franken beschränken.

[Rz 29] Die II. Zivilkammer hat ihre Rechtsprechung (Anwendbarkeit der kantonalen Gerichtsgebührenverordnung auf Summarverfahren des SchKG) mit Urteil vom 6. Juli 2011 (PS110095-O/U), E. 2.1, bestätigt.

**Zu Art. 113 ZPO: Anwendbarkeit dieser Bestimmung auch für Rechtsmittelverfahren gegen Entscheide aus dem Schlichtungsverfahren**

[Rz 30] **Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 23. Juni 2011 (PD110005-O/U), E. 2:** Art. 113 Abs. 1 ZPO sieht vor, dass im Schlichtungsverfahren [ungeachtet des Streitgegenstandes] keine Parteientschädigungen gesprochen werden. Bei Streitigkeiten [unter anderem] aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen sowie aus landwirtschaftlicher Pacht werden im Schlichtungsverfahren zudem keine Gerichtskosten auferlegt (Art. 113 Abs. 2 lit. c ZPO). *Diese Regelungen von Art. 113 ZPO gelten dabei gemäss Entscheid des Obergerichts auch für das Rechtsmittelverfahren.*

[Rz 31] **Anmerkungen:** 1. Diese Regelung gilt nur in Rechtsmittelverfahren *gegen Entscheide aus dem Schlichtungsverfahren* (z.B. bei Rechtsmitteln gegen prozessleitende Verfügungen aus dem Schlichtungsverfahren bei Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen, vgl. Art. 113 Abs. 2 lit. c ZPO). 2. In «gewöhnlichen» Rechtsmittelverfahren gegen erstinstanzliche gerichtliche Entscheide, z.B. bei Anfechtung eines erstinstanzlichen gerichtlichen Entscheides betreffend Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen, gelten dagegen die üblichen Regeln (wobei allerdings die Gerichtskostenbefreiungen von Art. 114 ZPO auch im Rechtsmittelverfahren gelten).

**Zu Art. 122 Abs. 1 lit. b ZPO: Unentgeltliche Rechtspflege im Schlichtungsverfahren – Rechtsmittel und Rechtsmittelzug**

[Rz 32] **Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 6. Oktober 2011 (RU110035-O/U), E. 2.3:** Der Vize-Präsident des Obergerichts hatte einem Gesuchsteller für das Schlichtungsverfahren vor dem Friedensrichter die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt. Bezüglich der Rechtsmittelmöglichkeiten hielt das Obergericht Folgendes fest:

[Rz 33] Ob gegen Entscheide des Obergerichtspräsidenten ein kantonales Rechtsmittel zur Verfügung steht, ist nicht ohne Weiteres klar. Es ist allerdings problematisch, wenn das kantonale Recht ohne Not im Rahmen seiner Organisationshoheit eine bestimmte Materie dem oberen Gericht zuweist und so das Rechtsmittel abschneidet. Da das Obergericht Berufungs- und Beschwerdeinstanz in Zivilsachen ist (§ 48 GOG), ist daher auf das Rechtsmittel einzutreten.

[Rz 34] **Anmerkungen:** 1. Gemäss § 128 GOG entscheidet die Präsidentin oder der Präsident des Obergerichts über Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege vor Einreichung der Klage beim Gericht. Da das Bundesrecht keine Ausnahme vom Prinzip der «double instance» (vgl. dazu Art. 75 Abs. 2

BGG) vorsieht, muss gegen entsprechende Entscheide des Obergerichtspräsidiums auf kantonaler Ebene ein Rechtsmittel – in der Konsequenz also ein Rechtsmittel an eine entsprechende Kammer des Obergerichts – zur Verfügung stehen. Dem Entscheid des Obergerichts ist daher zuzustimmen. 2. Wird die unentgeltliche Rechtspflege ganz oder teilweise abgelehnt oder entzogen, so kann der Entscheid gemäss Art. 121 ZPO *mit Beschwerde* angefochten werden. Das Rechtsmittel der Beschwerde steht dabei nach der hier vertretenen Auffassung ganz allgemein gegen Entscheide im Zusammenhang mit der unentgeltlichen Rechtspflege zur Verfügung (so etwa auch gegen Entscheide, mit denen die Kosten der unentgeltlichen Rechtspflege des Schlichtungsverfahrens der Gemeinde auferlegt werden wie im vorliegenden Fall). 3. Das Obergericht ist daher im Ergebnis zu Recht auf die erhobene Beschwerde eingetreten.

#### **Zu Art. 122 Abs. 2 ZPO: Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsvertreters der obsiegenden Partei**

[Rz 35] **Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts Zürich vom 1. Juli 2011 (PF110018)**: Die II. Zivilkammer des Obergerichts hat entschieden, dass im Falle des Obsiegens der unentgeltlich prozessführenden Partei die *Entschädigung direkt dem Vertreter der obsiegenden Partei zuzusprechen* ist.<sup>9</sup>

#### **Zu Art. 132 ZPO: Keine Nachfrist bei fehlender Bezifferung des Rechtsmittelantrages**

[Rz 36] **Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 21. Juni 2011 (PF110013), E. 3**: Die *mangelnde Bezifferung des Rechtsmittelantrages ist kein verbesserungsfähiger Mangel* im Sinne von Art. 132 ZPO.

#### **Zu Art. 137 ZPO: Abwesenheit des Rechtsvertreters bei der Zustellung**

[Rz 37] **Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 16. August 2011 (NA110036-O/U), E. 3**: In einem Verfahren vor der II. Zivilkammer, in welchem es um die Entlassung aus einer fürsorglichen Freiheitsentziehung ging (vgl. Art. 397b ZGB), ersuchte der Rechtsvertreter des Gesuchstellers das Gericht darum, den *Entscheid infolge seiner Abwesenheit zurückzuhalten*. Die II. Zivilkammer hielt dazu fest, dass darauf keine Rücksicht genommen werden könne, da das Verfahren mit grösster Beschleunigung geführt werden müsse. Sollte die Einzelrichterin (erste Instanz) während der Abwesenheit des Anwalts einen Termin für die mündliche Verhandlung ansetzen oder auch nur absprechen wollen und würde sie der Auffassung sein, dass eine anwaltliche Vertretung notwendig sei, so habe sie *dem Gesuchsteller von Amtes wegen einen anderen Anwalt zu bestellen*.

#### **Zu Art. 145 ZPO sowie §§ 177 ff. und 187 ff. GOG: Fristenlauf in den gerichtlichen Verfahren der fürsorglichen Freiheitsentziehung und bei Rechtsmitteln gegen familienrechtliche Entscheide des Bezirksrates – und auch bei SchKG-Beschwerdeverfahren**

[Rz 38] **Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 30. Juni 2011 (NQ110028-O/Z01), E. 1**: Das Obergericht befasste sich mit der Frage, ob die Fristen in den *gerichtlichen Verfahren der fürsorglichen Freiheitsentziehung* und bei *Rechtsmitteln gegen familienrechtliche Entscheide des Bezirksrates* während der Gerichtsferien still stehen.

[Rz 39] Gemäss §§ 184 Abs. 1 und 187 GOG kommen die Rechtsmittel der ZPO zur Anwendung und das Verfahren richtet sich unter Vorbehalt der Bestimmungen in den §§ 184 ff. und 187 ff. GOG nach Art. 308 ff. ZPO. Durch den Verweis auf Art. 308 ff. ZPO über das Berufungsverfahren gelten auch die allgemeinen Bestimmungen der ZPO als kantonales Verfahrensrecht (z.B. Vorschusspflicht nach Art. 98 ZPO). Das GOG sieht für Rechtsmittel gegen Entscheide des Bezirksrates in familienrechtlichen Angelegenheiten bzw. gegen Entscheide betreffend fürsorgerische Freiheitsentziehung Rechtsmittelfristen von 10 bzw. 5 Tagen vor (§ 188 Abs. 1 und 185 Abs. 1 GOG). Das GOG enthält jedoch – im Gegensatz zu § 140 aGVG – keine Regelung des Fristenlaufes während der Gerichtsferien. Das Obergericht hielt dazu fest, dass die beiden Verfahren nach dem Willen des Gesetzgebers wie die Summarverfahren rasch und vordringlich zu behandeln seien. Dies ergebe sich daraus, dass der Gesetzgeber kurze Rechtsmittelfristen von 10 bzw. 5 Tagen vorgesehen habe. Gemäss Obergericht liegt hier eine sog. «Fahrlässigkeitslücke» vor, welche das Gericht durch das Aufstellen einer geeigneten Regel zu schliessen habe. Das Obergericht entschied in der Folge, dass die *Regel von Art. 145 Abs. 2 ZPO*, wonach die *Fristen während der Gerichtsferien nicht still stehen*, in den (gerichtlichen) Verfahren über die fürsorgerische Freiheitsentziehung sowie in den Rechtsmittelverfahren nach den §§ 187 ff. GOG (d.h. bei Rechtsmitteln gegen familienrechtliche Entscheide des Bezirksrates) *als kantonales Recht* gelte. Die Parteien seien darauf hinzuweisen (Art. 145 Abs. 3 ZPO analog).

[Rz 40] **Anmerkungen:** 1. Das Obergericht hält fest, dass der Fristenlauf (auch) während der Gerichtsferien in *gerichtlichen* Verfahren über die fürsorgerische Freiheitsentziehung allgemein (also nicht nur bei der Ergreifung eines Rechtsmittels gegen einen Entscheid betreffend fürsorgerische Freiheitsentziehung) gilt. Dies ist sachgerecht, denn ein gerichtliches Verfahren liegt diesfalls bereits vor erster Instanz vor. 2. Demgegenüber ist es gemäss Obergericht so, dass der Fristenlauf (auch) während der Gerichtsferien mit Bezug auf familienrechtliche Entscheide des Bezirksrates *nur im Rechtsmittelverfahren* gilt. Auch dies hat einen sachlichen Grund: Diesfalls entscheidet nämlich als Vorinstanz der Bezirksrat, d.h. es liegt vor dem Bezirksrat gar kein gerichtliches Verfahren vor, weshalb die *Gerichtsferien ohnehin nicht gelten* (wobei überdies das GOG das Verfahren vor dem Bezirksrat auch gar nicht regelt) – d.h. im Ergebnis verhält es sich gleich wie bei gerichtlichen Verfahren betreffend die fürsorgerische Freiheitsentziehung. 3. Auf Beschleunigung bedacht ist die II. Zivilkammer des Obergerichts auch mit Bezug auf SchKG-Beschwerdesachen<sup>10</sup>: Sie hielt fest, dass – in analoger Weise – auch das Verfahren der betriebsrechtlichen Beschwerde (Art. 17 ff. SchKG) von der Geltung der Gerichtsferien auszunehmen sei; d.h. auch hier laufen sämtliche Fristen während der Gerichtsferien – und zwar vor der unteren wie auch vor der oberen kantonalen Aufsichtsbehörde (Bezirksgericht und Obergericht).

#### **Zu Art. 149 ZPO: Anwendungsbereich dieser Bestimmung betr. Ausschluss von Rechtsmitteln gegen Wiederherstellungsentscheide**

[Rz 41] **Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 7. Oktober 2011 (NG110010-O/U):** Die Bestimmung von Art. 149 ZPO, wonach das Gericht über Wiederherstellungsgesuche *endgültig* entscheidet (und mithin *keine kantonalen Rechtsmittel möglich* sind), dient der Verfahrensökonomie bzw. der Vermeidung einer Prozessverschleppung. Deshalb schliesst Art. 149 ZPO nur ein Rechtsmittel gegen den selbständigen Wiederherstellungsentscheid *während des Verfahrens* aus. Der Endentscheid kann aber immer angefochten werden, und dabei kann auch eine im Laufe des Verfahrens verweigerte Wiederherstellung als Verfahrensfehler (nämlich als Verletzung von Art. 148

ZPO) gerügt werden. In diesem Sinne muss auch eine Ablehnung des Wiederherstellungsgesuches *nach* dem Endentscheid (Art. 148 Abs. 3 ZPO) mit einem Rechtsmittel anfechtbar sein. Das Argument der Prozessökonomie kann dann nicht mehr greifen, und der Ablehnungsentscheid ist hinsichtlich der Zulässigkeit eines Rechtsmittels wie ein Endentscheid in der Sache zu behandeln.

[Rz 42] **Anmerkungen:** 1. In der Sache (Zulässigkeit von Rechtsmitteln gegen Wiederherstellungsentscheide *nach* dem Endentscheid) ist dem Entscheid zuzustimmen. 2. Das diesfalls zu ergreifende Rechtsmittel ist die Berufung, da kein Ausschlussgrund gemäss Art. 309 ZPO vorliegt. 3. Präzisierend ist beizufügen, dass nach dem Endentscheid die Berufung nicht nur gegen abgelehnte, sondern (aus Gründen der Rechtsmittelparität) auch gegen gutgeheissene Wiederherstellungsgesuche zur Verfügung stehen muss.

#### **Zu Art. 154 ZPO: Kein Beweisauflagebeschluss**

[Rz 43] **Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 3. Januar 2011 (NG100021/U; ZR 110/2011 Nr. 7):** Die Beweisverfügung gemäss Art. 154 ZPO übernimmt die Funktion des zürcherischen Beweisabnahmebeschlusses bzw. der entsprechenden Beweisabnahmeverfügung.<sup>11</sup> Nach der ZPO gibt es indes keinen Beweisauflagebeschluss mehr, stattdessen erlässt das Gericht stets direkt einen Beweisabnahmebeschluss bzw. eine Beweisabnahmeverfügung (E. 2.2).

#### **Zu Art. 221 ZPO: Zu einer vollständigen Parteibezeichnung gehört die vollständige Adresse, was auch im Rechtsmittelverfahren gilt**

[Rz 44] **Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 8. Juni 2011 (PS110082-O/Z01):** Zu einer gehörigen Klage- bzw. Rechtsmitteleinleitung gehört nach Art. 59 i.V.m. Art. 321 ZPO eine vollständige Parteibezeichnung. Zu einer vollständigen Parteibezeichnung wiederum gehört die *vollständige Adresse* (Art. 221 Abs. 1 lit. a ZPO). Dabei genügt die blossе Bezeichnung des Postfachs (ohne Angabe der Wohnadresse) nicht. Das Obergericht setzte dem Beschwerdeführer daher eine 5-tägige Frist, um die Adresse bekannt zu geben; dies mit dem Hinweis, dass bei Säumnis auf die Beschwerde nicht eingetreten würde (Art. 132 ZPO).

[Rz 45] **Anmerkung:** Wird die Adresse in einer *Klage* nicht bzw. nicht vollständig angegeben, würde ebenfalls eine Nachfrist gesetzt und bei Säumnis auf die Klage nicht eingetreten. Das Obergericht sieht die vollständige Parteibezeichnung inklusive vollständiger Adresse als Prozessvoraussetzung i.S.v. Art. 59 ZPO an.

#### **Zusammenspiel von Art. 243 Abs. 2 lit. c und Art. 257 ZPO («Mietrecht-Spezial»)**

[Rz 46] **Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 1. Juli 2011 (PF110018; ZR 110/2011 Nr. 54):** Das Obergericht hatte über das *Zusammenspiel des (vereinfachten) mietrechtlichen Verfahrens i.S.v. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO und des Ausweisungsverfahrens gemäss Art. 257 ZPO (Rechtsschutz in klaren Fällen)* zu befinden. Im zu beurteilenden Fall hatte die Mieterschaft die Kündigung bei der Schlichtungsbehörde fristgerecht angefochten und die Vermieterschaft verlangte ihrerseits kurz danach die Ausweisung im summarischen Verfahren in der Form des Rechtsschutzes in klaren Fällen.

[Rz 47] Bislang bestimmte Art. 274g aOR, dass der Ausweisungsrichter in einem solchen Fall auch über die Kündigungsanfechtung befinden musste, wobei er dies bei Überweisung eines Verfahrens durch das Mietgericht mit voller Kognition, ohne Überweisung jedoch nur mit der Kognition des Summarrichters zu tun hatte. Mit Inkrafttreten der Schweizerischen ZPO wurde Art. 274g aOR ersatzlos gestrichen. Das Obergericht hielt daher die folgenden, für mietrechtliche Verfahren wegweisenden Grundsätze fest:

(i) Eine Sperrwirkung des Kündigungsschutzverfahrens gemäss Art. 64 Abs. 1 lit. a ZPO hinsichtlich des Ausweisungsverfahrens bestehe nicht, da keine identischen Streitgegenstände vorliegen würden (Kündigung und Ausweisung sind nicht das Gleiche).

(ii) Das Obergericht entschied, dass aufgrund der unterschiedlichen Verfahrensarten eine *Überweisung des mietrechtlichen Kündigungsschutzverfahrens (vereinfachtes Verfahren) in das summarische Ausweisungsverfahren* – wie dies nach Art. 274g aOR möglich war – ohne eine besondere gesetzliche Grundlage und nur gestützt auf die allgemeinen Vorschriften von Art. 125 ff. ZPO *nicht in Frage komme* (E. 4). Stellt allerdings der Vermieter das Ausweisungsbegehren ebenfalls im vereinfachten Verfahren – was sich empfiehlt, wenn die Verhältnisse unklar sind und daher ein Gesuch im Rechtsschutz in klaren Fällen gemäss Art. 257 ZPO als nicht sinnvoll erscheint –, so steht einer Vereinigung der Verfahren nichts im Wege (Art. 125 lit. c ZPO). Eine solche Konstellation lag indes im zu beurteilenden Fall nicht vor.

(iii) Das Obergericht *lehnte weiter eine Sistierung des (summarischen) Ausweisungsverfahrens bis zur rechtskräftigen Erledigung des mietrechtlichen Kündigungsschutzverfahrens (vereinfachtes Verfahren) gestützt auf Art. 126 Abs. 1 ZPO ab* (E. 5). Die Natur des summarischen Verfahrens spreche dagegen und eine Sistierung des Ausweisungsverfahrens wäre nur dann in Betracht zu ziehen, wenn berechnigte Interessen der Parteien sonst nicht berücksichtigt werden könnten (was jedoch nicht der Fall sei).

(iv) Das Obergericht kam aufgrund der Ablehnung der Überweisung ins summarische Verfahren einerseits sowie der Ablehnung der Sistierung des Ausweisungsverfahrens andererseits zum Schluss, dass die *Kündigungsanfechtung im summarischen Verfahren als Vorfrage zu überprüfen* sei (E. 6). Der Mieter habe dabei entsprechende Anträge zu stellen und die Grundlagen für die vorzunehmende Überprüfung beizubringen. Gegenüber dem früheren Rechtszustand gemäss Art. 274g aOR bestehe indes die Einschränkung, dass die Überprüfung im Ausweisungsverfahren wegen der summarischen Natur desselben *nicht mit voller Kognition* erfolgen könne. Dadurch werde der Mieter indes nicht benachteiligt; schliesslich entscheide das Gericht nur dann über das Ausweisungsbegehren, wenn ein klarer Fall vorliege bzw. die Voraussetzungen von Art. 257 Abs. 1 ZPO erfüllt seien. Bei einem Nichteintretensentscheid im summarischen Ausweisungsverfahren könne der Vermieter bei der Schlichtungsbehörde und danach vor Mietgericht im vereinfachten Verfahren erneut die Ausweisung beantragen, und zwar unter Aufrechterhaltung der Rechtshängigkeit gemäss Art. 63 Abs. 2 ZPO; ebenfalls könne der Vermieter im vom Mieter eingeleiteten Verfahren betreffend Kündigungsschutz Widerklage erheben.

(v) Das Obergericht befasste sich in E. 7 weiter mit der Frage, ob bei einem pendenten Ausweisungsverfahren, in welchem die Kündigung vorfrageweise überprüft wird, das

*mietrechtliche Verfahren sistiert* werden soll (Art. 126 ZPO). Das Obergericht liess die Frage offen, führte jedoch folgende Argumente für bzw. gegen eine Sistierung ins Feld: Nach der II. Zivilkammer spricht rein dogmatisch Einiges dagegen, dass der Hauptprozess (mietrechtlicher Kündigungsschutz im vereinfachten Verfahren) sistiert wird, nur weil in einem anderen Verfahren (summarisches Ausweisungsverfahren) der Streitgegenstand des Hauptprozesses als Vorfrage geklärt werden muss. Dass das mietrechtliche Verfahren das summarische Ausweisungsverfahren «überhole», sei zwar theoretisch denkbar, jedoch praktisch wohl kaum realistisch, weil das summarische Verfahren (in der Regel) erheblich schneller abgeschlossen werde. Als Argument für eine Sistierung führte die II. Zivilkammer an, dass zum einen unnötige Kosten durch paralleles Tätigwerden zweier Gerichte vermieden werden könnten. Zum andern könne eine Sistierung des mietrechtlichen Verfahrens auch dann von Vorteil sein, wenn nach einem Nichteintretensentscheid wegen Illiquidität im summarischen Verfahren die Ausweisungsfrage im mietrechtlichen Verfahren eingebracht werde. Dann nämlich sei es von Vorteil, wenn sich das mietrechtliche Verfahren noch im Anfangsstadium befindet – Widerklagen bzw. Vereinigungen würden dadurch begünstigt.

#### **Art. 261 / 265 ZPO: Superprovisorische Massnahme als Bestandteil des vorsorglichen Massnahmeverfahrens**

[Rz 48] **Beschluss der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 15. Juni 2011 (VR110002-O/U; ZR 110/2011 Nr. 46):** Ein Gesuchsteller zog sein Gesuch um Erlass von superprovisorischen Massnahmen zurück, nachdem ihm der Audienzrichter mitgeteilt hatte, die Voraussetzungen zum Erlass einer superprovisorischen Massnahme seien nicht gegeben. Das Audienzrichteramt schrieb daraufhin das Verfahren um Erlass vorsorglicher Massnahmen zufolge Rückzugs des Begehrens als gegenstandslos ab und stellte die Verfügung beiden Parteien zu. Die Gesuchsgegnerin stellte ein Akteneinsichtsgesuch, welches der Präsident des Bezirksgerichts bewilligte. Die Verwaltungskommission des Obergerichts als Rekursinstanz (gemäss VRG) hielt dazu Folgendes fest:

[Rz 49] Beim superprovisorischen Massnahmeverfahren handelt es sich um einen *Bestandteil des vorsorglichen Massnahmeverfahrens* und somit nicht um ein selbständiges Verfahren. Der Entscheid über Dringlichkeitsbegehren i.S.v. Art. 265 ZPO ist folglich ein *prozessleitender Entscheid*. Die Regel von Art. 265 Abs. 2 ZPO, wonach das Gericht bei erfolgter superprovisorischer Anordnung einer Massnahme die Gegenpartei unverzüglich anzuhören und danach ebenso unverzüglich zu entscheiden hat, ist grundsätzlich auch zu berücksichtigen, wenn das beantragte Superprovisorium verweigert wird.<sup>12</sup> Das Vorgehen der Vorinstanz, das Verfahren mit einem Entscheid betreffend die vorsorglichen Massnahmen abzuschliessen, war folglich korrekt (E. 1.1). Weiter kam die Verwaltungskommission zum Schluss, dass aus Art. 265 Abs. 2 ZPO nicht abgeleitet werden könne, dass bei einer Abweisung des Gesuchs um superprovisorische Massnahmen ein kontradiktorisches Verfahren ausgeschlossen sei (E. 1.3).

[Rz 50] **Anmerkungen:** 1. Es trifft nur teilweise zu, dass der Entscheid über ein Dringlichkeitsbegehren gemäss Art. 265 ZPO (= Entscheid über ein Gesuch um Erlass einer superprovisorischen Massnahme) als prozessleitender Entscheid anzusehen ist: Soweit mit einem solchen Entscheid (auch) das Verfahren fortgeführt wird (etwa indem nebst der Gutheissung/Verweigerung des Superprovisoriums zu einer Verhandlung vorgeladen oder Frist zur

schriftlichen Stellungnahme gesetzt wird, vgl. Art. 265 Abs. 2 ZPO), ist der Entscheid entsprechend prozessleitender Natur. Soweit aber in einem solchen Entscheid eine *superprovisorische Massnahme gewährt oder verweigert* wird, hat er *Erkenntnischarakter* und hat daher in Urteilsform zu ergehen (vgl. § 135 Abs. 1 GOG). 2. Bei Verweigerung eines Superprovisoriums hat nach der hier vertretenen Auffassung das Einzelgericht in bestimmten Konstellationen (namentlich bei Vereitelungsgefahr) den Rechtsmittelweg (Berufung) zu eröffnen.<sup>13</sup>

### **Zu Art. 261, 263 und 308 ZPO: Zuständigkeit des Massnahmegerichts auch nach Anhängigmachen des Hauptprozesses und daraus sich ergebendes separates Rechtsmittelverfahren für die Überprüfung der vorsorglichen Massnahme**

[Rz 51] **Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 30. Mai 2011 (LF110030-O/U):** Nach § 229 aZPO ZH fiel mit Anhängigmachen des Hauptprozesses die Zuständigkeit des Massnahmegerichts dahin, und der ordentliche Richter war für die Aufhebung oder Änderungen der vorsorglichen Massnahme zuständig. Der Schweizerischen Zivilprozessordnung ist eine derartige Bestimmung wie § 229 aZPO ZH jedoch fremd. Die II. Zivilkammer des Obergerichts folgerte daraus, dass das *angerufene Massnahmegericht auch nach Anhängigmachen des Hauptprozesses zuständig bleibt und dessen Entscheid auch bezüglich der Rechtsmittel ein eigenes Schicksal hat* und behält, womit das Obergericht zur Überprüfung einer vorsorglichen Massnahme im Rechtsmittelverfahren zuständig sei (E. 3). Das Obergericht führt als Begründung an, was folgt: (i) Andernfalls wäre eine vorprozessuale vorsorgliche Massnahme keiner Überprüfung zugänglich: Entweder entfielen nämlich die Zuständigkeit der Rechtsmittelinstanz, weil innert Frist Prosequierungsklage erhoben wird oder aber die vorprozessuale vorsorgliche Massnahme falle mangels rechtzeitiger Prosequierung dahin, was wiederum dazu führen würde, dass (meistens) das Rechtsschutzinteresse an einer Klage fehlen würde. (ii) Der Rechtsmittelanspruch des Berufungsklägers bzw. (wenn der Streitwert nicht erreicht wird; vgl. Art. 308 Abs. 2 ZPO) des Beschwerdeführers an der Überprüfung der vorsorglichen Massnahme ist nach Ansicht des Obergerichts auch deshalb hoch zu werten, weil ein solcher im Gesetz explizit vorgesehen ist (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO; siehe auch Art. 319 lit. a ZPO). (iii) Überdies führt das Obergericht an, dass im Rechtsmittelverfahren eine andere Prüfung vorgenommen werde, als dies im Rahmen eines Abänderungs- oder Aufhebungsverfahrens gemäss Art. 268 ZPO geschieht. Insbesondere kann nur im Rechtsmittelverfahren überprüft werden, ob die Vorinstanz zum damaligen Zeitpunkt eine vorsorgliche Massnahme zu Recht angeordnet hat oder nicht.

## **II. Entscheide zu Art. 308–403 ZPO ^**

### **Rechtsverzögerungsbeschwerde bei vormundschaftlichen Verfahren**

[Rz 52] **Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 5. Mai 2011 (PQ110002-O/U):** Die Schweizerische Zivilprozessordnung findet auf das vormundschaftliche Verfahren keine unmittelbare Anwendung (Art. 1 lit. b ZPO e contrario). Im Kanton Zürich regeln § 187 ff. GOG das Rechtsmittel gegen familienrechtliche Entscheide (Art. 90–456 ZGB) des Bezirksrates. § 187 GOG erklärt die *Rechtsmittel der ZPO* für anwendbar. Das Verfahren richtet sich demnach nach Art. 308 ff. ZPO (Berufung oder Beschwerde). Die ZPO nennt sodann in Art. 319 lit. c ZPO die *Fälle der Rechtsverzögerung* ausdrücklich als *Anfechtungsobjekt der Beschwerde*. Die Beschwerdefrist beträgt 10 Tage (§ 188 Abs. 1 GOG).

[Rz 53] Die II. Zivilkammer des Obergerichts hielt dazu fest, dass die Beschwerde nicht nur dann möglich sei, wenn der Bezirksrat materiell entscheide, sondern auch gegen einen Nichteintretensentscheid desselben, in welchem er seine Unzuständigkeit feststellt (E. 1.3). Der unter der alten ZPO ZH gespaltene Rechts(mittel)weg, wonach das Obergericht grundsätzlich konkrete materielle Entscheide (von Bezirksräten) im Rechtsmittelverfahren überprüfte und die regierungsrätliche Direktion des Innern dagegen allgemeine Aufsichtskompetenzen wahrnahm, entfällt somit. Die *Rechtsverzögerungsbeschwerde* ist daher neu ein *förmliches Rechtsmittel* und kein Rechtsbehelf mehr, was vor allem bezüglich Kosten von Bedeutung ist (E. 1.2). Die Kosten richten sich folglich neu nach der Gerichtsgebührenverordnung des Obergerichts.<sup>14</sup>

#### **Zu Art. 308 ff. / 319 ff. ZPO: Beschwerde als Rechtsmittel im (in einer Beweisaufnahme bestehenden) Rechtshilfverfahren – Beschwerdefrist?**

[Rz 54] **Beschluss und Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 18. Juli 2011 (LU110003-O/U), E. 3:** Die II. Zivilkammer entschied, dass den Parteien des Hauptprozesses die *Beschwerde* gegen Anordnungen eines um Beweisaufnahme ersuchten erstinstanzlichen Gerichts, welche die Beweisaufnahme regeln, zur Verfügung steht. Den Beweisaufnahmeanordnungen des ersuchten Gerichts komme dabei prozessleitender Charakter zu. Mit Blick auf diesen prozessleitenden Charakter, die Dringlichkeit von Rechtshilfverfahren sowie Art. 321 Abs. 2 ZPO erschien dem Obergericht die *Beschwerdefrist von 10 Tagen*, welche der Einzelrichter vorgesehen hatte, durchaus als haltbar.

[Rz 55] **Anmerkung:** 1. Das Obergericht deutet hier – obiter dicta – an, dass es in allen Fällen von Art. 319 lit. b ZPO die *zehntägige Beschwerdefrist* von Art. 321 Abs. 2 ZPO zur Anwendung zu bringen gedenkt. D.h. die zehntägige Frist gemäss Art. 321 Abs. 2 ZPO soll offenbar insbesondere auch in den (allen) Fällen von Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO gelten (vorliegend galt es, einen solchen Fall – genau: einen Fall gemäss Art. 167 Abs. 3 ZPO – zu entscheiden). 2. Aus Gründen der Vorsicht ist daher aus Sicht des Anwaltes in allen Fällen von Art. 319 lit. b ZPO von einer zehntägigen Beschwerdefrist (Art. 321 Abs. 2 ZPO) auszugehen.

#### **Zu Art. 308 ZPO: Anfechtungsobjekt**

[Rz 56] **Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 3. März 2011 (LB110007-O/U; ZR 110/2011 Nr. 48), E. 3.2:** Mit der Prozessüberweisung tritt das Gericht gleichzeitig auf die Klage nicht ein, weshalb der Entscheid bei einem Streitwert von mindestens CHF 10'000 berufungsfähig und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen ist (Art. 238 lit. f ZPO). Mit der Berufung sind nicht nur Sachentscheide, sondern auch prozessuale Endentscheide (Nichteintretensentscheide) anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO).

#### **Zu Art. 311, 317 und Art. 321 ZPO: Erfordernis eines Antrages und einer Begründung bei Rechtsmitteln; Novenrecht bei Geltung der Untersuchungsmaxime**

[Rz 57] **Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 22. August 2011 (PF110034-O/U):** Gilt die Untersuchungsmaxime, ist Art. 317 ZPO nicht anwendbar, und *neue Behauptungen und Beweismittel sind auch vor Obergericht zulässig*.<sup>15</sup> Unabhängig von der anwendbaren

Verfahrensmaxime muss das Rechtsmittel einen *Antrag und eine Begründung* enthalten, wobei die diesbezüglichen Anforderungen an Laien tiefer sind als an anwaltlich vertretene Personen. Ist letzteres nicht der Fall (d.h. fehlt ein Antrag oder die Begründung), tritt das Obergericht auf ein Rechtsmittel nicht ein; dies gilt auch dann, wenn das Verfahren der Untersuchungsmaxime unterliegt. Eine rechtsgenügeliche Begründung setzt (bei Laien) eine minimale (d.h. wenigstens ansatzweise) Auseinandersetzung mit dem Entscheid der Vorinstanz voraus.

[Rz 58] **Anmerkungen:** 1. Es ist wohl davon auszugehen, dass das Obergericht von anwaltlich vertretenen Personen (zu Recht) wesentlich mehr als nur eine minimale (ansatzweise) Auseinandersetzung mit dem Entscheid der Vorinstanz verlangt, damit es eine rechtsgenügeliche Begründung annimmt. 2. Nach der hier vertretenen Auffassung ist indes die Unterscheidung zwischen Eingaben von Laien und von Anwälten nicht sachgerecht, da sonst ein Laie, welcher «verdeckt» von einem Anwalt beraten (oder gar durch Ausformulierung eines von einem Anwalt als «Ghostwriter» verfassten Rechtsmittels unterstützt) wird, bevorzugt würde. Der Gesetzgeber hat jedenfalls eine solche unterschiedliche Strenge bei der Prüfung der Zulässigkeitsvoraussetzungen eines Rechtsmittels, je nachdem, wer dessen Urheber ist, nicht vorgesehen. 3. Richtigerweise ist (auch bei Laien) zu verlangen, dass sich das Rechtsmittel mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzt in dem Sinn, dass die konkreten Anordnungen und/oder Erwägungen der Vorinstanz kritisiert werden.<sup>16</sup> 4. Im SchKG-Beschwerdeverfahren gilt vor der oberen kantonalen Aufsichtsbehörde infolge des Verweises von § 84 GOG auf Art. 319 ff. ZPO (Beschwerde) auch Art. 326 ZPO, womit diesfalls Noven vor Obergericht nicht zulässig sind. Das Novenverbot gilt dabei trotz Untersuchungsmaxime (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 2 SchKG). 5. Der hier referierte Entscheid der II. Zivilkammer steht – bezüglich Geltung des Novenrechts im Berufungsverfahren bei der Untersuchungsmaxime – im Widerspruch zum Urteil der I. Zivilkammer des Obergerichts vom 27. Mai 2011 (LA110019); die I. Zivilkammer ging in diesem Entscheid (wo es allerdings um den Fall einer vor erster Instanz säumigen Partei ging, siehe dazu PETER REETZ/SARAH HILBER, in: Thomas Sutter/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich 2010, Art. 317 N 65 und 70) von der (unter Vorbehalt von Art. 317 Abs. 1 ZPO) grundsätzlichen Unzulässigkeit von Noven im Berufungsverfahren auch bei Geltung der Untersuchungsmaxime (jedenfalls bei Geltung der sozialen Untersuchungsmaxime) aus. Dazu Folgendes: Nach der hier vertretenen Auffassung<sup>17</sup> ist dem Entscheid der II. (und nicht der I.) Zivilkammer zuzustimmen, denn die Zulässigkeit von Noven im Berufungsverfahren bei Geltung der Untersuchungsmaxime ergibt sich hinreichend deutlich im Lichte der gesamten Entstehungsgeschichte von Art. 317 ZPO, währenddem das von der I. Zivilkammer angerufene Argument – eigenständige Regelung von Art. 317 ZPO in den parlamentarischen Beratungen – hier deshalb nicht geteilt wird, da *in den parlamentarischen Beratung die Geltung des Novenrechts im Berufungsverfahren bei Geltung der Untersuchungsmaxime kein Thema mehr war bzw. da stillschweigend von der Fortgeltung des während der Entstehungsgeschichte der ZPO unbestrittenen Grundsatzes ausgegangen wurde, dass bei Geltung der Untersuchungsmaxime Noven auch im Berufungsverfahren unbeschränkt bzw. bis zum Beginn der Urteilsberatung zulässig sind* (eine Änderung dieses Grundsatzes war nicht beabsichtigt, vgl. Protokoll der Rechtskommission des Ständerates vom 26./27. März 2007, S. 27, und Protokoll der Rechtskommission des Ständerates vom 4. Mai 2007, S. 6).<sup>18</sup>

**Zu Art. 312 Abs. 2 ZPO / Art. 314 Abs. 1 ZPO: Frist für die Beantwortung von Rechtsmitteln als gesetzliche und nicht erstreckbare Frist; Gleichbehandlungsgrundsatz (und Konsequenz für**

**SchKG-Beschwerdeverfahren)**

[Rz 59] **Verfügung der I. Zivilkammer des Obergerichts vom 17. Februar 2011 (LA110009-O/Z01), E. 5:** Die Frist für die Berufungsantwort ist im Gesetz vorgesehen und beträgt 30 Tage im ordentlichen und im vereinfachten und 10 Tage im summarischen Verfahren (Art. 312 Abs. 2 ZPO und 314 Abs. 1 ZPO). Diese Fristen sind als *gesetzliche Fristen nicht erstreckbar*.

[Rz 60] **Verfügung der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 2. August 2011 (PS110127-O/Z02):** Die Fristen zur Beantwortung der Rechtsmittel sind durch das Gesetz definiert (Art. 312 Abs. 2, 314 und 322 ZPO) und somit nicht erstreckbar (Art. 144 Abs. 1 ZPO). Mit der gesetzlichen Fixierung der Antwortfristen soll insbesondere die *Gleichbehandlung* der Parteien im Rechtsmittelverfahren erreicht werden. Im *betreibungsrechtlichen Beschwerdeverfahren* sind Beschwerdeentscheide des Bezirksgerichts innert 10 Tagen an die obere Aufsichtsinstanz (Obergericht) weiterzuziehen; Art. 319 ff. ZPO sind sinngemäss anwendbar (§ 84 GOG). Aufgrund dieses Verweises auf Art. 319 ff. ZPO ist auch die Frist zur Beantwortung einer Beschwerde als eine gesetzliche, d.h. eine nicht erstreckbare Frist anzusehen. Nach dem Grundsatz der ZPO, die allfällige Antwortfrist gleich zu bemessen wie die Frist zum Weiterzug, muss sie zehn Tage betragen, entsprechend der Frist in Art. 18 SchKG.

**Zu Art. 315 Abs. 1 ZPO: Hat eine zu spät eingereichte Berufung aufschiebende Wirkung?**

[Rz 61] **Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 12. Oktober 2011 (LF110114-O/Z01), E. 2:** Die Berufung hat nach dem Wortlaut des Gesetzes per se aufschiebende Wirkung (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Ob eine *zu spät* eingereichte Berufung diesbezüglich grundsätzlich anders zu beurteilen ist (und damit keine aufschiebende Wirkung hat), kann zumindest nicht ganz ausgeschlossen werden.

[Rz 62] **Anmerkungen:** 1. Das Obergericht scheint «tendenziell» eher der Auffassung zu sein, dass eine zu spät eingereichte Berufung – ebenso wie alle anderen unzulässigen Berufungen – ebenfalls aufschiebende Wirkung hat. 2. Nach der hier vertretenen Auffassung ist dagegen zu unterscheiden: Grundsätzlich zeitigen auch unzulässige Berufungen einen Suspensiveffekt. Dies gilt jedoch nicht für verspätete Berufungen – diese haben keine aufschiebende Wirkung<sup>19</sup>, was sich aus der besonderen Natur dieses Unzulässigkeitsgrundes ergibt. 3. Bestehen allerdings Zweifel, ob eine Berufung verspätet eingereicht worden ist oder nicht, so rechtfertigt es sich auch nach der hier vertretenen Auffassung, einer Berufung *einstweilen* aus Gründen der Rechtssicherheit *explizit* aufschiebende Wirkung zu gewähren, wie dies das Obergericht vorliegend getan hat.

**Zu Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 ZPO: Rückweisung bei einer nicht entschiedenen, jedoch von Amtes wegen zu behandelnden Frage**

[Rz 63] **Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 8. August 2011 (LC110028-O/U; ZR 110/2011 Nr. 70), E. 3.1 und 3.2:** Die Einzelrichterin hat es bei der Neuregelung der elterlichen Sorge unterlassen, zu prüfen, ob eine Beistandschaft für das Kind in Frage kommt. Sie hat daher einen wesentlichen Punkt nicht beurteilt, den sie von Amtes wegen hätte beurteilen müssen. Wenn aber über eine von Amtes wegen zu behandelnde Frage nicht entschieden wurde, ist die *Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen*, wie bei einem nicht behandelten Punkt der Klage (Art. 318 Abs. 1 lit.

c Ziff. 1 ZPO).

**Zu Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO: Der geltend gemachte nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil ist abzuwägen gegen die Verfahrensverzögerung, welche durch die Beschwerde entsteht**

[Rz 64] **Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 11. Oktober 2011 (PF110056-O/U):** Der drohende nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil i.S.v. Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO kann nach der Literatur *auch tatsächlicher Natur, muss aber erheblich* sein – und das Eintreten auf die Beschwerde unter dem Aspekt der Interessen des Beschwerdeführers ist abzuwägen gegen die Verzögerung des Verfahrens, welche mit der Beschwerde verbunden ist.

[Rz 65] **Anmerkungen:** 1. Das Obergericht scheint hier (zu Recht) derjenigen Lehrmeinung folgen zu wollen, welche als Voraussetzung für das Eintreten auf eine Beschwerde i.S.v. Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO einen *tatsächlichen Nachteil* genügen lässt. Diese Rechtsprechung ist demnach (richtigerweise) anders als die bundesgerichtliche Praxis zu Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG, wonach ein nicht wieder gutzumachender Nachteil i.S.v. Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG *rechtlicher Natur* sein muss, was nach dem Bundesgericht voraussetzt, dass er sich auch mit einem späteren günstigen Endentscheid nicht oder nicht gänzlich beseitigen lässt.<sup>20</sup> 2. Die durch das Obergericht Zürich angekündigte Praxis steht im Widerspruch zu derjenigen des Obergerichts Zug, welches als Eintretensvoraussetzung im Rahmen von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO einen rechtlichen Nachteil verlangt<sup>21</sup>, was nach dem Gesagten aber den Rechtsschutz zu stark einschränkt und daher als zu streng erscheint.

**Zu Art. 319 ff. / 328 ff. ZPO: Anfechtung von Dispositionsakten (Erledigung durch Vergleich) – Welches Rechtsmittel ist zu ergreifen?**

[Rz 66] **Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 4. März 2011 (PD110003-O/U, ZR 110/2011, Nr. 35), E. 2.1:** Die Anfechtung einer «Erledigung ohne Entscheid» (Art. 241 und 242 ZPO) ist im Gesetz nur sehr rudimentär geregelt. Art. 328 Abs. 1 lit. c ZPO sieht die Revision vor, wenn geltend gemacht wird, dass die Klageanerkennung, der Klagerückzug oder der gerichtliche Vergleich unwirksam ist. Das Obergericht hielt zu den Anfechtungsmöglichkeiten bei Erledigung durch Vergleich Folgendes fest: (i) Wird geltend gemacht, die *Parteierklärung* sei *zivilrechtlich unwirksam*, ist dies mit *Revision* geltend zu machen. Als Revisionsgrund kommen vor allem Willensmängel nach Art. 21 ff. OR in Frage. (ii) Betrifft die Beanstandung einer Partei nur die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen, die so (wie sie im Erledigungsentscheid aussieht) nicht im (tatsächlich getroffenen) Vergleich vereinbart wurde (vgl. in diesem Zusammenhang Art. 109 ZPO), steht die *Beschwerde* zur Verfügung (Art. 110 ZPO). (iii) Ist streitig, ob die Parteierklärung tatsächlich oder formell gültig abgegeben wurde (z.B. ob der Vertreter bevollmächtigt war), so geht die Rüge auf die Erledigung an sich; gleich verhält es sich, wenn die Gegenstandslosigkeit im Sinne von Art. 242 ZPO umstritten ist. Die Abschreibung eines in solcher Weise «ohne Entscheid» erledigten Prozesses ist nach den allgemeinen Regeln mit *Berufung* anzufechten (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO) oder in einer vermögensrechtlichen Sache mit einem Streitwert von weniger als CHF 10'000 mit *Beschwerde* (Art. 308 Abs. 2 und 319 lit. a ZPO).

[Rz 67] **Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 16. Juni 2011 (PE110014), E. 4:** Gemäss Gesetzestext sind grundsätzlich nur rechtskräftige Entscheide der Revision zugänglich (vgl. Art. 328 Abs. 1 ZPO). Würde auf dem Erfordernis eines rechtskräftigen Entscheids beharrt, hätte dies

zur Folge, dass eine Partei, deren *Dispositionsakt auf einem Willensmangel beruht*, die ordentliche Rechtsmittelfrist abwarten müsste, bevor sie Revision erheben könnte. Gemäss Obergericht kann dies nicht Sinn und Zweck von Art. 328 Abs. 1 lit. c ZPO und vom Gesetzgeber so nicht gewollt sein. Daher sind *Revisionsbegehren auch dann vom Gericht zu behandeln, wenn der Entscheid zum Zeitpunkt des Eingangs des Revisionsgesuches noch nicht in Rechtskraft erwachsen ist*. Das Obergericht bestätigte weiter, dass Revision zu erheben ist bei Geltendmachung eines irrtümlich erfolgten Rückzuges eines Widerklagebegehrens (Fall von Art. 328 Abs. 1 lit. c ZPO).

#### **Zu Art. 321 Abs. 1 ZPO: Pflicht zur Stellung eines Rechtsmittelantrages in der Sache (Bezifferung)**

[Rz 68] **Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 21. Juni 2011 (PF110013):** Art. 321 Abs. 1 ZPO sieht vor, dass die Beschwerde bei der Rechtsmittelinstanz innerhalb der Rechtsmittelfrist schriftlich und begründet einzureichen ist. Die *Pflicht zur Stellung von Rechtsmittelanträgen* geht zwar aus dem Wortlaut von Art. 321 ZPO nicht explizit hervor, sie ergibt sich jedoch gemäss Obergericht aus der Pflicht zur Begründung der Beschwerde, denn diese setzt entsprechende (zu begründende) Rechtsmittelanträge voraus.<sup>22</sup>

[Rz 69] Im zu entscheidenden Fall erhob eine Partei Kostenbeschwerde nach Art. 110 ZPO mit dem Antrag auf Festsetzung einer «angemessenen» Gerichtsgebühr. Die Beschwerde wirkt gemäss Obergericht bei Gutheissung grundsätzlich kassatorisch, bei Spruchreife kann die Beschwerdeinstanz jedoch in reformatorischer Weise einen Sachentscheid treffen (Art. 327 Abs. 3 lit. a und b ZPO). Das Obergericht hielt zunächst fest, dass ein Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Entscheides und Rückweisung an die Vorinstanz allenfalls genügen könne, wenn nur ein kassatorischer Entscheid in Frage komme; indes sei ein *Antrag in der Sache erforderlich, wenn die Sache bei Spruchreife von der Rechtsmittelinstanz entschieden werden könne*. Konkret kam ein Sachentscheid bei der erhobenen Kostenbeschwerde klar in Frage, weshalb die beschwerdeführende Partei dazu verpflichtet gewesen wäre, einen Antrag in der Sache zu stellen, welcher bei Gutheissung der Beschwerde zum Entscheid hätte erhoben werden können. Der blosser Antrag auf Ansetzung einer «angemessenen» Gerichtsgebühr reichte dabei nicht aus, vielmehr wäre eine *Bezifferung erforderlich gewesen* (E. 2). Im Ergebnis trat daher das Obergericht nicht auf die Beschwerde ein.

[Rz 70] Ergänzend stellte das Obergericht weiter fest, dass die mangelnde Bezifferung des Rechtsmittelantrages nicht in die Kategorie der innert einer gerichtlichen Nachfrist verbesserungsfähigen Mängel von Art. 132 ZPO falle.<sup>23</sup> Zudem liegt gemäss Obergericht auch kein Fall der gerichtlichen Fragepflicht vor.<sup>24</sup>

[Rz 71] **Anmerkungen:** 1. Das Obergericht stellte in diesem Entscheid demnach klar, dass zum Inhalt einer Beschwerdeschrift jedenfalls dann ein Antrag in der Sache gehört, wenn die Möglichkeit besteht, dass die Beschwerde nicht nur kassatorisch, sondern auch reformatorisch wirken kann. Das Obergericht schwenkt damit auf die Linie von BGE 133 III 489 ein, wo das Bundesgericht auf eine Beschwerde in Zivilsachen, welche einen blossen Aufhebungsantrag, jedoch keinen Antrag in der Sache enthalten hat, nicht eingetreten ist. Die Pflicht (genauer: Obliegenheit) zur Stellung eines Antrages in der Sache muss dabei erst recht auch im Rahmen der Berufung (Art. 308 ff. ZPO) gelten. 2. Nur praktisch, nicht aber theoretisch zuzustimmen ist dem Obergericht insoweit, als es davon

auszugehen scheint, dass die Beschwerde gemäss Art. 319 ff. ZPO grundsätzlich kassatorisch und folglich nur ausnahmsweise reformatorisch wirke: Aus Art. 327 Abs. 3 ZPO ergibt sich eine solche Priorisierung von kassatorischen Entscheiden jedenfalls nicht, wenn gleich in der Praxis bei Gutheissung eine Kassation des erstinstanzlichen Entscheides freilich die Regel sein wird. 3. Der Praktiker muss wohl in den allermeisten Fällen damit rechnen, dass bei Erhebung einer Beschwerde (und erst recht einer Berufung) reformatorisch entschieden werden *könnte*. Für ihn folgt daher als Vorsichtsmassnahme das Gebot, stets einen Rechtsmittelantrag in der Sache zu stellen (und diesen wenn möglich zu beziffern). 4. Dass das Obergericht in E. 2 in fine ausführte, der nach Auffassung des Beschwerdeführers angemessene Betrag müsse sich «zumindest» aus der Beschwerdebegründung ergeben, ist als obiter dictum zu verstehen, denn die vom Obergericht selbst gewählte Regeste des Entscheides legt klar nahe, dass die Bezifferung im Rechtsmittelantrag selbst enthalten sein soll.

#### **Zu Art. 321 Abs. 1 ZPO: Vollständige Adresse als Eintretensvoraussetzung für ein Rechtsmittel**

[Rz 72] **Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 8. Juni 2011 (PS110082-O/Z01):** In die Rechtsmittelschrift gehört eine vollständige Parteibezeichnung, wozu auch die vollständige Adresse gehört. Bezeichnet der Rechtsmittelkläger die vollständige Adresse nicht innert einer ihm gemäss Art. 132 ZPO angesetzten Nachfrist, wird auf das Rechtsmittel nicht eingetreten.<sup>25</sup>

#### **Zu Art. 334 ZPO: Grundsätze der Erläuterung und Berichtigung**

[Rz 73] **Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 15. August 2011 (PC110021-O/U):** Erläuterung und Berichtigung bezwecken nicht die Änderung eines Entscheides, sondern dessen Klarstellung. Liegt ein Widerspruch zwischen der Begründung und dem Dispositiv vor, so ist der Entscheid *klarzustellen und somit zu erläutern*. Bei der *Erläuterung* geht es dabei darum, klarzustellen, was das Gericht mit einer bestimmten Dispositivziffer gemeint und entschieden hat oder wie allfällige Widersprüche zwischen Formulierungen in den Erwägungen und in der Dispositivziffer zu lösen sind. Mit diesem Vorgang geht jedoch die Erläuterung bereits in die *Berichtigung* über. Die Berichtigung stellt nämlich nicht nur den wirklichen Willen des Gerichts beim seinerzeitigen Entscheid fest, sondern korrigiert die festgestellten Widersprüche (allgemein Redaktionsfehler), indem das Dispositiv entsprechend korrigiert wird. Neu ist, dass die Berichtigung gemäss Art. 334 ZPO nicht (mehr) nur bei «offenkundigen» Versehen zuzulassen ist (so noch explizit § 166 aGVG ZH), sondern immer dann, wenn die vorstehend umschriebenen Voraussetzungen von Art. 334 ZPO erfüllt sind. *Gegenstand* von Erläuterung und Berichtigung ist dabei stets das Dispositiv. Das *Verfahren* der Erläuterung und Berichtigung auf Antrag einer Partei ist zwar grundsätzlich zweistufig und es ist separat über das Begehren (um Erläuterung oder Berichtigung) zu entscheiden und die allfällige Erläuterung und Berichtigung (ist erst in der Folge) vorzunehmen. Erachtet allerdings das Gericht die Voraussetzungen für eine Erläuterung oder Berichtigung als gegeben, so kann dennoch *in einem Akt* darüber entschieden werden.

[Rz 74] **Anmerkung:** Kurz und bündig: Die Erläuterung erklärt, die Berichtigung korrigiert.

### III. Entscheide zu Art. 404–408 ZPO ^

#### Zu Art. 404 Abs. 1 ZPO: Schlichtungsbehörde als eigene «Instanz»: Anwendbares Recht bei Anrufung des Friedensrichters vor dem 1. Januar 2011

[Rz 75] **Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 1. März 2011 (LF110017-O/U; ZR 110/2011 Nr. 60), E. 2:** Der Friedensrichter alter Ordnung hat ein am Jahreswechsel 2010/2011 bei ihm hängiges Verfahren noch nach altem Recht zu Ende zu führen (vgl. Art. 404 Abs. 1 ZPO) – und insbesondere bestimmt sich die Gültigkeitsfrist der Weisung als Bestandteil des Sühnverfahrens nach dem alten Recht (wozu etwa auch die alten Gerichtsferien gehören). Mit Beendigung des Verfahrens vor dem Friedensrichter wird die betroffene Instanz «Friedensrichter» abgeschlossen und auf die *Klageeinleitung beim Gericht kommt neues Recht zur Anwendung*. Die Schlichtungsbehörde ist folglich als eigene «Instanz» i.S.v. Art. 404 Abs. 1 ZPO zu verstehen.

[Rz 76] **Anmerkung:** 1. Ganz nebenbei führt das Obergericht hier aus, dass die Weisung *und die Gerichtsferien* zum Sühnverfahren gehören. 2. Das Obergericht scheint demnach wohl auch im Hinblick auf das neue Recht davon auszugehen, dass Klagebewilligung und (allfällige?) Gerichtsferien zum Schlichtungsverfahren (Art. 197 ff. ZPO) gehören. 3. Indes ist zu beachten, dass nach neuem Recht *im Schlichtungsverfahren gerade keine Gerichtsferien mehr gelten* (Art. 145 Abs. 2 lit. a ZPO). 4. Für den Anwalt stellt sich daher die folgende Frage: Heisst dieses obiter dictum des Obergerichts, dass nach neuem Recht die Gültigkeitsfrist der Klagebewilligung (vgl. Art. 209 Abs. 3 und 4 ZPO) während der Gerichtsferien *nicht* still steht? 5. Die Antwort ist offen und in der Lehre umstritten. Die Vorsicht mahnt aber klar (glasklar!) dazu, davon auszugehen, dass die Gültigkeitsfrist der Klagebewilligung durch die Gerichtsferien *nicht* unterbrochen wird.

#### Zu Art. 405 Abs. 1 ZPO: Urteilseröffnung durch Zustellung des Dispositivs

[Rz 77] **Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 9. März 2011 (NE110005-O/Z01):** Nach der Übergangsbestimmung von Art. 405 Abs. 1 ZPO gilt für die Rechtsmittel das Recht, das bei der *Eröffnung des Entscheides in Kraft* ist. Die II. Zivilkammer des Obergerichts Zürich hielt mit Verweis auf das Kreisschreiben der Verwaltungskommission vom 7. Juli 2010 fest, dass das *Urteil bereits dann im Sinne des Gesetzes eröffnet ist, wenn es im Dispositiv vorliegt*. Dies ergibt sich auch daraus, dass das Gericht schon ab Eröffnung des Dispositivs nicht mehr auf seinen Entscheid zurückkommen kann (sog. formelle Rechtskraft).

[Rz 78] **Anmerkung:** Das Obergericht war hier «schneller» als das Bundesgericht. Was das Obergericht bereits am 9. März 2011 festgestellt hat, bestätigte am 31. März 2011 auch das Bundesgericht in BGE 137 III 127: Die Zustellung des Dispositivs, und nicht erst diejenige des begründeten Entscheids, gilt als Eröffnung im Sinne von Art. 405 Abs. 1 ZPO. Am selben Tag hielt das Bundesgericht auch fest, dass das Datum des Versands des Entscheides durch das erstinstanzliche Gericht und nicht dasjenige des Empfangs durch eine der Parteien das massgebende Eröffnungsdatum im Sinne von Art. 405 Abs. 1 ZPO ist.<sup>26</sup> Dies kann man auch anders sehen.<sup>27</sup>

#### Zu Art. 405 ZPO: Anfechtung von Zwischenentscheiden in altrechtlichen Verfahren: Der Rechtsmittelzug untersteht dem neuen Recht

[Rz 79] **Verfügung der I. Zivilkammer des Obergerichts vom 17. Februar 2011 (LA110009-O/Z01, ZR 110/2011, Nr. 32):** Wird ein Entscheid nach dem 1. Januar 2011 eröffnet, kommt die neue Rechtsmittelordnung gemäss ZPO zur Anwendung (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Diese Bestimmung findet jedenfalls Anwendung auf *Sach- und Prozessentscheide, die eine Instanz abschliessen*. Die I. Zivilkammer hatte nun zu entscheiden, ob die Bestimmung von Art. 405 Abs. 1 ZPO auch auf *Entscheide über vorsorgliche Massnahmen, welche die Instanz eben nicht abschliessen*, zur Anwendung gelangt. Die beiden Zivilkammern des Obergerichts haben sich dabei in einem Gedankenaustausch darauf verständigt, auf nach dem 1. Januar 2011 eröffnete Zwischenentscheide die *Rechtsmittel des neuen Rechts* anzuwenden (E. 2a).

[Rz 80] **Anmerkung:** 1. Offen bleibt, ob dies auch für die *Anfechtung von prozessleitenden Entscheiden* aus altrechtlichen Verfahren gelten soll. Diese sind nämlich keine Zwischenentscheide i.S.v. Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO. Das Kantonsgericht Basel-Landschaft und später auch das Bundesgericht haben diese Frage bejaht.<sup>28</sup> 2. Der vorliegende Entscheid wirft die Frage auf, warum das Obergericht die streitrelevante vorsorgliche Massnahme als Zwischenentscheid qualifiziert hat (so jedenfalls ist der Entscheid wohl zu verstehen) – richtig ist nämlich, dass Massnahmeentscheide eine eigene, von End- oder Zwischenentscheiden *verschiedene* Entscheidart darstellen, wie das Obergericht im Übrigen selbst festhält.<sup>29</sup> Bei dieser obergerichtlichen Qualifikation handelt es sich vermutlich um ein redaktionelles Versehen, wobei beizufügen ist, dass im Lichte der Lektüre des Entscheides und dessen Fazit (Anwendbarkeit neurechtlicher Rechtsmittel auf vorsorgliche Massnahmeentscheide alten Rechts) davon ausgegangen werden kann, dass nicht nur erstinstanzliche Zwischenentscheide (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO) in altrechtlichen Verfahren, sondern gleichermassen auch erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO) in altrechtlichen Verfahren mit den Rechtsmitteln des neuen Rechts anzufechten sind.

**Zu Art. 404 und 405 ZPO: Welches Recht ist auf die weiteren Verfahrensschritte vor der ersten Instanz nach einer obergerichtlichen Rückweisung anwendbar?**

[Rz 81] **Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 12. Januar 2011 (NK100014-O/U; ZR 110/2011, Nr. 6):** Wird die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen, stellt sich die Frage nach dem für die weiteren Verfahrensschritte anwendbaren Recht. Die ZPO gibt darauf keine ausdrückliche Antwort. Die II. Zivilkammer kam zum Schluss, dass nach der Rückweisung an die Vorinstanz das *neue Verfahrensrecht zur Anwendung kommt*. Aus Sicht des Obergerichts macht es wenig Sinn, wenn nach einer Rückweisung wieder altes, für ein zweites Rechtsmittel gegen den neuen Entscheid der ersten Instanz aber wieder neues Recht anzuwenden wäre (vgl. Art. 405 Abs. 1 ZPO). Als gewichtigstes Argument für seinen Entscheid führte das Obergericht indes die ausdrückliche Regelung des analogen Problems im Strafprozessrecht ins Feld: Gemäss Art. 453 Abs. 2 der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO) kommt nach einer Rückweisung neues Verfahrensrecht zur Anwendung. Die II. Zivilkammer erklärte diese Bestimmung auf den Zivilprozess für analog anwendbar (E. 7.1).<sup>30</sup>

[Rz 82] Weiter befasste sich das Obergericht des Kantons Zürich mit der Frage, was die Vorinstanz zu tun hat, wenn sie zur Auffassung gelangt, dass sie Beweise erheben muss. Unter Geltung der aZPO ZH war das Bezeichnen der Beweismittel eine blosse Ordnungsvorschrift (§ 113 ZPO ZH), während dies neu zum obligatorischen Inhalt der Parteivorträge gehört (Art. 221 und 222 i.V.m.

Art. 219 und 243 ff. ZPO). Das Obergericht hielt dazu fest, dass *den Parteien vorgängig Gelegenheit einzuräumen ist, ihre Vorträge im an sich abgeschlossenen Behauptungsverfahren durch das Nennen von Beweismitteln zu ergänzen* (E. 7.2).

[Rz 83] **Urteil der II. Zivilkammer vom 11. Mai 2011 (LB100048-O/U; ZR 2011/110 Nr. 55), E. 3.2:** Im vorliegenden Fall wurde ein das Verfahren vor dem Bezirksgericht nicht abschliessendes Vorurteil (Unzulässigkeit von Streikmassnahmen) mit Berufung nach altem Recht beim Obergericht angefochten. Es stellte sich die Frage, nach welchem Prozessrecht das Verfahren vor dem Bezirksgericht nach dem Entscheid der Berufungsinstanz weiterzuführen ist. Die II. Zivilkammer hielt dazu fest, dass der Entscheid des Obergerichts im konkreten Fall (da das Verfahren vor Bezirksgericht in jedem Fall mit Beweiserhebungen in die eine oder andere Richtung weitergehe) keine eigentliche Rückweisung bedeute, sondern die Bestätigung des angefochtenen Urteils oder einen neuen Entscheid im fraglichen Punkt, d.h. so oder so also nur einen Zwischenentscheid im Rahmen des am Bezirksgericht nach wie vor hängigen Verfahrens. Damit blieb gemäss Obergericht *kein Raum zur Anwendung der an die Regelung von Art. 453 Abs. 2 StPO angelehnten Praxis*, wonach die erste Instanz nach einer förmlichen Rückweisung neues Recht anwenden soll.<sup>31</sup> Nach dem Grundsatz von Art. 404 Abs. 1 ZPO ist das Verfahren vor Bezirksgericht vielmehr nach dem bisherigen Prozessrecht zu Ende zu führen.

**Zu Art. 406 ZPO: Ungültigkeit einer altrechtlichen, nach neuem Recht indes nicht mehr möglichen Prorogation über die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts**

[Rz 84] **Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 29. Juli 2011 (LF110069-O/U), E. 2.4:** Die Parteien hatten vor Inkrafttreten von ZPO und GOG gestützt auf § 64 Ziff. 1 aGVG ZH die Zuständigkeit des Handelsgerichts vereinbart (die klagende, nicht aber die beklagte Partei war im Handelsregister eingetragen). Eine solche Prorogation über die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts ist unter dem neuen Zivilprozessrecht nicht mehr zulässig, da die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts zwingend (und abschliessend) ist und folglich das Handelsgericht, wenn es im konkreten Fall sachlich unzuständig ist, nicht prorogiert werden kann (vorliegend war die Zuständigkeit des Handelsgerichts nach neuem Recht nicht gegeben, vgl. Art. 6 Abs. 2 und 3 ZPO).

[Rz 85] Von der II. Zivilkammer zu entscheiden war nun, ob eine solche Prorogation des Handelsgerichts gemäss altem Recht (§ 64 Ziff. 1 aGVG ZH) gestützt auf Art. 406 ZPO weiterhin Geltung habe. *Das Obergericht verneinte indes die Anwendbarkeit von Art. 406 ZPO auf Vereinbarungen über die sachliche Zuständigkeit.* Die sachliche Zuständigkeit liegt weiterhin in der Kompetenz der Kantone (Art. 4 Abs. 1 ZPO). Art. 17 ZPO regelt die Gerichtsstandsvereinbarung unter dem Titel «örtliche Zuständigkeit», und der gleiche Begriff wird in Art. 406 ZPO gleich verwendet, weshalb sich Art. 406 ZPO wie Art. 17 ZPO (nur) auf die örtliche Zuständigkeit bezieht. Weder die ZPO noch das GOG enthalten sodann eine Übergangsbestimmung, welche die altrechtlich zulässige Prorogation eines nach der ZPO sachlich nicht zuständigen Gerichts für weiterhin gültig erklärt.

**Zu Art. 404 ff. ZPO: Anwendbarkeit der Übergangsbestimmungen der ZPO auf das Verfahren der SchKG-Beschwerde, (kantonale) Verfahren der fürsorgerischen Freiheitsentziehung und im Rahmen von (kantonalen) Rechtsmitteln gegen familienrechtliche Entscheide des Bezirksrates**

[Rz 86] **Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 21. Januar 2011 (NR100060/U; ZR 110/2011 Nr. 4):** Das Verfahren der Aufsichtsbeschwerde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen gemäss Art. 17 SchKG richtet sich nach den Bestimmungen von Art. 20a Abs. 2 SchKG und wird ergänzt durch kantonales Recht (Art. 20a Abs. 3 SchKG). Die ZPO ist auf das Verfahren der SchKG-Beschwerde nicht (direkt) anwendbar: Die ZPO regelt nur die gerichtlichen Angelegenheiten des SchKG (Art. 1 lit. c ZPO), die betreibungsrechtliche Aufsicht ist jedoch nicht von Bundesrechts wegen Sache von Gerichten.

[Rz 87] Das kantonale Recht enthält keine Übergangsbestimmungen. §§ 83 ff. GOG verweisen auf Bestimmungen der ZPO, so dass das Obergericht zum Schluss kam, die Anwendung auch der Übergangsbestimmungen der ZPO auf das kantonale Verfahren der SchKG-Beschwerde dränge sich sachlich auf. *Art. 404 und 405 ZPO gelten daher auch im Verfahren der SchKG-Beschwerde* (E. 2.1) – und im Übrigen ebenso in den (kantonalen) Verfahren der fürsorgerischen Freiheitsentziehung (§§ 177 ff. GOG) und im Rahmen von (kantonalen) Rechtsmitteln gegen familienrechtliche Entscheide des Bezirksrates (§§ 187 ff. GOG).

[Rz 88] Mit Beschluss und Urteil vom 21. Februar 2011 (PS110019-O/U) bestätigte die II. Zivilkammer des Obergerichts Zürich diese Praxis (E. 2).

#### IV. Entscheide zu Art. 174 SchKG ^

##### Zu Art. 174 SchKG – Keine Gewährung von Nachfristen mehr nach der ZPO

[Rz 89] **Schreiben der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 28. Dezember 2010 (ZR 110/2011 Nr. 5):** Nach Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Rechtsmittelverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner (i) einen Konkursaufhebungsgrund nachweist und (ii) seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht. Die II. Zivilkammer des Obergerichts kündigte mit Schreiben vom 28. Dezember 2010 an die Konkursrichterinnen und Konkursbeamtinnen eine Praxisänderung an, wonach unter der Schweizerischen ZPO keine Nachfristen mehr gewährt werden. Der *Nachweis eines Konkursaufhebungsgrundes* sowie die *Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit* haben daher *innert der Beschwerdefrist von 10 Tagen* zu erfolgen (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Die frühere Praxis des Obergerichts Zürich in dieser Frage war gestützt auf § 55 aZPO ZH und § 276 Abs. 2 und 3 aZPO ZH bislang grosszügiger, obwohl das Bundesgericht seit Jahren darauf hinwies, dass das Setzen einer Nachfrist bundesrechtlich unzulässig sei.<sup>32</sup>

[Rz 90] **Verfügung der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 22. Juni 2011 (PS110095-O/Z1) und Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 6. Juli 2011 (PS110095-O/U):** Gemäss Art. 174 Abs. 1 SchKG können im Beschwerdeverfahren neue Tatsachen geltend gemacht werden, wenn sie vor dem erstinstanzlichen (und angefochtenen) Entscheid entstanden sind. Dazu gehört insbesondere, dass die Forderung des Gläubigers schon vor der Konkursöffnung nebst Zinsen und Kosten bezahlt wurde (vgl. Art. 172 Ziff. 3 SchKG). Berufte sich der Betriebene erst nach der Eröffnung des Konkurses auf die entsprechende Tilgung, so muss er nachweisen, dass er *neben den Kosten des Konkursgerichts und einer allfälligen Prozessentschädigung an den Gläubiger im Konkursöffnungsverfahren auch die Kosten des Konkursamtes bezahlt oder sichergestellt* hat. Die

II. Zivilkammer des Obergerichts wies in der Verfügung vom 22. Juni 2011, S. 3<sup>33</sup>, und im Urteil vom 6. Juli 2011, E. 2.2, darauf hin, dass auch die *Sicherstellung der Kosten des Konkursamtes während der Weiterzugsfrist, d.h. innert 10 Tagen, erfolgen muss*. Das Obergericht hat in diesem Fall nochmals eine Nachfrist gewährt, was es inskünftig allerdings nicht mehr tun wird. Der Schuldner hat sich vielmehr selber beim Konkursamt über den zu leistenden Betrag kundig zu machen.

---

PD Dr. Peter Reetz, Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht, Privatdozent an der Universität Fribourg für Privatrecht, Zivilprozessrecht sowie Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Wenger Plattner Rechtsanwälte, Küsnacht/Zürich.

lic. iur. Sarah Hilber, Rechtsanwältin, Wenger Plattner Rechtsanwälte, Küsnacht/Zürich.

---

- <sup>1</sup> Vgl. dazu bereits PETER REETZ, Der neue Bauprozess, Tiefenbohrungen in der ZPO, in: Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht (Hrsg.), Schweizerische Baurechtstagung 2011, Tagungsunterlage 2011, Freiburg 2011, S. 67 ff.; siehe auch PETER REETZ, Baurecht 2/2011, S. 93 f.
- <sup>2</sup> Mit Verweis auf das Urteil des Bundesgerichts 5P.147/2001 vom 30. August 2001, E. 2.a.cc.
- <sup>3</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_169/2011 vom 19. Juli 2011, E. 5.4.
- <sup>4</sup> Vgl. dazu auch hinten, Rz. 58, Anmerkungen 2 und 3 zum Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 22. August 2011, PF110034-O/U.
- <sup>5</sup> Vgl. dazu Anmerkung 2 (Rz. 13) zum vorherigen Entscheid, den indes die II. Zivilkammer getroffen hat.
- <sup>6</sup> Vgl. Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 19. Mai 2011, PD110004-O/U, E. 1.
- <sup>7</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_106/2010 vom 22. Juni 2010, nicht publizierte E. 6 von BGE 136 III 369.
- <sup>8</sup> Dies aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A\_34/2009 vom 26. Mai 2009, E. 11.2.
- <sup>9</sup> Vgl. auch Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 8. August 2011, LC110028-O/U, E. 4.
- <sup>10</sup> Vgl. Verfügung vom 2. August 2011, PS110127-O/Z02, und Verfügung vom 8. August 2011, PS110142-O/Z1.
- <sup>11</sup> Vgl. dazu auch Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 12. Januar 2011, NK100014-O/U, E. 7.2.
- <sup>12</sup> Mit Verweis auf das Urteil des Bundesgerichts 4A\_242/2011 vom 13. Mai 2011, E. 1.4.
- <sup>13</sup> Vgl. dazu PETER REETZ/STEFANIE THEILER, in: Thomas Sutter/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich 2010, Art. 308 N 34. A.M. jedoch BGE 4A\_577/2011 vom 4. Oktober 2011, E. 1.3.
- <sup>14</sup> LS 211.11; vgl. Art. 96 ZPO.
- <sup>15</sup> Mit Verweis auf PETER REETZ/SARAH HILBER, in: Thomas Sutter/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich 2010, Art. 317 N 14 und 22.
- <sup>16</sup> So überzeugend: Beschluss und Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 9. August 2011, NQ110031-O/U, der ebenfalls ein von einer Laiin erhobenes Rechtsmittel betraf, aber dennoch festhielt: «Dabei ist im Einzelnen darzulegen, aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid falsch ist und deshalb abgeändert werden muss [Begründungslast]».
- <sup>17</sup> Vgl. PETER REETZ/SARAH HILBER, in: Thomas Sutter/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich 2010, Art. 317 N 14 und 22.
- <sup>18</sup> Gleicher Meinung wie hier: KGer. GR, Urteil vom 18. Februar 2011, ZK1 11 5, E. 3; OGer. BE, Entscheid vom 16. Juni 2011, ZK 11 225; Botschaft ZPO, S. 7375, mit zutreffendem Hinweis darauf, dass bei unsorgfältiger Prozessführung die entstehenden Mehrkosten nach Massgabe von Art. 108 ZPO der vor erster Instanz – und allenfalls auch vor zweiter Instanz – nachlässigen Partei aufzuerlegen sind; überwiegend a.M. KGer. VD, JdT 2011 III, S. 43 f.
- <sup>19</sup> Vgl. PETER REETZ/SARAH HILBER, in: Thomas Sutter/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich 2010, Art. 315 N 9, mit Verweisen.
- <sup>20</sup> BGE 5A\_233/2011 vom 5. August 2011 E. 1.2.1.
- <sup>21</sup> Wiedergegeben in BGE 5A\_233/2011 vom 5. August 2011 E. 1.2.2.
- <sup>22</sup> E. 1, mit Verweis auf und PETER REETZ/STEFANIE THEILER, in: Thomas Sutter/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich 2010, Art. 311 N 34, zur Berufung.

Siehe vorne, Rz. 36, zu Art. 132 ZPO.

<sup>24</sup> Siehe vorne, Rz. 10, zu Art. 56 ZPO.

<sup>25</sup> Siehe vorne, Rz. 44 f., zu Art. 221 ZPO.

<sup>26</sup> BGE 137 III 130.

<sup>27</sup> So das Kassationsgericht des Kantons Zürich in Kass.-Nr. AA110009, E. II/2., mit dem Satz: «Die schweizerische ZPO ist klar und eindeutig [Art. 405 Abs. 1 ZPO] und kann nicht durch ein Kreisschreiben eines kantonalen Gerichts geändert werden.» – Nota: Damit war das erwähnte Kreisschreiben der Verwaltungskommission vom 7. Juli 2010 gemeint, in welchem in diesem Punkt eine andere Meinung vertreten wird.

<sup>28</sup> Vgl. BJM 4/2011, S. 222 ff.; ebenso später auch Urteil des Bundesgerichts 4A\_116/2011 vom 6. Mai 2011 E. 1; KGer. SG, Entscheid vom 24. August 2011, BE.2011.25, E. 1; explizit dann: BGE 5A\_320/2011 vom 8. August 2011 E. 2.3.2 bezüglich eines Ausstandsgesuches; siehe jedoch Kass.-Ger. ZH, Kass.-Nr. AA110012 vom 31. August 2011, E. 2, mit Hinweisen auf bis dato abweichende Praxen in den Kantonen Bern, Graubünden und Luzern.

<sup>29</sup> Unter Verweis auf PETER REETZ/STEFANIE THEILER, in: Thomas Sutter/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich 2010, N 33 f. zu Art. 308 ZPO.

<sup>30</sup> Anmerkung: Diese Auffassung ist nicht unumstritten; namentlich der Handelsgerichtspräsident sieht das anders, vgl. Verfügung des Handelsgerichtspräsidenten vom 23. September 2011, HG110167, wo diese Auffassung unter Verweis auf FRANK/STRÄULI/MESSMER, N 3a zu § 291 ZPO, mit der *rückwirkenden Kraft der Aufhebung eines angefochtenen Entscheides* begründet wird.

<sup>31</sup> Vgl. Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 12. Januar 2011, NK100014-O/U, ZR 110/2011 Nr. 6.

<sup>32</sup> BGE 136 III 294.

<sup>33</sup> Mit Verweis auf das Schreiben an die Konkursrichterinnen und Konkursbeamten vom 28. Dezember 2010, ZR 110/2011 Nr. 5.

<b>Rechtsgebiet(e):</b>	Zivilprozessrecht
<b>Kategorie:</b>	Kommentierte Rechtsprechungsübersicht
<b>Erschienen in:</b>	Jusletter 14. November 2011
<b>Zitiervorschlag:</b>	Peter Reetz / Sarah Hilber, Die Rechtsprechung im Kanton Zürich zur neuen ZPO, in: Jusletter 14. November 2011 [Rz]