

Das neue Bundesgerichtsgesetz unter besonderer Berücksichtigung der Beschwerde in Zivilsachen

Auswirkungen auf die Anfechtung von Entscheiden des Zürcher Obergerichts und Handelsgerichts

PD Dr. Peter Reetz, Rechtsanwalt (Küsnacht/Zürich)¹

1. Überblick

Das Parlament hat am 17. Juni 2005 das Bundesgesetz über das Bundesgericht (BGG) verabschiedet. Dieses Gesetz regelt die Organisation des Bundesgerichts und die Rechtsmittel, welche zwecks Zugang ans Bundesgericht ergriffen werden müssen. Es berücksichtigt insbesondere auch die Vorschläge, welche eine von Bundesrat Christoph Blocher geleitete Arbeitsgruppe im Nachgang zur Kritik am früheren bundesrätlichen Entwurf aus dem Jahre 2001 erarbeitet hat: Die sog. «Einheitsbeschwerde», welche in Zivilsachen grundsätzlich nur bei einem Streitwert von CHF 30 000 zulässig ist, wird durch die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ergänzt, welche bei Streitwerten unter CHF 30 000 zur Rüge der Verletzung von verfassungsmässigen Rechten zur Verfü-

gung steht. Die Streitwertgrenze in Zivilsachen ist demnach weniger stark als (ursprünglich) vorgesehen (und bloss im Rahmen des Teuerungsausgleichs) angehoben worden (d.h. nicht auf CHF 40 000, sondern wie erwähnt bloss auf CHF 30 000).

2. Grundzüge des Rechtsmittelsystems nach dem BGG

Das Bundesgerichtsgesetz hält am (bereits im Entwurf aus dem Jahre 2001 vorgesehenen) System der drei Einheitsbeschwerden (in Zivilsachen, Strafsachen und öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten) fest. Der bis anhin komplizierte Beschwerdeweg ans Bundesgericht mit verschiedensten Rechtsmitteln (eidgenössische Berufung, Art. 43 ff. OG, eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde, Art. 68 ff. OG, SchKG-Aufsichtsbeschwerde, Art. 76 ff. OG, staatsrechtliche Beschwerde, Art. 84 ff. OG, Verwaltungsgerichtsbeschwerde, Art. 97 ff. OG, Nichtigkeitsbeschwerde in Strafsachen, Art. 268 ff. BStP) ist damit Vergangenheit. Zusätzlich zu den drei Einheitsbeschwerden ist nun neu (siehe soeben Ziff. 1 und im Einzelnen hinten Ziff. 6) auch eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde (Art. 113 ff. BGG) gegen jene *kantonalen* Entscheide (vgl. Art. 113 BGG) möglich, welche nicht

Der Autor erläutert das am 1. Januar 2007 in Kraft tretende Bundesgerichtsgesetz (BGG). Im ersten Teil werden die allgemeinen Bestimmungen des BGG und die wichtigsten Unterschiede zum bisherigen Bundesrechtspflegegesetz herausgearbeitet. Im zweiten Teil wird der Autor insbesondere die Beschwerde in Zivilsachen vorstellen, wobei die Anfechtung von Entscheiden des Zürcher Obergerichts und Handelsgerichts besondere Beachtung findet. Die Darstellung schliesst mit einem Überblick über die subsidiäre Verfassungsbeschwerde. **Zi.**

L'auteur présente la nouvelle Loi fédérale sur le Tribunal fédéral (LTF), qui est entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2007. Dans la première partie, il examine les dispositions générales de procédure de la LTF ainsi que les différences essentielles par rapport à l'ancienne Loi fédérale sur l'organisation judiciaire. Dans la deuxième partie, il présente le recours en matière civile, en portant une attention particulière au recours contre une décision du Tribunal cantonal ou du Tribunal de commerce zurichois. La présentation est ponctuée par un survol du recours constitutionnel subsidiaire. **P.P.**

¹ Der Autor ist Privatdozent an der Universität Fribourg für Privatrecht, Zivilprozessrecht und Schuldbetreibungs- und Konkursrecht sowie Senior Associate bei Wenger Plattner Rechtsanwälte.

Ein herzlicher Dank für die kritische Durchsicht des Manuskriptes geht an Herrn Dr. Viktor Lieber, stellvertretender Generalsekretär des Kassationsgerichts Zürich.

mit der *Einheitsbeschwerde* ans Bundesgericht weiter gezogen werden können (es geht dabei im Zivilrecht namentlich um Fälle unterhalb der Streitwertgrenze von CHF 30 000 sowie im öffentlichen Recht um Fälle, welche von der Einheitsbeschwerde ausgeschlossene Sachgebiete betreffen). Wäre nicht im letzten Moment noch die subsidiäre Verfassungsbeschwerde eingeführt worden, so wäre eine Rechtsschutzlücke entstanden und es wäre möglich gewesen, letztinstanzliche Entscheide kantonaler Gerichte unter Umständen direkt beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Strassburg wegen EMRK-Verletzungen anzufechten. Um diesem (befürchteten) Mangel vorzubeugen, hat die von Bundesrat Blocher eingesetzte Arbeitsgruppe kurz vor der Verabschiedung des Bundesgerichtsgesetzes im Parlament noch die subsidiäre Verfassungsbeschwerde kreiert, mit welcher indes nicht nur EMRK-Verletzungen, sondern allgemein Verfassungsverletzungen (d.h. auch Verletzungen der Bundesverfassung oder von Kantonsverfassungen) gerügt werden können (Art. 116 BGG). Im Gegensatz zur staatsrechtlichen Beschwerde (Art. 84 ff. OG) erlaubt es indes die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nicht (mehr), auch Konkordats- oder Staatsvertragsverletzungen zu rügen (anders noch Art. 84 Abs. 1 lit. b und lit. c OG).

Neu gilt für die Einheitsbeschwerde in Zivilsachen die *Streitwertgrenze* von CHF 30 000 bzw. von CHF 15 000 in arbeits- und mietrechtlichen Fällen (Art. 74 Abs. 1 BGG). Im Übrigen wird das Bundesgericht neu auch die Aufsicht über die erstinstanzlichen Bundesgerichte (Bundesstrafgericht in Bellinzona und künftiges Bundesverwaltungsgericht in St. Gallen) wahrnehmen, währenddem es die SchKG-

rechtliche Aufsicht (zu Recht) wieder an den Bundesrat abtritt, der bereits im vorletzten Jahrhundert die Aufsicht in SchKG-Angelegenheiten ausgeübt hat (siehe Art. 15 revSchKG; das Bundesgerichtsgesetz bringt eine entsprechende Änderung des SchKG mit sich).

3. Stellung und Organisation des Bundesgerichts sowie allgemeine Verfahrensbestimmungen (speziell: Neuerungen des BGG im Vergleich zum OG)

a) Aufsicht des Bundesgerichts über die erstinstanzlichen Bundesgerichte

Art. 1 Abs. 2 BGG ordnet an, dass das Bundesgericht die *Aufsicht* über die Geschäftsführung des Bundesstrafgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts ausüben soll. Die unteren Bundesgerichte unterstehen daher nicht einer parlamentarischen Aufsicht, wie dies in anderen Staaten der Fall ist. Sie unterstehen direkt der Aufsicht des Bundesgerichts. Nach wie vor übt jedoch die Bundesversammlung die Oberaufsicht über das Bundesgericht aus (Art. 3 BGG).

b) Besetzung des Bundesgerichts

Nach Art. 20 Abs. 1 BGG entscheiden die Abteilungen des Bundesgerichts in der Regel in Dreierbesetzung (*Spruchkörper*). Über Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung oder auf Antrag eines Richters entscheiden die bundesgerichtlichen Abteilungen indes in Fünferbesetzung (siehe jedoch Art. 109 Abs. 1 BGG, wonach die Abteilungen des Bundesgerichts in Dreierbesetzung über Nichteintreten auf Beschwerden entscheiden, bei denen sich keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, so-

fern die Beschwerde nur unter dieser Bedingung zulässig ist). Ausgenommen von dieser Regel sind lediglich Beschwerden gegen Entscheide der kantonalen Aufsichtsbehörden in Schuldbtreibungs- und Konkursachen, über welche stets in Dreierbesetzung zu entscheiden ist (Art. 20 Abs. 2 BGG). Zur Verdeutlichung: Über Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung entscheidet das Bundesgericht immer in Fünferbesetzung, d.h. auch dann (und erst recht), wenn die Streitwertgrenze von CHF 30 000 überschritten wird. In Schuldbtreibungs- und Konkursachen, welche keine «Aufsichtssachen» i.S.v. Art. 17 ff. SchKG sind (d.h. bei betriebsrechtlichen Streitigkeiten mit Reflexwirkung auf das materielle Recht [«gemischt-rechtliche Klagen»] und bei rein betriebsrechtlichen Streitigkeiten), entscheidet das Bundesgericht dann in Fünferbesetzung, wenn es sich um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung handelt oder wenn dies ein Richter beantragt (Art. 20 Abs. 2 BGG).

c) Zustellungen auf elektronischem Weg

Nach Art. 39 Abs. 2 BGG ist es neu möglich, dass die Parteien dem Bundesgericht eine elektronische Zustelladresse mit ihrem öffentlichen kryptographischen Schlüssel angeben und ihr Einverständnis dazu erklären, dass *Zustellungen auf elektronischem Weg* erfolgen. Nach Art. 60 Abs. 3 BGG kann (mit dem Einverständnis der Partei) auch die Eröffnung eines Urteils auf elektronischem Weg erfolgen; das Bundesgericht wird hierzu in einem Reglement die entsprechenden Voraussetzungen umschreiben. Nach Art. 42 Abs. 4 BGG ist bei elektronischer Zustellung das Dokument, das

die Rechtsschrift und die Beilagen enthält, mit einer anerkannten elektronischen Signatur zu versehen; auch hierüber wird das Bundesgericht ein Reglement zu erlassen haben. Art. 48 Abs. 2 BGG sieht sodann vor, dass im Falle der elektronischen Zustellung die Frist gewahrt ist, wenn der Empfang bei der Zustelladresse des Bundesgerichts vor Ablauf der Frist durch das betreffende Informatiksystem (des Bundesgerichts) bestätigt worden ist. Erfolgt diese Bestätigung nicht (innert Frist), was etwa bei Informatikproblemen der Fall sein kann, so bleibt indes der betreffenden Partei nichts anderes übrig, als die zum elektronischen Versand gedachte Rechtsschrift (inkl. Beilagen) doch noch rechtzeitig in Papierform zu versenden; geschieht dies nicht, so ist die Frist verpasst.

d) Anzahl Rechtsschriften

Das neue Bundesgerichtsgesetz enthält keine Vorschrift, aus der sich ergeben würde, in welcher Anzahl Rechtsschriften einzureichen sind. Daraus ist zu schliessen, dass *künftig grundsätzlich ein Exemplar genügt* – dies zumal auch deshalb, da das Bundesgericht im Rahmen der geplanten vollständigen elektronischen Erfassung sämtlicher Dokumente ohnehin gänzlich zu einer EDV-mässigen Datenverwaltung übergehen wird.

e) Parteivertretung vor Bundesgericht

Die *Parteivertretung in Zivil- und Strafsachen* ist nach Art. 40 Abs. 1 BGG nur Anwälten und Anwältinnen möglich, die nach dem BGFA oder einem Staatsvertrag berechtigt sind, Parteien vor schweizerischen Gerichtsbehörden zu vertreten. Bei öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten steht es dagegen den Parteien frei, sich auch durch einen Nicht-Anwalt (etwa einen Treuhänder, einen Steuerberater oder einen Immobilienverwalter etc.) vertreten zu lassen².

f) Anforderungen an die Begründung von Rechtsschriften

Mit Bezug auf die Pflicht zur Begründung von Rechtsschriften ist sodann festzuhalten, dass in der Beschwerde in Zivilsachen in jedem Fall *in gedrängter Form* darzulegen ist, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt (vgl. Art. 42 Abs. 2 BGG). In zwei (inkl. Schiedsgerichtsbarkeit sogar vier) Fällen bestehen sodann qualifizierte Anforderungen an die Pflicht zur Begründung der Beschwerde in Zivilsachen:

Dies ist zum einen dann der Fall, wenn die Beschwerde in Zivilsachen nur unter der Voraussetzung zulässig ist, dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (vgl. Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG). Diesfalls ist auszuführen, warum bzw. inwiefern eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt (Art. 42 Abs. 2 BGG, sog. «Rügeprinzip»). Zum andern prüft das Bundesgericht die Verletzung von Grundrechten (d.h. von verfassungsmässigen Rechten) und von kantonalem sowie interkantonalem Recht nur insofern (und insoweit), als eine solche Rüge in der Be-

schwerde vorgebracht und begründet worden ist (auch hier gilt also das «Rügeprinzip»). Aufgrund der Entstehungsgeschichte des Gesetzes ist davon auszugehen, dass die Substanziierungspflicht mit Bezug auf die vorgenannten Fragen in etwa den Anforderungen des Bundesgerichts an die Substantiierung im Rahmen der staatsrechtlichen Beschwerde entspricht (vgl. Art. 90 Abs. 1 lit. b OG und die dazu ergangene Rechtsprechung). Nach dieser Bestimmung des OG sind dem Bundesgericht die wesentlichen Tatsachen und eine kurz gefasste Darstellung, welche verfassungsmässigen Rechte bzw. welche Rechtssätze und inwiefern diese durch den angefochtenen Entscheid verletzt worden sind, zu unterbreiten. Zusammenfassend ergibt sich, dass das Bundesgericht nicht von Amtes wegen prüfen wird, ob sich in einer bestimmten Streitsache eine *Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, ob Grundrechte (verfassungsmässige Rechte), kantonales oder interkantonales Recht* verletzt worden ist.

Anzumerken ist, dass das Rügeprinzip nach Art. 77 Abs. 3 BGG auch für die Anfechtung von «internationalen» Schiedsgerichtsentscheiden gilt; sodann ist davon auszugehen, dass das Bundesgericht in Fortführung seiner bisherigen Praxis auch «kantonale» Schiedsgerichtsentscheide nur insoweit überprüfen wird, als die zulässigen Rügen substantiiert begründet worden sind (vgl. auch hinten Ziff. 4 lit. j).

g) Beginn des Fristenlaufs bei Zustellungen während der Gerichtsferien

Fristen, welche durch eine Mitteilung oder den Eintritt eines Ereignisses

² Als öffentlich-rechtliche Streitigkeiten gelten insbesondere auch die rein betriebsrechtlichen Streitigkeiten sowie die SchKG-Aufsichtssachen, war doch ausweislich der Materialien mit Bezug auf die Parteivertretung vor Bundesgericht keine Änderung im Vergleich zum bisherigen OG beabsichtigt. Dies bedeutet, dass in den erwähnten Angelegenheiten etwa auch Inkassobüros zur Parteivertretung vor Bundesgericht berechtigt sind.

ausgelöst werden, *beginnen am folgenden Tag zu laufen* (Art. 44 Abs. 1 BGG). Dies ist neu insbesondere dann zu beachten, wenn Zustellungen während der Gerichtsferien erfolgen. Beispiel: Erfolgt die Zustellung eines letztinstanzlichen kantonalen Entscheides am 5. August (d.h. während der Gerichtsferien, siehe Art. 46 Abs. 1 lit. b BGG), so beginnt der Fristenlauf bereits am 16. August (d.h., es wäre – anders als nach der bisherigen Rechtsprechung, siehe BGE 122 V 60³ – unrichtig anzunehmen, dass die Zustellung diesfalls erst auf den 16. August fingiert wird und der Fristenlauf erst einen Tag später, d.h. am 17. August, beginnt). Da also die Frist neu bereits am Tag nach den Gerichtsferien (d.h. am 16. August) zu laufen beginnt, endet die Frist (sofern sie 30 Tage beträgt, was die Regel ist) diesfalls am 14. September.

h) Zustellungsfiktion bei erfolglosem Zustellungsversuch

Wichtig ist sodann auch Art. 44 Abs. 2 BGG: Nach dieser Bestimmung gilt eine Mitteilung, die nur gegen Unterschrift des Adressaten oder einer anderen berechtigten Person überbracht wird, spätestens am siebten Tag nach dem ersten erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt (*Zustellungsfiktion*; diese Frist deckt sich mit der Frist, welche üblicherweise – jedoch durchwegs nicht immer – für das Abholen von eingeschriebenen Postsendungen von der Post gesetzt wird).

i) Gerichtsferien am «Berchtoldstag» (2. Januar)

Nach Art. 46 Abs. 1 lit. c BGG stehen *Fristen* sodann (anders als nach Art. 34 Abs. 1 lit. c OG) nicht bloss bis am 1. Januar, sondern *bis und mit dem 2. Januar still*.

j) Gerichtsferien, insbesondere bei SchKG-Aufsichtssachen

Nach Art. 46 Abs. 2 BGG gelten sodann der *Stillstand der Fristen bzw. Gerichtsferien* (anders als noch nach Art. 34 Abs. 2 OG) *auch bei SchKG-Aufsichtssachen*, wobei generell zu beachten ist, dass die Gerichtsferien – anders als in gewissen Kantonen – nur bei gesetzlichen oder richterlich *nach Tagen* bestimmten Fristen gelten, was bedeutet, dass eine vom Bundesgericht auf einen bestimmten *Termin* (d.h. etwa bis zum 7. August) festgesetzte Frist nicht still steht, sondern am 7. August endet. Bei Wechselbetreibungen, bei Verfahren betreffend die aufschiebende Wirkung (von Rechtsmitteln) oder im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen stehen die Fristen demgegenüber in keinem Fall still.

k) Einreichung der Beschwerde beim Bundesgericht

Anders als die bisherige eidgenössische Berufung (Art. 54 Abs. 1 OG) ist die *Beschwerde in Zivilsachen neu direkt beim Bundesgericht* (d.h. nicht mehr beim letztinstanzlich urteilenden kantonalen Gericht) *einzureichen* oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post zu übergeben (Art. 48 Abs. 1 BGG).

l) Weitgehende Abschwächung der «Prozessfalle» bezüglich der Zahlung eines Vorschusses oder für eine Sicherstellung

Neu ist sodann nach Art. 48 Abs. 4 BGG die *Frist für die Zahlung eines Vorschusses oder für eine Sicherstellung* bereits dann gewahrt, wenn der Betrag rechtzeitig zu Gunsten des Bundesgerichts der Schweizerischen Post übergeben oder einem Post- oder Bankkonto in der Schweiz belas-

tet worden ist (womit die bisherige «Prozessfalle», welche an das Eintreffen des Geldes beim Bundesgericht anknüpfte, erheblich abgeschwächt wird). Praktisch aufgehoben wird die bisherige Prozessfalle sodann durch Art. 62 Abs. 3 BGG, der nachträglich vom Ständerat in das Bundesgerichtsgesetz eingefügt worden ist: Nach dieser Bestimmung setzt der bundesgerichtliche Instruktionsrichter zur Leistung des Kostenvorschusses oder für die Sicherstellung eine angemessene Frist. Läuft diese in der Folge jedoch unbenützt ab, so hat der Instruktionsrichter der Partei eine Nachfrist anzusetzen, wobei das Bundesgericht erst dann nicht auf die Eingabe eintritt, wenn der Kostenvorschuss oder die Sicherheit auch innert der Nachfrist nicht geleistet wird.

m) Verdoppelung des maximalen Ansatzes für Gerichtskosten und Modifizierung der Regel betreffend Parteientschädigung für in ihrem amtlichen Wirkungskreis obsiegende Gemeinwesen

Art. 65 Abs. 3 lit. b BGG ist sodann eine Verdoppelung des maximal zulässigen Ansatzes für Gerichtskosten zu entnehmen. Neu betragen die Gerichtskosten in der Regel CHF 200 bis CHF 100 000 in vermögensrechtlichen Streitigkeiten, wobei das Bundesgericht bei der Bestimmung der Gerichtsgebühr über den genannten Höchstbetrag von CHF 100 000 hinausgehen und diesen bis zum doppelten Betrag (CHF 200 000) erhöhen

³ Siehe jedoch BGE 1A.254/2005 vom 13. Januar 2006 und BGE 131 V 305 ff.

kann, wenn besondere Gründe dies rechtfertigen. Nach dem bisherigen Recht (Art. 153a OG) betrug demgegenüber die Gerichtsgebühr maximal CHF 50 000, wobei auch hier beim Vorliegen besonderer Gründe eine Erhöhung bis auf das Doppelte, d.h. bis auf CHF 100 000, möglich war (Art. 153a Abs. 2 i.V.m. Art. 153a Abs. 3 OG). Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass der Gesetzgeber gewissermassen «durch die Hintertür» den maximal zulässigen Gerichtskostenansatz verdoppelt hat. Ob sich die Gerichtskosten auch bei tiefen Streitwerten erhöhen, werden die vom Bundesgericht zu erlassenden Ausführungsverordnungen zeigen.

Nach Art. 159 Abs. 2 Teilsatz 2 OG durfte obsiegenden Behörden (gemeint: Bund, Kantone und Gemeinden) oder mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben betrauten Organisationen (bloss) im Verfahren der Verwaltungsgerichtsbeschwerde und der verwaltungsrechtlichen Klage in der Regel keine Parteienschädigung zugesprochen werden – im Rahmen einer eidgenössischen Berufung oder im Rahmen einer staatsrechtlichen Beschwerde waren entsprechende Parteienschädigungen hingegen möglich und zwar selbst dann, wenn die genannten juristischen Personen im Rahmen ihres amtlichen Wirkungskreises prozessierten. Art. 68 Abs. 3 BGG sieht demgegenüber generell – d.h. sowohl für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff. BGG) als auch für die subsidiäre Verfassungsbeschwerde (Art. 113 ff. BGG) – vor, dass Bund, Kantone und Gemeinden sowie mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben betrauten Organisationen in der Regel (d.h. immer noch nicht ausnahmslos) keine Parteienschädigung zugesprochen wird, wenn sie in ihrem amtlichen Wirkungskreis obsiegen.

n) Keine Anschlussbeschwerde (mehr)

Währenddem das alte Recht (Art. 59 Abs. 2 OG) noch das Institut der sogenannten Anschlussberufung kannte (welches dem Berufungsbeklagten ermöglichte, eigene Abänderungsanträge gegen den Berufungskläger zu stellen), ist nach dem Bundesgerichtsgesetz eine Anschlussbeschwerde (in Zivilsachen) nicht (mehr) möglich. Diese Regelung ist sachgerecht, nachdem sich gezeigt hat, dass vom Institut der Anschlussberufung auf Stufe Bundesgericht nur sehr selten Gebrauch gemacht wurde.

o) Zuständigkeit des bundesgerichtlichen Instruktionsrichters zum Erlass vorsorglicher Massnahmen

Anders als nach dem alten Art. 58 OG ist zum Erlass vorsorglicher Massnahmen während der Anhängigkeit einer Streitsache beim Bundesgericht nicht mehr der kantonale Richter, sondern vielmehr der *Instruktionsrichter am Bundesgericht zuständig*.

p) Änderung der Frist für ein Wiederherstellungsgesuch

Angemerkt sei des Weiteren, dass die Frist für ein Wiederherstellungsgesuch neu *30 Tage* (nach Wegfall des Hindernisses) beträgt (Art. 50 Abs. 1 BGG). Nach dem alten Recht betrug demgegenüber die Frist für ein Wiederherstellungsgesuch lediglich 10 Tage (Art. 35 Abs. 1 OG).

q) Fallweise vorgesehene Zuständigkeit eines einzelnen Bundesrichters

Von besonderer Brisanz ist sodann Art. 108 BGG. Nach dieser Bestimmung entscheidet der Abteilungspräsident (bzw. ein anderer Richter des

Bundesgerichtes, Art. 108 Abs. 2 BGG) allein und im vereinfachten Verfahren über

- Nichteintreten auf offensichtlich unzulässige Beschwerden;
- Nichteintreten auf Beschwerden, die offensichtlich keine hinreichende Begründung enthalten, wobei hierbei – in Präzisierung des Gesetzestextes von Art. 108 Abs. 1 lit. b BGG – nicht nur der Fall von Art. 42 Abs. 2 BGG (betrifft Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung), sondern auch der Fall von Art. 106 Abs. 2 BGG (betrifft die Verletzung von Grundrechten, von kantonalem und interkantonalem Recht) gemeint ist;
- Nichteintreten auf querulatorische oder rechtsmissbräuchliche Beschwerden.

Im Ergebnis bedeutet dies, dass bestimmte Nichteintretensentscheide auch vom Instruktionsrichter allein (in eigener Kompetenz und ohne Konsultation eines anderen Bundesrichters) gefällt werden können. Aus der ratio legis von Art. 108 BGG sowie aus dem Rechtsstaatsprinzip folgt indes, dass die Bestimmung eng auszulegen ist; in aller Regel hat daher das Bundesgericht (mindestens) in Dreierbesetzung zu entscheiden.

r) Pflicht zur Rechtsmittelbelehrung

Zu beachten ist schliesslich Art. 112 Abs. 1 lit. d OG, wonach Entscheide, welche der Beschwerde an das Bundesgericht unterliegen, eine Rechtsmittelbelehrung zu enthalten haben. Aufgrund von Art. 117 BGG (der auf Art. 112 BGG verweist) gilt das Erfordernis der Rechtsmittelbelehrung auch für Urteile, welche (einzig) der subsidiären Verfassungsbeschwerde (Art. 113 ff. BGG) unterliegen. Nach

der hier vertretenen Auffassung ist den Parteien gegebenenfalls auch mitzuteilen, dass ihnen der Weiterzug ans Bundesgericht unter der Voraussetzung offen steht, dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG).

s) Aufhebung der Kostenfreiheit für SchKG-Aufsichtssachen und Übertragung der SchKG-Aufsicht vom Bundesgericht auf den Bundesrat

Mit Bezug auf SchKG-Aufsichtssachen ist sodann eine Änderung von Art. 20a SchKG zu vermerken, welche das neue Bundesgerichtsgesetz mit sich bringt. Nach dem neuen (geänderten) Art. 20a SchKG sind einzig noch die Verfahren vor den kantonalen SchKG-Aufsichtsbehörden kostenlos. *Für das SchKG-Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht* gelten demgegenüber die ordentlichen Bestimmungen über die Kosten, welche im Bundesgerichtsgesetz festgeschrieben sind (vgl. Art. 62 ff. BGG); dies bedeutet, dass für SchKG-Beschwerdeverfahren auf Stufe Bundesgericht künftig *Kosten anfallen*. Diese Gesetzesänderung ist im Zusammenhang mit dem neuen (ebenfalls geänderten) Art. 15 SchKG zu sehen, wonach neu (wie dies bereits im vor-

letzten Jahrhundert der Fall war) der *Bundesrat die Aufsicht über das Schuldbetreibungs- und Konkurswesen* ausüben und für die gleichmässige Anwendung des SchKG sorgen wird. Die Kompetenz zum Erlass von Vollziehungsverordnungen, Reglementen und zur Erteilung von Weisungen an die kantonalen Aufsichtsbehörden liegt demnach neu wiederum beim Bundesrat (und nicht mehr beim Bundesgericht). Das Bundesgericht wird demgegenüber auf seine eigentliche Aufgabe (Rechtsprechung) beschränkt, weshalb es sich rechtfertigt, die SchKG-Beschwerdeverfahren gleich wie andere Beschwerdeverfahren zu behandeln und sie ebenfalls der Kostenpflicht zu unterwerfen.

t) Speziell: Andere Streitwertberechnung nach BGG als im Kanton Zürich

Im Hinblick auf den Kanton Zürich ist zu vermelden, dass nach dem Bundesgerichtsgesetz (Art. 53 Abs. 1 BGG) der Betrag einer Widerklage – wie bereits nach Art. 47 Abs. 2 OG – *nicht* mit demjenigen der Hauptklage zusammengerechnet wird. Im Kanton Zürich ist es demgegenüber so, dass (mit Bezug auf die Höhe der Kosten wie auch – unter Vorbehalt von § 62 GVG – bezüglich der sachlichen Zu-

ständigkeit) der Streitwert der Widerklage mit demjenigen der Hauptklage zusammengerechnet wird, soweit sich Haupt- und Widerklage nicht gegenseitig ausschliessen (§ 19 Abs. 2 ZPO ZH). Mit Bezug auf die Zulässigkeit von Rechtsmitteln stellt demgegenüber auch die Zürcher Zivilprozessordnung auf die im OG vorgesehene Methode der Streitwertberechnung ab (§ 259 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO ZH und § 271 ZPO ZH).

Im nächsten Heft der SJZ werden die in der Zivilrechtspflege vor Bundesgericht künftig massgebenden Rechtsmittel (Beschwerde in Zivilsachen und subsidiäre Verfassungsbeschwerde) erörtert und die besonderen Probleme beleuchtet, die sich bei der Anfechtung eines Entscheides des Zürcher Obergerichts und Handelsgerichts stellen.

Das neue Bundesgerichtsgesetz unter besonderer Berücksichtigung der Beschwerde in Zivilsachen

Auswirkungen auf die Anfechtung von Entscheiden des Zürcher Obergerichts und Handelsgerichts (Fortsetzung)

PD Dr. Peter Reetz, Rechtsanwalt (Küsnacht/Zürich)

4. Die Beschwerde in Zivilsachen, «Einheitsbeschwerde»

a) Allgemeines

In seinen Artikeln 72–77 regelt das Bundesgerichtsgesetz die Beschwerde in Zivilsachen (sog. «Einheitsbeschwerde»). Mit der Beschwerde in Zivilsachen sollen vier Rechtsmittel des bisherigen Rechts – nämlich die eidgenössische Berufung (Art. 43 ff. OG), die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde (Art. 68 ff. OG), die SchKG-Aufsichtsbeschwerde (Art. 76 ff. OG) und die staatsrechtliche Beschwerde in Zivilsachen (Art. 84 ff. OG) – in einem einzigen Rechtsmittel zusammengefasst werden. In gewissen Konstellationen tritt die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff. OG) sodann an die Stelle der Verwaltungsgerichtsbeschwerde gemäss Art. 97 ff. OG; dies ist namentlich in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, welche einen engen Bezug zum Zivilrecht aufweisen, der Fall (vgl. z.B. Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 2, 4, 5, 6 und 7 BGG; siehe dazu sogleich lit. b).

b) Der Beschwerde in Zivilsachen unterliegende Entscheide

Mit der Beschwerde in Zivilsachen können nicht bloss Entscheide in Zivilsachen – unabhängig davon, ob diese in einem streitigen Verfahren ergangen sind oder nicht – angefochten werden (Art. 72 Abs. 1 BGG). Nach Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG steht die Beschwerde in Zivilsachen auch gegen Entscheide in Schuldbetreibungs- und Konkursachen zur Verfügung. Dies ist wie folgt zu präzisieren: Als Entscheid in Schuldbetreibungs- und Konkursachen i.S.v. Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG gelten nicht nur sämtliche Entscheide der Aufsichtsbehörden in SchKG-Sachen (Art. 17 ff. SchKG), sondern auch alle anderen gerichtlichen Entscheidungen, in welchen über Angelegenheiten aus dem Schuldbetreibungs- und Konkursrecht entschieden worden ist, nicht hingegen die sog. materiellrechtlichen Streitigkeiten, welche im Laufe einer Betreibung entstehen können⁴. Dies bedeutet, dass die sog. betreibungsrechtlichen Streitigkeiten mit Reflexwirkung auf das materielle Recht («gemischt-rechtliche Klagen») und die (bisher mit staatsrechtlicher Beschwerde geltend zu machenden) rein betreibungsrechtlichen Streitigkeiten (d.h. die Streitigkeiten, welche im summarischen Verfahren zu behandeln sind, Art. 25 Ziff. 2 SchKG, sowie der Fall von Art. 265a

Abs. 4 SchKG) der Beschwerde in Zivilsachen unterliegen. Soweit es sich bei den materiellrechtlichen Streitigkeiten, welche im Laufe einer Betreibung entstehen können, um eine Zivilsache handelt, ist ebenfalls die Beschwerde in Zivilsachen das richtige Rechtsmittel (dies jedoch nicht in Anwendung von Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG, sondern nach Massgabe von Art. 72 Abs. 1 BGG).

Nach Art. 72 Abs. 2 lit. b BGG unterliegen der Beschwerde in Zivilsachen sodann auch Entscheide über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheiden (welche bisher nicht als Zivilsache galten und daher mit staatsrechtlicher Beschwerde geltend zu machen waren), Entscheide über die Führung des Grundbuchs, des Zivilstands- und des Handelsregisters sowie der Register für Marken, Muster und Modelle, Erfindungspatente, Pflanzensorten und Topographien (geistiges Eigentum im weitesten Sinne), Entscheide über die Bewilligung zur Namensänderung (vgl. bereits Art. 44 lit. a OG), Entscheide auf dem Gebiet der Aufsicht über die Stiftungen (mit Ausnahme der Vorsorge- und Freizügigkeitseinrichtungen; solche Entscheide sind mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, Art. 82 ff. BGG, geltend zu machen), Entscheide auf dem Gebiet der Aufsicht über die Vermögensbehörden, die Willens-

⁴ So mit Recht: Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege («Botschaft»), BBl 2001 4307.

vollstrecker und andere erbrechtliche Vertreter, Entscheide über die Entmündigung, die Errichtung einer Beirat- oder Beistandschaft und die fürsorgerische Freiheitsentziehung sowie Entscheide auf dem Gebiet des Kindesschutzes. Bei diesen Entscheiden handelt es sich (wie aus dem Wortlaut von Art. 72 Abs. 2 lit. b BGG hervorgeht) um öffentlich-rechtliche Entscheide, die jedoch einen unmittelbaren Zusammenhang mit dem Zivilrecht aufweisen. Häufig – jedoch nicht immer – geht es dabei um Materien aus dem ZGB, welche bis anhin mit einer (von einer Zivilabteilung des Bundesgerichts zu beurteilenden) Verwaltungsgerichtsbeschwerde i.S.v. Art. 97 ff. OG geltend zu machen waren. Die Aufzählung in Art. 72 Abs. 2 lit. b BGG ist nicht abschliessend (vgl. den Terminus «insbesondere»), was bedeutet, dass das Bundesgerichtsgesetz beim Erlass neuer (entsprechender) Gesetze nicht geändert werden muss.

c) Streitwert

aa) Grundsatz: Streitwert von CHF 30 000

In nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten kann die Beschwerde in Zivilsachen immer erhoben werden (Art. 74 Abs. 1 BGG e contrario). In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Beschwerde in Zivilsachen dagegen nur dann zulässig, wenn der Streitwert mindestens CHF 30 000 beträgt; in arbeits- und mietrechtlichen Fällen genügt ein Streitwert von CHF 15 000.

bb) Ausnahme: Streitwertunabhängige Beschwerde in Zivilsachen, insbesondere bei Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung

Erreicht der Streitwert den massgebenden Betrag (in der Regel CHF

30 000; zur Berechnung vgl. Art. 51–53 BGG) nicht, so ist die Beschwerde in Zivilsachen in bestimmten Konstellationen dennoch zulässig (Art. 74 Abs. 2 lit. a–d BGG). Es handelt sich dabei um die folgenden vier Fälle:

– Wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG). Eine solche Grundsatzfrage soll nach der Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege⁵ jedenfalls dann vorliegen, wenn eine wesentliche Fortbildung der Rechtsordnung in Frage steht. Die Botschaft⁶ erwähnt vier Fallkonstellationen, in denen dies der Fall sein soll: a) Das Bundesgericht hat bei widersprüchlicher Rechtsprechung der kantonalen Gerichte eine Frage noch nicht entschieden. b) Es besteht zwar ein höchstrichterliches Präjudiz, es bestehen aber neue Gründe, die dem Bundesgericht Anlass geben, seine Rechtsprechung zu überprüfen. c) Die Vorinstanz ist von der Bundesgerichtspraxis abgewichen. Überdies soll nach der Botschaft⁷ – so scheint es wenigstens – auch dann eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliegen, wenn d) der Entscheid des Bundesgerichts für die Praxis wegleitend sein kann, namentlich wenn von unteren Instanzen viele gleichartige Fälle zu beurteilen sein werden.

Der Begriff der «Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung» wirft verschiedene schwierige Fragen auf, z.B. die Folgenden: Mit Bezug auf die Variante a) dürfte es dann sehr schwierig sein, eine unterschiedliche Rechtsprechung der kantonalen Gerichte festzustellen, wenn keine (allenfalls auf dem Internet abrufbare) publizierte kantonale Entscheidungssammlung besteht. Mit Bezug auf die Variante b)

fragt es sich, was unter dem Begriff «neue Gründe»⁸ zu verstehen ist. Wer nämlich eine bundesgerichtliche Rechtsprechung zu einer bestimmten Frage als unrichtig erachtet, dürfte immer (in jedem einzelnen Fall) «neue Gründe» finden, die dem Bundesgericht (zumindest nach Auffassung des Beschwerdeführers) Anlass geben können, seine Praxis zu überprüfen. Zu Ende gedacht sind die Gründe des konkreten Beschwerdeführers immer neu, da er ja seine Gründe dem Bundesgericht in der Regel erstmals unterbreitet und dieses damit noch nicht über diese konkreten Gründe entschieden hat. Fraglich ist sodann auch, ob «neue Gründe» dann vorliegen, wenn eine neue Lehrmeinung (bzw. ein neues Forschungsergebnis) zu einer bestehenden bundesgerichtlichen Praxis publiziert worden ist. Nach der hier vertretenen Auffassung liegen diesfalls nur dann «neue Gründe» vor, wenn die neuen Argumente ihrem Gehalt nach dem Bundesgericht nicht bekannt waren, als es seine Praxis begründete. Auf den ersten Blick weniger Schwierigkeiten scheint dagegen die Variante c) zu bereiten. Indessen ist diesbezüglich zu bedenken, dass es einem findigen Anwalt regelmässig nicht allzu schwer fallen dürfte, einen Widerspruch eines kantonalen Urteils zu einer bestehenden Bundesgerichtspraxis einigermassen plausibel zu behaupten. Gänzlich ausgehöhlt würde jedoch

⁵ Botschaft, BBl 2001 4309 f.

⁶ Botschaft, BBl 2001 4309 f.

⁷ Botschaft, BBl 2001 4309 f.

⁸ Botschaft, BBl 2001 4309 f.

der Begriff der «Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung» bei der Variante d); dies nämlich dann, wenn als Grundsatzfragen auch Fragen gelten würden, deren höchst-richterliche Beantwortung für die Praxis wegleitend sein *kann* (so etwa dann, wenn untere Gerichte viele gleichartige Fälle zu beurteilen haben werden). Zu beachten ist nämlich Folgendes: Mit dem Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung (welches etwa für das Jahr 2010 geplant ist) werden sich zahlreiche Auslegungsprobleme ergeben. Da davon auszugehen ist, dass untere Instanzen stets viele gleichartige Fälle (in denen sich dieselben Auslegungsprobleme wie in einem vor Bundesgericht hängigen Fall stellen) zu entscheiden haben werden, würde die in der Botschaft⁹ geäußerte Auffassung zur Folge haben, dass praktisch bei jedem Rechtsproblem, welches sich im Zusammenhang mit der Anwendung der Schweizerischen Zivilprozessordnung stellt, die Beschwerde in Zivilsachen erhoben werden könnte (unabhängig vom Streitwert). Dies macht jedoch nur wenig Sinn und steht im Widerspruch zum mit dem Bundesgerichtsgesetz (mit) verfolgten Zweck, das Bundesgericht zu entlasten. Klar ist dagegen etwas anderes:

Wird das Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung geltend gemacht, so bedeutet dies nicht, dass zusammen mit dieser Rüge auch alle anderen zivilrechtlichen Rügen erhoben werden können (das Vorliegen der Voraussetzung «Rechtsfrage von

grundsätzlicher Bedeutung» ist also nicht etwa ein Einfallstor für sämtliche anderen zivilrechtlichen Rügen). Liegt also eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor, so darf das Bundesgericht (sofern das Streitwerterfordernis von Art. 74 Abs. 1 BGG nicht erfüllt ist) nur diese Grundsatzfrage entscheiden; auf andere Rügen darf es nicht eintreten.

Problematisch ist jedenfalls, dass im Einzelfall oft nicht feststehen wird, ob eine Beschwerde in Zivilsachen tatsächlich zulässig ist (wenn das Streitwerterfordernis von Art. 74 Abs. 1 BGG nicht erreicht ist), da kaum je mit Sicherheit vorausgesagt werden kann, ob das Bundesgericht ein gerügtes Rechtsproblem tatsächlich als Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung i.S.v. Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG erachtet. Es wird also künftig zur *anwaltlichen Beratungspflicht* gehören, die Parteien bei Fehlen des Streitwerterfordernisses von Art. 74 Abs. 1 BGG auf das entsprechende Prozess- und Kostenrisiko aufmerksam zu machen.

- *Wenn ein Bundesgesetz eine einzige kantonale Instanz vorschreibt* (Art. 74 Abs. 2 lit. b BGG). Dies trifft zu für den Bereich des Immaterialgüterrechts (geistiges Eigentum) und des Kernenergierechts; diese Ausnahmen entstammen dem geltenden Recht (vgl. Art. 45 lit. a und lit. c OG).
- *Gegen Entscheide der kantonalen Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen* (Art. 74 Abs. 2 lit. c BGG). Hierzu ist festzuhalten, dass der Verzicht auf das Streitwerterfordernis nur für Entscheide der kantonalen *Aufsichtsbehörden* in Schuldbetreibungs-

und Konkursachen gilt, d.h. im Anwendungsbereich der Art. 17 ff. SchKG. Sieht dagegen das SchKG den Weg der gerichtlichen Klage i.S.v. Art. 17 SchKG vor (materiellrechtliche Streitigkeiten, betreibungsrechtliche Streitigkeiten mit Reflexwirkung auf das materielle Recht [«gemischt-rechtliche Klagen»] sowie rein betreibungsrechtliche Streitigkeiten), so gilt grundsätzlich die Streitwertgrenze von CHF 30 000 bzw. CHF 15 000 im Arbeits- bzw. Mietrecht (siehe jedoch sogleich zu Art. 74 Abs. 2 lit. d BGG).

- *Gegen Entscheide des Konkurs- und Nachlassrichters* (Art. 74 Abs. 2 lit. d BGG). Entscheidet der Konkurs- oder Nachlassrichter im summarischen Verfahren (Art. 25 Ziff. 2 lit. a SchKG) rein betreibungsrechtliche Streitigkeiten, so gilt das Streitwerterfordernis von CHF 30 000 ebenfalls nicht, da diesfalls die Streitwertberechnung nicht ohne Schwierigkeiten vorgenommen werden kann.

d) Erfordernis zweier kantonaler Instanzen (Prinzip der «double instance»)

Grundsätzlich haben die Kantone für jede zivilrechtliche Streitigkeit *zwei kantonale Instanzen* vorzusehen. Nach Art. 75 Abs. 2 BGG haben dabei die Kantone als letzte kantonale Instanzen *obere* Gerichte einzusetzen, welche als Rechtsmittelinstanzen entscheiden; die untere Instanz kann (theoretisch) auch eine Verwaltungsbehörde sein (so z.B. im Vormundschaftsrecht), auch wenn für den Bereich des Zivilrechts grundsätzlich *zwei gerichtliche* kantonale Instanzen wünschbar wären (so wie dies im Rahmen der Schweizerischen Zivilprozessordnung geplant ist). Diese Rege-

⁹ Botschaft, BBl 2001 4309 f.

lung übernimmt weitgehend (aber nicht durchwegs) den heute geltenden Rechtszustand. Ausnahmen, in denen es genügt, wenn auf kantonaler Ebene bloss eine einzige Instanz (stets ein Gericht) tätig geworden ist, sind die folgenden:

- Wenn ein *Bundesgesetz eine einzige kantonale Instanz vorschreibt* (Immaterialgüterrecht und Kernenergiegesetz); Art. 75 Abs. 2 lit. a BGG. Da in diesen Fällen nach Art. 74 Abs. 2 lit. b BGG das Streitwertanfordernis von CHF 30 000 für die Beschwerde in Zivilsachen nicht gilt, besteht im Ergebnis dennoch ein doppelter Instanzenzug; indem nach dem (einzigem) kantonalen Gericht das Bundesgericht in jedem Fall angerufen werden kann.
- Wenn ein *Fachgericht für handelsrechtliche Streitigkeiten* (Handelsgericht, gegenwärtig in den Kantonen Zürich, Bern, Aargau und St. Gallen) als einzige kantonale Instanz entscheidet (Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG).
- Wenn eine Klage mit einem Streitwert von mindestens CHF 100 000 nach dem kantonalen Recht mit Zustimmung aller Parteien direkt beim oberen (kantonalen) Gericht eingereicht wurde (sog. *kantonaler Direktprozess*); Art. 75 Abs. 2 lit. c BGG.

e) Legitimation

Mit Bezug auf die *Beschwerdeberechtigung* ist zu bemerken, dass nach Art. 76 Abs. 1 lit. b BGG allein ein *rechtlich* geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheides genügend ist. Ein bloss tatsächliches Interesse genügt nach dieser Formulierung nicht. Dieser Rechtszustand entspricht der Rechtslage, welche nach OG für die

bisherigen zivilrechtlichen Rechtsmittel galt. Insbesondere sind auch Nebenparteien (Litisdenunziat, Nebenintervenient) nach Massgabe von Art. 76 Abs. 1 lit. a BGG (d.h. bei tatsächlicher Teilnahme am vorinstanzlichen Verfahren oder bei Verweigerung derselben durch die kantonalen Instanzen) zur Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht berechtigt, währenddem – wie bereits nach Art. 53 Abs. 2 OG – die Streitverkündung und Nebenintervention selbst vor Bundesgericht nicht mehr zulässig sind.

f) Anfechtbare Entscheide

aa) Endentscheide

Anfechtbar sind zunächst Endentscheide (Art. 90 BGG), d.h. Entscheide, welche das Verfahren abschliessen (unabhängig davon, in welcher prozessualen Form sie erfolgen). Als *Endentscheid* i.S.v. Art. 90 BGG, welcher durch eine Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht angefochten werden kann, gelten dabei neu auch Entscheide in Eheschutzsachen sowie diverse weitere Entscheide, welche in summarischen Verfahren ergangen sind (nach der Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege¹⁰ sollen dazu auch Entscheide über die provisorische Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten zählen, was jedoch nicht zutrifft; richtigerweise handelt es sich hierbei um einen Zwischenentscheid i.S.v. Art. 93 BGG, da nachträglich noch ein Hauptverfahren zu erfolgen hat).

Vorsorgliche Massnahmen (wie etwa die provisorische Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten) stellen denn auch regelmässig Zwischenentscheide i.S.v. Art. 93 BGG dar; ausnahmsweise sind sie indes Endentscheide (z.B. Eheschutzentscheide oder

Ausweisungen von Mietern bzw. Pächtern), wobei diesfalls die Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 BGG (siehe sogleich cc) nicht erfüllt sein müssen. Immer dann, wenn vorsorgliche Massnahmen Endentscheide darstellen (d.h. nicht von einem späteren Hauptverfahren gefolgt sind, welches ihre Überprüfung erlaubt), ist nach der hier vertretenen Auffassung Art. 98 BGG (Beschränkung der Beschwerdegründe auf die Verletzung verfassungsmässiger Rechte) nicht anwendbar; insofern als sich aus dem Gesetzeswortlaut die Anwendbarkeit von Art. 98 BGG auf sämtliche vorsorglichen Massnahmen – ungeachtet dessen, ob es sich um einen (nicht mehr überprüfbar) Endentscheid oder um einen (noch überprüfbar) Zwischenentscheid handelt – ergibt, liegt ein gesetzgeberisches Versehen vor. Zum selben Ergebnis gelangt man auch, wenn man nicht mehr überprüfbare vorsorgliche Massnahmen, welche in der Form eines Endentscheides ergehen, gar nicht als vorsorgliche Massnahmen (i.S.v. Art. 98 BGG) qualifiziert, was mit Bezug auf die Rügegründe automatisch die Anwendbarkeit von Art. 95 BGG zur Folge hätte.

bb) Teilentscheide

Nach Art. 91 BGG ist die Beschwerde in Zivilsachen auch gegen *Teilentscheide* zulässig; dies dann, wenn der Teilentscheid (bei *objektiver Klagenhäufung*) nur einen Teil der (verschiedenen) gestellten Rechtsbegehren behandelt und wenn diese Rechtsbegehren unabhängig von den anderen beurteilt werden können

¹⁰ Botschaft, BBl 2007 4331 f.

(was regelmässig der Fall ist) oder wenn der Entscheid das Verfahren (bei *subjektiver Klagenhäufung*) nur für einen Teil der Streitgenossen abschliesst (z.B. ein Entscheid, in dem die Klage mit Bezug auf zwei von vier einfachen aktiven oder passiven Streitgenossen abgewiesen wird). Teilentscheide sind im Lichte eines beförderlichen Verfahrens (Art. 29 Abs. 1 BV) unmittelbar nach ihrer Ausfällung anzufechten; eine spätere Anfechtung ist ausgeschlossen (obschon dies in Art. 91 BGG – anders als in Art. 92 Abs. 2 BGG – nicht explizit festgehalten ist).

cc) Zwischenentscheide

Ferner sieht das Bundesgerichtsgesetz in Art. 92 vor, dass gegen selbständig eröffnete *Vor- oder Zwischenentscheide über die Zuständigkeit und über Ausstandsbegehren* unmittelbar im Anschluss an deren Eröffnung Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht geführt werden *muss*; eine spätere Anfechtung (etwa im Rahmen der Anfechtung des Endentscheides) wird explizit ausgeschlossen (Art. 92 Abs. 2 BGG). Der Ausschluss der späteren Anfechtung gilt nach der Gesetzssystematik nur für *Vor- oder Zwischenentscheide über die Zuständigkeit und über Ausstandsbegehren*, nicht hingegen für andere *Vor- oder Zwischenentscheide*; andere *Vor- oder Zwischenentscheide* können auch im Rahmen der Anfechtung des Endentscheides angefochten werden, sofern sie (die *Vor- oder Zwischenentscheide*) *sich auf den Inhalt des Endentscheides ausgewirkt haben* (Art. 93 Abs. 3 BGG), was demnach der Beschwerdeführer vorgängig zu überprüfen hat.

Diese anderen *Vor- oder Zwischenentscheide* (z.B. *Vor- oder Zwischen-*

entscheide, in denen Einreden bzw. Einwendungen betreffend fehlende Legitimation, Verjährung, Verwirkung, fehlende Partei- und Prozessfähigkeit, anderweitige Rechtshängigkeit oder materielle Rechtskraft etc. abgewiesen worden sind) sind nur dann mit der Beschwerde in Zivilsachen anfechtbar, wenn sie entweder einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken *können* (was nicht selten der Fall sein dürfte) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder (also nicht und!) Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde. Neu ist dabei, dass ein *Vor- oder Zwischenentscheid* bereits dann beim Bundesgericht angefochten werden *kann*, wenn er einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG). Nach dem bisherigen (für die eidgenössische Berufung massgeblichen) Art. 50 OG war dies nicht möglich. Zu beachten ist, dass Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG mit der Formulierung «bewirken kann» sogar grosszügiger ist als die Regelung gewisser kantonaler Zivilprozessordnungen für die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde (vgl. etwa § 282 Ziff. 1 ZPO ZH, wonach die kantonale-zürcherische Nichtigkeitsbeschwerde nur dann zulässig ist, wenn [effektiv] ein schwer wiedergutzumachender Nachteil droht).

g) Rügegründe

aa) Im Allgemeinen

Mit der Beschwerde in Zivilsachen kann die Verletzung von *Bundesrecht* (einschliesslich des bisher grundsätzlich mit staatsrechtlicher Beschwerde geltend zu machenden Bundesverfassungsrechts, sodann jedoch auch Bundesgesetzesrecht und Bundesver-

ordnungsrecht, nicht jedoch blosser Unangemessenheit), *Völkerrecht*, *kantonale verfassungsmässige Rechte* (also nicht von kantonalem Gesetzes- oder kantonalem Verordnungsrecht) und von *interkantonalem Recht* (insbesondere von Konkordaten) gerügt werden. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die einfach-falsche (d.h. nicht geradezu willkürliche) Auslegung von kantonalem Recht (kantonales Gesetzes- und kantonales Verordnungsrecht) nicht mit der Beschwerde in Zivilsachen gerügt werden kann. Anders sieht es dagegen bei willkürlicher Auslegung von kantonalem Gesetzes- oder kantonalem Verordnungsrecht aus: Diese unterliegt der Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht, da diesfalls zugleich eine Verletzung von Bundes(verfassungs)recht (Willkür i.S.v. Art. 9 BV) vorliegt. Die Unterscheidung Bundesrecht vs. kantonales Recht wird demnach auch künftig von erheblicher Bedeutung für die Frage sein, welches Rechtsmittel zu ergreifen ist.

Zur Verdeutlichung: Wird eine einfach-falsche Auslegung von kantonalem Gesetzesrecht oder kantonalem Verordnungsrecht geltend gemacht und zugleich behauptet, es läge eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor, so wäre die Beschwerde in Zivilsachen dem Anschein nach zulässig (Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG). Diesfalls gilt es jedoch zu beachten, dass kein zulässiger Rügegrund gemäss Art. 95 BGG vorliegt. Auf eine entsprechende Beschwerde in Zivilsachen wäre daher diesfalls nicht einzutreten.

Die *Feststellung des Sachverhaltes* kann nach Art. 97 BGG nur dann gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung i.S.v. Art. 95 BGG beruht *und* wenn zudem (kumulativ)

die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann. Durch die erste (alternative) Voraussetzung der offensichtlichen Unrichtigkeit wird bloss der geltende Rechtszustand zementiert, wonach – gleich wie heute bei der staatesrechtlichen Beschwerde – nur willkürliche Beweismängel (als Verletzungen der Bundesverfassung, Art. 9 BV) vor Bundesgericht rüfbar sind (das Gleiche folgt auch aus Art. 95 lit. a BGG, wonach Bundesverfassungsverletzungen mit der Beschwerde in Zivilsachen gerügt werden können). Indem jedoch die Feststellung des Sachverhalts (auch bei fehlender offensichtlicher Unrichtigkeit) i.S. einer zweiten (alternativen) Voraussetzung auch dann gerügt werden kann, wenn sie auf einer Rechtsverletzung i.S.v. Art. 95 BGG beruht, werden die auf das Tatsächliche bezogenen Rügemöglichkeiten im Vergleich zur bisherigen Rechtslage bereits in naher Zukunft wesentlich erweitert: Sobald nämlich die Schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft getreten sein wird, wird jede einfach-falsche Anwendung einer zivilprozessualen Norm (auch wenn sie noch nicht willkürlich ist) zugleich eine Rechtsverletzung i.S.v. Art. 95 lit. a BGG darstellen. Diesfalls hat der Beschwerdeführer lediglich noch darzutun, dass die einfach-falsche Anwendung einer zivilprozessualen Norm (z.B. einer Norm des Beweisrechts) die Sachverhaltsfeststellung beeinflusst hat und geeignet war, den Ausgang des Verfahrens entscheidend zu beeinflussen (Art. 97 Abs. 1 in fine BGG).

bb) Bei vorsorglichen Massnahmen

Wichtig ist sodann, dass mit der Beschwerde in Zivilsachen gegen *Entscheidung über vorsorgliche Massnahmen* nur die Verletzung verfassungs-

mässiger Rechte (EMRK, Bundesverfassung, Kantonsverfassungen) gerügt werden kann (Art. 98 BGG), währenddem die bisher für vorsorgliche Massnahmen zu ergreifende staatsrechtliche Beschwerde auch die Rüge der Verletzung von Konkordatsrecht und von Staatsverträgen zuliesst (Art. 84 Abs. 1 lit. b und lit. c OG). Der Rügegrund bei vorsorglichen Massnahmen deckt sich demnach mit demjenigen bei der subsidiären Verfassungsbeschwerde (vgl. Art. 116 BGG); hier wie dort gilt das «Rügeprinzip» gemäss Art. 106 Abs. 2 BGG (vgl. Art. 117 BGG). Zu den vorsorglichen Massnahmen siehe auch Ziff. 4 lit. f aa).

h) Beginn der Beschwerdefrist für die Beschwerde in Zivilsachen bei Ergreifung eines kantonalen Rechtsmittels gegen einen Entscheid einer oberen kantonalen Instanz

Von grosser Bedeutung ist Art. 100 Abs. 6 BGG: Diese Bestimmung sieht vor, dass in jenen Fällen, in denen der Entscheid eines oberen kantonalen Gerichts (Obergericht, Kantonsgericht, Handelsgericht) mit einem kantonalen Nichtigkeitsrechtsmittel bei einer zusätzlichen (zweiten oder dritten) kantonalen Gerichtsinstanz angefochten worden ist, die Beschwerdefrist für die Beschwerde in Zivilsachen *neu* erst mit der Eröffnung des Entscheides dieser (zweiten oder dritten) (Nichtigkeits-)Instanz (z.B. Zürcher Kassationsgericht) zu laufen beginnt (anders dagegen der bisherige Art. 54 Abs. 1 Satz 2 OG). Dies hat die (vom Gesetzgeber wohl zu wenig bedachte) Konsequenz, dass Anwälte, welche kurz vor Ablauf der 30-tägigen Beschwerdefrist gemäss Art. 100 Abs. 1 BGG (oder sonstwie unter gros-

sem Zeitdruck) von ihren Klienten um Erhebung einer Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht gebeten werden (Art. 100 Abs. 1 BGG), um Zeit zu gewinnen zunächst eine (allenfalls nur rudimentär oder mit Bezug auf nur einen einzigen Punkt begründete) Beschwerde bei der (zweiten oder dritten) kantonalen (Nichtigkeits-)Instanz (z.B. beim Zürcher Kassationsgericht) einreichen. Da die 30-tägige Beschwerdefrist für die Beschwerde in Zivilsachen eine gesetzliche Frist und daher nicht erstreckbar ist (Art. 47 Abs. 1 BGG), verschafft Art. 100 Abs. 6 BGG einem Anwalt deshalb allenfalls die benötigte Zeit für die Ausarbeitung der Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht, indem er – sofern ihm dies im betreffenden Kanton möglich ist – eine Beschwerde bei der (zweiten oder dritten) kantonalen (Nichtigkeits-)Instanz einlegen kann.

Im Übrigen hat Art. 100 Abs. 6 BGG auch eine starke Ausweitung der sog. *Dorénaz-Praxis*¹¹ zur Folge: Mit der Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht wird künftig – soweit Art. 100 Abs. 6 BGG anwendbar ist – in zahlreichen Fällen nicht nur das Urteil der zweiten oder dritten, sondern auch dasjenige der ersten oder zweiten kantonalen Instanz *mit* angefochten werden können (siehe dazu im Einzelnen Ziff. 5 c)cc).

i) Keine aufschiebende Wirkung der Beschwerde in Zivilsachen

Die Beschwerde in Zivilsachen hat in der Regel *keine aufschiebende Wirkung* (Art. 103 Abs. 1 BGG). Dies bedeutet eine wesentliche Änderung im Vergleich zum bisher im Rahmen der

¹¹ Siehe BGE 125 I 492.

eidgenössischen Berufung geltenden Rechtszustand (vgl. Art. 54 Abs. 2 Satz 2 OG). Im Ergebnis werden demnach letztinstanzliche kantonale Urteile neu unmittelbar mit ihrer Ausfällung vollstreckbar (was zur Folge haben wird, dass der Beschwerdeführer regelmässig die Gewährung der aufschiebenden Wirkung oder andere vorsorgliche Massnahmen beantragen wird, vgl. Art. 103 Abs. 3 und Art. 104 BGG).

Die 20-tägige Frist für die Aberkennungsklage (Art. 83 Abs. 2 SchKG) beginnt denn auch nach der hier vertretenen Auffassung nicht erst mit dem Entscheid, in dem das Bundesgericht die provisorische Rechtsöffnung bestätigt (wenn der Schuldner Beschwerde in Zivilsachen gegen den letztinstanzlichen kantonalen Rechtsöffnungsentscheid erhoben hat), sondern bereits im Zeitpunkt der Zustellung des letztinstanzlichen kantonalen Urteils (mit dem provisorische Rechtsöffnung erteilt worden ist). Daran (d.h. am Fristbeginn) ändert sich auch dann nichts, wenn der bundesgerichtliche Instruktionsrichter der Beschwerde in Zivilsachen nachträglich aufschiebende Wirkung zuerkennt; dies folgt einerseits aus dem Rechtssicherheitsgebot und andererseits aus dem Umstand, dass ein entsprechender Entscheid des Instruktionsrichters nur die Vollstreckbarkeit, nicht jedoch auch die formelle Rechtskraft aufschiebt (vgl. dazu BGE 111 IV 91 f.).

Der Bundesrat wollte das Rechtsmittel der Beschwerde in Zivilsachen durch die Aberkennung der aufschiebenden Wirkung weniger attraktiv machen¹². Es ist jedoch fraglich, ob

diese Regelung wirklich Sinn macht: Entscheidet nämlich das Bundesgericht abweichend von der letzten kantonalen Instanz und ist das letztinstanzliche kantonale Urteil bereits vollstreckt worden, so sind Rückforderungsprozesse vorprogrammiert. Das mit dem Bundesgerichtsgesetz (mit verfolgter Ziel, das Bundesgericht zu entlasten, könnte sich daher in diesem Punkt als Bumerang erweisen.

j) Schiedsgerichtsentscheide

aa) «Internationale» Schiedsgerichtsentscheide

Mit Bezug auf «internationale» Schiedsgerichtsentscheide (d.h. Schiedsgerichtsentscheide im Anwendungsbereich des IPRG) ist auf Art. 77 BGG zu verweisen, wonach gegen Entscheide von Schiedsgerichten die Beschwerde in Zivilsachen zulässig ist; dies allerdings nur unter den Voraussetzungen von Art. 190–192 IPRG (und wenn zugleich das Streitwert Erfordernis von Art. 74 Abs. 1 BGG erfüllt ist – andernfalls greift die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG). Dies bedeutet im Wesentlichen, dass dem Beschwerdeführer einzig die Rügegründe von Art. 190 IPRG offen stehen. Richtigerweise kommt daher der Beschwerde in Zivilsachen im Rahmen der Anfechtung von internationalen Schiedsgerichtsentscheiden (lediglich) die Funktion einer (höchst eingeschränkten) Verfassungsbeschwerde zu, sind doch die nach Art. 190 IPRG zulässigen Rügen in der Praxis weitaus seltener von Erfolg gekrönt als Rügen von «gewöhnlichen» Verfassungsverletzungen. An sich hätte daher das Rechtsmittel, welches gegen die Anfechtung von internationalen Schiedsgerichtsentscheiden zur Verfügung steht, (streitwertunabhängig) die in den

Art. 113 ff. BGG geregelte subsidiäre Verfassungsbeschwerde sein müssen; dass dies nicht so ist, ist wohl darauf zurückzuführen, dass die subsidiäre Verfassungsbeschwerde (Art. 113 ff. BGG) erst nachträglich in das Bundesgerichtsgesetz eingefügt wurde und Art. 77 BGG dabei offenbar schlicht übersehen worden ist. Dass das Rechtsmittel gegen internationale Schiedsgerichtsentscheide nun Beschwerde in Zivilsachen heisst, ist indes für die Praxis nicht von Bedeutung, da jedenfalls die zulässigen Rügegründe (vgl. Art. 190 IPRG) unverändert geblieben sind. Zur Geltung des Rügeprinzips siehe vorne Ziff. 3 lit. f in fine.

bb) «Kantonale» Schiedsgerichtsentscheide

Mit Bezug auf die Anfechtung von «kantonalen» Schiedsgerichtsentscheiden (d.h. Schiedsgerichtsentscheide, welche im Rahmen der Anwendung des Konkordates über die Schiedsgerichtsbarkeit «KSG» ergangen sind) enthält das Bundesgerichtsgesetz keine Vorschrift. Da jedenfalls eine Verschlechterung des bestehenden Rechtsschutzes ausweislich der Materialien nicht beabsichtigt war, ist davon auszugehen, dass mit der Beschwerde in Zivilsachen (bzw. – bei fehlendem Streitwert gemäss Art. 74 Abs. 1 BGG – mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG) auch künftig sämtliche Verletzungen von Art. 36 KSG (bzw. der übrigen Bestimmungen des KSG) gerügt werden können. Dem Bundesgericht kommt dabei im Rahmen der Überprüfung der richtigen Anwendung der Bestimmungen des KSG durch die gemäss Art. 3 KSG i.V.m. 36 KSG zuständige kantonale Nichtigkeitsinstanz freie Kognition zu (BGE 112 Ia 350). Zur (zu erwartenden) Gel-

¹² Botschaft BBl 2001 4342.

tung des Rügeprinzipes siehe vorne Ziff. 3 lit. f in fine.

k) «Rechtsöffnungskuriosum» im Kanton Zürich

In diesem Zusammenhang ist auf Art. 75 Abs. 2 BGG hinzuweisen, wonach die Kantone als letzte kantonale Instanzen *obere* Gerichte einsetzen müssen, welche als Rechtsmittelinstanzen zu entscheiden haben. Mit Bezug auf das Zivilrecht bedeutet dies, dass grundsätzlich zwei *Gerichte* über zivilrechtliche Angelegenheiten entscheiden sollen (wobei es jedoch den Kantonen nicht verwehrt ist, erstinstanzlich – auch in Zivilsachen – eine Verwaltungsbehörde als zuständig zu erklären).

Da indes die Kantone nach Art. 130 Abs. 2 BGG noch einige Jahre Zeit haben, um Ausführungsbestimmungen über die Zuständigkeit, die Organisation und das Verfahren der Vorinstanzen in Zivilsachen zu erlassen (welche insbesondere Art. 75 Abs. 2 BGG entsprechen), hat dies bis auf Weiteres (d.h. bis zu einer allfälligen Gesetzesänderung)¹³ zur Folge, dass im Kanton Zürich Rechtsöffnungsentscheide des Einzelrichters im summarischen Verfahren direkt wegen Verletzung von Bundesgesetzes-, Bundesverordnungs-, Staatsvertrags- und/oder Konkordatsrecht sowie Aktenwidrigkeiten beim Bundesgericht mit Beschwerde in Zivilsachen angefochten werden können, sofern der Streitwert von CHF 30 000 bzw. CHF 15 000 im Arbeits- bzw. Mietrecht gegeben ist (siehe dazu sogleich ausführlich Ziff. 5 und § 272 Abs. 2 Ziff. 3 ZPO ZH). Dies rührt daher, dass die Kantone bis zum Ablauf der genannten fünfjährigen Übergangsfrist (und anders als nach Art. 48 Abs. 1 OG) auch *untere* kantonale Gerichte als letzt-

instanzliche kantonale Gerichte i.S.v. Art. 75 BGG bezeichnen dürfen (was zwar nicht sinnvoll ist, jedoch etwa im Kanton Zürich momentan für Rechtsöffnungsentscheide der Fall ist, vgl. § 272 Abs. 2 Ziff. 3 ZPO ZH).

Die Kantone sind demnach gut beraten, wenn sie (zwecks Entlastung des Bundesgerichts) möglichst rasch die Vorgaben von § 75 Abs. 2 BGG (Erfordernis zweier kantonaler Instanzen) in den kantonalen Gesetzgebungen umsetzen (im Kanton Zürich z.B. durch eine Abschaffung des Ausschlusses des Rekurses für Rechtsöffnungsentscheide bzw. durch eine Abänderung von § 272 Abs. 2 Ziff. 3 ZPO ZH).

5. Anfechtung von Entscheidungen des Zürcher Ober- bzw. Handelsgerichts bei einem Streitwert von mindestens CHF 30 000 bzw. CHF 15 000 im Arbeits- bzw. Mietrecht

a) Allgemeines

Besondere Probleme stellen sich, wenn man einen Entscheid des Zürcher Ober- bzw. Handelsgerichts (im Folgenden: Ober- bzw. Handelsgericht) anfechten will, wobei im Folgenden ausschliesslich der Fall behandelt wird, in dem der Streitwert mindestens CHF 30 000 bzw. CHF 15 000 im Arbeits- bzw. Mietrecht beträgt. Grundsätzlich ist dabei danach zu unterscheiden, ob der Beschwerdeführer nur (die Verletzung von) *Bundesgesetzes-, Bundesverordnungs-, Staatsvertrags- und/oder Konkordatsrecht* (Fall 1, siehe sogleich lit. c)aa), nur *Tatfragen, kantonales Recht und/oder Verfassungsrecht* (Fall 2, siehe sogleich lit. c)bb) oder beides zusammen (d.h. *Bundesgesetzes-, Bundesverordnungs-, Staatsvertrags-*

und/oder Konkordatsrecht und Tatfragen, kantonales Recht und/oder Verfassungsrecht; Fall 3, siehe sogleich lit. c)cc) rügen will. Zum Sonderfall der Aktenwidrigkeiten siehe sogleich lit. d).

b) Ausgangspunkt: Art. 100 Abs. 6 BGG und § 285 Abs. 1 und 2 ZPO ZH

Auszugehen ist dabei von Art. 100 Abs. 6 BGG: Nach dieser Bestimmung beginnt im Fall, in dem der Entscheid eines oberen kantonalen Gerichts (Ober- bzw. Handelsgericht) mit einem Rechtsmittel, das nicht alle Rügen nach den Art. 95–98 BGG zulässt (also mit der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde), bei einer zusätzlichen kantonalen Gerichtsinstanz (Kassationsgericht) angefochten worden ist, die Beschwerdefrist erst mit der Eröffnung des Entscheides dieser Instanz zu laufen. Daraus folgt, dass immer dann, wenn kantonale Nichtigkeitsbeschwerde (§ 281 ff. ZPO ZH) beim Kassationsgericht erhoben worden ist, die 30-tägige Frist für die Beschwerde

¹³ Nach Art. 76 Abs. 1 und 2 der Zürcher Kantonsverfassung («KV ZH») sind im Kanton Zürich in sämtlichen Zivilverfahren zwei *gerichtliche* Instanzen vorzusehen, wobei die zweite Instanz Rechtsfragen umfassend und Tatfragen mindestens auf Willkür prüfen können muss. Nach Art. 138 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 KV ZH wirken die entsprechenden verfassungsmässigen Vorgaben ab 1. Januar 2011 als justiziable *Individualrechte*, sofern die Gesetzgebung bis dahin nicht entsprechend angepasst worden ist: Anzupassen wäre der Instanzenzug etwa bei der (neu als Zivilsache zu betrachtenden, vgl. Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG und dazu vorne Ziff. 4 lit. b) Rechtsöffnung, da die bei Rechtsöffnungen allein zulässige kantonale Nichtigkeitsbeschwerde keine umfassende Überprüfung von Rechtsfragen zulässt.

in Zivilsachen an das Bundesgericht (Art. 100 Abs. 1 BGG) erst mit der Zustellung des Entscheides des Kassationsgerichtes zu laufen beginnt.

Nebst Art. 100 Abs. 6 BGG sind sodann auch § 285 Abs. 1 und 2 ZPO ZH zu beachten, wonach die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht ausgeschlossen ist, wenn das Bundesgericht mit freier Kognition über eine bestimmte Frage entscheidet. Daraus ergibt sich, was folgt:

c) Fälle

aa) *Rüge der Verletzung von Bundesgesetzes-, Bundesverordnungs-, Staatsvertrags- und/oder Konkordatsrecht*

Möchte der Beschwerdeführer einzig die Verletzung von Bundesgesetzes-, Bundesverordnungs-, Staatsvertrags- und/oder Konkordatsrecht rügen, so hat er direkt gegen den Entscheid des Ober- bzw. Handelsgerichts Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff. BGG) an das Bundesgericht zu erheben, da diesfalls die Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht aufgrund von § 285 Abs. 1 und 2 ZPO ZH ausgeschlossen ist¹⁴.

bb) *Rüge der Verletzung von Tatfragen, kantonalem Recht und/oder Verfassungsrecht*

Möchte der Beschwerdeführer dagegen einzig die Verletzung von Tatfragen (insbesondere die willkürliche Feststellung des Sachverhaltes

bzw. willkürliche Beweiswürdigung) und/oder die Verletzung von kantonalem Recht (insbesondere die willkürliche Anwendung von kantonalem Recht) und/oder eine (andere) Verfassungsverletzung rügen, so ist zunächst zu beachten, dass das Bundesgericht über diese Fragen (jedenfalls grundsätzlich) nicht mit freier Kognition befinden kann. Mit Bezug auf Tatfragen bzw. Sachverhaltsfeststellungen sowie die Anwendung des kantonalen Rechtes steht dem Bundesgericht vielmehr nur eine auf Willkür (Verletzung von Bundesverfassungsrecht) beschränkte Kognition zu (Art. 95 lit. a BGG); mit Bezug auf die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes ergibt sich dies zudem auch aus Art. 97 Abs. 1 BGG, wonach die Feststellung des Sachverhaltes nur dann gerügt werden kann, wenn sie offensichtlich unrichtig ist und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann.

Aus dem Gesagten folgt, dass der Beschwerdeführer, welcher die Verletzung von Tatfragen, von kantonalem Recht und/oder der Verfassung rügen will, mangels diesbezüglicher freier Kognition des Bundesgerichts und/oder infolge expliziter Vorschrift von § 285 Abs. 1 und 2 ZPO ZH zunächst den kantonalen Instanzenzug auszuschöpfen und demnach vorerst kantonale Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht zu erheben hat. Nach Erhalt des (begründeten) Entscheides des Kassationsgerichtes beginnt für den Beschwerdeführer die 30-tägige Frist zur Erhebung der Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht (Art. 100 Abs. 1 BGG); im Rahmen der Beschwerde in Zivilsachen kann der Beschwerdeführer alsdann etwa geltend machen, der Sachverhalt sei willkür-

lich festgestellt worden, es sei kantonales Recht willkürlich angewandt worden (Art. 95 lit. a BGG i.V.m. Art. 97 Abs. 1 BGG) und/oder es läge eine andere Verfassungsverletzung vor.

cc) *Rüge der Verletzung von Bundesgesetzes-, Bundesverordnungs-, Staatsvertrags- und/oder Konkordatsrecht und der Verletzung von Tatfragen, kantonalem Recht und/oder Verfassungsrecht*

Möchte der Beschwerdeführer die Verletzung von Bundesgesetzes-, Bundesverordnungs-, Staatsvertrags- und/oder Konkordatsrecht und die Verletzung von Tatfragen, von kantonalem Recht und/oder Verfassungsverletzungen rügen, so hat er zunächst ebenfalls Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht zu ergreifen (§ 285 Abs. 1 und 2 ZPO ZH). Im Rahmen seiner Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht kann der Beschwerdeführer indes (grundsätzlich) einzig die Verletzung von Tatfragen, von kantonalem Recht sowie Verfassungsverletzungen rügen; auf die Verletzung von Bundesgesetzes-, Bundesverordnungs-, Staatsvertrags- und/oder Konkordatsrecht tritt das Kassationsgericht aufgrund von § 285 Abs. 1 und 2 ZPO ZH nicht ein bzw. es überlässt die entsprechende Prüfung dem Bundesgericht¹⁵.

Der Beschwerdeführer hat sodann (aufgrund von Art. 100 Abs. 6 BGG) die Zustellung des (begründeten) Entscheides des Kassationsgerichtes abzuwarten. Anschliessend hat er innerhalb der 30-tägigen Frist von Art. 100 Abs. 1 BGG Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff. BGG) an das Bundesgericht zu ergreifen. Im Rahmen der Beschwerde in Zivilsachen kann er sodann etwa vorbringen, das Kassationsgericht habe den Sachverhalt will-

¹⁴ Spühler Karl/Vock Dominik, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, 58, 60 f., mit Verweisen auf Rechtsprechung und Lehre.

¹⁵ Spühler Karl/Vock Dominik, 58, 60 f., mit Verweisen auf Rechtsprechung und Lehre.

kürlich festgestellt, kantonales Recht willkürlich angewandt und/oder eine andere Verfassungsverletzung begangen (Art. 95 lit. a BGG i.V.m. Art. 97 Abs. 1 BGG). Zusätzlich kann der Beschwerdeführer im Rahmen der Beschwerde in Zivilsachen sodann auch die Verletzung von Bundesgesetzes-, Bundesverordnungs-, Staatsvertrags- und/oder Konkordatsrecht geltend machen. Da indes das Kassationsgericht aufgrund von Art. 285 Abs. 1 und 2 ZPO ZH die richtige Anwendung von Bundesgesetzes-, Bundesverordnungs-, Staatsvertrags- und/oder Konkordatsrecht infolge der diesbezüglich freien Kognition des Bundesgerichts gar nicht überprüft hat bzw. gar nicht hat überprüfen dürfen¹⁶, hat sich der Beschwerdeführer im Rahmen der Beschwerde in Zivilsachen mit Bezug auf jene Rügen (unrichtige Anwendung von Bundesgesetzes-, Bundesverordnungs-, Staatsvertrags- und/oder Konkordatsrecht) direkt gegen das Urteil der Vor-Vorinstanz (d.h. gegen das Urteil des Ober- bzw. Handelsgerichts) zu wenden. Die sogenannte Dorénaz-Praxis¹⁷, welche es dem Beschwerdeführer erlaubt, mit einem Rechtsmittel an das Bundesgericht auch den Entscheid einer Vor-Vorinstanz (Ober- bzw. Handelsgericht) mit anzufechten, wenn die unmittelbare Vorinstanz (Kassationsgericht) in ihrer Kognition beschränkt war, erfährt damit durch das Bundesgerichtsgesetz im Kanton Zürich eine erhebliche Ausweitung.

d) Sonderfall: Aktenwidrigkeiten

Nachzutragen ist, dass Aktenwidrigkeiten (welche ihrer Natur nach auf Versehen beruhende Feststellungen über tatsächliche Verhältnisse, d.h. Sachverhaltsfeststellungen sind) im Ergebnis grundsätzlich gleich

wie Bundes(gesetzes)rechtsverletzungen behandelt werden. Dies bedeutet: Wer geltend macht, das Ober- bzw. Handelsgericht habe den *Sachverhalt aufgrund eines offensichtlichen Versehens unrichtig festgestellt*, hat direkt gegen den Ober- bzw. Handelsgerichtsentscheid Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht (und nicht etwa gestützt auf § 281 Ziff. 2 ZPO ZH, erster Fall, Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht) zu ergreifen. Dies ergibt sich aus Art. 105 Abs. 2 BGG, wo festgehalten ist, dass das Bundesgericht Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen kann, wenn diese offensichtlich unrichtig sind. Diese Bestimmung entspricht ihrem Gehalt nach dem bisherigen Art. 63 Abs. 2 Satz 2 OG, wonach bereits bisher das Bundesgericht (und nicht etwa das Kassationsgericht) zur Berichtigung von auf Versehen beruhenden Feststellungen (tatsächlicher Natur) zuständig war. Mit Bezug auf Aktenwidrigkeiten bleibt es damit bei der bisherigen Praxis des Kassationsgerichts¹⁸.

Das Gesagte lässt sich in folgenden vier Grundsätzen zusammenfassen:

e) Zusammenfassung

- Wird einzig die Verletzung von Bundesgesetzes-, Bundesverordnungs-, Staatsvertrags- und/oder Konkordatsrecht und/oder eine Aktenwidrigkeit geltend gemacht, so ist direkt im Anschluss an das Urteil des Ober- bzw. Handelsgerichts Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff. BGG) an das Bundesgericht zu ergreifen; das Kassationsgericht ist nicht zur Entscheidung berufen.
- Immer dann, wenn der Beschwerdeführer Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht erhebt (und dabei die Verletzung von

Tatfragen, die Verletzung von kantonalem Recht und/oder Verfassungsverletzungen rügen will), so beginnt die Frist für die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht erst mit der Zustellung des (begründeten) Entscheides des Kassationsgerichts zu laufen (Art. 100 Abs. 6 BGG).

- Künftig wird es in keinem Fall mehr möglich oder gar notwendig sein, gegen einen Entscheid des Ober- bzw. Handelsgerichts gleichzeitig zwei Rechtsmittel zu erheben (wie dies nach dem bisherigem Recht der Fall war, wo häufig gegen einen Entscheid des Ober- bzw. Handelsgerichts zwei Rechtsmittel, nämlich eidgenössische Berufung an das Bundesgericht und Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht, erhoben werden mussten – wobei sich an eine vom Kassationsgericht abgewiesene Nichtigkeitsbeschwerde in seltenen Fällen noch eine staatsrechtliche Beschwerde anschloss).
- Die sogenannte Dorénaz-Praxis¹⁹, welche es dem Beschwerdeführer erlaubt, in bestimmten Fällen nicht nur den Entscheid der (unmittelbaren) Vorinstanz (Kassationsgericht), sondern auch den Entscheid der Vor-Vorinstanz (Ober- bzw. Handelsgericht) anzufechten (wenn die Vorinstanz – wie das Kassationsgericht – in ihrer Kognition beschränkt war), wird im Kanton

¹⁶ Spühler Karl/Vock Dominik, 58, 60 f., mit Verweisen auf Rechtsprechung und Lehre.

¹⁷ Siehe BGE 125 I 492.

¹⁸ BGE 104 II 114 E. 3a; Kass.-Nr. 98/381 Z vom 1. Februar 1999 in Sachen P. c. O.; ZR 81 Nr. 88.

¹⁹ Siehe BGE 125 I 492.

Zürich eine erhebliche Ausweitung erfahren. Künftig wird es in Fällen, in denen der Beschwerdeführer nicht bloss die Verletzung von Bundesgesetzes-, Bundesverordnungs-, Staatsvertrags- und/oder Konkordatsrecht und/oder Aktenwidrigkeiten, sondern zusätzlich auch (etwa) die willkürliche Feststellung des Sachverhaltes, die willkürliche Anwendung von kantonalem Recht und/oder eine andere Verfassungsverletzung geltend macht, stets möglich sein, im Rahmen der Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht nicht nur den Entscheid des Kassationsgerichts, sondern (mit Bezug auf die Verletzung von Bundesgesetzes-, Bundesverordnungs-, Staatsvertrags- und Konkordatsrecht sowie Aktenwidrigkeiten) auch den Entscheid des Ober- bzw. Handelsgerichts mit anzufechten.

f) Unbeachtlichkeit der genannten Grundsätze im Rahmen von SchKG-Beschwerden

Nicht zu beachten ist die geschilderte Problematik bzw. ohne Belang ist die Abgrenzung von Rechts- und Tatfragen bzw. von Bundesrecht und kantonalem Recht insoweit, als SchKG-Beschwerdeentscheide angefochten werden sollen: Da nach § 284 Ziff. 2 ZPO ZH Entscheide einer Aufsichtsbehörde (dazu zählt auch das Obergericht, wenn es als Aufsichtsinstanz in SchKG-Beschwerdeangelegenheiten entscheidet) nicht mit der Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht angefochten werden können, ist diesfalls in *jedem Fall* einzig die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht das zulässige Rechtsmittel (unabhängig vom Streitwert, vgl. Art. 74 Abs. 2 lit. c BGG).

6. Subsidiäre Verfassungsbeschwerde (Art. 113 ff. BGG)

a) Allgemeines

Neu und von nicht unwesentlicher praktischer Bedeutung ist sodann die «*subsidiäre Verfassungsbeschwerde*», welche in Art. 113 ff. BGG geregelt ist. Diese war im ursprünglichen Entwurf des Bundesrates noch nicht vorgesehen, was verschiedene Kritiker auf den Plan gerufen hatte. Auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde sind grundsätzlich die allgemeinen Verfahrensbestimmungen des BGG sinngemäss anwendbar, soweit in den Art. 113 ff. BGG nicht spezielle Regelungen für die subsidiäre Verfassungsbeschwerde getroffen worden sind oder eine bestimmte allgemeine Verfahrensbestimmung des BGG aufgrund der *ratio legis* der subsidiären Verfassungsbeschwerde nicht auf diese anwendbar ist. Dementsprechend *verweist der im Recht der subsidiären Verfassungsbeschwerde enthaltene Art. 117 BGG* nicht auf alle, sondern *nur auf bestimmte allgemeine Verfahrensbestimmungen des BGG*.

Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ergänzt die Einheitsbeschwerde und damit auch die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff. BGG). Anders als die staatsrechtliche Beschwerde, welche kumulativ zur eidgenössischen Berufung (Art. 43 ff. OG), zur eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde (Art. 68 ff. OG) und zur SchKG-Aufsichts-Beschwerde (Art. 76 ff. OG) erhoben werden konnte, ist sie – grundsätzlich (siehe jedoch sogleich lit. d) – nur dann zulässig, wenn *keine Beschwerde nach den Art. 72-89 BGG zulässig* ist (Art. 113 BGG): Diesfalls kann das Bundesgericht dennoch die behauptete Verletzung von verfassungsmäs-

sigen Rechten durch Entscheide letzter *kantonalen* Instanzen überprüfen.

b) Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich der subsidiären Verfassungsbeschwerde (Art. 113 ff. BGG) erstreckt sich – mit Bezug auf das Zivilrecht – namentlich auf Fälle unterhalb der Streitwertgrenzen (CHF 30 000 bzw. CHF 15 000 im Arbeits- bzw. Mietrecht) des Art. 74 Abs. 1 BGG (in denen auch kein Anwendungsfall von Art. 74 Abs. 2 lit. a-d BGG, namentlich keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, vorliegt).

c) Rügegrund

Mit der Verfassungsbeschwerde kann gemäss Art. 116 BGG lediglich die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten (EMRK, Bundesverfassung, Kantonsverfassungen) gerügt werden. Die Kognition des Bundesgerichts im Rahmen der subsidiären Verfassungsbeschwerde ist daher enger als im Rahmen der bisherigen staatsrechtlichen Beschwerde (diese erlaubte es auch, die behauptete Verletzung von Konkordats- und Staatsvertragsrecht zu überprüfen, vgl. Art. 84 Abs. 1 lit. b und lit. c OG). Anders als die staatsrechtliche Beschwerde ist die subsidiäre Verfassungsbeschwerde dagegen nicht bloss kassatorisch – sie kann vielmehr auch reformatorisch wirken (Art. 117 BGG i.V.m. Art. 107 Abs. 2 BGG).

d) Sonderfall: Gleichzeitige Erhebung einer Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff. BGG) und einer subsidiären Verfassungsbeschwerde (Art. 113 ff. BGG)

Die Fälle, in denen sowohl Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG

als auch subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG zu erheben ist, dürften eher selten sein. Ein derartiger Fall liegt etwa dann vor, wenn die Streitwertgrenze des Art. 74 Abs. 1 BGG (CHF 30 000 bzw. CHF 15 000 im Arbeits- bzw. Mietrecht) nicht erreicht ist, jedoch gleichzeitig das Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung (Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG) und eine Verfassungsverletzung (Art. 116 BGG) – beides mit entsprechend substantiierten Rügen (Art. 42 Abs. 2 BGG und Art. 106 Abs. 2 BGG i.V.m. Art. 117 BGG) – behauptet wird²⁰.

Führt eine Partei gegen einen Entscheid – ausnahmsweise – sowohl ordentliche Beschwerde (d.h. Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG) als auch subsidiäre Verfassungsbeschwerde i.S.v. Art. 113 ff. BGG, so hat sie beide Rechtsmittel in der gleichen Rechtschrift einzureichen und das Bundesgericht behandelt beide Beschwerden im gleichen Verfahren (Art. 119 BGG); es ergeht auch nur ein Kostenspruch. Da beide Rechtsmittel in der gleichen Rechtschrift zu vereinigen sind (Art. 119 Abs. 1 BGG), hat dies zur Folge, dass der Anwalt besonders darauf zu achten hat, dass die Verfassungsrügen detailliert und sauber dargestellt werden, damit das Bundesgericht diese in ihrer vollen Schärfe wahrnehmen kann.

- e) **Speziell mit Bezug auf den Kanton Zürich: Entscheide des Obergerichts mit einem Streitwert von weniger als CHF 30 000 bzw. weniger als CHF 15 000 im Arbeits- bzw. Mietrecht**

Zunächst ist festzuhalten, dass im Kanton Zürich künftig das Handels-

gericht nur noch dann zuständig sein wird, wenn der Streitwert mindestens CHF 30 000 beträgt (gemäss regierungsrätlicher Verordnung über die Anpassung des kantonalen Rechts an das Bundesgesetz über das Bundesgericht, VO BGG, § 2). Damit wird künftig nur noch das Obergericht Entscheide fällen, bei denen der Streitwert weniger als CHF 30 000 bzw. weniger als CHF 15 000 im Arbeits- bzw. Mietrecht beträgt.

Liegt der Streitwert eines Obergerichtsentscheides unter CHF 30 000 (bzw. unter CHF 15 000 im Arbeits- bzw. Mietrecht), so ist zunächst zu beachten, dass die Beschwerde in Zivilsachen grundsätzlich (siehe jedoch Art. 74 Abs. 2 lit. b-d BGG) nur dann zulässig ist, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG), womit feststeht, dass das Bundesgericht diesfalls keine freie Kognition hat (sondern nur zu prüfen hat, ob eine entsprechende Grundsatzfrage vorliegt). Auch im Rahmen der dem potenziellen Beschwerdeführer zur Verfügung stehenden Alternative (subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG) kommt dem Bundesgericht nur eine eingeschränkte Kognition zu (möglich ist diesfalls einzig die Rüge der Verletzung von verfassungsmässigen Rechten, vgl. Art. 116 BGG).

Festzuhalten ist demnach, dass das Bundesgericht bei einem Streitwert unter CHF 30 000 (bzw. unter CHF 15 000 im Arbeits- bzw. Mietrecht) grundsätzlich nicht über eine freie Kognition verfügt, weshalb diesfalls gemäss § 285 Abs. 1 und 2 ZPO ZH vor der Anrufung des Bundesgerichts (zwingend) zunächst kantonale Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht zu ergreifen ist. Wird kantonale Nichtigkeitsbeschwerde an das

Kassationsgericht erhoben, so können dem Kassationsgericht sämtliche Rügen vorgetragen werden, welche nach § 281 ZPO ZH zulässig sind; demnach ist es möglich, dem Kassationsgericht diesfalls auch die Verletzung von Bundesgesetzes-, Bundesverordnungs-, Staatsvertrags- und/oder Konkordatsrecht sowie Aktenwidrigkeiten zur Prüfung zu unterbreiten, wobei indes zu beachten ist, dass das Kassationsgericht diesfalls an die Kognitionsbeschränkungen der zu § 281 ZPO ZH entwickelten Praxis gebunden ist.

Im Anschluss an den Entscheid des Kassationsgerichtes steht es dem Beschwerdeführer frei, ob er Beschwerde in Zivilsachen (wegen Vorliegens einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG) oder subsidiäre Verfassungsbeschwerde aufgrund einer Verletzung eines verfassungsmässigen Rechtes (Art. 116 BGG) oder beide Beschwerden zusammen (in der gleichen Rechtschrift, Art. 119 Abs. 1 BGG) erheben will. Entscheidet sich der Beschwerdeführer dafür, Beschwerde in

²⁰ Ist das Streitwertfordernis von Art. 74 Abs. 1 BGG nicht erfüllt, so gehört es künftig zur anwaltlichen Beratungspflicht, dem Klienten die Risiken einer Beschwerde in Zivilsachen infolge Vorliegens einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung (Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG) und diejenigen einer subsidiären Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung eines verfassungsmässigen Rechtes (Art. 116 BGG) darzulegen und diese gegeneinander abzuwägen. Werden beide Rechtsmittel gleichzeitig ergriffen, so ist nach dem Gesagten a) das Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung darzutun, b) darzulegen, dass die Vorinstanz diese Grundsatzfrage falsch entschieden hat und c) eine Verfassungsverletzung durch die Vorinstanz aufzuzeigen, wobei sicherzustellen ist, dass die jeweiligen Eintretensvoraussetzungen substantiiert dargelegt worden sind.

Zivilsachen (entweder alleine oder zusammen mit einer subsidiären Verfassungsbeschwerde) zu erheben und

²¹ Siehe BGE 125 I 492.

²² Demgegenüber kann das Kassationsgericht im Rahmen der Überprüfung einer *Rechtsfrage* von grundsätzlicher Bedeutung naturgemäss keine Tatfragen überprüfen; die Rügegründe von § 281 Ziff. 2 ZPO ZH sind diesbezüglich nicht einschlägig.

²³ ZR 69 Nr. 3.

tritt das Bundesgericht auf die Beschwerde in Zivilsachen ein (da es das Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung bejaht), so steht dem Bundesgericht diesfalls freie Kognition mit Bezug auf die als grundsätzlich bejahte Rechtsfrage zu. Dies hat zur Folge, dass das Bundesgericht alsdann (bei Bejahung einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung) nicht nur den Entscheid des Kassationsgerichtes, sondern im Sinne der Dorénaz-Praxis²¹ auch den Ent-

scheid des Obergerichts überprüfen kann, da das Kassationsgericht in seiner Kognition (bezüglich der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung) gemäss § 281 Ziff. 1 und 3 ZPO ZH auf die Prüfung der Verletzung eines *wesentlichen* Verfahrensgrundsatzes sowie von *klarem* materiellem Recht beschränkt war²² (und damit – im Vergleich zum Bundesgericht – lediglich über eine eingeschränkte Kognition verfügte)²³.