

## Kantonale Nichtigkeitsbeschwerde und Beschwerde in Zivilsachen: Streiflichter

von Dr. iur. HANS REISER, Rechtsanwalt, Zürich

### A. Einleitung

Die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde gleicht einem Chamäleon: Sie kann hilfreich sein als letzter kantonaler Rettungsanker. Nicht gerade selten entpuppt sie sich aber als Stolperstein auf dem Weg ans Bundesgericht. Das wird im Guten wie im Schlechten einstweilen so bleiben. Bis zum Inkrafttreten der Eidgenössischen Zivilprozessordnung gelten die kantonalen Zivilprozessordnungen samt ihren unterschiedlich ausgestalteten Rechtsmittelsystemen weiter. Das Zusammenspiel zwischen den Rechtsmitteln ans Bundesgericht und den kantonalen Rechtsmitteln bleibt weiterhin ein Thema.

Der Aufsatz gibt zunächst einen kurzen historischen Überblick über die bundesrechtlichen Vorgaben zu diesem Zusammenspiel und skizziert alsdann die neuen Regeln des BGG. Das Hauptgewicht liegt auf der sich daran anschliessenden Darstellung von einigen typischen Konstellationen, wie sie während der Übergangsphase bis zum Inkrafttreten der Eidgenössischen ZPO bereits aufgetreten sind und die Rechtsprechung beschäftigt haben<sup>1</sup>.

### B. Historie

#### I. Klagelied mit Tradition

Das Klagelied über das Nebeneinander kantonalen und bundesrechtlicher Rechtsmittel hat Tradition. Im August 1895, mithin kurz nach dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege in der Fassung vom 22. März 1893 (OG Fassung vom 22. März 1893), hat Alexander Reichel einen Kommentar zu dem damals noch druckfrischen Bundesgesetz publiziert<sup>2</sup>. Alexander Reichel<sup>3</sup>, streitbarer bernischer Politiker, Ordinarius für Betreibungs- und Konkursrecht sowie für Zivilprozessrecht und weitere Rechtsgebiete und im Jahre 1905 ins Bundesgericht gewählt, hat in seinem Kommentar den Finger auf den wunden Punkt gelegt. Ich zitiere zwei einschlägige Passagen.

Passage 1:

«Unsere Institutionen in Beziehung auf eidgenössische Gerichtsorganisation und Prozess leiden an einer gewissen Kompliziertheit, die nicht sowohl die Folge mangelhafter Gesetzgebung, als des Umstandes ist, dass das Bundesge-

*richt eine Organisation für sich bildet, die nicht mit den kantonalen Organisationen zusammenhängt, nicht an diese sich angliedert; mit einem Worte, es ist die fehlende Rechtseinheit, die notdürftig ersetzt wird durch ein System von Palliativmitteln, das eben doch niemals einer organischen Einheit gleichwertig sein kann.»*

#### Passage 2:

*«Erst wenn wir einen wirklichen eidgenössischen Civilprozess und Strafprozess haben werden, wird sich das Bundesgericht als eidgenössische Rechtsmittelinstanz an die kantonalen Instanzen organisch angliedern lassen, während es jetzt als ein eigener staatsrechtlicher Körper über denselben thront und es eines ziemlich komplizierten Mechanismus bedarf, um die Verbindung zwischen den kantonalen Instanzen und dem Bundesgericht herzustellen.»*

## II. Anschluss an die bundesrechtlichen Rechtsmittel gemäss OG im Überblick

Der Bundesgesetzgeber und die bundesgerichtliche Rechtsprechung haben Regeln geschaffen, welche dazu bestimmt sind, die Verbindung zwischen den kantonalen Instanzen und dem Bundesgericht herzustellen und den Anschluss an die bundesgerichtlichen Rechtsmittel zu gewährleisten. Neben der Umschreibung der anfechtbaren Entscheide und der Festlegung von Streitwertgrenzen fungiert als wohl wichtigster Ansatzpunkt die Bestimmung der kantonalen Vorinstanzen. Wo muss ein Gericht in der kantonalen Hierarchie stehen und in welcher Eigenschaft bzw. Funktion muss ein kantonales Gericht entschieden haben, damit der direkte Weiterzug ans Bundesgericht erfolgen kann? Die Bestimmung der kantonalen Vorinstanzen durch den Bundesgesetzgeber folgt keinem einheitlichen Schema. Zum besseren Verständnis der aktuellen Situation mag ein kurzer Rückblick dienlich und erlaubt sein.

### 1. OG 1893

Nach dem Wortlaut von Art. 58 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege in der Fassung vom 22. März 1893 war die Berufung ans Bundesgericht nur zulässig gegen die in der *«letzten kantonalen Instanz»* erlassenen *Haupturteile*. Keine Haupturteile sind alle Urteile, welche nicht über den Anspruch, sondern nur über die Vollstreckbarkeit derselben entscheiden (Rechtsöffnungsurteile, Arresturteile, Konkursöffnungen). Nach der im Kommentar von Reichel bei N. 1 zu Art. 58 vertretenen und vom Bundesgericht geteilten Auffassung muss es sich dabei nicht notwendig um ein Haupturteil eines kantonalen Obergerichts handeln. Letzte Instanz

im Sinne von Art. 58 OG (1893) ist diejenige, gegen welche das ordentliche Rechtsmittel der Appellation nicht mehr zulässig ist.

Somit konnte auch in Fällen, in denen ein *unteres Gericht* als einzige und letzte kantonale Instanz geurteilt hatte, die bundesrechtliche Berufung direkt an dieses Urteil angeschlossen werden.

Unzulässig war die Berufung aber gegen Urteile, die durch ein ordentliches, zu einer inhaltlichen Nachprüfung führendes kantonales Rechtsmittel anfechtbar gewesen wären (Urteil des Bundesgerichtes i. S. Meier gegen Wanner vom 15. Februar 1913, BGE 39 II 153).

Hinsichtlich der staatsrechtlichen Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte der Bürger waren Anfechtungsobjekte kantonale Verfügungen Art. 178 Absatz 1 Ziff. 1 OG (1893). Nicht erforderlich war, dass die kantonale Behörde als letztinstanzliche geurteilt hatte. Bei Rügen wegen der Verletzung der Bundesverfassung (z. B. des Art. 59 BV 1874) und bei Staatsverträgen war die staatsrechtliche Beschwerde gegen Entscheide unterer kantonalen Instanzen zulässig.

Wurde hingegen die Verletzung der kantonalen Verfassungen gerügt, war der kantonale Instanzenzug zu erschöpfen.

Hinsichtlich der zur Berufung subsidiären Kassation wegen Anwendung von kantonalem oder ausländischem Recht statt eidgenössischem Recht war gemäss Art. 89 OG (1893) Anfechtungsobjekt das letztinstanzliche kantonale Urteil.

### 2. OG 1943

Das Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege in der Fassung vom 16. Dezember 1943 hat diese Direttissima vom unteren kantonalen Gericht ans Bundesgericht weitgehend versperrt, indem es die Messlatte hinsichtlich der Vorinstanz merklich höher legte. Gemäss Art. 48 OG (1943) war nunmehr – unter Vorbehalt der in Art. 48 Absatz II OG umschriebenen Ausnahmen – die Berufung erst gegen die *Endentscheide* der *«obern kantonalen Gerichte»* zulässig. Endentscheide unterer Gerichte waren gemäss Art. 48 Absatz II OG nur dann berufungsfähig, wenn sie entweder von einer von Bundesrechts wegen vorgeschriebenen einzigen Instanz gefällt wurden oder aber dann, wenn das betreffende Gericht als letztes, aber nicht einziges kantonales Gericht entschieden hatte. Weitere und nun zwecks Klarstellung auch explizit formulierte Berufungsvoraussetzung war die Nichtanfechtbarkeit des kantonalen Urteils durch ein ordentliches Rechtsmittel. Erfüllt die Vorinstanz keine der in Art. 48 OG (1943) umschriebenen Voraussetzungen, ist die Berufung ans Bundesgericht unzulässig (Urteil des Bundesgerichtes i. S. Barbier et Hirschy contra Klaye vom 4. Mai 1945, BGE 71 II 183).

Hätten die Kantone die Möglichkeit, in Zivilstreitigkeiten, die an sich der bundesrechtlichen Berufung unterliegen, den kantonalrechtlichen Weiterzug auszuschliessen, wäre in diesen Fällen nach Massgabe von Art. 48 OG (1943) der Zugang zum Bundesgericht versperrt. Unter Berufung auf das Prinzip der derogatorischen Kraft des Bundesrechts hat das Bundesgericht rund 50 Jahre später Remedur geschaffen und das obere Gericht (des Kanton Wallis) verpflichtet, auf ein (ordentliches) Rechtsmittel gegen einen von einem unteren Gericht als einziger Instanz gefällten Entscheid einzutreten (BGE 119 II 183). Zur Unzulässigkeit des direkten Weiterzugs des erstinstanzlichen Entscheids eines unteren kantonalen Gerichts unter Geltung des OG vgl. auch BGer vom 23. Mai 2007, 5C. 310/2006 Erw. 2.2.

Eine andere Umschreibung der anfechtbaren Entscheide galt für die staatsrechtliche Beschwerde. Die staatsrechtliche Beschwerde war gemäss Art. 86 OG (1943) nur gegen «*letztinstanzliche kantonale Entscheide*» zulässig. Nicht erforderlich war jedoch, dass der Entscheid von einer oberen Instanz gefällt wurde. Letztinstanzlichkeit im Sinne von Art. 86 OG (OG 1943 in der Fassung gemäss BG vom 4. Oktober 1991) bedeutete aber, dass alle ordentlichen oder ausserordentlichen Rechtsmittel, mit denen die Rügen allenfalls kantonal geltend gemacht werden konnten, bereits ergriffen worden sind. Konnten der letzten kantonalen Vorinstanz nicht sämtliche vor Bundesgericht erhobenen Rügen unterbreitet werden oder waren solche Rügen von der letzten kantonalen Instanz zwar zu beurteilen, jedoch mit einer engeren Prüfungsbefugnis, als sie dem Bundesgericht zusteht, galt nach der vom Bundesgericht mit BGE 94 I 459 inaugurierten «*Dorénaz*»-Praxis das Prinzip der Mitanechtung des vorletzten bzw. erstinstanzlichen Entscheids. Mit dieser Praxis ist es dem Bundesgericht gelungen, dem legitimen Rechtsschutzbedürfnis der Parteien unter Schonung der kantonalen Prozesshoheit Genüge zu tun.

Anfechtungsobjekt der zur Berufung subsidiären *Nichtigkeitsbeschwerde* war gemäss Art. 68 Absatz 1 OG (1943) der letztinstanzliche Entscheid kantonalen Behörden. Letztinstanzlich ist ein Entscheid dann, wenn kein ordentliches kantonales Rechtsmittel mehr gegeben ist (BGE 96 II 269 E. 1). Nichtigkeitsbeschwerde ist auch gegen Entscheide einer unteren kantonalen Instanz zulässig, wenn diese letztinstanzlich urteilt (BGE 112 II 367 E. 1).

## C. BGG

### I. Einheitsbeschwerde

Das auf den 1. Januar 2007 in Kraft getretene Bundesgerichtsgesetz (BGG) hat das OG abgelöst und mit der «Einheitsbeschwerde» ans Bundesgericht das Rechtsmittelsystem vereinfacht. Dies entlastet die Parteien zwar

(weitgehend) von der Wahl des richtigen bundesrechtlichen Rechtsmittels, weil die Zulässigkeit des Rechtsmittels grundsätzlich nicht mehr von den vorgetragenen Rügen abhängt<sup>4</sup>. Nicht enthoben sind die Parteien von der Last, zulässige Rügen vorzutragen und diese zu begründen (Art. 42 Absatz 2 BGG). Ein strenges Rügeprinzip – in Abkehr von dem in Art. 106 Absatz 2 statuierten Grundprinzip «*iura novit curia*» – gilt für Grundrechte im eigentlichen Sinne (Art. 106 Absatz 2 BGG) und – entgegen dem strikten Wortlaut dieser Bestimmung – für die verfassungsmässigen Rechte überhaupt (BGE 133 III 638). Geblieben ist (einstweilen) die Vielfalt der kantonalen, historisch gewachsenen Rechtsmittelsysteme und die damit verknüpfte Anschlussproblematik.

Die Ablösung des OG durch das BGG ist zwar eine markante Zäsur. Dies bedeutet jedoch nicht, dass alle Fäden zum OG abgeschnitten wären. Während der Übergangphase kann und muss in verschiedenen Punkten bei Auslegung und Anwendung des BGG weiterhin an die bisherige Praxis zum OG angeknüpft werden.

### II. Vorinstanzen des Bundesgerichts – Kognition

Gemäss Art. 75 Absatz 1 BGG ist die Beschwerde in Zivilsachen nur gegen «*Entscheide letzter kantonalen Instanzen*» zulässig, die sich als das Verfahren abschliessende Endentscheide qualifizieren (Art. 90 BGG). Die Artikel 91–94 BGG beschäftigen sich mit weiteren anfechtbaren Entscheiden sowie mit der Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung.

Nach Art. 75 Absatz 2 BGG muss es sich dabei um «*obere Gerichte*» handeln, die als «*Rechtsmittelinstanz*» entscheiden (Prinzip der «*double instance*»). Ausnahmen von diesem Grundsatz macht Art. 75 Absatz 2 lit. a-c BGG für Fälle, in denen: ein Bundesgesetz eine einzige kantonale Instanz vorschreibt; ein Fachgericht für handelsgerichtliche Streitigkeiten als einzige kantonale Instanz entscheidet; eine Klage mit einem Streitwert von mindestens CHF 100 000.– mit Zustimmung aller Parteien direkt beim oberen kantonalen Gericht eingereicht worden ist.

Weiter ist gemäss Art. 111 Absatz 3 BGG erforderlich, dass die unmittelbare Vorinstanz des Bundesgerichts *mindestens die Rügen nach Art. 95–98 BGG* prüfen können muss, d.h. sie muss wenigstens mit der gleichen Überprüfungsbefugnis wie das Bundesgericht ausgestattet sein. Dieses Erfordernis wird durch Art. 100 Absatz 6 BGG für den Fall aufgelockert, dass die Kantone eine dritte zusätzliche Instanz und damit zwei Rechtsmittelinstanzen vorsehen. Für diese dritte Instanz macht das BGG bezüglich deren Kognition keine Vorgaben. Als Klammerbemerkung sei darauf hingewiesen, dass der Entwurf der neuen Eidgenössischen Zivilprozessordnung ein Rechtsmittel an eine zweite kantonale Rechtsmittelinstanz nicht vorsieht.

Damit entfällt die hier angesprochene Besonderheit. Die Kassationsgerichte in den Kantonen St. Gallen und Zürich werden entbehrlich<sup>5</sup>.

Mit der Beschwerde in Zivilsachen werden Bundesrechtsverletzungen umfassend geprüft (Art. 95 f. BGG). Beschränkte Beschwerdegründe gelten allerdings für Beschwerden gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen (Art. 98 BGG).

Diese Regelung bedeutet im Grundsatz:

- kein direkter Weiterzug erstinstanzlicher Entscheide an das Bundesgericht;
- Ausstattung der zweiten kantonalen Instanz mit voller Kognition im Umfang von Art. 95 ff. BGG, vorbehaltlich der ausdrücklichen Abweichung in Art. 75 Absatz 2 lit. a-c BGG;
- Freiheit der Kantone, eine dritte Instanz mit beschränkter oder voller Kognition einzusetzen.

## D. Übergangsrecht gemäss BGG

### I. Moratorium

Art. 130 Absatz 2 BGG räumt den Kantonen ein Moratorium zur Umsetzung dieser in den Artikeln 75 Absatz 2 und 111 Absatz 3 BGG umschriebenen Vorgaben und zur Anpassung bzw. zum Umbau der kantonalen Gerichtsorganisation ein. Der Kanton Zürich hat in diesem Punkt bis heute keine gesetzgeberische Anpassung seiner Gerichtsorganisation vorgenommen. Die neuen bundesrechtlichen Vorgaben hängen damit einstweilen gewissermassen ins Leere. Gleichwohl bleibt beim Zusammenspiel zwischen den Rechtsmitteln an das Bundesgericht und den kantonalen Rechtsmitteln nicht alles beim Alten. Die Bestimmung der Vorinstanz, eine formell und inhaltlich neue Umschreibung der anfechtbaren Entscheide sowie partielle Änderungen des Kognitionsbereichs führen zu einigen praktisch bedeutsamen Verschiebungen.

### II. Vorinstanzen des Bundesgerichts – anfechtbare Entscheide – Kognition

#### 1. Erfordernis der Letztinstanzlichkeit (Art. 75 Absatz 1 BGG)

Die Beschwerde in Zivilsachen ist zulässig gegen Entscheide *letzter kantonalen Instanzen* (Art. 75 Absatz 1 BGG). Dies bedeutet, obwohl in Art. 75 Absatz 1 BGG nicht explizit ausgesprochen, dass der kantonale Instanzenzug für die Rügen, die dem Bundesgericht vorgetragen werden, ausgeschöpft sein muss. Nach der Praxis des Bundesgerichts knüpft der Begriff der Letztinstanzlichkeit an jenen von Art. 86 Absatz 1 OG (1943) an (Urteil 5A\_678/2007 vom 8. Januar 2008, E. 3.1 sowie Urteil 5A695/2007 vom 18. April

2008). Soweit und solange die Kantone die Vorgabe von Art. 75 Absatz 2 BGG (oberes Gericht als Rechtsmittelinstanz) nicht umsetzen, scheint es zulässig, Entscheide unterer kantonalen Instanzen ans Bundesgericht weiter zu ziehen, sofern diese als letzte Instanz entschieden haben (Art. 75 Absatz 1 BGG). Die in dieser Bestimmung verwendete Formulierung könnte auf eine Absenkung des Standards und der Anforderungen an die funktionelle Stellung der Vorinstanz, wie sie das OG (1943) bezüglich der Berufung verlangt hatte, hindeuten. Ob hier eine Gesetzeslücke vorliegt, mag offen bleiben.

#### 2. Letztinstanzlichkeit nach Massgabe von kantonalem Prozessrecht – die Spezialbestimmung von § 285 Absatz 2 ZPO/ZH

Grundsätzlich bestimmt kantonales Prozessrecht, welches Gericht in einer bestimmten Materie als letzte kantonale Instanz entscheidet. Hinsichtlich der Nichtigkeitsbeschwerde ist eine zürcherische Spezialität zu verzeichnen: Als spezielle Kollisionsnorm regelt § 285 Absatz 2 ZPO/ZH unter anderem das Verhältnis zwischen kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde und dem Weiterzug an das Bundesgericht. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist nach dem Wortlaut von § 285 Absatz 1 ZPO/ZH dort ausgeschlossen, wo der Weiterzug an das Bundesgericht möglich ist und dieses die vorgebrachten Rügen frei überprüfen kann. Die Kollisionsregel von § 285 Absatz 2 ZPO/ZH hatte unter der Geltung des OG die Konsequenz, dass die «Dorénaz»-Praxis auf zürcherische Fälle nie praktisch werden konnte.

Obwohl der Wortlaut von § 285 Absatz 2 ZPO/ZH unverändert geblieben ist, wird das Verhältnis zwischen kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde und dem Weiterzug ans das Bundesgericht durch das BGG dennoch neu austariert. – Dies deshalb, weil der Anwendungsbereich der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde in direkter Abhängigkeit von der Kognition des Bundesgerichts steht.

#### 3. Anfechtbare Entscheide – Kognition des Bundesgerichts

Art. 72 BGG geht von einem weiten Begriff der Zivilsache aus. Zu diesen zählen neu auch Entscheide in Schuldbetreibungs- und Konkursachen und darin eingeschlossen Rechtsöffnungen und Konkurseröffnungen. Solche die Vollstreckung betreffende Entscheide waren zuvor weder nach den Regeln des OG 1893 – kein Haupturteil im Sinne von Art. 58 OG 1893 – noch nach den Regeln des OG 1943 – keine Zivilstreitigkeit bzw. Zivilsache im Sinne der Art. 43 ff. sowie 68 ff. OG 1943 – berufungsfähig. Damals konnte das Bundesgericht in dieser Materie nur mit staatsrechtlicher Beschwerde angerufen werden. Dem «Mehr» des Bundesgerichts steht tendenziell ein «Weniger» der zürcherischen Kassationsinstanzen gegenüber. Diese Akzentverschiebung ist allerdings keine Einbahnstrasse.

#### 4. Kassationsgericht als dritte kantonale Instanz<sup>6</sup>

##### a) Konkursöffnung

Ein prominenter Anwendungsfall dieser Akzentverschiebung ist die Konkursöffnung. Heute prüft das Bundesgericht die bundesrechtlichen Voraussetzungen einer Konkursöffnung (Art. 172 SchKG) mit freier Kognition (vgl. BGE 133 III 687). Ein Weiterzug des obergerichtlichen Rekursentscheides an das zürcherische Kassationsgericht ist deshalb aus der Sicht von § 285 Absatz 2 ZPO/ZH, soweit es um die Verletzung von Bundesrecht geht, nicht mehr zulässig (Zirkulationsbeschluss des Kassationsgerichts vom 23. Juli 2008, Kass. Nr. AA080061 sowie zur Publikation in der ZR bestimmter Entscheid des Kassationsgerichtes vom 2. Juli 2008, Kass. Nr. AA070176 E. 5). Würde das Kassationsgericht § 285 Absatz 2 ZPO/ZH als obsolet betrachten und weiterhin die bundesrechtlichen Voraussetzungen einer Konkursöffnung unter dem eingeschränkten Aspekt von § 281 Ziff. 3 ZPO/ZH (Verletzung von klarem materiellem Recht) prüfen, obwohl das Bundesgericht diese Frage neuerdings frei überprüfen kann, würde sich das Kassationsgericht zwar in Widerspruch zu § 285 Absatz 2 ZPO/ZH setzen, jedoch wäre dieses Vorgehen aus der Sicht von Art. 100 Absatz 6 BGG nicht unzulässig.

##### b) Aktenwidrigkeit und willkürliche tatsächliche Annahmen gemäss § 281 Ziff. 2 ZPO/ZH

Das Bundesgericht prüft die Aktenwidrigkeits- bzw. Versehensrüge (Art. 97 Absatz 1 in Verbindung mit Art. 105 Absatz 2 BGG) im Rahmen sämtlicher Beschwerden nur noch unter dem Aspekt des Willkürverbots, d.h. des Rügegrundes von Art. 9 BV<sup>7,8</sup>. Dementsprechend ist nach der neuen Praxis des Kassationsgerichts zu § 281 Ziff. 2 ZPO/ZH – anders als noch unter Geltung des OG – im Kassationsverfahren die Aktenwidrigkeitsrüge stets zulässig und nötig. In diesem Punkt wie auch hinsichtlich der Rüge einer willkürlichen tatsächlichen Annahme ist das Kassationsgericht vorgängig anzurufen (ZR 107 Nr. 21). Wird diese Schritt versäumt, kann das Bundesgericht ausnahmsweise gestützt auf Art. 105 Absatz 2 BGG immerhin noch die dem Richter geradezu ins Auge springenden offensichtlichen Sachverhaltsmängel berichtigen (BGer vom 28. November 2007, 4A\_385/2007 E. 1.2. unter Hinweis auf BGE 133 II 249 E. 1.4.3 S. 254 f.).

##### c) Gemischte Mängel

Bei gemischten Mängeln (z.B. Ziff. 1 einerseits sowie Ziff. 3 andererseits) ist der kantonale Instanzenzug auszuschöpfen und zuerst das Kassationsgericht anzurufen. Die Frist für die (spätere) Beschwerde ans Bundesgericht richtet sich alsdann nach Art. 100 Absatz 6 BGG. Heikel wird die Situation allerdings dann, wenn das Kassationsgericht wider Erwarten auf die Nichtigkeitsbeschwerde nicht eintritt.

#### 5. Obergericht als zweite kantonale Instanz – zürcherische Rechtsöffnungsentscheide als Knacknuss

Rechtsöffnungsentscheide sind Endentscheide im Sinne von Art. 90 BGG und sie unterliegen, wenn der nötige Streitwert von Fr. 30 000.– erreicht ist, grundsätzlich der Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 Absatz 2 lit. a BGG). Sie sind keine vorsorglichen Massnahmen, weshalb alle Rügen gemäss Art. 95 f. BGG zulässig sind. In diesem Zusammenhang hatten das zürcherische Obergericht und im Anschluss daran das Bundesgericht (BGE 134 III 141 E. 2 143 f.) die Frage des Verhältnisses zwischen kantonaler Nichtigkeitsbeschwerde an das Obergericht (als zweite Instanz bezüglich einem Rechtsöffnungsentscheid des Einzelrichters im summarischen Verfahren) und der Beschwerde an das Bundesgericht zu entscheiden. Aus diesem Entscheid ergibt sich, dass das Obergericht auch dann auf eine Nichtigkeitsbeschwerde eintritt, wenn es um einen Fall von § 281 Ziff. 3 ZPO/ZH (klares materielles Recht) geht und – nach Auffassung des Obergerichts – gemäss § 285 ZPO/ZH ein Weiterzug ans Bundesgericht, welches Rügen gemäss Art. 95 und 96 BGG frei überprüfen kann, möglich wäre. Das Obergericht hat bei seiner Argumentation stillschweigend vorausgesetzt, dass ein direkter Weiterzug ans Bundesgericht an sich möglich wäre und mithin ein Anwendungsfall von § 285 ZPO/ZH zur Debatte stehe. Zu diesem Punkt will ich mich weiter hinten kurz äussern.

In seinen Erwägungen hat das Obergericht darauf hingewiesen, dass sich sein Vorgehen zwar nicht auf § 285 ZPO/ZH abstützen lasse. Diese Bestimmung sei aber auf das ausser Kraft gesetzte Verfahrensrecht des Bundesrechtspflegegesetzes (OG) abgestimmt. Sie widerspreche dem im Bundesgerichtsgesetz enthaltenen Prinzip der «double instance» und sei deshalb nicht mehr anwendbar, und zwar um so weniger als sonst bei Streitwerten unter Fr. 30 000.– zwei, bei höheren aber nur eine kantonale Instanz gegeben wäre. Das Obergericht hat deshalb festgehalten, dass es – wie bisher – auf sämtliche Nichtigkeitsbeschwerden gegen erstinstanzliche Rechtsöffnungsentscheide eintrete, wobei es freilich nur Kassationsgründe im Sinne von § 281 ZPO/ZH prüfe. Es ist allerdings anzumerken, dass das angerufene bundesrechtliche Prinzip der «double instance» infolge der den Kantonen eingeräumten Umsetzungsfrist noch nicht im vollen Umfang geltendes Bundesrecht ist. Aus der eben referierten obergerichtlichen Rechtsauffassung hat das Bundesgericht in der Folge den Schluss gezogen, dass das Obergericht als Rechtsmittelinstanz im Sinne von Art. 75 Absatz 2 BGG fungiere und daher stets angerufen werden müsse, weil die Beschwerde in Zivilsachen nur gegen Entscheide letzter kantonaler Instanzen zulässig sei. Nicht verlangt werden kann allerdings, dass eine umfassende Rechtsprüfung stattfindet. Damit hat die obergerichtliche Praxis dazu geführt, dass Letztinstanzlichkeit immer erst nach Vorliegen des obergerichtlichen Nich-

tigkeitsbeschwerdeentscheidendes gegeben ist. Bei der anschliessenden Beschwerde in Zivilsachen prüft das Bundesgericht die (vom Obergericht bereits beschränkt überprüfte) Bundesrechtsverletzung mit voller Kognition, wenn der Beschwerdeführer den erstinstanzlichen Entscheid (mit Bezug auf Rügen, welche das Obergericht nicht oder mit engerer Kognition als das Bundesgericht prüfen konnte) mit anficht. Im Bereich der Mitanechtung bildet nicht der zweit-, sondern der erstinstanzliche Entscheid das Anfechtungsobjekt. Dieser kann, aber muss auch mitangefochten werden, was in den Rechtsbegehren und in der Beschwerdebegründung zu berücksichtigen ist. Dieses Vorgehen entspricht der vom Bundesgericht im Rahmen der staatsrechtlichen Beschwerde mit BGE 94 I 459 inaugurierten «Dorénaz»-Praxis.

6. Bezirksgericht (unteres Gericht) als letzte und einzige kantonale Instanz

a) «Reguläre» Beschwerdefälle: kein direkter Weiterzug an das Bundesgericht

Der Entscheid des Obergerichts ersparte es dem Bundesgericht, die Frage aufzuwerfen und zu beantworten, ob der erstinstanzliche kantonale Entscheid bei Erreichen des nötigen Streitwerts, soweit es um Rügen gemäss § 281 Ziff. 3 ZPO/ZH geht, überhaupt direkt mit der Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht hätte weitergezogen werden können, obwohl keine der in Art. 75 Absatz 2 lit. a-c BGG umschriebenen Ausnahmen vorliegt. Ich neige dazu, in der vorliegenden Konstellation die Zulässigkeit des direkten Weiterzugs ans Bundesgericht zu verneinen.

Beim vorliegenden Fall handelt es sich um eine «reguläre» Beschwerde in Zivilsachen, in der das Bundesgericht hinreichend gerügte Bundesrechtsverletzungen umfassend prüfen kann. Es liegt weder ein Anwendungsfall von Art. 98 BGG (beschränkte Beschwerdegründe bei Beschwerden gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen) vor noch hat der Einzelrichter als Rechtsmittelinstanz bzw. als die vom Bundesrecht vorgesehene einzige kantonale Instanz entschieden. Die «reguläre» Beschwerde ist im entscheidenden Aspekt mit den im Geltungsbereich des OG berufungsfähigen Fällen weitgehend vergleichbar. Gemäss Art. 48 OG (1943) war unter Vorbehalt der in Art. 48 Absatz II OG (1943) angeführten Ausnahmen die Berufung gegen die Endentscheide der «*obern kantonalen Gerichte*» zulässig. Keine dieser Ausnahmen ist vorliegend einschlägig. Es entspricht wohl kaum dem Willen des Gesetzgebers, alle beschwerdefähigen Fälle über einen Kamm zu scheren, hinsichtlich der «regulären» Beschwerdefälle den Standard zu senken und das Erfordernis der «*obern kantonalen Gerichte*» generell fallen zu lassen. Den Kantonen dürfte es deshalb in diesen einschlägigen Fällen deshalb kaum erlaubt sein, für den Zeitraum, der ihnen

für die Umsetzung der strengen Vorgaben von Art. 75 Absatz 2 BGG noch verbleibt, einen Schritt zurück zu tun und ein unteres Gericht als erste und einzige Instanz einzusetzen. Aus diesem Grund konnte der erstinstanzliche Entscheid überhaupt nicht direkt ans Bundesgericht weitergezogen werden. Ein Anwendungsfall der Kollisionsregel von § 285 Absatz 2 ZPO/ZH stand deshalb gar nie zur Debatte.

In Anlehnung an den unter dem OG festgelegten Standard ist nach der hier vertretenen Auffassung in den «regulären» Beschwerdefällen, in denen das untere Gericht insbesondere nicht in der Eigenschaft als Rechtsmittelinstanz entschieden hatte, unter dem Begriff *letztinstanzlich* (Art. 75 BGG) eine *obere kantonale Instanz* zu verstehen. Ob eine Gesetzeslücke vorliegt, die im vorgeschlagenen Sinne zu füllen wäre, mag offen bleiben.

Das Bundesgericht liess die Nichtigkeitsbeschwerde als kantonales Rechtsmittel genügen und verlangte nicht, wie es dies in einer vergleichbaren Situation (BGE 119 II 183) getan hatte, ein ordentliches kantonales Rechtsmittel gegen den Entscheid der unteren kantonalen Instanz. Das Manko hinsichtlich der obergerichtlichen Kognition hat das Bundesgericht elegant durch den Rückgriff auf die sog. Dorénaz-Praxis kompensiert: Nach dieser Praxis kann der erstinstanzliche Entscheid, muss aber auch mitangefochten werden.

b) Andere Fälle

Die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts zum BGG ist mit der These vom Erfordernis einer oberen Instanz für «reguläre» Beschwerdefälle vereinbar. Bis heute hatte das Bundesgericht in Anwendung des BGG den direkten Weiterzug von einer unteren Instanz, die als letzte kantonale Instanz fungierte, lediglich in Fällen beurteilt und bejaht, in denen das Bundesrecht (wie etwa Art. 265a Absatz 1 SchKG) eine einzige kantonale Instanz unter Ausschluss jeglicher kantonalen Rechtsmittel vorschreibt (Urteil vom 18. April 2008, 5A\_695/2007), der Spezialfall einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zur Debatte stand (BGE 134 III 354), über eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde mit entsprechend beschränkter Kognition (Art. 116 BGG) zu entscheiden war (BGE 133 III 444) oder mit der Beschwerde gegen einen Entscheid über vorsorgliche Massnahmen nach Massgabe von Art. 98 BGG lediglich die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden konnte. Die beiden letztgenannten Fälle betreffen eine Konstellation, in der nach den Regeln des OG (1943) der letztinstanzliche Entscheid der unteren kantonalen Instanz mit der staatsrechtlichen Beschwerde ans Bundesgericht hätte weitergezogen werden können. In allen diesen Fällen, ausgenommen allenfalls der Spezialfall einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, scheint es richtig, auch unter der Geltung des BGG die bisherige Praxis des Bundesgerichts zu Art. 86 OG (1943) hinsichtlich der Anforderungen an die Vorinstanz fortzuschreiben.

Im Licht dieser Überlegungen kann dem Rechtsöffnungsentscheid des Obergerichts beigeplichtet werden, auch wenn eine andere Begründung vorzuziehen wäre.

c) Beispiel für den direkten Weiterzug an das Bundesgericht  
Steht gegen den die vorsorgliche Beweisführung anordnenden Entscheid einer unteren Instanz auf kantonaler Ebene kein Rechtsmittel zur Verfügung, erweist sich dieser als kantonal letztinstanzlich (Art. 75 Absatz 1 BGG). Dieser Entscheid schliesst nach bernischem Prozessrecht das Verfahren ab. Als Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG kann er deshalb bei Erreichen des nötigen Streitwerts mit Beschwerde in Zivilsachen direkt ans Bundesgericht weitergezogen werden (BGer. vom 18. September 2007, 5A-433/2007 E. 1). Die vorsorgliche Beweisführung zählt zu den vorsorglichen Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Gerügt werden kann deshalb nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte. In dieser Konstellation stand vormals nur die staatsrechtliche Beschwerde zur Verfügung. Bei dieser konnte wie auch hier ein unterinstanzlicher Entscheid direkt beim Bundesgericht angefochten werden.

#### 7. Bezirksgericht (unteres Gericht) als zweite kantonale Instanz

Die Friedensrichter im Kanton Zürich entscheiden bis zu einem Streitwert von Fr. 500.– (§ 6 Absatz 1 GVG/ZH). Als einziges kantonales Rechtsmittel steht die Nichtigkeitsbeschwerde ans Bezirksgericht (§ 31 Ziff. 2 GVG/ZH) zur Verfügung. Für Streitwerte in diesem Bereich kommt – vorbehaltlich einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne von Art. 74 Absatz 2 lit. a BGG – höchstens die subsidiäre Verfassungsbeschwerde in Frage (Art. 113 ff. BGG), mit der die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden kann (Art. 116 BGG). In Anwendung der Kollisionsregel von § 285 Absatz 2 ZPO/ZH ist deshalb kognitionsbedingt und zur Ausschöpfung des kantonalen Instanzenzuges stets die Nichtigkeitsbeschwerde zu ergreifen<sup>9</sup>.

Zum direkten Weiterzug des Rechtsmittelentscheids einer unteren kantonalen Instanz an das Bundesgericht (Bezirksgericht Brig, Östlich-Raron und Goms vgl. BGer vom 28. August 2008, 5A\_359/2008). Der Streit drehte sich um die Beseitigung eines Gitterzauns in einer Parkgarage. Der Streitwert betrug Fr. 4500.–.

#### 8. Mitanfechtung gemäss Art. 100 Absatz 6 BGG

Gemäss Art. 106 Absatz 6 BGG beginnt die Beschwerdefrist für den Weiterzug an das Bundesgericht erst mit Eröffnung des Entscheides der letzten Instanz zu laufen. Die praktische Umsetzung dieser an sich sinnvollen und begrüssenswerten Bestimmung hat sich allerdings als äusserst delikata herausgestellt.

§ 284 ZPO/ZH regelt den Ausschluss der Nichtigkeitsbeschwerde. Gemäss Ziff. 7 dieser Bestimmung ist die Nichtigkeitsbeschwerde gegen Rekursentscheide betreffend vorsorgliche Massnahmen unzulässig. Zu diesen zählen nach der neueren Rechtsprechung des Kassationsgerichtes auch Rekursentscheide des Obergerichts betreffend Arresteinsparchen<sup>10</sup>. Wird gegen einen Rekursentscheid betreffend vorsorgliche Massnahmen trotzdem die gesetzlich nicht vorgesehene Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationsgericht eingereicht, so kommt Art. 100 Absatz 6 BGG, wonach mit dem Weiterzug ans Bundesgericht zugewartet werden kann, bis die kantonalen Rechtsmittel erledigt sind, nicht zur Anwendung. Es ist nach diesem Entscheid «offensichtlich nicht der Zweck der Norm, einen Beschwerdeführer in die Lage zu versetzen, durch die Ergreifung eines nach kantonalem Recht nicht vorgesehenen Rechtsmittels die Frist zur Einreichung der Beschwerde vor Bundesgericht hinauszuzögern». (BGE 134 III 92). Diesem Verständnis von Art. 100 Absatz 6 BGG ist beizupflichten. Hervorzuheben ist, dass sich diese Rechtsprechung zunächst nur auf Fälle bezieht, in denen das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde gemäss gesetzlicher Vorgabe explizit und a limine ausgeschlossen ist. Das Kriterium des unzulässigen «Hinauszögerns» ist wohl auch in der Konstellation ausschlaggebend, in der die Kassationsinstanz wegen zu spät ergriffener kantonalen Beschwerde auf diese nicht eintritt. Auch hier ist es kaum angebracht, den Rechtsweg an das Bundesgericht nachträglich wieder zu öffnen. Offen ist, welche weiteren Gründe für das Nichteintreten der Kassationsinstanz zum Ausschluss der Rechtsmittelmöglichkeit beim Bundesgericht führen könnten<sup>11</sup>. Vorsichtige Parteien bzw. deren Vertreter werden deshalb nicht darum herumkommen, sozusagen auf Vorrat und um nichts zu versäumen, bereits den oberen, aber nicht letztinstanzlichen Entscheid anzufechten. Es bleibt zu hoffen, dass es dem Bundesgericht gelingt, eine Praxis zu entwickeln, die sowohl dem Grundsatz der Rechtssicherheit Genüge tut und gleichzeitig flexibel genug ist, um Einzelfällen von Trölerei Paroli zu bieten. Als wichtiger Beitrag zur Klärung einer der offenen Fragen kann ein unpublizierter Entscheid des Bundesgerichts vom 20. August 2008, 4A-216/2008 erwähnt werden: Tritt das Kassationsgericht auf eine zwar zulässige, aber mangelhaft begründete Nichtigkeitsbeschwerde nicht ein, bleibt gleichwohl die Rechtsmittelmöglichkeit gemäss Art. 100 Absatz 6 BGG intakt. Die Beschwerdefrist zur Anfechtung des obergerichtlichen Entscheids beginnt erst mit der Eröffnung des Entscheids des Kassationsgerichtes zu laufen, es sei denn, die Nichtigkeitsbeschwerde wäre rechtsmissbräuchlich einzig in der Absicht erhoben worden, um die Frist zur Einreichung der Beschwerde vor Bundesgericht hinauszuzögern.

Letztinstanzliche kantonale Entscheide betreffend Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft (Art. 172 ff.) gelten nach der neuen

bundesgerichtlichen Rechtsprechung als Endentscheide über vorsorgliche Massnahmen (BGE 133 III 393 ff.). Anders ist die bezügliche Praxis des Kassationsgerichts, wonach Eheschutzmassnahmen nicht unter die Ausschlussbestimmung von § 284 Ziff. 7 ZPO/ZH fallen (ZR 105 2006 Nr. 9). Aus dieser Optik bleibt die Nichtigkeitsbeschwerde betreffend Eheschutzmassnahmen zulässig, und dies ungeachtet des Umstandes, dass es sich dabei um vorsorgliche Massnahmen im Sinn des Bundesrechts handelt. Zu besonderen Schwierigkeiten führt dies jedoch im Verhältnis zum BGG nicht. Weil die Kognition des Kassationsgerichtes in diesem Fall nicht enger ist als jene des Bundesgerichtes bei vorsorglichen Massnahmen (Art. 98 BGG: Verletzung verfassungsmässiger Rechte), ergibt sich sowohl aus § 285 Absatz 2 ZPO/ZH als auch aus Art. 75 Absatz 1 BGG, dass zunächst der kantonale Rechtsmittelzug über drei Instanzen ausgeschöpft werden muss. Die Beschwerde in Zivilsachen (sowie die subsidiäre Verfassungsbeschwerde, Art. 113 BGG) ist damit erst gegen den Entscheid der dritten kantonalen Instanz zulässig (BGE 133 III 585 sowie BGer. Urteil vom 11. Oktober 2007, 5A\_117/2007 E. 3.2).

Referat gehalten anlässlich der Tagung zum Zivilprozessrecht vom 3. Dezember 2008 in Zürich, durchgeführt vom Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis an der Universität St. Gallen.

1 Vgl. dazu INGRID JENT-SØRENSEN/HANS REISER, Kantonal-zürcherische Nichtigkeitsbeschwerde und Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht, SJZ 104 (2008) 364–368.

2 ALEXANDER REICHEL, Das Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege, Bern 1895.

3 Zur Persönlichkeit von Alexander Reichel vgl. MICHELE LUMINATI, Das ZGB und seine Richter, in Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2007, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Zürich 2007, 29–31.

4 Das bisherige bundesrechtliche Rechtsmittelsystem war in gewisser Hinsicht mit dem römisch-rechtlichen Aktionensystem vergleichbar. Ohne (richtige) actio kein Rechtsschutz.

5 CHRISTOPH LEUENBERGER, Die schweizerische ZPO – Die Rechtsmittel, in Anwaltsrevue 8/2008, 333. Entscheiden das Obergericht oder das Handelsgericht als erste Instanz, schliessen zudem die Artikel 5 und 6 des Entwurfs für eine Schweizerische Zivilprozessordnung zwingend den Entscheid durch eine weitere kantonale Instanz aus.

6 Zu Subsidiarität der Nichtigkeitsbeschwerde vgl. den zur Publikation in der ZR bestimmter Entscheid des Kassationsgerichts vom 24. Juli 2008, Kass. Nr. AA070169.

7 Zu den Begründungsanforderungen bei Sachverhaltsrügen vgl. NICCOLÒ RASELLI, Erste Erfahrungen mit der Beschwerde in Zivilsachen – Übersicht über die Praxis, AJP/PJA 12/2008 sub. Ziff. 4.5.

8 ULRICH MEYER/ALFRED BÜHLER, Eintreten und Kognition nach BGG, in Anwaltsrevue 11–12/2008, 491 ff.

9 ISAAK MEIER, Rechtsmittel an das Bundesgericht in Zivilsachen nach dem BGG, in: Wege zum Bundesgericht in Zivilsachen nach dem Bundesgerichtsgesetz, Zürich/St. Gallen 2007, 1 ff., 24.

10 ZR 2006 Nr. 18. Das Bundesgericht hat seinerseits in BGE 133 III 589. ff. entschieden, dass Arrestentscheide vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG sind. Den Entscheid über das Arrestbegehren hat das Bundesgericht als Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG qualifiziert.

11 Vgl. dazu NICCOLÒ RASELLI (FN 7), sub Ziff. 18; DAVID RÜETSCHI, Wann gilt Art. 100 Abs. 6 BGG?, in Anwaltsrevue 4/2008, 158 ff.