



|                           |                                    |
|---------------------------|------------------------------------|
| <b>Fall-Nr.:</b>          | BO.2012.80                         |
| <b>Stelle:</b>            | Kantonsgericht                     |
| <b>Rubrik:</b>            | Zivilkammern (inkl. Einzelrichter) |
| <b>Publikationsdatum:</b> | 16.07.2013                         |
| <b>Entscheiddatum:</b>    | 16.07.2013                         |

### Entscheid Kantonsgericht, 16.07.2013

**Art. 63, Art. 148 ZPO, Art. 309 lit. b Ziff. 3 ZPO SR (SR 272); Art. 48 Abs. 3 BGG (SR 173.110) Der Entscheid im Aberkennungsverfahren gemäss Art. 83 Abs. 2 SchKG ist (sofern ein Streitwert von mindestens Fr. 10'000.00 erreicht ist) mit Berufung anzufechten; die Ausnahme gemäss Art. 309 lit. b Ziff. 3 ZPO betrifft ausschliesslich die Verfahren auf (provisorische oder definitive Rechtsöffnung). Wiederherstellung der Berufungsfrist nach Erheben des falschen Rechtsmittels unter Berufung auf nicht korrekte Rechtsmittelbelehrung; zu verneinen, wenn mit der von einer anwaltlich vertretenen Partei zu erwartenden Sorgfalt der Fehler in der Rechtsmittelbelehrung hätte erkannt werden müssen. Keine analoge Anwendung von Art. 63 ZPO auf Eingaben im Allgemeinen resp. Rechtsmitteleingaben im Besonderen. Ebenfalls keine analoge Anwendung von Art. 48 Abs. 3 BGG auf den Fall der Erklärung des unzutreffenden Rechtsmittels. Die Konversion des unzutreffend erhobenen Rechtsmittels in das zutreffende ist nur in Ausnahmefällen möglich; verneint bei Berufung auf eine nicht korrekte Rechtsmittelbelehrung, wenn diese mit der zu erwartenden Sorgfalt hätte erkannt werden können (Kantonsgericht St. Gallen, III. Zivilkammer, 16. Juli 2013, BO.2012.80).**

#### Erwägungen

I.

1.a) Kläger wie Beklagter waren (neben einer dritten Person) Gesellschafter der früher in x und y und heute z domizilierten GmbH, der Beklagte war deren Geschäftsführer. Im Laufe der Geschäftstätigkeit der GmbH kam es zu Unstimmigkeiten. Der Beklagte verliess die Unternehmung, und am 13. März 2009 unterzeichneten die Parteien einen



Stammanteilabtretungsvertrag, gemäss welchem der Beklagte dem Kläger seinen Stammanteil in der Höhe von Fr. 10'000.00 (nominal) zum Preis von Fr. 40'000.00, zahlbar in zwei Teilen zu je Fr. 20'000.00 verkaufte (kläg.act. 15); die eine Rate wurde bezahlt. Nach Ausscheiden des Beklagten machte der Kläger namens der Gesellschaft Unstimmigkeiten (unberechtigte Lohnbezüge, Mietzahlungen, Leasingraten, Spesen etc.) in der Höhe von total Fr. 72'896.85 geltend; die GmbH trat dem Kläger am 30. September 2009 eine diesbezügliche Forderung von Fr. 43'396.85 gegenüber dem Beklagten ab (kläg.act. 34).

b) Der Beklagte leitete am 29. November 2009 gegen den Kläger Betreuung auf Bezahlung von Fr. 20'000.00 ein (kläg.act. 3). Im anschliessenden vom Beklagten am 14. Februar 2011 beim Kreisgericht St. Gallen angehobenen Verfahren auf Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung machte der Kläger Verrechnung geltend; mit Entscheid vom 11. Juli 2011 erteilte der zuständige Einzelrichter des Kreisgerichts dem Beklagten provisorische Rechtsöffnung für Fr. 20'000.00 nebst Zins zu 5% seit 3. Juni 2009, wobei er die Abtretungserklärung, auf welche der Kläger seine Verrechnungsforderung abgestützt hatte, als mangelhaft bezeichnete (kläg.act. 2). Letzterer Begründung trug der Kläger bzw. die GmbH dadurch Rechnung, dass sie am 29. Juli 2011 wiederum Forderungen im Betrag von total Fr. 43'396.85 an den Kläger abtrat (kläg.act. 37).

2. Am 3. August 2011 machte der Kläger beim Kreisgericht St. Gallen die Aberkennungsklage gegen den Beklagten anhängig; er stellte die eingangs zitierten Rechtsbegehren (vi-act. 1). Der Beklagte beantragte deren Abweisung (vi-act. 9). Am 2. Mai 2012 fand die Hauptverhandlung statt (vi-act. 12). Das Verfahren wurde anschliessend wegen Vergleichsgesprächen sistiert. Nach deren Scheitern fällte der Einzelrichter des Kreisgerichts am 25. Juni 2012 seinen Entscheid (vi-act. 18), den er am 24. September 2012 in begründeter Form versandte (vi-act. 20, vi-Entscheid). Darin wies er die Aberkennungsklage ab, unter Überbindung der Prozesskosten an den Kläger. In der Rechtsmittelbelehrung verwies der Vorrichter auf die Beschwerde gemäss Art. 319 ff. ZPO.

3.a) Mit Eingabe vom 25. Oktober 2012 erhob der Kläger Beschwerde an den Einzelrichter des Kantonsgerichts (Verfahren BE.2012.69, BE/1). Von diesem darauf hingewiesen, dass nach vorläufiger Beurteilung wohl das Rechtsmittel der Berufung



hätte eingelegt werden müssen (BE/5), teilte der klägerische Rechtsvertreter am 19. November 2012 mit, die Beschwerde werde nicht aufrecht erhalten; gleichzeitig stellte er das eingangs aufgeführte Gesuch um Wiederherstellung der Berufungsfrist bzw. beantragte, eventualiter sei die Beschwerdeschrift als Berufung entgegen zu nehmen (BE/6 = B/1). Am 3. Januar 2013 schrieb der Einzelrichter das Beschwerdeverfahren als infolge Rückzugs erledigt (und das Gesuchsverfahren um unentgeltliche Prozessführung als gegenstandslos) ab (BE/9 = B/6).

b) Am 19. Dezember 2012 erhob der Kläger gestützt auf Art. 308 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 63 ZPO Berufung (B/4). Nach Eingang des Gerichtskostenvorschusses und der Sicherheitsleistung für die gegnerischen Parteikosten (siehe nachfolgende E. c) beschränkte der Verfahrensleiter das Verfahren am 16. April 2013 auf die Fragen der Wiederherstellung der Berufungsfrist resp. des Eintretens auf die Berufung (B/31). In seiner Stellungnahme vom 6. Mai 2013 beantragte der Beklagte alsdann, es sei die Wiederherstellung zu verweigern und auf die Berufung nicht einzutreten, eventualiter sei die Beschwerde vom 25. Oktober 2012 auf dem Wege der Konversion als Berufung entgegen zu nehmen (B/35).

c) Im Rahmen der Berufungsschrift stellte der Kläger ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (B/4, S. 4 f.), der Beklagte beantragte zum einen dessen Abweisung und zum andern, der Kläger sei zur Sicherstellung der beklagischen Parteikosten zu verpflichten (B/11). Nach zweitem Schriftenwechsel (B/20, 23) wurde das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (Verfahren ZV.2012.198) abgewiesen, dasjenige um Verpflichtung zur Sicherstellung der Parteikosten (Verfahren ZV.2013.16) demgegenüber gutgeheissen (B/26).

II.

1.a) Gegen erstinstanzliche Endentscheide mit einem Streitwert von Fr. 10'000.00 oder mehr ist grundsätzlich das Rechtsmittel der Berufung zu erheben (Art. 308 Abs. 1 lit a und Abs. 2 ZPO). Ausgenommen hiervon sind namentlich aufgeführte



"Angelegenheiten des SchKG", worunter "Rechtsöffnung (Art. 80-84 SchKG)" (Art. 309 lit. b Ziff. 3 ZPO), in denen die Beschwerde zu erheben ist (Art. 319 lit. a ZPO).

Die Ausnahme des Art. 309 lit. b ZPO bezweckt, die rein betreibungsrechtlichen Summarsachen ins Beschwerdeverfahren zu verweisen. Im Falle der Rechtsöffnungsverfahren rechtfertigt sich dies dadurch, dass die Rechtsöffnung entweder auf einen im ordentlichen Verfahren ergangenen materiellrechtlichen Entscheid folgt (definitive Rechtsöffnung) oder einen solchen in Form der Aberkennungsklage vorbehält (provisorische Rechtsöffnung), was die Möglichkeit des vollumfänglichen Rechtsschutzes für die Klärung der materiellrechtlichen Fragen offen hält. Die Aberkennungsklage gemäss Art. 83 Abs. 2 SchKG ist Gegenstück zur Forderungsklage gemäss Art. 79 SchKG ("Anerkennungsklage") und eine rein materiellrechtliche Klage, die auf die Feststellung des materiellen Rechts (mit entsprechend materieller Rechtskraft) abzielt (Amonn/ Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, § 4 N 47, 49 und § 19 N 95; vgl. auch BSK SchKG I-Staehelin, N 14 zu Art. 83 SchKG, mit Hinweisen, wonach es sich bei der Aberkennungsklage um eine materiellrechtliche negative Feststellungsklage handle). Die Aberkennungsklage wird zwar in Art. 83 Abs. 2 SchKG genannt und lässt sich insofern unter "Art. 80-84 SchKG" subsumieren, doch wird hier kein betreibungsrechtliches Summarverfahren (und insbesondere keine Unterart des Rechtsöffnungsverfahrens) definiert, sondern es wird die Frist für die Erhebung einer rein materiellrechtlichen Klage festgesetzt, wobei die mit dieser Frist verknüpfte Verwirkungsfolge das materielle Recht nicht berührt, indem dem Schuldner auch bei Säumnis Behelfe zum Schutz aus materiellrechtlichen Gründen offen stehen (Art. 85, Art. 85a und Art. 86 SchKG; Amonn/ Walther, a.a.O., § 19 N 97 und § 20). Der Entscheid über die Aberkennungsklage ist im Übrigen - sofern der Streitwert von zumindest Fr. 10'000.00 erreicht ist - mit Berufung anzufechten (Vock/ Müller, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, Zürich 2012, S. 24 ff.; Reetz/ Theiler, in: Sutter-Somm/ Hasenböhler/ Leuenberger, ZPO Komm., N 27 zu Art. 309 ZPO; Hoffmann-Nowotny, in: Kunz/ Hoffmann-Nowotny/ Stauber, ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde, Kommentar zu den Art. 308-327a ZPO, N 21 zu Art. 309 ZPO).

b) Die Ausnahme gemäss Art. 309 lit. b Ziff. 3 ZPO kommt in vorliegender Angelegenheit daher nicht zum Tragen und es war - zumal der Streitwert von



Fr. 10'000.00 klar erfüllt ist - entgegen der Rechtsmittelbelehrung und der ursprünglichen Auffassung des Klägers in der Beschwerdeschrift nicht die Beschwerde, sondern die Berufung zu ergreifen. Formell tat dies der Kläger am 19. Dezember 2012 (B/4) und mithin verspätet, war der angefochtene Entscheid doch am 24. September 2012 versandt worden (vi-act. 20) und dem klägerischen Rechtsvertreter am 25. September 2012 zugegangen (BE/1, S. 3, N 4), weshalb die Rechtsmittelfrist von 30 Tagen am 25. Oktober 2012 ausgelaufen war (Art. 311 Abs. 1 i.V.m. Art. 142 f. ZPO). Innert dieser Frist erhob der Kläger mit einer Beschwerde (BE/1) zwar ein Rechtsmittel, indessen nicht das zutreffende der Berufung. Insofern kann auf die Berufung demnach nicht eingetreten werden.

2. Gemäss Art. 148 ZPO kann das Gericht auf Antrag einer säumigen Partei eine Nachfrist gewähren, wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie kein oder ein nur leichtes Verschulden trifft (Abs. 1); das Gesuch ist innert zehn Tagen nach Wegfall des Säumnisgrundes einzureichen (Abs. 2).

a) Der Wiederherstellungsfall ist gegeben, wenn eine Partei eine Frist gegen ihren Willen nicht einhielt (BSK ZPO-Gozzi, N 7 zu Art. 148 ZPO; Merz, DIKE-Komm-ZPO, N 12 zu Art. 148 ZPO). Die ist hier insofern der Fall, als innert Frist zwar keine Berufung erklärt wurde, als aber angesichts der Einreichung einer Beschwerde und der seitherigen prozessualen Äusserungen des Klägers feststeht, dass er den vorinstanzlichen Entscheid nicht akzeptieren will und die Anfechtung aktiv betreiben möchte.

b) Der klägerische Rechtsvertreter wurde mit Schreiben vom 6. November 2012 darauf hingewiesen, dass das Rechtsmittel der Beschwerde mutmasslich das falsche sei (BE/5). Das Schreiben langte am folgenden Tage bei ihm ein (vgl. BE/6 [=B/1], S. 2 unten). Es besteht kein Grund zum Zweifel, dass der Irrtum über das falsche Rechtsmittel erst am 7. November 2012 erkannt wurde. Mit Einreichen des Wiederherstellungsgesuches am 19. November 2012 ist die Zehntagesfrist demnach gewahrt (Art. 148 Abs. 2 i.V.m. Art. 143 Abs. 3 ZPO).

c) Die Wiederherstellung ist nur möglich, wenn die Wahrung einer Frist aufgrund von Hinderungsgründen nicht möglich war, für welche die betreffende Partei kein oder nur



ein leichtes Verschulden trifft. Auszugehen ist von einem objektivierten Sorgfaltsmassstab, zu klären ist also, ob die Säumnis auch bei der von der säumigen Partei zu erwartenden Sorgfalt unter den gegebenen Umständen nicht hätte abgewendet werden können. Der Hinderungsgrund muss kausal für die Säumnis sein (BSK ZPO-Gozzi, N 9 ff. zu Art. 148 ZPO). Rechts- und Verfahrenskennntnis erhöhen den Sorgfaltsmassstab. Anwältinnen und Anwälte haben sich daher grundsätzlich so zu organisieren, dass im Falle ihrer Verhinderung Fristen gewahrt werden können. Ein in der Person des Anwalts liegender Hinderungsgrund endet jedenfalls, wenn der Anwalt in der Lage ist, eine Vertretung zu organisieren oder notfalls den Klienten selbst zur Fristwahrung anzuhalten. Hohe berufliche Inanspruchnahme vermag nur in aussergewöhnlichen Fällen die Verhinderung zu rechtfertigen (Merz, DIKE-Komm-ZPO, N 17 f. zu Art. 148 ZPO).

Der Beklagte beruft sich im vorliegenden Fall darauf, er habe sich auf die Rechtsmittelbelehrung der Vorinstanz verlassen.

aa) Einer Partei, die sich auf eine unrichtige Rechtsmittelbelehrung verlassen hat, darf grundsätzlich kein Nachteil erwachsen. Diesen Schutz kann eine Prozesspartei nur beanspruchen, wenn sie sich nach Treu und Glauben auf die fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung verlassen durfte (Art. 52 ZPO). Wer die Unrichtigkeit erkannte oder bei gebührender Aufmerksamkeit hätte erkennen können, verdient keinen Schutz, wobei aber nur eine grobe prozessuale Unsorgfalt der betroffenen Partei eine unrichtige Rechtsmittelbelehrung aufzuwiegen vermag. Der Vertrauensschutz versagt zudem nur dann, wenn der Mangel in der Rechtsmittelbelehrung für den Rechtsuchenden (bzw. seinen Rechtsvertreter) durch Konsultierung der massgebenden Verfahrensbestimmung ersichtlich gewesen wäre; ein Konsultieren der Rechtsprechung und Literatur wird in der Regel nicht verlangt. Zu bedenken ist schliesslich, dass mit der in Art. 238 lit. f ZPO verankerten Pflicht der Gerichte, ihre Entscheide mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen, den Beteiligten die Ergreifung des korrekten Rechtsmittels erleichtert werden soll. Wann der Prozesspartei, die sich auf eine unrichtige Rechtsmittelbelehrung verlassen hat, eine als grob zu wertende Unsorgfalt vorzuwerfen ist, beurteilt sich nach den konkreten Umständen und nach ihren Rechtskenntnissen (BGE 135 III 374 E. 1.2.2.2 f. und 134 I 199 E. 1.3.1, je m.w.H.; Staehelin, in: Sutter-Somm/ Hasenböhler/ Leuenberger, ZPO Komm., N 27 zu Art. 238



ZPO; Göksu, DIKE-Komm-ZPO, N 52 zu Art. 52 ZPO; Blickenstorfer, DIKE-Komm-ZPO, N 76 vor Art. 308-334ZPO).

bb) Der Kläger macht geltend, die Ausnahmebestimmung von Art. 309 Abs. 1 lit. b ZPO verweise allgemein auf "Angelegenheiten des SchKG" und in Ziffer 3 auf die Rechtsöffnung als Rechtsinstitut und nicht nur auf das Rechtsöffnungsverfahren; die Aberkennungsklage sei einzig im Art. 83 Abs. 2 SchKG erwähnt und damit im Rahmen von "Art. 80-84 SchKG" geregelt und sei dem Institut der Rechtsöffnung zuzuweisen. Der Kläger räumt zwar ein, die Aberkennungsklage sei eine materiellrechtliche Klage. Sie sei aber nicht einer materiellrechtlichen Klage im ordentlichen oder vereinfachten Verfahren gleichzustellen, da ein Schlichtungsversuch entfalle und eine bundesrechtliche Verwirkungsfrist zur Anwendung gelange. Ein Abgleichen der vorinstanzlichen Rechtsmittelbelehrung mit den gesetzlichen Bestimmungen habe nicht zum Schluss führen müssen, dass die Rechtsmittelbelehrung falsch sei (B/1, Ziff. 3.5). Weiter sei zu berücksichtigen, dass sein Rechtsvertreter in der Zeit vom 29. August bis 19. Oktober 2012 aufgrund eines Bandscheibenvorfalles arbeitsunfähig gewesen und somit unter erheblicher Arbeitslast gestanden sei.

Der Beklagte wendet ein, der Vertreter des Klägers habe sich als in zivilprozessualen Belangen und solchen des Schuldbetreibungsrechts erfahrener Anwalt in der Beschwerdeschrift mit den gesetzlichen Bestimmungen auseinander gesetzt. Die Aberkennungsklage sei klarerweise eine materiellrechtliche Klage und damit keine Angelegenheit des SchKG und keine Rechtsöffnungssache, dies hätte der klägerische Anwalt erkennen müssen (B/35 N 1 f.).

cc) Zwar verweist das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung regelmässig darauf, dass der Schutz von Treu und Glauben bei unrichtigen Rechtsmittelbelehrungen dann entfalle, wenn sich die Fehlerhaftigkeit beim Blick ins Gesetz offenbare, ohne dass eingehende Literatur- und Rechtsprechungsstudien verlangt würden. Indessen erfolgt auch der Blick in den Gesetzestext nicht unbefangen, sondern durch das Vorverständnis und das Fachwissen des Lesers mitbestimmt. Dem juristischen Laien, dem die Unterschiede zwischen verschiedenen zivilprozessualen und betreibungsrechtlichen Verfahren nicht geläufig sind, mag die vom Kläger dargelegte, am Wortlaut und der Systematik orientierte Lesart der Ausnahmebestimmung von Art.



309 lit. b ZPO einleuchten. Indessen ist der Kläger kein auf sich allein gestellter Laie, sondern er ist von einem praktizierenden Rechtsanwalt vertreten. Vom klägerischen Rechtsvertreter ist zu erwarten, dass er ob der undifferenzierten Formulierung dieser Bestimmung hellhörig werde und ihm auffalle, dass eine Regelung, welche "Angelegenheiten des SchKG" resp. "Rechtsöffnung" von einem Rechtsmittel ausnimmt, die nur in einem Punkt (prozessuale Sonderfrist) im SchKG-Abschnitt zur Rechtsöffnung geregelte, rein materiellrechtliche Aberkennungsklage nicht erfassen will. Mit der vom anwaltlich vertretenen Kläger zu erwartenden Sorgfalt hätte der Fehler in der Rechtsmittelbelehrung also erkannt werden müssen; die verspätete Berufungserklärung kann mit diesem Fehler nicht entschuldigt werden.

Daran ändert die krankheitsbedingte Einschränkung des klägerischen Rechtsvertreters nichts. Diese bestand gemäss Arzzeugnis (B/2) seit dem 28. August 2012. Das Dispositiv des angefochtenen Entscheides war in jenem Moment bereits seit zwei Monaten bekannt (vi-act. 18) und zog mutmasslich bereits erste Überlegungen zum zu ergreifenden Rechtsmittel mit sich. Bei Erhalt des vollständig ausgefertigten Entscheides am 25. September 2012 hatte der klägerische Anwalt hinlänglich Zeit gehabt, eine Vertretung resp. eine Entlastung zu organisieren, umso mehr, als er in eine Anwaltschaftsgemeinschaft mit total acht Anwältinnen und Anwälten eingebunden ist.

d) Das Einlegen eines nicht zutreffenden Rechtsmittels gründete nicht auf fehlendem oder nur leichtem prozessuellem Verschulden. Das Gesuch um Wiederherstellung der Berufungsfrist ist abzuweisen.

3.a) Der Kläger reichte am 19. Dezember 2012 eine Berufungsschrift ein, deren Zulässigkeit er auf Art. 308 Abs. 1 lit a i.V.m. Art. 63 ZPO abstützte (B/4). Er macht geltend, analog der Regelung von Art. 63 ZPO müsse der Zeitpunkt der Berufungserklärung bei Neueinreichen bei der richtigen Behörde resp. im richtigen Verfahren innert 30 Tagen nach Rückzug auf den Zeitpunkt der ersten Berufungserklärung zurückbezogen werden (B/4, S. 3 f.).

Der Beklagte stellt sich in der Stellungnahme vom 6. Mai 2013 auf den Standpunkt, der Anwendungsbereich von Art. 63 ZPO sei strikte auf die Fragen der Rechtshängigkeit resp. auf die Einleitung von Zivilverfahren zu beschränken; eine Ausdehnung des



Anwendungsbereiches widerspreche dem Willen des Gesetzgebers. Auch die analoge Anwendung von Art. 48 Abs. 3 BGG verbiete sich, da sich diese Bestimmung mit der Einreichung bei einer unzuständigen Behörde befasse und nicht mit der Einleitung eines falschen Rechtsmittelverfahrens (B/35, S. 2 f.)

b) Systematisch ist Art. 63 ZPO in den Allgemeinen Bestimmungen (1. Teil) der ZPO geregelt; in deren 4. Titel, "Rechtshängigkeit und Folgen des Klagerückzuges" folgt er auf Art. 62 ZPO, welcher die Rechtshängigkeit im Allgemeinen regelt. In seinen Absätzen 1 und 2 ordnet Art. 63 ZPO unter der Marginalie "Rechtshängigkeit bei fehlender Zuständigkeit und falscher Verfahrensart" an:

<sup>1</sup> Wird eine Eingabe, die mangels Zuständigkeit zurückgezogen oder auf die nicht eingetreten wurde, innert eines Monats seit dem Rückzug oder dem Nichteintretensentscheid bei der zuständigen Schlichtungsbehörde oder beim zuständigen Gericht neu eingereicht, so gilt als Zeitpunkt der Rechtshängigkeit das Datum der ersten Einreichung.

<sup>2</sup> Gleiches gilt, wenn eine Klage nicht im richtigen Verfahren eingereicht wurde.

Aus der Systematik folgt, dass Art. 63 ZPO sich auf Eingaben gemäss Art. 62 Abs. 1 ZPO bezieht, also auf Schlichtungsgesuche, Klagen, Gesuche und gemeinsame Scheidungsbegehren, denen gemeinsam ist, dass sie die Rechtshängigkeit begründen. Art. 63 Abs. 1 und 2 ZPO schützen den Kläger vor der möglichen Verwirkungsfolge, sollte die Wahrung einer materiellrechtlichen Klagefrist durch zwar rechtzeitig, aber beim unzuständigen Gericht resp. im falschen Verfahren erhobene Klage in Frage stehen. Eine Anwendung auf Eingaben im Allgemeinen und insbesondere Rechtsmitteleingaben an falsche Behörden oder im falschen Verfahren wird in der Rechtsprechung und Literatur, soweit thematisiert, verneint. Das Einlegen eines Rechtsmittels - so die von der Mehrheit vorgetragene Begründung - begründe die Rechtshängigkeit eben nicht, sondern lasse diese fortbestehen (Leuenberger, Rechtshängigkeit bei fehlender Zuständigkeit und falscher Verfahrensart, in: SZPP 2013, 169 ff., insb. 172, 176 f.; Sutter-Somm/ Hedinger, in: Sutter-Somm/



Hasenböhler/ Leuenberger, ZPO Komm., N 8 zu Art. 63 ZPO; KGer FR 101 2011-210 vom 7. September 2011, in: ius.focus 2013 N 73 mit Bemerkungen; OG ZH PF120052-O/U vom 8. Oktober 2012, E. 3.c). In einem Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen vom 7. August 2012 (BO.2012.34, E. II.5) wurde unter Offenlassen dieser als prüfenswert erklärten Frage ein Entscheid des Handelsgerichts Zürich vom 30. März 2012 (ZR 2012 Nr. 36) erwähnt; dieser stellte zwar klar, dass Art. 63 Abs. 1 ZPO sowohl die örtliche wie auch die sachliche und/oder funktionelle Zuständigkeit betreffe, doch befasste sich der Entscheid (auch wenn er die funktionelle Zuständigkeit erwähnte) letztlich mit der Zuständigkeitsfrage auf Ebene der ersten Instanz. Als Rechtsmittelinstanz des Kantons Zürich hielt das Obergericht in einem Entscheid vom 8. Oktober 2012 (PF120052-O/U, E. 3.c m.w.H.) in einem umfassenden obiter dictum alsdann fest, dass es sich der herrschenden Lehre anschliesse, also eine Fristwahrung verspäteter Rechtsmitteleingaben gestützt auf Art. 63 ZPO verneine.

Die Begründung einer von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung abweichenden Rechtsprechung wäre nur opportun, wenn Anhaltspunkte dafür bestünden, der Gesetzgeber habe mit Art. 63 Abs. 1 und 2 ZPO nicht nur den erwähnten Schutz des Klägers für bestimmte Fälle der Verwirkung, sondern vielmehr einen allgemeinen Schutz vor den Folgen "falsch" eingereicher Eingaben etablieren wollen. Die so angesprochene Fehlerhaftigkeit von Eingaben nach begründeter Rechtshängigkeit geht in aller Regel mit der Nichtwahrung von prozessualen Fristen einher. Die Fragen der Fristwahrung im laufenden Verfahren ist dabei in den Art. 142 ff. ZPO umfassend geregelt. Diese Regelung enthält mit dem Institut der Wiederherstellung (Art. 148 f. ZPO) auch ein konkretes Korrektiv für entschuldbares Säumnis. Vor diesem Hintergrund ist nicht einsehbar, weshalb der Gesetzgeber dem Säumigen auferlegen sollte, innert 10 Tagen ein Gesuch zu stellen, in welchem er Rechenschaft über die Qualität der Gründe für die Säumnis abzulegen hat, wenn ihm gleichzeitig die Möglichkeit offen stünde, innert der längeren Frist eines Monats unter Berufung auf Art. 63 ZPO ohne weitere Begründung dasselbe Resultat zu erlangen, sofern er nur rechtzeitig eine (wenn auch aus irgendwelchen Gründen "falsche") Eingabe eingereicht hatte.

Eine analoge Anwendung von Art. 63 ZPO auf die vorliegende Konstellation fällt mithin ausser Betracht.



c) Art. 48 Abs. 3 BGG legt fest, dass eine für das Bundesgericht bestimmte, aber bei der Vorinstanz oder einer anderen kantonalen oder eidgenössischen Behörde fristgerecht eingereichte Eingabe als innert Frist zugestellt gilt. Die ZPO enthält eine solche Anordnung nicht, doch wird sie verschiedentlich als allgemeiner Rechtsgrundsatz aufgefasst (Marbacher, Stämpflis Handkommentar, N 11 zu Art. 143 ZPO; Reetz/ Theiler, in: Sutter-Somm/ Hasenböhler/ Leuenberger, ZPO Komm., N 42 zu Art. 311 ZPO; Leuenberger, a.a.O., S. 176 f.; Merz, DIKE-Komm-ZPO, N 5 zu Art. 143 ZPO; ZPO-Rechtsmittel-Kunz, N 45 f. zu Art. 311 ZPO; a.M. OG ZH PF120052-O/ U vom 8. Oktober 2012, E. 3.c).

Die bei einer unzuständigen Behörde eingereichte Eingabe kann nicht mit dem Einlegen eines falschen Rechtsmittels gleichgesetzt werden. Das inkorrekt gewählte Rechtsmittel geht zwar auch bei einer unzuständigen Behörde ein, doch ist dies nur äussere Folge (und nicht Ursache) der falschen Rechtsmittelwahl, welche ihrerseits mit einer blossen Weiterleitung nicht beseitigt werden kann (Leuenberger, a.a.O., S. 177). Auch unter dem Aspekt von Art. 48 Abs. 3 BGG entfällt demnach die Möglichkeit, auf die Beschwerde vom 25. Oktober 2012 unter dem Titel der Berufung einzutreten

4.a) Eventualiter beantragt der Kläger, seine als Beschwerde eingereichte Rechtsschrift sei als Berufung zu behandeln. Die Beschwerdeschrift erfülle die Anforderungen an eine Berufungsschrift; die diesbezüglich restriktive Lehrmeinung sei im Lichte der neueren Rechtsprechung (insb. des Zürcher Obergerichts) zu relativieren (B/1, S. 5 f., N 4).

Der Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, der Kläger könne eine Konversion nur bei Fehlen grober prozessualer Unsorgfalt beanspruchen, was hier aber aufgrund der Ausgangslage in der Frage der Wiederherstellung zu verneinen sei. Im Falle einer - eventualiter als zulässig erachteten - Überweisung und Konversion sei jedenfalls dem Kläger keine Möglichkeit zur Nachbesserung einzuräumen und habe er die Kosten zu tragen (B/35, S. 3 f., N II.5 f.).

b) Die Konversion eines Rechtsmittels ist lediglich in Ausnahmefällen möglich. Zu denken ist insbesondere an Fälle der falschen oder fehlenden Rechtsmittelbelehrung. Dabei muss - im Sinn des Vertrauensschutzes - ausgeschlossen sein, dass dadurch



die Rechte der Gegenpartei verletzt werden. Zu berücksichtigen gilt, dass sich - entgegen teilweise geäusselter Auffassungen (bspw. OG ZH NQ110029-O/U vom 5. September 2011) - die Unterschiede in den in der Schweizerischen Zivilprozessordnung vorgesehenen Rechtsmitteln der Berufung und der Beschwerde nicht auf die aufschiebende Wirkung (Art. 315 und Art. 325 ZPO) beschränken, sondern auch die Kognition der Rechtsmittelinstanz (vgl. Art. 310 lit. b und Art. 320 lit. b ZPO), das Novenrecht bzw. -verbot (Art. 317 Abs. 1 und Art. 326 ZPO), das Recht bzw. Verbot, Anschlussberufung bzw. -beschwerde zu erklären (Art. 313 und Art. 323 ZPO), und die Zuständigkeit betreffen. Die Konversion ist daher grundsätzlich unzulässig (ausführlich und mit weiteren Hinweisen Seiler, Die Berufung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2013, N 927 ff.; siehe auch Reetz, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/ Leuenberger, ZPO Komm., N 51 zu Vorbemerkungen zu den Art. 308-318 ZPO, und BGer 4D\_77/2012 E. 5, in dem das Bundesgericht die Verletzung von Art. 9 BV in einem Fall verneinte, in dem das Obergericht Bern die Konversion abgelehnt hatte). Zu berücksichtigen ist ferner auch in diesem Zusammenhang, dass die Berufung auf eine unrichtige, unvollständige oder fehlende Rechtsmittelbelehrung nur zulässig ist, wenn der Partei keine oder nur leichte Unsorgfalt vorgeworfen werden kann. Die im Rahmen der Konversion zu prüfenden Sorgfaltsmassstäbe sind mithin dieselben wie diejenigen bei der Frage der Wiederherstellung (vgl. auch Reetz, ZPO Komm., N 25 zu Vorbemerkungen zu den Art. 308-318 ZPO; Seiler, a.a.O., N 929).

Wie im Rahmen der Prüfung des Wiederherstellungsgesuches ausgeführt (E. 2 hiavor), kann das prozessuale Verschulden des Klägers nicht als nicht vorhanden oder nur leicht taxiert werden, da ihm resp. seinem Rechtsvertreter die falsche Rechtsmittelbelehrung ins Auge hätte springen müssen. Da an dieselbe Voraussetzung auch die Konversion zu knüpfen ist, ist dem Kläger dieser Weg verwehrt, andernfalls der Entscheid mit einem unauflöselichen Widerspruch behaftet wäre. Eine Konversion des Rechtsmittels verbietet sich demzufolge und auf die Berufung ist auch unter diesem Aspekt nicht einzutreten.