Stämpflis Handkommentar SHK

BAKER & MCKENZIE
(Herausgeber)

Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO)

Stämpfli Verlag AG Bern · 2010

9. Titel: Rechtsmittel

1. Kapitel: Berufung

1. Abschnitt: Anfechtbare Entscheide und Berufungsgründe

Art. 308

Anfechtbare Entscheide

[1] Mit Berufung sind anfechtbar:
a. erstinstanzliche End- und Zwischenentscheide;
b. erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen.

[2] In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens 10 000 Franken beträgt.

Décisions attaquables

[1] Lappel est recevable contre:
a. les décisions finales et les décisions incidentes de première instance;
b. les décisions de première instance sur les mesures provisionnelles.

[2] Dans les affaires patrimoniales, l'appel est recevable si la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est de 10 000 francs au moins.

Appellabilità

[1] Sono impugnabili mediante appello:
a. le decisioni finali e incidentali di prima istanza;
b. le decisioni di prima istanza in materia di provvedimenti cautelari.

[2] Le decisioni pronunciate in controversie patrimoniali sono appellabili unicamente se il valore litigioso secondo l'ultima conclusione riconosciuta nella decisione è di almeno 10 000 franchi.

I. Gliederung und Inhalt des 9. Titels

1 Der 9. Titel, überschrieben mit «Rechtsmittel», ist der letzte Titel im 2. Teil («Besondere Bestimmungen») der ZPO. Der die Rechtsmittel regelnde 9. Titel ist wiederum **in vier Kapitel unterteilt**, nämlich «Berufung» (Art. 308 ff. ZPO), «Beschwerde» (Art. 319 ff. ZPO), «Revision» (Art. 328 ff. ZPO) sowie «Erläuterung und Berichtigung» (Art. 334 ZPO).

2 Das Kapitel betr. Berufung ist wie folgt **gegliedert**: Der erste Abschnitt (Art. 308–310 ZPO) hat die mit Berufung anfechtbaren Entscheide und die Berufungsgründe zum Gegenstand, der zweite Abschnitt (Art. 311–314 ZPO) regelt die Anforderungen an die Rechtsschriften (Berufung und Berufungsantwort) und

die Zulässigkeit der Anschlussberufung. Der dritte Abschnitt schliesslich (Art. 315–318 ZPO) befasst sich mit der Wirkung und dem Verfahren der Berufung.

3 Das Rechtsmittelsystem bewegt sich notwendigerweise in einem **Spannungsfeld entgegengesetzter Interessen**: Einerseits wird ein richtiges und gerechtes Urteil angestrebt, andererseits soll die Justiz zeitgerecht und kostengünstig sein (vgl. Botschaft, 7369). Bez. der Gefahren eines Übermasses an Rechtsmitteln kann auf VOGEL/SPÜHLER, Grundriss, 13 N 27, verwiesen werden. Als Bsp. einer Regelung, an der sich dieser Interessengegensatz auch in der parlamentarischen Beratung zur ZPO gezeigt hat, sei die Beschränkung der Zulassung von Noven im Berufungsverfahren (Art. 317 ZPO) erwähnt (vgl. hierzu STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 21 N 9).

4 Die ZPO beschränkt sich nicht auf ein einziges Rechtsmittel, sondern übernimmt das Modell des **Rechtsmittelpluralismus**, welches bisher in den meisten Kt. gegolten hat. Dieses Modell steht im Gegensatz zum System der Einheitsbeschwerde, wie es im Verfahren vor BGer zur Anwendung gelangt (vgl. etwa Art. 72 ff., 78 ff. u. 82 ff. BGG; Botschaft, 7369).

5 Nicht mit Rechtsmitteln, sondern mit **Abänderungsklagen**, welche sich nach den jeweiligen Bestimmungen im mat. Recht richten (vgl. etwa Art. 286 Abs. 2, 313 Abs. 1 ZGB), können rechtskräftige Urteile abgeändert werden.

II. Regelungsgegenstand

6 Die Rechtsmittelordnung der ZPO wurde beeinflusst durch Vorgaben des BGG. Hierzu gehört das Prinzip, dass die Kt. einen **doppelten Instanzenzug** vorsehen müssen (Art. 75 Abs. 2 BGG). Ausnahmen vom doppelten Instanzenzug bestehen dort, wo ein BG eine einzige kant. Instanz vorsieht, ein Fachgericht für handelsrechtliche Streitigkeiten als einzige kant. Instanz entscheidet, oder eine Klage mit einem Streitwert von mind. CHF 100'000 mit Zustimmung aller Parteien direkt beim oberen kant. Gericht eingereicht wurde (Art. 75 Abs. 2 BGG).

7 Im Weiteren muss gem. Art. 111 Abs. 3 BGG die unmittelbare Vorinstanz des BGer (mind.) die Rügen nach den Art. 95–98 ff. BGG prüfen können; die letzte kant. Instanz muss also mind. die **gl. Kognition** haben wie das BGer (Art. 111 Abs. 3 BGG).

8 Eine weitere Vorgabe des BGG besteht darin, dass der Rechtsuchende in vermögensrechtlichen Streitigkeiten dem BGer **Rechtsfragen von grundlegender Bedeutung** selbst dann vorlegen kann, wenn sie die Streitwertgrenzen für das BGer nicht erreichen (Art. 74 BGG).

III. Entscheide der ersten Instanz

9 Die ZPO sieht vor, dass das kant. Verfahren grds. vor **zwei Instanzen** zu erfolgen hat. Die Berufung gem. ZPO richtet sich immer gegen «erstinstanzliche» Entscheide (Art. 308 Abs. 1 lit. a u. b ZPO), d.h. solche der jeweils unteren kant. Instanz.

10 Art. 5–8 ZPO bestimmen, dass auch nur **eine einzige kant. Instanz** zuständig sein kann. Eine solche Zuständigkeit kann sich auf Grund eines BG, einer entsprechenden kant. Regelung (Fachgerichte, wie etwa das HGer oder das Gericht bei Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung) oder der Prorogation der sachlichen Zuständigkeit an die obere kant. Instanz (vgl. hierzu den minimalen Streitwert von CHF 100'000) ergeben. Gegen Entscheide der einzigen kant. Instanz ist keine Berufung möglich; «einzige» Instanzen gelten nicht als «erste» Instanzen i.S.v. Art. 308 Abs. 1 ZPO (Botschaft, 7371).

11 Für Parteien, welche in Erwägung ziehen, die Zuständigkeit der oberen kant. Instanz gem. Art. 8 ZPO zu vereinbaren, empfiehlt es sich, im Rahmen der Abwägung der Vor- und Nachteile der Prorogation auch die Konsequenz des **Ausschlusses der Berufung** zu berücksichtigen. Die gl. Überlegung hat die klagende Partei anzustellen, wenn sie vor der Wahl zw. dem HGer und dem ordentlichen Gericht gem. Art. 6 Abs. 3 ZPO steht.

IV. End- oder Zwischenentscheide (Abs. 1 lit. a)

12 Mit der Berufung sind (erstinstanzliche) **End- und Zwischenentscheide** anfechtbar. Endentscheide sind Sach- oder Nichteintretensentscheide, welche das Verfahren beenden (vgl. Art. 236 Abs. 1 ZPO); auch Teilentscheide gehören dazu.

13 Mit einem Zwischenentscheid i.S.v. Art. 237 ZPO werden in einem Verfahren ein oder mehrere Streitpunkte **erledigt, ohne dass damit aber das ganze Verfahren beendet wird**. Wird ein Zwischenentscheid nicht mit Berufung angefochten, so erwächst er in Rechtskraft. Er kann sodann insb. nicht mehr im Rahmen des Berufungsverfahrens gegen den Endentscheid angefochten bzw. überprüft werden (Art. 237 Abs. 2 ZPO). Wird die Sache an die Erstinstanz zurückgewiesen (Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO), so gilt der Zwischenentscheid weiterhin und kann auch nicht in einem zweiten Berufungsverfahren gegen den Endentscheid angefochten werden. Prozessleitende Verfügungen sind, im Gegensatz zu Zwischenentscheiden, nicht berufungsfähig (Botschaft, 7371; vgl. hierzu Art. 319 lit. b ZPO).

Gerichtliche Entscheide im Bereich des **SchKG** sind grds. mit der Berufung anfechtbar, es sei denn, das Gesetz schlösse eine solche aus (s. hierzu Art. 309 lit. b ZPO). 14

Werden bereits gefällte Entscheide **erläutert oder berichtigt** (vgl. Art. 334 ZPO), so unterliegen auch die entsprechenden berichtigten oder abgeänderten Entscheide der Berufung. Demgegenüber ist der Entscheid über das Erläuterungs- und Berichtigungsgesuch nicht mit Berufung, sondern nur mit Beschwerde anfechtbar (Art. 334 Abs. 3 ZPO). 15

Für die Zulässigkeit der Berufung ist die **Verfahrensart** (ordentlich, vereinfacht, summarisch, eherechtlich, familienrechtlich, Verfahren bei eingetragener Partnerschaft) irrelevant. Somit sind insb. auch End- und Zwischenentscheide des vereinfachten oder summarischen Verfahrens grds. mit Berufung anfechtbar, wobei selbstverständlich die übrigen Voraussetzungen erfüllt sein müssen und namentlich die Ausnahmen gem. Art. 309 ZPO zu beachten sind. 16

Des Weiteren ist für die Berufung auch unerheblich, ob das erstinstanzliche Verfahren einer **Beweisbeschränkung** unterlag (s. z.B. Art. 254 ZPO; vgl. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 26 N 12). Auch bei solchen Verfahren ist die Berufung grds. zulässig, sofern die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind. 17

V. Entscheide über vorsorgl. Massnahmen (Abs. 1 lit. b)

Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO sieht vor, dass auch (erstinstanzliche) **Entscheide über vorsorgl. Massnahmen** mit Berufung anfechtbar sind. Die Berufung gegen vorsorgl. Massnahmen (z.B. Verbote, Anordnungen zur Beseitigung eines rechtswidrigen Zustands, Anweisungen an eine Registerbehörde oder eine dritte Person etc.; s. Art. 262 ZPO) rechtfertigt sich durch die regelmässig grosse Tragweite dieser Entscheide. Die Berufung ist auch möglich gegen vorsorgl. Massnahmen, welche schon vor der Anhängigmachung der entsprechenden Klage getroffen werden (Art. 263 ZPO). 18

Die in Art. 265 ZPO geregelten **superprovisorischen Massnahmen** finden sich im Abschnitt über die vorsorgl. Massnahmen (Art. 261 ff. ZPO). Eine bloss syst. Betrachtungsweise müsste demnach zum Schluss führen, dass die Berufung auch gegen superprovisorische Entscheide möglich wäre. Richtigerweise ist aber gegen solche Entscheide keine Berufung möglich (vgl. Botschaft, 7356). Gem. Art. 265 Abs. 2 ZPO muss das Gericht nach Erlass der superprovisorischen Massnahme unverzüglich zur Verhandlung vorladen oder der Gegenpartei die Möglichkeit zur schriftlichen Stellungnahme geben. Anschliessend muss unverzüglich über das Gesuch entschieden werden. Erst dieser Entscheid über die vorsorgl. Massnahme 19

kann mit Berufung angefochten werden, unter dem Vorbehalt, dass auch die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind, namentlich das Streitwerterfordernis. Eine Beschwerde gegen einen superprovisorischen Entscheid wird in vielen Fällen regelmässig daran scheitern, dass es am nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil fehlt (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO), denn der Richter muss zwingend mit der Anordnung der superprovisorischen Massnahme zur Verhandlung vorladen oder Frist zur Stellungnahme ansetzen (Art. 265 Abs. 2 ZPO). Im Ergebnis bedeutet dies, dass weder die Berufung noch in aller Regel die Beschwerde gegen den superprovisorischen Entscheid möglich ist.

20 Der Berufung kommt grds. aufschiebende Wirkung zu (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Gegen Entscheide über vorsorgl. Massnahmen hat die Berufung allerdings **keine aufschiebende Wirkung** (Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO). Damit können vorsorgl. Massnahmen, welche die erste Instanz angeordnet hat, sofort vollstreckt werden. Nur wenn der betroffenen Partei ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht, kann die aufschiebende Wirkung der Berufung ausnahmsweise durch die Berufungsinstanz gewährt und damit die Vollstreckung vorsorgl. Massnahmen aufgeschoben werden (Art. 315 Abs. 5 ZPO).

VI. Nicht berufungsfähige Entscheide

21 Die Entscheide der **einzigen kant. Instanz** gem. Art. 5–8 ZPO sind nicht berufungsfähig. Dies betrifft etwa die Fälle, wo gem. Bundesrecht für die Beurteilung immaterialgüter- und wettbewerbsrechtlicher sowie gewisser haftpflichtrechtlicher Klagen eine einzige kant. Instanz vorgesehen ist. Weiter ist an das HGer und das obere Gericht bei einer Prorogation der sachlichen Zuständigkeit zu denken.

22 Auch **Entscheide von SGer** sind nicht berufungsfähig. Gegen die Entscheide eines SGer ist die Beschwerde ans BGer bzw. an ein kant. Gericht möglich (vgl. hierzu Art. 389 f. ZPO).

23 Nicht der Berufung zugänglich sind sodann **Entscheide über die Kosten**; sie sind selbständig nur mit Beschwerde anfechtbar (Art. 110 ZPO).

24 Im Weiteren sind **prozessleitende Verfügungen** von vornherein nicht berufungsfähig, da es sich nicht um End- oder Zwischenentscheide handelt. Es ist jedoch zu prüfen, ob die Beschwerde zulässig ist (vgl. Art. 319 lit. b ZPO).

25 **Abschreibungsbeschlüsse** können nicht mit Berufung angefochten werden: Beschlüsse betr. Anerkennung, Rückzug oder Vergleich sind somit nicht berufungsfähig. Daran ändert nichts, dass ein Vergleich, eine Klageanerkennung oder ein Klagerückzug die Wirkung rechtskräftiger Entscheide haben (vgl. Art. 241

Abs. 2 ZPO). Dies gilt auch für Anerkennungen, Rückzüge oder Vergleiche, welche im Rahmen einer Schlichtungsverhandlung zu Stande gekommen sind (vgl. Art. 208 Abs. 1 ZPO).

Entscheide des Vollstreckungsgerichts sind nicht mit Berufung anfechtbar (vgl. Art. 309 lit. a ZPO). Vgl. auch Art. 335 ff. ZPO. 26

Entscheide der **Schlichtungsbehörde** i.S.v. Art. 212 ZPO sind nicht berufungsfähig (STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 20 N 43). 27

Art. 309 lit. b ZPO führt versch. **betreibungsrechtliche Entscheide** auf, die im summarischen Verfahren ergangen sind und gegen die keine Berufung zulässig ist (vgl. hierzu Art. 309 ZPO). 28

Gem. Art. 309 lit. b Ziff. 6 ZPO sind sodann **Entscheide** der Konkurs- und Nachlassgerichte nicht berufungsfähig. Dies trifft jedoch nicht auf Entscheide in betreibungsrechtlichen Streitigkeiten mit Reflexwirkung auf das mat. Recht zu, wie z.B. die Kollokationsklage oder die paulianische Anfechtungsklage; hier ist die Berufung zulässig (STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 26 N 13). 29

Falls die Ehegatten die **Scheidung** gemeinsam verlangen (vgl. Art. 285 ff. ZPO), kann die Scheidung der Ehe zwar mit Berufung angefochten werden, als Berufungsgründe können jedoch nur Willensmängel geltend gemacht werden (Art. 289 ZPO; vgl. ferner Art. 310 ZPO). 30

Zu Arrestentscheiden s. **Art. 309 ZPO**. 31

VII. Streitwertgrenze (Abs. 2)

Die **Streitwertgrenze** gem. Art. 308 Abs. 2 ZPO gilt nur bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten (zum Begriff der vermögensrechtlichen Streitigkeit s. Art. 91 ZPO). 32

Der Begriff und die Berechnung des Streitwerts bestimmen sich nach Art. 91 ff. ZPO. Falls der Streitwert weniger als CHF 10'000 beträgt, ist die Berufung unzulässig. Wenn die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind, kann jedoch die streitwertunabhängige Beschwerde eingereicht werden (vgl. hierzu Art. 319 ZPO). 33

Gem. Art. 308 Abs. 2 ZPO muss der **Streitwert** «der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren» mind. CHF 10'000 betragen. Somit ist das Rechtsbegehren vor der ersten Instanz unter Berücksichtigung von Anerkennungen und Rückzügen einzelner Rechtsbegehren massgebend, und nicht etwa der vorinstanzliche Entscheid (vgl. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 26 N 13). 34

Eine Berufung ist also auch in dem Falle als zulässig zu betrachten, wenn der Kläger ursprünglich CHF 20'000 gefordert hat, der Beklagte CHF 8'000 anerkennt und die erste Instanz dem Kläger mit dem Urteil CHF 9'000 zuspricht. Damit gilt der Betrag, der im Zeitpunkt des erstinstanzlichen Urteils streitig war; das Gravamensystem (Methode der Berechnung des Streitwertes nach der Differenz zw. den zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren und dem erstinstanzlichen Urteil, vgl. Botschaft, 7371, Fn. 215), welches noch im VE enthalten war, konnte sich nicht durchsetzen.

35 Der **Streitwert** von mind. CHF 10'000 gilt auch bei einer **Berufung gegen vorsorgl. Massnahmen** vermögensrechtlicher Natur. Dabei ist jedoch zu beachten, dass der Streitwert der vorsorgl. Massnahmen an sich, nicht aber der Streitwert der eigentlichen Klage massgebend ist (STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 26 N 13).

36 Für die Anschlussberufung gilt keine Streitwertgrenze.

37 In der ZPO ist nicht geregelt, ob **Rechtsfragen von grds. Bedeutung** innerkant. mit Berufung anfechtbar sind, wenn sie den erforderlichen Streitwert gem. Art. 308 Abs. 2 ZPO nicht erreichen. Nach der Vorgabe des BGG in Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG muss aber ein Weiterzug an das BGer mit zivilrechtlicher Beschwerde ohne Rücksicht auf den Streitwert möglich sein (vgl. auch Art. 191 Abs. 2 BV *e contrario*). Somit müssen entsprechende Fälle auch an die zweite kant. Instanz weitergezogen werden können (vgl. LEUENBERGER, Zivilprozessordnung, 332). Bei der Beurteilung von Rechtsfragen von grds. Bedeutung darf die Kognition der zweiten kant. Instanz nicht enger sein als diejenige in der zivilrechtlichen Beschwerde.

VIII. Legitimation

38 Vgl. die Kommentierung zu **Art. 311 ZPO**.

IX. Verzicht auf ein Rechtsmittel

39 Vgl. die Kommentierung zu **Art. 238 ZPO**.

X. Rückzug der Berufung

40 Der **Rückzug** der Berufung kann vom Berufungskläger, wie sich aus Art. 313 Abs. 2 lit. c ZPO ergibt, bis zum Beginn der Urteilsberatung durch die

Rechtsmittelinstanz erklärt werden. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass mit dem Rückzug auch eine allfällige Anschlussberufung dahinfällt (vgl. dazu auch Art. 313 ZPO). Der einmal erklärte Rückzug ist endg. und kann nicht bedingt erklärt werden.

Art. 309

Ausnahmen

Die Berufung ist unzulässig:
a. gegen Entscheide des Vollstreckungsgerichts;
b. in den folgenden Angelegenheiten des SchKG:
1. Aufhebung des Rechtsstillstandes (Art. 57*d* SchKG),
2. Bewilligung des nachträglichen Rechtsvorschlages (Art. 77 SchKG),
3. Rechtsöffnung (Art. 80-84 SchKG),
4. Aufhebung oder Einstellung der Betreibung (Art. 85 SchKG),
5. Bewilligung des Rechtsvorschlages in der Wechselbetreibung (Art. 185 SchKG),
6. Arrest (Art. 272 und 278 SchKG),
7. Entscheide, die nach SchKG in die Zuständigkeit des Konkurs- oder des Nachlassgerichts fallen.

Exceptions

L'appel est irrecevable:
a. contre les décisions du tribunal de l'exécution;
b. dans les affaires suivantes relevant de la LP:
1. la révocation de la suspension (art. 57d LP),
2. la recevabilité d'une opposition tardive (art. 77 LP),
3. la mainlevée (art. 80 à 84 LP),
4. l'annulation ou la suspension de la poursuite (art. 85 LP),
5. la recevabilité de l'opposition dans la poursuite pour effet de change (art. 185 LP),
6. le séquestre (art. 272 et 278 LP),
7. les décisions pour lesquelles le tribunal de la faillite ou du concordat est compétent selon la LP.

Eccezioni

L'appello è improponibile:
a. contro le decisioni del giudice dell'esecuzione;
b. nelle seguenti pratiche a tenore della LEF:
1. revoca della sospensione (art. 57d LEF),
2. ammissione dell'opposizione tardiva (art. 77 LEF),
3. rigetto dell'opposizione (art. 80-84 LEF),
4. annullamento o sospensione dell'esecuzione (art. 85 LEF),
5. ammissione dell'opposizione nell'esecuzione cambiaria (art. 185 LEF),
6. sequestro (art. 272 e 278 LEF),
7. decisioni che secondo la LEF sono di competenza del giudice del fallimento o del concordato.

I. Regelungsgegenstand

1 Art. 308 ZPO stellt den Grundsatz auf, dass erstinstanzliche End- oder Zwischenentscheide sowie erstinstanzliche Entscheide über vorsorgl. Massnahmen mit Berufung anfechtbar sind. Art. 309 ZPO führt nun i.S. einer Ausnahme von Art. 308 ZPO diejenigen End- oder Zwischenentscheide auf, die **nicht der Berufung unterliegen** sollen. Es handelt sich hierbei um vollstreckungsgerichtliche (lit. a) sowie um betreibungsrechtliche Entscheide (lit. b).

Die in Art. 309 lit. a und lit. b ZPO aufgeführten Entscheide werden durch **weitere Bestimmungen der ZPO ergänzt**, welche die Berufung gegen bestimmte Entscheide ausschliessen (Botschaft, 7372). So sind insb. die Entscheide einziger kant. Instanzen, Entscheidsurrogate, prozessleitende Verfügungen und Kostenentscheide nicht mit Berufung anfechtbar (vgl. hierzu Art. 308 ZPO). Im Weiteren sind auch Entscheide von SGer nicht berufungsfähig (vgl. hierzu Art. 389 u. 390 ZPO). 2

II. Entscheide des Vollstreckungsgerichts (lit. a)

Das urteilende Gericht kann konkrete Vollstreckungsmassnahmen anordnen, so dass der Entscheid **direkt vollstreckt** werden kann. Gegen solche Entscheide (d.h. die Anordnung einer Vollstreckungsmassnahme) ist die Berufung zulässig. 3

Falls eine direkte Vollstreckung nicht möglich ist oder das urteilende Gericht keine konkreten Vollstreckungsmassnahmen anordnet, so ist das Vollstreckungsgericht zuständig (vgl. Art. 335 ff. ZPO). Gegen **Entscheide des Vollstreckungsgerichts** kann keine Berufung, sondern allenfalls Beschwerde geführt werden. Dies kann auch durch Dritte, die in ihren Rechten betroffen sind, geschehen (vgl. Art. 346 ZPO). 4

III. SchKG-Angelegenheiten (lit. b)

Die Berufung ist unzulässig bei Entscheiden betr. Aufhebung des Rechtsstillstandes (Art. 57d SchKG), Bewilligung des nachträglichen Rechtsvorschlages (Art. 77 SchKG), Rechtsöffnung (Art. 80–84 revSchKG), Aufhebung oder Einstellung der Betreibung (Art. 85 SchKG), Bewilligung des Rechtsvorschlages in der Wechselbetreibung (Art. 185 revSchKG) sowie Arrest (Art. 272 u. 278 revSchKG). Bei diesen Fällen steht eine **rasche Verfahrenserledigung** im Vordergrund, weshalb die Berufung als ein vollkommenes Rechtsmittel nicht angebracht erscheint (vgl. Botschaft, 7371 f.). 5

Gegen den abweisenden Entscheid des Arrestrichters sowie gegen den Einspracheentscheid über den bewilligten Arrest ist die **Berufung ausgeschlossen**; gegen diese Entscheide ist allenfalls die **Beschwerde** gegeben, welche grds. **keine auf-** 6

schiebende Wirkung hat (Art. 309 lit. b Ziff. 6 ZPO, Art. 278 Abs. 3 revSchKG; BBI 2009, 1825 u. 1836).

7 Art. 309 lit. b Ziff. 7 ZPO erwähnt sodann Entscheide, die nach SchKG in die **Zuständigkeit des Konkurs- oder des Nachlassgerichtes** fallen und schliesst damit die Berufungsfähigkeit dieser Entscheide aus. Gem. richtiger Auffassung ist die Berufung nur unzulässig gegen im summarischen Verfahren ergangene, rein betreibungsrechtliche Streitigkeiten; hierzu gehören etwa die Konkurseröffnung, die Bewilligung der Nachlassstundung und die Genehmigung des Nachlassvertrags (STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 26 N 13; s.a. Botschaft, 7371).

8 Demgegenüber sind diejenigen Entscheide in betreibungsrechtlichen Streitigkeiten, welche **Reflexwirkung auf das mat. Recht** haben, berufungsfähig; darunter fallen etwa die Kollokationsklage (Art. 250 ff. u. Art. 321 SchKG) und die paulianische Anfechtungsklage (Art. 285 ff. SchKG). Diese Entscheide ergehen denn auch – ungleich der rein betreibungsrechtlichen Klagen – nicht im summarischen Verfahren. Die Berufung ist demnach zulässig, vorausgesetzt, dass die übrigen Voraussetzungen (insb. Streitwert) erfüllt sind (vgl. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 26 N 13).

Art. 310

Berufungsgründe	**Mit Berufung kann geltend gemacht werden:** **a. unrichtige Rechtsanwendung;** **b. unrichtige Feststellung des Sachverhaltes.**
Motifs	L'appel peut être formé pour: a. violation du droit; b. constatation inexacte des faits.
Motivi d'appello	Con l'appello possono essere censurati: a. l'errata applicazione del diritto; b. l'errato accertamento dei fatti.

I. Die Berufung als vollkommenes, ordentliches, devolutives, reformatorisches Rechtsmittel

Die Berufung dient dazu, den gesamten Prozessstoff zu überprüfen, sie ist 1
ein sog. **vollkommenes** Rechtsmittel. Die Kognition des oberen Gerichts ist umfassend; es hat bez. aller Rügen freie Kognition und kann somit die Rechtsanwendung und Feststellung des Sachverhaltes durch die Vorinstanz vollumfänglich überprüfen (Botschaft, 7372). Dies gilt insb. auch für Ermessensentscheide der unteren Instanz (vgl. dazu auch unten, N 16 f.).

Die Berufung ist ein **ordentliches** Rechtsmittel (Botschaft, 7369), da sie sich 2
gegen einen Entscheid richtet, der noch nicht in formelle Rechtskraft erwachsen ist. Ihr kommt denn in aller Regel auch aufschiebende Wirkung zu (vgl. Art. 315 ZPO).

Dabei ist zu beachten, dass sich die Berufung immer **gegen das Dispositiv** des 3
angefochtenen Entscheides richtet, nicht allein gegen die Motive, welche zum entsprechenden Dispositiv (und damit Entscheid) führten.

Die Berufung wird durch die zweite kant. Instanz beurteilt; sie ist somit ein **devo-** 4
lutives Rechtsmittel (VOGEL/SPÜHLER, Grundriss, 13 N 29).

Art. 318 Abs. 1 lit. b ZPO sieht vor, dass die Berufung grds. **reformatorischen** 5
Charakter hat, mithin die Rechtsmittelinstanz i.d.R. einen eigenen Entscheid in der Sache zu treffen hat, sofern sie den erstinstanzlichen Entscheid nicht bestätigt. Sie kann die Sache jedoch unter bestimmten Voraussetzungen auch an die erste Instanz zurückweisen (s. hierzu Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO).

II. Beschwerdegründe

1. Unrichtige Rechtsanwendung (lit. a)

6 Der Begriff der **unrichtigen Rechtsanwendung** ist umfassend zu verstehen (Botschaft, 7372). Es kann somit die falsche Anwendung von Bundesrecht, kant. Recht, Völkerrecht sowie ausländ. Recht gerügt werden. Dabei können sowohl verfahrens- wie auch materiell-rechtliche Fehler der ersten Instanz geltend gemacht werden (Botschaft, 7372).

7 Als **Recht des Bundes** gelten die BV, BG, VO der Bundesversammlung, des BR, der Departemente, Gruppen und Ämter sowie von selbständigen Anstalten, soweit diese befugt sind, Recht zu setzen (vgl. SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH, Bundesgerichtsgesetz, Art. 95, N 12). Auch Gewohnheitsrecht kann Gegenstand von Bundesrecht bilden. Selbstredend kann auch eine fehlerhafte Anwendung der ZPO gerügt werden. Somit kann nicht nur die falsche Anwendung des mat. Bundesprivatrechts (ZGB, OR, Immaterialgüterrecht, Wettbewerbsrecht, IPRG usw.; vgl. Botschaft, 7372) geltend gemacht werden, sondern insb. auch die unrichtige Anwendung des öff. Rechts.

8 Im Gegensatz zu Art. 95 BGG hat die Berufungsinstanz auch die mögliche Verletzung von **kant. Recht** zu überprüfen. Dies umfasst etwa die KV und das kant. Privatrecht. Auch die Einhaltung der kant. Ausführungsbestimmungen zur ZPO, insb. der entsprechenden GVG, kann von der Berufungsinstanz überprüft werden.

9 Im Bereich des **Völkerrechts** können das von der Schweiz ratifizierte Völkervertragsrecht und auch die von den Kt. eingegangenen völkerrechtlichen Verträge Grundlage für eine Rüge bilden.

10 Schliesslich kann auch die **unrichtige Anwendung von ausländ. Recht** bzw. dessen Nichtanwendung (auch in vermögensrechtlichen Fällen) gerügt werden. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass mit der bundesgerichtlichen Beschwerde in Zivilsachen nur bei Entscheiden, welche nicht vermögensrechtliche Angelegenheiten betreffen, gerügt werden kann, dass das nach dem schweiz. IPR massgebende ausländ. Recht nicht richtig angewendet worden sei (Art. 96 BGG; BGE 133 III 446; LEUENBERGER, Zivilprozessordnung, 334); somit ist die kant. Berufungsinstanz bei Rügen betr. die unrichtige Anwendung von ausländ. Recht im Rahmen vermögensrechtlicher Streitigkeiten die letzte Instanz mit freier Kognition (LEUENBERGER, Zivilprozessordnung, 334).

2. Unrichtige Feststellung des Sachverhaltes (lit. b)

11 Die Berufungsinstanz hat die **Sachverhaltsfeststellung** nicht (wie etwa das BGer gem. Art. 97 BGG) eingeschränkt, sondern **in freier Weise zu prüfen**.

Es schliesst dies die Beweiswürdigung ein. Vor der Berufungsinstanz kann somit insb. auch gerügt werden, dass andere oder zusätzliche Beweismittel hätten abgenommen werden müssen. Es kann zudem geltend gemacht werden, dass ein Beweis nicht abgenommen oder ein abgenommener Beweis unrichtig gewürdigt wurde. Im Bereich der Berufung ist angesichts der identischen Kognition bei falscher Rechtsanwendung und unrichtiger Sachverhaltsfeststellung die Unterscheidung zw. Rechts- und Sachfragen nicht relevant.

Inwiefern im Berufungsverfahren **neue Tatsachen und Beweismittel** geltend gemacht werden können, bestimmt sich nach dem Novenrecht gem. Art. 317 ZPO. 12

Die Rüge der unrichtigen Feststellung des Sachverhalts ist nur dann zu hören, wenn sie auch für den Ausgang des Verfahrens **entscheidend** ist (vgl. auch Art. 97 Abs. 1 BGG). 13

Zwar kann mit der Berufung geltend gemacht werden, der Sachverhalt sei unrichtig festgestellt worden; die Rechtsmittelinstanz kann aber die Sache an die erste Instanz **zurückweisen**, wenn das Verfahren in wesentlichen Teilen zu vervollständigen ist (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO). 14

3. Scheidung einer Ehe auf gemeinsames Begehren (Art. 289 ZPO)

Die Scheidung einer Ehe auf gemeinsames Begehren (Art. 285 ff. ZPO) kann **nur wegen Willensmängeln** mit Berufung angefochten werden (vgl. Art. 289 ZPO). 15

III. Kognition

Die Berufungsinstanz ist bei der Prüfung der Rügen frei; sie darf somit bspw. auch eine **Ermessensüberprüfung** vornehmen und ist nicht darauf beschränkt, nur gegen Rechtsfehler der Vorinstanz bei der Ermessensausübung, mithin Missbrauch, Über- und Unterschreitung des Ermessens, vorgehen zu können. Die Berufungsinstanz **kann und soll ihr eigenes Ermessen** i.S. einer Überprüfung der Angemessenheit oder Zweckmässigkeit an die Stelle desjenigen der Vorinstanz setzen. 16

Auf Grund des Charakters der Berufung wäre es falsch, wenn die Berufungsinstanzen die Praxis entwickeln würden, nur bei Ermessensmissbrauch bzw. Über- oder Unterschreitung des Ermessens in den Beurteilungsspielraum der Vorinstanz einzugreifen. 17

2. Abschnitt: *Berufung, Berufungsantwort und Anschlussberufung*

Art. 311

Einreichen der Berufung

[1] Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheides beziehungsweise seit der nachträglichen Zustellung der Entscheidbegründung (Art. 239) schriftlich und begründet einzureichen.

[2] Der angefochtene Entscheid ist beizulegen.

Introduction de l'appel

[1] L'appel, écrit et motivé, est introduit auprès de l'instance d'appel dans les 30 jours à compter de la notification de la décision motivée ou de la notification postérieure de la motivation (art. 239).

[2] La décision qui fait l'objet de l'appel est jointe au dossier.

Proposizione dell'appello

[1] L'appello, scritto e motivato, dev'essere proposto all'autorità giudiziaria superiore entro 30 giorni dalla notificazione della decisione impugnata motivata o dalla notificazione a posteriori della motivazione (art. 239).

[2] Dev'essergli allegata la decisione impugnata.

I. Regelungsgegenstand

1 In Art. 311 ZPO werden die **Frist** für die Einreichung der Berufung, der **Ort der Einreichung**, die **Form**- sowie die **Inhaltsanforderungen** festgelegt. Im Gegensatz zum Entwurf wird zeitlich nicht zw. der Berufungserklärung und der -begründung unterschieden; die Berufung muss innert 30 Tagen sowohl erklärt, als auch begründet werden. Immerhin ist es zulässig, zuerst (schriftlich) die Berufung zu erklären und die Berufung später (aber vor Ablauf der Frist von 30 Tagen) zu begründen. Die Begründung kann auch in mehreren Teilen erfolgen, jedoch müssen alle Teile innert Frist eingereicht werden (s. N 14 f.).

II. Berufungsfrist (Abs. 1)

2 Die Berufung ist **innert 30 Tagen** seit der Zustellung des begründeten Entscheides einzureichen (Art. 311 Abs. 1 i.V.m. 143 ZPO). Hinsichtlich des Beginns der Rechtsmittelfrist kommt es nicht auf die Art des Verfahrens an (anders noch Art. 287 VE-ZPO). Wird ein Entscheid erst nachträglich begründet

(vgl. Art. 239 ZPO), so beginnt die Frist mit der nachträglichen Zustellung der Entscheidbegründung.

3 Bei einer Berufung gegen einen im **summarischen Verfahren** ergangenen Entscheid beträgt die Frist bloss **zehn Tage** (vgl. Art. 314 Abs. 1 ZPO); obwohl Art. 314 Abs. 1 ZPO nicht festhält, wann die Frist beginnt, ist auch bei Berufungen gegen im summarischen Verfahren ergangene Entscheide für den Fristbeginn auf die Zustellung des begründeten Entscheides bzw. die nachträgliche Zustellung der Entscheidbegründung abzustellen.

4 Die Berufungsfrist ist eine gesetzliche Frist und kann demnach **nicht erstreckt** werden (Art. 144 Abs. 1 ZPO), auch nicht in komplexen oder umfangreichen Verfahren.

5 Der **Fristenstillstand** gem. Art. 145 ZPO gilt auch für das Berufungsverfahren. Wird ein Entscheid des ordentlichen oder vereinfachten Verfahrens mit Berufung angefochten, so gilt der Fristenstillstand für die Erhebung der Berufung und die Prozesshandlungen im Berufungsverfahren.

6 Wird demgegenüber ein **Entscheid des summarischen Verfahrens** angefochten, **gilt der Fristenstillstand nicht** (Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO; LEUENBERGER, Zivilprozessordnung, 333; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 26 N 15).

7 Wird die Berufung zu spät eingereicht, so erfolgt ein **Nichteintretensentscheid**. Unter den Voraussetzungen von Art. 148 ZPO ist bei Versäumung der Berufungsfrist die Wiedereinsetzung durch Gewährung einer Nachfrist grds. zuzulassen.

III. Empfänger der Berufung (Abs. 1)

8 Die Berufung muss **bei der Rechtsmittelinstanz** eingereicht werden (Art. 311 Abs. 1 ZPO).

IV. Form der Berufung (Abs. 1)

9 Die Berufung ist **schriftlich** einzureichen. Eine bloss mündlich erklärte oder begründete Berufung, etwa im Anschluss an das erstinstanzliche Urteil, ist nicht genügend.

10 In der ZPO findet sich keine spezifische Vorschrift, **in wie vielen Exemplaren** die Berufung eingereicht werden muss. Es ist hier auf Art. 131 f. ZPO abzustellen, welcher auch auf das Berufungsverfahren Anwendung findet. Entsprechend

kann das Gericht eine Nachfrist ansetzen oder die Kopierkosten auferlegen, falls der Berufungskläger nicht für das Gericht und für jede Gegenpartei je eine Eingabe (einschliesslich Beilagen) einreicht.

11 Ist die Berufung **nicht unterzeichnet** oder **fehlt die Vollmacht**, so muss die Berufungsinstanz eine angemessene Frist zur Behebung des Mangels ansetzen, mit der Androhung, dass die Berufung sonst unbeachtet bleibt (Art. 132 Abs. 1 ZPO; s.a. Art. 42 Abs. 5 BGG). Im Übrigen gilt Art. 130 ZPO.

V. Bezeichnung der Berufung

12 Die Berufung muss **nicht als solche bezeichnet werden**, es muss jedoch klar sein, dass die Partei den vorinstanzlichen Entscheid anfechten will (vgl. auch MERZ, BSK-BGG, Art. 42 N 9). Eine Falschbezeichnung der Berufung (etwa also «Beschwerde», «Appellation», «Einsprache», «Rekurs» etc.) schadet dann nicht, wenn die übrigen Anforderungen an die Berufung erfüllt sind (vgl. Art. 29 Abs. 2 BV).

VI. Begründung der Berufung (Abs. 1)

13 Aus der Begründung muss hervorgehen, inwiefern der Entscheid der Vorinstanz Recht verletzt oder inwiefern der Sachverhalt unrichtig festgestellt wurde. Die Berufung muss **Anträge** enthalten, aus denen hervorgeht, was verlangt wird. Die Anträge können dabei nicht über das hinausgehen, was bei der Vorinstanz beantragt wurde. Anträge von Laien sollen nach Treu und Glauben ausgelegt werden.

14 Wird die Berufung nicht oder nicht ausreichend begründet oder fehlt es an einem Antrag, so darf das Gericht nicht auf die Berufung eintreten. Die Ansetzung einer **Nachfrist** zur Verbesserung einer nicht genügend begründeten Berufung ist im Gesetz **nicht vorgesehen** (vgl. auch MERZ, BSK-BGG, Art. 42 N 39).

15 Demgegenüber scheint es zulässig, wenn sich eine Partei vorbehält, **innerhalb** der noch laufenden **Berufungsfrist** eine zusätzliche **Begründung nachzureichen**, sofern dies dem Gericht bei der ersten (Teil-)Begründung mitgeteilt wurde (vgl. MERZ, BSK-BGG, Art. 42 N 43).

16 Die Beanstandung des Entscheides der Vorinstanz muss **nicht detailliert** sein; es genügt, wenn in der Berufung der Entscheid der Vorinstanz als «gesetzesverletzend» oder der Sachverhalt als «falsch ermittelt» bezeichnet wird. Allerdings ist zu beachten, dass die Berufungsinstanz nicht zwingend einen zweiten Schriftenwechsel durchführen muss (vgl. Art. 316 Abs. 2 ZPO), so dass es taktisch zu

empfehlen ist, sämtliche Argumente klar und ausführlich bereits in der Berufungsbegründung vorzubringen.

Die **Begründungslast** ist nicht immer gl. stark: Bei Angelegenheiten, in denen 17
das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären hat (vgl. Art. 55 ZPO), ist sie gemildert. Es genügt aber nicht, wenn die Parteien hier nur Anträge stellen und nicht begründen; die Parteien haben auch in diesen Fällen eine prozessuale Mitwirkungspflicht (vgl. Begleitbericht, 139 f.).

Im Gegensatz zu Art. 43 BGG ist es selbst bei Prozessen mit aussergewöhnli- 18
chem Umfang oder besonderen Schwierigkeiten des Prozesses **nicht möglich**, eine Berufungsbegründung nach Ablauf der Berufungsfrist **zu ergänzen**.

In der Berufung darf auf vorinstanzliche Rechtsschriften Bezug genommen wer- 19
den. Ein eigentliches **Rügeprinzip besteht nicht**. Auch dürfen neue rechtliche Argumentationen vorgebracht werden.

Rechtsmittel sind **bedingungsfeindlich**; die bedingte Berufungserklärung ist 20
unzulässig. Auf eine bedingte Berufung darf die Rechtsmittelinstanz nicht eintreten.

VII. Beilage des angefochtenen Entscheides (Abs. 2)

Der Berufung muss der **angefochtene Entscheid** (im Original oder in ei- 21
ner Kopie) beigelegt werden. Wird er nicht innerhalb der Frist von 30 Tagen der Rechtsmittelinstanz eingereicht (wobei der angefochtene Entscheid auch getrennt von der Berufungserklärung und -begründung eingereicht werden kann, solange die Frist gewahrt ist), hat die Berufungsinstanz eine angemessene Frist zur Behebung des Mangels anzusetzen, mit der Androhung, dass die Berufung sonst unbeachtet bleibt; trotz fehlender gesetzlicher Regelung soll hier nichts anderes gelten als für die fehlende Vollmacht (vgl. Art. 132 Abs. 1 ZPO; Art. 42 Abs. 5 BGG; vgl. auch BGE 92 I 9, 12; 93 I 209, 213 E. 2.).

VIII. Beschwer und Legitimation

1. Beschwer

Auch im Rechtsmittelverfahren darf eine Partei die Rechtsmittelinstanz 22
nur dann in Anspruch nehmen, um Rechtsschutz zu erreichen, wenn sie daran ein berechtigtes Interesse hat. Ein solches **Rechtsschutzinteresse** ist Prozessvoraussetzung (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO) und liegt nur dann vor, wenn eine Partei durch den angefochtenen erstinstanzlichen Entscheid beschwert ist. Sie muss m.a.W.

ein schützenswertes Interesse an der Korrektur des vorinstanzlichen Entscheides besitzen (STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 10 N 51 a u. § 25 N 28).

23 Der Berufungskläger muss **formell beschwert** sein; ist er nicht formell beschwert, so wird auf die von ihm erklärte Berufung nicht eingetreten. Formell beschwert ist, wer einen Antrag stellt, das Dispositiv des erstinstanzlichen Entscheides zu seinen Gunsten zu ändern. Wurde das Rechtsbegehren des Klägers durch das erstinstanzliche Gericht gutgeheissen, so ist er nicht formell beschwert. Wenn der Beklagte die Abweisung der Klage verlangt hat und das erstinstanzliche Gericht auf die Klage nicht eingetreten ist, so ist der Beklagte formell beschwert, da er ein Interesse an einem Sachurteil mit mat. Rechtskraftwirkung hat, um sich nicht weiteren Verfahren des Klägers über den gl. Anspruch ausgesetzt zu sehen (STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 25 N 28).

24 Eine Partei ist bloss **mat. beschwert**, wenn zwar all ihren Anträgen entsprochen wurde, aber ihre Rechtsposition verschlechtert wird. Eine bloss mat. Beschwer ist nicht ausreichend, und auf die von einer bloss mat. beschwerten Partei eingelegte Berufung ist nicht einzutreten. Ausnahmen davon finden sich im Eherecht (s. BGE 84 II 232, 235 E. 3.) und im Vormundschaftsrecht (Berufung des Bevormundeten gegen ein erstinstanzliches Urteil, wenn sein Prozessbeistand die Gutheissung der Klage der Vormundschaftsbehörde beantragt hat; s. hierzu STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 25 N 29).

2. Legitimation

25 Neben dem Kläger oder dem Beklagten des erstinstanzlichen Verfahrens sind auch ihre **Rechtsnachfolger** zur Berufung legitimiert. Ausser den Hauptparteien sind zudem die einfachen Streitgenossen, Nebenintervenienten und die Streitberufenen legitimiert (vgl. Botschaft, 7282). Legt bei einer **notwendigen Streitgenossenschaft** (Art. 70 ZPO) bloss ein Streitgenosse ein Rechtsmittel ein, so wirkt die (rechtzeitige) Einreichung der Begründung nicht für die säumigen Streitgenossen (vgl. Art. 70 Abs. 2 ZPO). Somit ist gemeinsames Handeln bei der Einreichung der Berufung für die notwendigen Streitgenossen zwingend.

26 Art. 76 Abs. 1 ZPO behält das Recht des **Nebenintervenienten**, Rechtsmittel zu ergreifen, ausdrücklich vor. Gegen den Willen der Hauptpartei kann der Nebenintervenient aber kein Rechtsmittel einlegen (s. Art. 76 Abs. 2 ZPO).

27 Zur Berufung legitimiert ist auch diejenige Partei, die **im erstinstanzlichen Verfahren säumig** war (Art. 223, 234 ZPO); die Parömie «*contumax non appellat*» gilt nicht (vgl. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 26 N 16). Es ist allerdings Art. 317 lit. b ZPO zu beachten, wonach die säumige

Partei im Berufungsverfahren keine Tatsachen und Beweismittel anrufen kann, welche sie vor erster Instanz hätte vorbringen können.

IX. Verbot der *reformatio in peius*

28 Das Gericht darf einer Partei **nicht mehr und nichts anderes** zusprechen, als sie verlangt, und nicht weniger, als die Gegenpartei anerkannt hat (Art. 58 Abs. 1 ZPO; Dispositionsgrundsatz). Dieser Verfahrensgrundsatz gilt auch für das Rechtsmittelverfahren und hat zur Folge, dass sich die Situation des Klägers durch die Einreichung einer Berufung nicht verschlechtert. Die Rechtsmittelinstanz darf aber dann den erstinstanzlichen Entscheid auch zu Ungunsten einer Partei abändern, wenn nicht nur diese Partei, sondern auch die Gegenpartei selbständige Berufung oder Anschlussberufung erklärt hat. Ist das Gericht hingegen nicht an die Parteianträge gebunden (Art. 58 Abs. 2 ZPO; Offizialgrundsatz), so gilt auch das Verbot der *reformatio in peius* nicht (s.a. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 25 N 19).

X. Vernehmlassung der Vorinstanz

29 Es bleibt der Rechtsmittelinstanz überlassen, ob sie die **Vorinstanz zur Vernehmlassung auffordert** (a.A. aber HOFMANN/LÜSCHER, CPC, 196, welche von einem qualifizierten Schweigen ausgehen und auf die ausdrückliche Bestimmung in Art. 324 ZPO hinweisen). Eine ausdrückliche gesetzliche Verpflichtung hierzu besteht nicht; es sollte dem Ermessen der Rechtsmittelinstanz überlassen sein, ob sie eine Vernehmlassung einholt. Der VE enthielt demgegenüber in Art. 288 noch eine entsprechende anderslautende Bestimmung.

30 Wird eine Stellungnahme der Vorinstanz eingeholt, so muss jeder Verfahrensbeteiligte **Zugang zu dieser Vernehmlassung** haben, womit auch das Recht einhergeht, zur Vernehmlassung Stellung zu nehmen, unabhängig davon, ob die Vernehmlassung neue Gesichtspunkte enthält oder nicht (vgl. Begleitbericht, 136 f.).

Art. 312

Berufungsantwort

[1] Die Rechtsmittelinstanz stellt die Berufung der Gegenpartei zur schriftlichen Stellungnahme zu, es sei denn, die Berufung sei offensichtlich unzulässig oder offensichtlich unbegründet.

[2] Die Frist für die Berufungsantwort beträgt 30 Tage.

Réponse

[1] L'instance d'appel notifie l'appel à la partie adverse pour qu'elle se détermine par écrit, sauf si l'appel est manifestement irrecevable ou infondé.

[2] La réponse doit être déposée dans un délai de 30 jours.

Risposta all'appello

[1] L'autorità giudiziaria superiore notifica l'appello alla controparte invitandola a presentare per scritto le proprie osservazioni, eccetto che l'appello sia manifestamente improponibile o manifestamente infondato.

[2] Il termine di risposta è di 30 giorni.

I. Regelungsgegenstand

1 Wird eine Berufung eingereicht, so hat die Gegenpartei i.d.R. (aber nicht immer) die Möglichkeit, eine **schriftliche Stellungnahme**, die Berufungsantwort, einzureichen. Es besteht jedoch kein Recht des Berufungsbeklagten auf Einreichung einer Berufungsantwort. Kommt die Berufungsinstanz nämlich zur Auffassung, dass die Berufung offensichtlich unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist, so kann sie einen Entscheid treffen, ohne dem Berufungsbeklagten eine Frist zur schriftlichen Stellungnahme anzusetzen; damit entfällt auch die Möglichkeit für eine Anschlussberufung (Art. 313 Abs. 2 lit. a u. b ZPO). Der Berufungsbeklagte hat somit in diesem Fall nicht nur keinen Anspruch auf eine Berufungsantwort, sondern auch kein Recht auf eine Anschlussberufung.

2 Will eine Partei sicherstellen, dass im Rechtsmittelverfahren über ihren eigenen Antrag zur Abänderung des erstinstanzlichen Entscheides entschieden wird, so muss sie eine **eigene Berufung** i.S.v. Art. 311 ZPO innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheides einreichen.

II. Anforderungen an die Berufungsantwort

3 Das Gesetz regelt in Art. 312 ZPO nicht näher, welchen Anforderungen die Berufungsantwort genügen muss. Es liegt jedoch nahe, an die Berufungsantwort sinngem. die **gl. Anforderungen** zu stellen **wie an die Klageantwort** (vgl. Art. 222 i.V.m. 221 ZPO). Die Berufungsantwort sollte den formellen und inhaltlichen Anforderungen von Art. 221 ZPO entsprechen; die Rechtsmittelinstanz muss aus der Berufungsantwort erkennen können, wie sich der Berufungsbeklagte zu den Anträgen des Berufungsklägers stellt.

Da sich der Berufungsbeklagte nicht auf die Durchführung einer Verhandlung oder eines zweiten Schriftenwechsels verlassen kann, sollte er sämtliche Argumente schon in der **ersten Stellungnahme** vorbringen. Im Weiteren gelten auch die allg. Vorschriften von Art. 130–132 ZPO. 4

III. Offensichtlich unzulässige Berufung

Art. 312 Abs. 1 ZPO sieht vor, dass eine Frist zur Einreichung einer schriftlichen Stellungnahme des Berufungsbeklagten nicht angesetzt werden muss, wenn die Berufung **offensichtlich unzulässig** ist. Dies trifft dann zu, wenn eine der Prozessvoraussetzungen für ein Berufungsverfahren fehlt. Eine offensichtliche Unzulässigkeit liegt etwa vor, wenn die Frist für die Einreichung der Berufung nicht eingehalten wurde oder ein von der Rechtsmittelinstanz geforderter Vorschuss für die mutmasslichen Gerichtskosten nicht bezahlt wird (vgl. Art. 96, 98 u. 101 Abs. 3 ZPO). Die Berufung ist sodann offensichtlich unzulässig, wenn sie sich nicht gegen eines der in Art. 308 ZPO genannten Anfechtungsobjekte richtet oder wenn es an der nötigen Legitimation fehlt. 5

Entspricht die Berufung demgegenüber nicht den Vorschriften von Art. 130–132 ZPO (fehlende Unterschrift oder Vollmacht), so ist dem Berufungskläger eine kurze **Nachfrist** anzusetzen (s. Art. 132 Abs. 1 ZPO). Im Weiteren gilt Art. 132 Abs. 2 ZPO; so sind insb. weitschweifige Berufungsschriften innert Frist zu verbessern. Wird die mangelhafte Berufung nicht verbessert, so gilt die Berufung als nicht erfolgt (s. Art. 132 Abs. 1 Satz 2 ZPO). 6

IV. Offensichtlich unbegründete Berufung

Die Rechtsmittelinstanz kann darauf verzichten, der berufungsbeklagten Partei eine Frist zur Einreichung zur schriftlichen Stellungnahme anzusetzen, wenn sie der Auffassung ist, dass die Berufung **offensichtlich unbegründet** ist. In diesem Fall wird weder eine Verhandlung noch ein Schriftenwechsel durchgeführt. Auch werden keine Beweise abgenommen. Die Rechtsmittelinstanz hat somit eine Vorprüfung vorzunehmen und die in der Berufung gestellten Anträge und deren Begründung zu würdigen. Diese Vorprüfung erfolgt hauptsächlich zum Vorteil des Berufungsbeklagten; ist nämlich die Berufung offensichtlich unbe- 7

gründet, so erspart er sich die Ausarbeitung einer Berufungsantwort. Im Ergebnis entspricht Art. 312 Abs. 1 ZPO der Bestimmung von Art. 102 Abs. 1 BGG: Auch wenn Art. 102 BGG dies nicht ganz klar zum Ausdruck bringt, kann auch im Beschwerdeverfahren vor BGer in Fällen offensichtlich unzulässiger oder unbegründeter Beschwerden auf die Durchführung eines Schriftenwechsels verzichtet werden (vgl. SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH, Bundesgerichtsgesetz, Art. 102 N 8).

8 Inhaltlich muss der Entscheid der Rechtsmittelinstanz in jedem Fall, d.h. auch bei offensichtlicher Unzulässigkeit oder Unbegründetheit der Berufung **den Anforderungen von Art. 318 ZPO entsprechen**. Aus Sicht des Berufungsbeklagten ergibt sich als besondere Rechtsfolge der offensichtlich unzulässigen oder unbegründeten Berufung, dass die berufungsbeklagte Partei keine Stellungnahme einreichen muss und keine Anschlussberufung erheben darf.

V. Fristen

9 Die Frist zur Einreichung der Berufungsantwort beträgt 30 Tage (Art. 312 Abs. 2 ZPO) bzw. im summarischen Verfahren nur zehn Tage (Art. 314 Abs. 1 ZPO). Es handelt sich hierbei um **gesetzliche Fristen**, eine Erstreckung ist dementsprechend nicht möglich (Art. 144 Abs. 1 ZPO). Die Fristen beginnen am Tage nach der Zustellung der Berufung an den Berufungsbeklagten durch die Rechtsmittelinstanz (vgl. Art. 142 Abs. 1 ZPO).

10 Da sich die Frist zur Einreichung der Berufungsantwort nicht erstrecken lässt, scheint es angezeigt, dass die Rechtsmittelinstanz dem Berufungsbeklagten nicht nur eine **Kopie der Berufung** zustellt, sondern auch die **Beilagen** zur Berufung (falls solche existieren) in Kopie übermittelt. Diese Vorgehensweise ergibt sich schon aus der *ratio legis* von Art. 131 ZPO, wonach Eingaben und Beilagen auch für jede Gegenpartei einzureichen sind.

11 Die Frist für die Einreichung der Berufungsantwort kann **wiederhergestellt** werden, sofern die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind (s. Art. 148 ZPO).

12 Für die Frist zur Einreichung der Berufungsantwort gelten die **Gerichtsferien** gem. Art. 145 Abs. 1 ZPO; einzig für das summarische Verfahren gilt der Fristenstillstand nicht (Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO).

13 Wird dem Berufungsbeklagten Frist angesetzt, aber trotzdem keine Berufungsantwort eingereicht, so wird das Rechtsmittelverfahren **ohne Berufungsantwort weitergeführt**. Dies ergibt sich aus Art. 147 Abs. 2 ZPO. Die ZPO bestimmt nämlich nicht, dass Anträge des Berufungsklägers bei Säumnis des Berufungsbeklagten als anerkannt gelten (vgl. Art. 147 ZPO).

Art. 313

Anschlussberufung

[1] Die Gegenpartei kann in der Berufungsantwort Anschlussberufung erheben.

[2] Die Anschlussberufung fällt dahin, wenn:
a. die Rechtsmittelinstanz nicht auf die Berufung eintritt;
b. die Berufung als offensichtlich unbegründet abgewiesen wird;
c. die Berufung vor Beginn der Urteilsberatung zurückgezogen wird.

Appel joint

[1] La partie adverse peut former un appel joint dans la réponse.

[2] L'appel joint devient caduc dans les cas suivants:
a. l'instance de recours déclare l'appel principal irrecevable;
b. l'appel principal est rejeté parce que manifestement infondé;
c. l'appel principal est retiré avant le début des délibérations.

Appello incidentale

[1] Nella risposta all'appello la controparte può appellare in via incidentale.

[2] L'appello incidentale decade se:
a. l'autorità giudiziaria superiore non entra nel merito dell'appello principale;
b. l'appello principale è respinto in quanto manifestamente infondato;
c. l'appello principale è ritirato prima che il giudice inizi a deliberare.

I. Regelungsgegenstand

Gegen einen Entscheid können beide Parteien, sofern sie beschwert sind, **selbständig Berufung erklären** (zur Beschwer, vgl. Art. 311 ZPO). Wenn sich eine Partei dazu entschliesst, nur dann Berufung zu erklären, wenn die Gegenpartei ihrerseits den Entscheid anficht, so ist ihr dies verwehrt: Eine ev., bedingte Berufung ist unzulässig (BGer 4A_153/2008 vom 14. Oktober 2008, E. 4.4; BGE 101 Ib 216 E. 2; vgl. Art. 311 ZPO). 1

Will eine Partei keine (selbständige) Berufung einreichen, weil sie das erstinstanzliche Urteil akzeptiert, so kann sie abwarten, ob die Gegenpartei Berufung erklärt und in diesem Fall **Anschlussberufung** erheben. 2

Die Anschlussberufung ist das Rechtsmittel, mit dem der Berufungsbeklagte in einem **bereits eingeleiteten Berufungsverfahren** beantragt, das vom Berufungskläger angefochtene Urteil zu Ungunsten des Berufungsklägers abzuändern (*reformatio in peius*; vgl. FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar ZPO-ZH, § 266 N 1). Wenn der Berufungsbeklagte indessen bloss erreichen möchte, dass das vorinstanzliche Urteil nicht abgeändert wird, so muss er keine Anschlussberufung 3

erheben, sondern kann seine entsprechenden Anträge in der Berufungsantwort stellen (vgl. auch ZR 60, 1961, Nr. 130).

4 Die Anschlussberufung ist ein **taktisches Verfahrensinstrument**. Sie eröffnet der berufungsbeklagten Partei eine Option zum Gegenangriff, indem sie erreichen kann, dass der angefochtene Entscheid zu Ungunsten des Berufungsklägers abgeändert wird. Dieses Risiko kann den Berufungskläger dazu bewegen, seine eigene Berufung zurückzuziehen, da dann auch die Anschlussberufung dahinfällt; es bleibt dann beim erstinstanzlichen Entscheid. Immerhin wird die Rechtsmittelinstanz dem Berufungskläger Kosten auferlegen und ihn zu einer Entschädigung an den Berufungsbeklagten verpflichten. Die Anschlussberufung dient so der Prozessökonomie.

II. Die Anschlussberufung im Allgemeinen (Abs. 1)

5 Zur Erhebung der Anschlussberufung ist der **Berufungsbeklagte aktiv-** und der **Berufungskläger passivlegitimiert** (BGE 39 II 284, 287 E. 1).

6 Der Berufungskläger kann gegen eine Anschlussberufung der Gegenpartei **nicht auch noch Anschlussberufung erheben**. Steht der Berufungskläger aber einer (selbständigen) Berufung der Gegenpartei gegenüber, so ist er nicht nur Berufungskläger, sondern gleichzeitig Berufungsbeklagter und kann deshalb gegen die Berufung der Gegenpartei Anschlussberufung erklären (vgl. FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar ZPO-ZH, § 266 N 3; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Kommentar ZPO-SG, Art. 232 N 1.c).

7 Das Recht zur Anschlussberufung bei **subjektiver Klagenhäufung** steht nur demjenigen von mehreren Streitgenossen zu, gegenüber welchen Berufungsanträge vorliegen (BGE 39 II 800, 806 E. 2). Erklärt einer von mehreren Streitgenossen nicht Berufung, so kann gegen ihn nicht Anschlussberufung erhoben werden (zum Ganzen FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar ZPO-ZH, § 266 N 4).

8 Inhaltlich ist die Anschlussberufung **nicht auf den Gegenstand der Berufung beschränkt**. Insb. kann sie auch lediglich bez. des Kostenpunkts erhoben werden (Botschaft, 7374).

III. Dahinfallen der Anschlussberufung (Abs. 2)

9 Die Anschlussberufung **fällt in drei Fällen dahin**: Wenn die Rechtsmittelinstanz nicht auf die Berufung eintritt (Art. 313 Abs. 2 lit. a ZPO), die Berufung als offensichtlich unbegründet abgewiesen wird (Art. 313 Abs. 2 lit. b ZPO)

oder der Berufungskläger die Berufung vor Beginn der Urteilsberatung zurückzieht (Art. 313 Abs. 2 lit. c ZPO).

Der Berufungsbeklagte hat somit zu berücksichtigen, dass die von ihm erhobene 10
Anschlussberufung **bis zum Beginn der Urteilsberatung dahinfallen** kann, wenn der Berufungskläger die Berufung zurückzieht (vgl. hierzu die Ausführungen in N 4).

Es wird wohl ein Ausnahmefall bleiben, dass die Rechtsmittelinstanz dem Beru- 11
fungsbeklagten Frist zur schriftlichen Stellungnahme (für die Berufungsantwort) ansetzt und später die Berufung als offensichtlich unbegründet abweist (dieser Verfahrensgang liegt Art. 313 Abs. 2 lit. b ZPO zu Grunde). Eine **Fristansetzung** für die Einreichung der **Berufungsantwort** sollte **nicht erfolgen**, wenn die **Berufung** offensichtlich unbegründet ist (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

Ist eine Berufung offensichtlich unbegründet, so profitiert **der nachlässige Beru-** 12
fungskläger, was das Schicksal der Anschlussberufung betrifft. Bei offensichtlicher Unbegründetheit der Berufung fällt die Anschlussberufung dahin (Art. 313 Abs. 2 lit. b ZPO); wird die Berufung demgegenüber nach vollständiger Durchführung des Berufungsverfahrens abgewiesen, wird über die Anschlussberufung entschieden und der Berufungskläger läuft Gefahr, dass das erstinstanzliche Urteil zu seinem Nachteil abgeändert wird (vgl. hierzu JEANDIN, voies, 345 f.).

Art. 314

Summarisches Verfahren	[1] **Gegen einen im summarischen Verfahren ergangenen Entscheid beträgt die Frist zur Einreichung der Berufung und zur Berufungsantwort je zehn Tage.**
	[2] **Die Anschlussberufung ist unzulässig.**
Procédure sommaire	[1] Si la décision a été rendue en procédure sommaire, le délai pour l'introduction de l'appel et le dépôt de la réponse est de dix jours.
	[2] L'appel joint est irrecevable.
Procedura sommaria	[1] Se è appellata una decisione pronunciata in procedura sommaria, il termine di appello e il termine di risposta sono entrambi di dieci giorni.
	[2] L'appello incidentale è improponibile.

I. Regelungsgegenstand

1 Grds. kann die Berufung auch gegen Entscheide in summarischen Angelegenheiten erklärt werden; immerhin ist zu erwähnen, dass gegen gewisse Entscheide des **SchKG keine Berufung** möglich ist (Art. 309 lit. b ZPO). Das summarische Verfahren ist im Vergleich zum ordentlichen Verfahren flexibler ausgestaltet, und es wird u.a. angestrebt, dass es rascher zu Entscheiden führt. Dies wird etwa durch die Beweismittelbeschränkung (Art. 254 ZPO) und die Beschränkung der rechtlichen Kognition auf Evidenz (Art. 257 ZPO) oder blosse Glaubhaftigkeit (Art. 261 ff. ZPO) bewirkt (vgl. Botschaft, 7349).

2 Entsprechend soll auch das Berufungsverfahren **beförderlich erledigt** werden. Immerhin gibt es Summarverfahren, bei welchen die Schnelligkeit des Verfahrens nicht im Vordergrund steht, so etwa bei Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (z.B. Kraftloserklärung eines Wertpapiers, Art. 250 lit. d Ziff. 1 ZPO). Nach dem Gesetzeswortlaut, der Botschaft und den Beratungen im Parlament besteht jedoch kein Hinweis darauf, dass der Verweis in Art. 314 ZPO auf das summarische Verfahren nicht umfassend zu verstehen sei. Auch die Entscheide, welche die freiwillige Gerichtsbarkeit betreffen, unterliegen deshalb den Einschränkungen von Art. 314 ZPO.

3 Die Bestimmung von Art. 314 ZPO ist ***lex specialis*** zu Art. 311–313 ZPO. Art. 314 ZPO verdrängt jedoch nicht Art. 308–310 ZPO, in welchen die anfechtbaren Entscheide und die Berufungsgründe näher umschrieben werden. Es gelten, mit Ausnahme der Dauer der Berufungsfrist, die übrigen Anforderungen an die Berufung bzw. die Berufungsantwort sowie die entsprechenden Verfahrensvorschriften. Dies bedeutet, dass bez. Einlegung der Berufung, Fristbeginn, Form, Begründung sowie Möglichkeit zur Berufungsantwort (s. Art. 311 u. 312 ZPO) die üblichen Regeln für das Berufungsverfahren gegen einen im summarischen Verfahren ergangenen Entscheid zur Anwendung gelangen.

II. Fristen (Abs. 1)

4 Die Frist zur Einreichung der Berufung gegen im summarischen Verfahren ergangene Entscheide beträgt **zehn Tage** seit Zustellung des begründeten Entscheides bzw. seit der nachträglichen Zustellung der Entscheidbegründung. Im Übrigen gelten die Vorschriften von Art. 311 Abs. 1 und 2 ZPO; auch bei einer Berufung gegen einen im summarischen Verfahren ergangenen Entscheid muss die Berufung innert Frist schriftlich und begründet eingereicht werden, und es ist der angefochtene Entscheid beizulegen.

5 Auch für die Einreichung der Berufungsantwort beträgt die Frist nur zehn Tage. Frist zur Erstattung der **Berufungsantwort** wird das Gericht auch bei im summarischen Verfahren ergangenen Entscheiden nur dann ansetzen, wenn die Berufung nicht offensichtlich unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist (vgl. dazu Art. 312 ZPO).

6 Für die **Fristberechnung** gelten die Bestimmungen von Art. 142 ff. ZPO; dabei ist insb. zu beachten, dass es sich bei den in Art. 314 ZPO genannten Fristen um gesetzliche Fristen handelt, welche nicht erstreckt werden können (Art. 144 Abs. 1 ZPO). Immerhin ist eine Wiederherstellung gem. Art. 148 ZPO möglich. Während der Gerichtsferien stehen die entsprechenden Fristen nicht still (vgl. Art. 145 Abs. 2 lit. d. ZPO).

7 Die **Frist** zur Einreichung der Berufung gegen im summarischen Verfahren getroffene Entscheide kann mangels gesetzlicher Vorschrift **nicht abgekürzt** werden. Demgegenüber war in versch. kant. Prozessordnungen die Möglichkeit einer Abk. in Fällen zeitlicher Dringlichkeit vorgesehen. So konnte etwa in ZH die erste Instanz die Rekursfrist bis auf einen Tag abkürzen (§ 276 Abs. 1 Satz 2 ZPO-ZH).

III. Ausschluss der Anschlussberufung (Abs. 2)

8 Wird eine Berufung gegen einen im summarischen Verfahren ergangenen Entscheid erhoben, so kann mit der Berufungsantwort nicht (im Gegensatz zu Art. 313 ZPO) Anschlussberufung erhoben werden: Die Anschlussberufung ist somit im summarischen Verfahren **ausgeschlossen**. Der BR sah in Art. 311 E-ZPO noch eine Anschlussberufung auch für das summarische Verfahren vor; in der ständerätlichen Beratung wurde aber die Möglichkeit der Anschlussberufung, um der Schnelligkeit des Verfahrens willen, abgelehnt (Bulletin SR II, 638).

3. Abschnitt: Wirkungen und Verfahren der Berufung

Art. 315

Aufschiebende Wirkung

[1] Die Berufung hemmt die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheids im Umfang der Anträge.

[2] Die Rechtsmittelinstanz kann die vorzeitige Vollstreckung bewilligen. Nötigenfalls ordnet sie sichernde Massnahmen oder die Leistung einer Sicherheit an.

[3] Richtet sich die Berufung gegen einen Gestaltungsentscheid, so kann die aufschiebende Wirkung nicht entzogen werden.

[4] Keine aufschiebende Wirkung hat die Berufung gegen Entscheide über:
a. das Gegendarstellungsrecht;
b. vorsorgliche Massnahmen.

[5] Die Vollstreckung vorsorglicher Massnahmen kann ausnahmsweise aufgeschoben werden, wenn der betroffenen Partei ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht.

Effet suspensif

[1] L'appel suspend la force de chose jugée et le caractère exécutoire de la decision dans la mesure des conclusions prises en appel.

[2] L'instance d'appel peut autoriser l'exécution anticipée. Elle ordonne au besoin des mesures conservatoires ou la fourniture de sûretés.

[3] L'effet suspensif ne peut pas être retiré dans les cas où l'appel porte sur une décision formatrice.

[4] L'appel n'a pas d'effet suspensif lorsqu'il a pour objet des décisions portant sur:
a. le droit de réponse;
b. des mesures provisionnelles.

[5] L'exécution des mesures provisionnelles peut exceptionnellement être suspendue si la partie concernée risque de subir un préjudice difficilement réparable.

Effetto sospensivo

[1] L'appello preclude, limitatamente alle conclusioni, l'efficacia e l'esecutività della decisione impugnata.

[2] L'autorità giudiziaria superiore può autorizzare l'esecuzione anticipata della decisione impugnata. Se del caso, ordina provvedimenti conservativi o la prestazione di garanzie.

[3] L'effetto sospensivo non può essere tolto se è appellata una decisione costitutiva.

[4] L'appello non ha effetto sospensivo se è appellata una decisione in materia di:
a. diritto di risposta;
b. provvedimenti cautelari.

[5] L'esecuzione di provvedimenti cautelari può essere eccezionalmente sospesa se la parte interessata rischia di subire un pregiudizio difficilmente riparabile.

I. Grundsatz: Suspensiveffekt (Abs. 1)

Wird eine Berufung eingereicht, so ist nicht mehr die Vorinstanz für das Verfahren zuständig, sondern die Rechtsmittelinstanz (sog. Devolutiveffekt; vgl. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 26 N 17). Durch die Einreichung der Berufung wird der **Eintritt der formellen Rechtskraft vorläufig verhindert** (Suspensiveffekt) und der Entscheid der Vorinstanz kann nicht vollstreckt werden (s.a. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 26 N 17). 1

Abs. 1 von Art. 315 ZPO schränkt diese Wirkungen jedoch dahingehend ein, dass das Verfahren der Vorinstanz nur soweit vor der Rechtsmittelinstanz fortgeführt wird, als dies die Parteien in ihren Anträgen verlangen. Die Rechtsmittelinstanz muss somit die Anträge des Berufungsklägers und des die Anschlussberufung erklärenden Berufungsbeklagten prüfen, um feststellen zu können, ob und in welchem Umfang eine **Teilrechtskraft** des angefochtenen Entscheides eingetreten ist. Da die Anschlussberufung in der Berufungsantwort erhoben werden kann, steht erst mit Ablauf der entsprechenden Frist fest, ob das erstinstanzliche Gericht eine Bescheinigung hinsichtlich einer etwaigen Teilrechtskraft ausstellen kann. 2

Die **Vollstreckbarkeit** eines angefochtenen Entscheides ist zu unterscheiden von der formellen und mat. Rechtskraft; wird die aufschiebende Wirkung nicht entzogen, so kann ein Entscheid nicht vollstreckt werden, solange das Verfahren vor der Rechtsmittelinstanz hängig ist, sofern nicht eine abw. vorsorgl. Massnahme angeordnet wurde (vgl. auch MEYER, BSK BGG, Art. 103 N 5). 3

Der Entzug der aufschiebenden Wirkung durch die Rechtsmittelinstanz führt demgegenüber zur **vorzeitigen Vollstreckbarkeit** des erstinstanzlichen Entscheides. 4

II. Vorzeitige Vollstreckung (Abs. 2)

5 Ein Entscheid der Vorinstanz, gegen den die Berufung erklärt wurde, kann (im Umfang der Berufungsanträge) grds. nicht vollstreckt werden. Ausnahmsweise jedoch kann die Rechtsmittelinstanz die vorzeitige Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheides bewilligen. Dies bedeutet, dass ein Entscheid **trotz fehlender formeller Rechtskraft vollstreckt** werden darf (Botschaft, 7374). Die Anordnung der vorzeitigen Vollstreckbarkeit wird nicht die Regel sein, da Art. 315 Abs. 1 ZPO als Grundsatz zu verstehen ist und damit die Hemmung der Rechtskraft und der Vollstreckbarkeit den Normalfall darstellt.

6 I.S. einer Ausnahme sieht Abs. 2 von Art. 315 ZPO vor, dass die Rechtsmittelinstanz (nicht die Vorinstanz) die vorzeitige Vollstreckung bewilligen kann. Da diese Bestimmung als Ausnahme vom in Abs. 1 statuierten Grundsatz zu verstehen ist, hat u.E. die Rechtsmittelinstanz **nur auf Antrag einer Partei** die aufschiebende Wirkung zu entziehen (gl.A. HOFMANN/LÜSCHER, CPC, 195).

7 Im Gesetz ist nicht aufgeführt, welche Kriterien der Richter zu berücksichtigen hat, wenn er über eine vorzeitige Vollstreckung entscheidet. Ob die aufschiebende Wirkung zu entziehen ist, sollte stets von den **Umständen des Einzelfalls** abhängen. Diese können sowohl materiell- als auch verfahrensrechtlicher Natur sein. Massgebliche Gesichtspunkte können eine sofortige Beurteilbarkeit, die voraussichtliche Verfahrensdauer und auch eindeutige Prozessaussichten sein. Dabei muss stets eine Abwägung aller ersichtlichen auf dem Spiel stehenden berechtigten Interessen vorgenommen werden. Vgl. hierzu die Praxis zur früheren bundesrechtlichen Berufung und die Darstellung bei MEYER, BSK BGG, Art. 103 N 33 ff., wobei bei Art. 103 BGG, anders als bei Art. 315 ZPO, die Regel gilt, dass die Beschwerde keine aufschiebende Wirkung hat.

8 Eine sofortige Vollstreckung kann etwa beim **Rechtsschutz in klaren Fällen** (Art. 257 ZPO) angebracht sein. Im Grundsatz ist sie auch für ein **Geldurteil** zulässig, was zur Folge hat, dass der erstinstanzliche Entscheid trotz fehlender Rechtskraft zur definitiven Rechtsöffnung gem. Art. 79 revSchKG führt (vgl. Botschaft, 7374).

9 Bei einer **trölerischen Berufung** kann die Rechtsmittelinstanz die aufschiebende Wirkung ebenfalls entziehen (vgl. Begleitbericht, 139). Ist die Berufung offensichtlich unzulässig oder unbegründet, so drängt sich als Alternative ein sofortiger Entscheid, ohne Einholung einer Berufungsantwort, auf.

10 Falls die Rechtsmittelinstanz die vorzeitige Vollstreckung bewilligt, so kann sie **sichernde Massnahmen** oder die **Leistung einer Sicherheit** anordnen (Art. 315 Abs. 2 Satz 2 ZPO; s.a. Art. 100 ZPO). Es ist auch denkbar, dass die Rechtsmittelinstanz bei einem Geldurteil nur einen Teilbetrag als vollstreckbar erklärt (LEUENBERGER, Zivilprozessordnung, 334).

III. Ausschluss der aufschiebenden Wirkung bei Gestaltungsurteilen (Abs. 3)

11 Gestaltungsurteile entfalten Wirkung gegenüber jedermann, soweit sich nicht Ausnahmen aus dem mat. Recht ergeben. Das Gesetz sieht deshalb vor, dass einer Berufung gegen ein Gestaltungsurteil die aufschiebende Wirkung **nicht entzogen werden** kann (Art. 315 Abs. 3 ZPO).

12 Als Bsp. eines Gestaltungsentscheides sind etwa Ehescheidungen, Vaterschaftsurteile oder Auflösungen einer juristischen Person zu betrachten. In diesen Fällen überwiegt das **Interesse der Rechtssicherheit** gegenüber demjenigen an möglichst rascher Vollstreckbarkeit des Urteils, weshalb solche Entscheidungen nicht vorzeitig vollstreckbar sind.

13 Gestaltungsurteile, die nur ***inter partes*** wirken, sind etwa die erbrechtlichen Ungültigkeits- und Herabsetzungsurteile (WALDER/GROB, Zivilprozessrecht, § 26 N 110). Bei solchen Gestaltungsurteilen **entfällt u.E. das überwiegende Interesse an der Rechtssicherheit**. In solchen Fällen sollte es dem Richter daher erlaubt sein, die aufschiebende Wirkung zu entziehen.

IV. Ausschluss der aufschiebenden Wirkung im Gegendarstellungsrecht und bei vorsorgl. Massnahmen (Abs. 4 u. 5)

14 In Abs. 4 von Art. 315 ZPO wird die **aufschiebende Wirkung ausgeschlossen** bei der Berufung gegen Entscheide über das Gegendarstellungsrecht (lit. a) und über vorsorgl. Massnahmen (lit. b).

15 Auch ohne Anordnung der Rechtsmittelinstanz sind somit Entscheide über das **Gegendarstellungsrecht** (lit. a) mit dem Entscheid der ersten Instanz vollstreckbar. Dies entspricht Art. 28l Abs. 4 aZGB, der mit dem Inkrafttreten der ZPO aufgehoben wird; vom BGer wurde Art. 28l Abs. 4 aZGB zwar als systemwidrig, aber nötig bezeichnet (BGE 114 II 385, 386 E. 3). Ein erstinstanzlicher Entscheid über die Gegendarstellung muss demnach veröffentlicht werden. Das Medienunternehmen, welches in erster Instanz den Prozess verloren hat, kann aber trotz einer Veröffentlichung das Berufungsverfahren weiterführen (s. für die ähnliche Situation des Weiterzugs ans BGer etwa: SCHWAIBOLD, BSK ZGB I, Art. 281 N 16). Die Vollstreckung eines Entscheides über das Gegendarstellungsrecht darf selbst dann nicht aufgeschoben werden, wenn dem Medienunternehmen ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. Der Wortlaut von Abs. 5 von Art. 315 ZPO zeigt klar, dass der Gesetzgeber nur die Vollstreckung von vorsorgl. Massnahmen als mögliche Ausnahmen der sofortigen Vollstreckbarkeit gem. Art. 315 Abs. 4 ZPO statuieren wollte (vgl. hierzu auch Botschaft, 7374).

16 Wird eine Berufung gegen einen Entscheid über **vorsorgl. Massnahmen** eingereicht, so ändert dies nichts an der Vollstreckbarkeit der vorsorgl. Massnahmen (Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO). Nur in Ausnahmefällen kann die Vollstreckung vorsorgl. Massnahmen aufgeschoben werden, nämlich dann, wenn der betroffenen Partei durch die Vollstreckbarkeit ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Abs. 5).

17 In der Kommission des StR wurde diskutiert, **ob Abs. 5** von Art. 315 ZPO, welcher eine Ausnahme von Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO enthält, **gestrichen werden muss**. Für eine Streichung hätte gesprochen, dass die betr. vorsorgl. Massnahme grds. in Frage gestellt wird, wenn die Rechtsmittelinstanz aufschiebende Wirkung erteilen kann, bevor sie sich mit dem Entscheid auseinandergesetzt hat. Gegen eine Streichung sprach, dass es Sache des zuständigen Richters ist, zu entscheiden, ob ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. Der Rechtsmittelinstanz sollte somit die Möglichkeit eingeräumt werden, ausnahmsweise keine Vollstreckung zuzulassen (vgl. Bulletin SR II, 638).

Art. 316

Verfahren vor der Rechtsmittelinstanz	[1] **Die Rechtsmittelinstanz kann eine Verhandlung durchführen oder aufgrund der Akten entscheiden.**
	[2] **Sie kann einen zweiten Schriftenwechsel anordnen.**
	[3] **Sie kann Beweise abnehmen.**
Procédure devant l'instance d'appel	[1] L'instance d'appel peut ordonner des débats ou statuer sur pièces.
	[2] Elle peut ordonner un deuxième échange d'écritures.
	[3] Elle peut administrer les preuves.
Procedura davanti all'autorità giudiziaria superiore	[1] L'autorità giudiziaria superiore può tenere udienza o decidere in base agli atti.
	[2] Essa può ordinare un secondo scambio di scritti.
	[3] Può procedere all'assunzione di prove.

I. Regelungsgegenstand

Art. 316 ZPO regelt das Verfahren vor der Rechtsmittelinstanz und räumt ihr einen **grossen Gestaltungsspielraum** ein. Dies ist zu begrüssen und es ist zu hoffen, dass die Rechtsmittelinstanzen diesen Gestaltungsspielraum nützen. 1

Für die Anordnung von **vorsorgl. Massnahmen** im Berufungsverfahren ist, da spezifische Normen fehlen, davon auszugehen, dass die Bestimmungen des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 261–269 ZPO) auch für das Berufungsverfahren Anwendung finden. 2

II. Verhandlung (Abs. 1)

Es ist dem Ermessen der Rechtsmittelinstanz überlassen, ob sie eine **Verhandlung durchführt**; sie ist berechtigt, aber nicht verpflichtet zu einer Instruktionsverhandlung (vgl. Art. 226 ZPO) vorzuladen. Die Rechtsmittelinstanz kann auch eine Hauptverhandlung (Art. 228 ff. ZPO) durchführen. Eine mündliche Verhandlung vor der Berufungsinstanz wird insb. dann notwendig sein, wenn Zeugen zu befragen sind oder wenn (etwa bei der Anfechtung eines Entscheides des vereinfachten Verfahrens) die schriftlichen Eingaben der Parteien bei der Vorinstanz, das Protokoll und die Berufungsbegründung und -antwort zu wenig 3

Aufschluss geben (vgl. Botschaft, 7375). Entscheidet sich die Rechtsmittelinstanz gegen die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, so erfolgt das Verfahren schriftlich, und das obere Gericht trifft seinen Entscheid auf Grund der Akten des vorinstanzlichen Verfahrens sowie der im Berufungsverfahren eingereichten Rechtsschriften und Beilagen.

4 Bei der Berufung gegen Entscheide, welche im **summarischen Verfahren** ergangen sind, kann wohl meist das schriftliche Verfahren durchgeführt und somit auf eine Verhandlung verzichtet werden. In diesen Fällen ist ja bereits das erstinstanzlich befasste Gericht nicht verpflichtet, eine mündliche Verhandlung durchzuführen, sondern kann auf Grund der Akten entscheiden (vgl. Art. 256 Abs. 1 ZPO).

III. Zweiter Schriftenwechsel (Abs. 2)

5 Es ist der Rechtsmittelinstanz des Weiteren auch überlassen, ob sie nach Eingang der Berufungsantwort einen zweiten Schriftenwechsel anordnen will oder einzig gestützt auf die Berufungsbegründung und die Berufungsantwort entscheidet. Es besteht demnach **kein Recht einer Partei auf eine zweite Eingabe** (Botschaft, 7375). Wird eine Anschlussberufung eingereicht, so hat der Berufungskläger jedoch, bevor die Rechtsmittelinstanz einen Entscheid fällt, Anspruch zur Stellungnahme betr. die Anschlussberufung. Dem Berufungskläger ist nur dann keine Frist zur entsprechenden Stellungnahme anzusetzen, wenn die Anschlussberufung offensichtlich unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist. Bez. die Stellungnahme gelten in formeller und mat. Hinsicht die gl. Anforderungen wie für die Berufungsantwort (vgl. Art. 312 Abs. 1 ZPO).

6 Angesichts des grossen Gestaltungsspielraums, welcher der Rechtsmittelinstanz in Bezug auf die Ausgestaltung des Berufungsverfahrens eingeräumt wird, ist davon auszugehen, dass auch eine **mündliche Replik und Duplik** angeordnet werden kann, wenngleich diese im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt werden.

IV. Beweisabnahme (Abs. 3)

7 Art. 317 ZPO regelt die Berücksichtigung von neuen Tatsachen und Beweismitteln im Berufungsverfahren. Solche können demnach, unter den dort beschriebenen, engen Voraussetzungen, auch im Berufungsverfahren vorgebracht werden. Entsprechend besteht Bedarf, dass die **Rechtsmittelinstanz selber Beweise abnimmt**. Diese Befugnis wird in Abs. 3 von Art. 316 ZPO explizit festgehalten.

Für die Beweisabnahme im Berufungsverfahren gelten die **allg. Bestimmungen des Beweisrechts** nach Art. 150–193 ZPO. Dabei sind – unter den Voraussetzungen von Art. 317 ZPO – sämtliche Beweismittel zulässig (vgl. Art. 168 Abs. 1 ZPO), es sei denn, das erstinstanzliche Verfahren unterlag einer Beweismittelbeschränkung (so etwa die Beschränkung gem. Art. 254 ZPO im summarischen Verfahren). 8

V. Verfahrensmaximen, Beweismittel- und Kognitionsbeschränkungen

Die Verfahrensmaximen, welche im erstinstanzlichen Prozess geherrscht haben, **gelten auch für das Berufungsverfahren** (Botschaft, 7375). So gilt der Verhandlungsgrundsatz, unter Vorbehalt der gesetzlichen Ausnahmen (Art. 55 ZPO). Im vereinfachten Verfahren gilt eine abgeschwächte Untersuchungsmaxime (Art. 247 ZPO); der Untersuchungsgrundsatz gilt sodann für einzelne summarische Verfahren (Art. 255 ZPO). 9

Gl. gilt für etwaige **Beweismittelbeschränkungen** des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 254 u. 257 ZPO). Auch Kognitionsbeschränkungen, so etwa die Prüfung einzig auf Evidenzen (Art. 257 ZPO, beim Rechtsschutz in klaren Fällen) oder blosses Glaubhaftmachen nach Art. 261 ZPO bei vorsorgl. Massnahmen, gelten im Verfahren vor der Rechtsmittelinstanz unverändert (vgl. Botschaft, 7375). 10

VI. Prozesskosten, unentgeltliche Rechtspflege, Parteientschädigung

Die in Art. 95 ff. ZPO statuierten Vorschriften über Prozesskosten und unentgeltliche Rechtspflege **finden auch im Berufungsverfahren Anwendung**. Als klagende bzw. beklagte Partei i.S.v. Art. 95 ff. ZPO sind im Berufungsverfahren der Berufungskläger bzw. die Gegenpartei zu verstehen (STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 26 N 22). Das Gericht kann den Kostenvorschuss (Art. 98 ZPO) sofort nach Eingang der Berufungserklärung einfordern, und zwar auch, bevor es eine Frist für die Einreichung der Berufungsantwort ansetzt (ähnlich STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 26 N 22). 11

Gem. Art. 119 Abs. 5 ZPO ist im Rechtsmittelverfahren die **unentgeltliche Rechtspflege neu zu beantragen und** dementsprechend auch **neu zu beurteilen**. Da die unentgeltliche Rechtspflege nur ausnahmsweise rückwirkend bewilligt werden kann (Art. 119 Abs. 4 ZPO), sollte sie bereits mit der Berufungsbegründung oder der -antwort beantragt werden. Da Rechtsmittel grds. bedingungsfeind- 12

lich sind (s. Art. 311 ZPO), kann eine Berufung nicht davon abhängig gemacht werden, dass die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wird. Es ist zu beachten, dass gem. Art. 117 lit. b ZPO bei einem aussichtslosen Rechtsmittel kein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege besteht.

13 Ist eine Berufung **offensichtlich unbegründet oder offensichtlich unzulässig**, so ist sie ohne Einholung einer Berufungsantwort (Art. 312 Abs. 1 ZPO) abzuweisen bzw. die angefochtene Entscheidung zu bestätigen und das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abzuweisen.

14 Nach Art. 99 Abs. 1 ZPO kann die klagende Partei auf Antrag der beklagten Partei verpflichtet werden, für deren **Parteientschädigung** Sicherheit zu leisten. In Art. 99 Abs. 1 ZPO wird jedoch die Einreichung einer Berufung nicht als Grund für eine Sicherstellungspflicht erwähnt. Mangels gesetzlicher Grundlage ist demnach davon auszugehen, dass allein die Einreichung einer Berufung dem Berufungsbeklagten keinen Anspruch auf Sicherheitsleistung für die Parteientschädigung gibt. Einzig das Vorliegen eines spezifischen Grundes gem. Art. 99 Abs. 1 lit. a–d ZPO kann demnach einen solchen begründen.

Art. 317

Neue Tatsachen, neue Beweismittel und Klageänderung

[1] Neue Tatsachen und Beweismittel werden nur noch berücksichtigt, wenn sie:
a. ohne Verzug vorgebracht werden; und
b. trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten.

[2] Eine Klageänderung ist nur noch zulässig, wenn:
a. die Voraussetzungen nach Artikel 227 Absatz 1 gegeben sind; und
b. sie zudem auf neuen Tatsachen und Beweismitteln beruht.

Faits et moyens de preuve nouveaux; modification de la demande

[1] Les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte qu'aux conditions suivantes:
a. ils sont invoqués ou produits sans retard;
b. ils ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise.

[2] La demande ne peut être modifiée que si:
a. les conditions fixées à l'art. 227, al. 1, sont remplies;
b. la modification repose sur des faits ou des moyens de preuve nouveaux.

Nuovi fatti, nuovi mezzi di prova e mutazione dell'azione

[1] Nuovi fatti e nuovi mezzi di prova sono considerati soltanto se:
a vengono immediatamente addotti; e
b. dinanzi alla giurisdizione inferiore non era possibile addurli nemmeno con la diligenza ragionevolmente esigibile tenuto conto delle circostanze.

[2] Una mutazione dell'azione è ammissibile soltanto se:
a. sono date le premesse di cui all'articolo 227 capoverso 1; e
b. la mutazione è inoltre fondata su nuovi fatti e nuovi mezzi di prova.

I. Regelungsgegenstand

Art. 317 ZPO regelt, ob und unter welchen Voraussetzungen **neue Tatsachen und Beweismittel** im Berufungsverfahren vorgebracht werden können. In den Kt. bestanden diesbezüglich unterschiedliche Regelungen: Einige Kt. liessen Noven unbeschränkt zu, andere hingegen schlossen sie im Berufungsverfahren vollständig aus (vgl. Botschaft, 7375). 1

In der **parlamentarischen Beratung** blieb Art. 317 Abs. 1 ZPO **bis zum Schluss umstritten**; während der StR die nun zum Gesetz erhobene Regelung vertrat, wurde im NR lange gefordert, dass mit der Berufung neue Tatsachenbehauptun- 2

gen und Beweismittel unbeschränkt vorgebracht werden können. Die nun geltende Regelung beschleunigt demgegenüber das Verfahren und zwingt die Parteien, schon vor der ersten Instanz sorgfältig zu prozessieren und sämtliche ihr bekannten Tatsachenbehauptungen und Beweismittel vorzubringen. Damit kann eine nicht anwaltlich vertretene Partei einen Nachteil erleiden, was aber vom Parlament in Kauf genommen wurde (vgl. hierzu Bulletin NR II, 1633, Votum von Daniel Vischer).

3 In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass mit Inkrafttreten der ZPO auch Art. 138 aZGB aufgehoben wird, womit das im Rahmen der Revision des **Scheidungsrechtes** eingeführte Novenrecht für das Berufungsverfahren wieder entfällt. Somit besteht im Bereich des Scheidungsrechtes nur noch dort ein unbeschränktes Novenrecht im Berufungsverfahren, wo die Untersuchungsmaxime gilt (Botschaft, 7375; HOFMANN/LÜSCHER, CPC, 197). Bei güterrechtlichen Belangen und in Fragen des Unterhalts hingegen ist die Regelung von Art. 317 Abs. 1 ZPO massgebend, da der Verhandlungsgrundsatz gilt (Art. 277 Abs. 1 ZPO).

4 In Art. 317 Abs. 2 ZPO wird auch geregelt, inwiefern eine **Klageänderung** im Berufungsverfahren noch zulässig ist; die Zulässigkeit einer Klageänderung im erstinstanzlichen Verfahren bestimmt sich nach Art. 227 ZPO (vgl. dazu auch unten N 9 ff.).

II. Neue Tatsachen und neue Beweismittel (Abs. 1)

5 Im Berufungsverfahren können neue Tatsachen und Beweismittel nur dann berücksichtigt werden, wenn zwei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind: Erstens müssen die neuen Tatsachen und Beweismittel **ohne Verzug im Rechtsmittelverfahren vorgebracht werden** (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO); zweitens konnten die neuen Tatsachen und Beweismittel **trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor der Erstinstanz vorgebracht werden** (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Ist nur die eine Voraussetzung erfüllt, die zweite aber nicht, so werden die neuen Tatsachen und Beweismittel nicht berücksichtigt.

6 Die Lehre unterteilt neue Tatsachen in sog. echte und unechte Noven (VOGEL/SPÜHLER, Grundriss, 13 N 43). Bei **echten Noven**, also Tatsachen, die erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid entstanden sind, ist die zweite Voraussetzung von Art. 317 Abs. 1 ZPO (lit. b) stets erfüllt. Solche echten Noven müssen jedoch ebenfalls ohne Verzug vorgebracht werden. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll das Berufungsverfahren beschleunigt werden, weshalb von einer Partei erwartet werden kann, dass sie die Noven in den Prozess einbringt, sobald sie eine Prozesshandlung vornimmt; dies bedeutet, dass eine Partei, hat sie ein Novum erkannt, dies mit ihrer nächsten Rechtsschrift oder an der nächsten Verhandlung

dem Gericht zur Kenntnis bringen muss, je nach den Umständen und der Relevanz der neuen Tatsache sogar spontan (also ohne eine Prozesshandlung oder Verhandlung abzuwarten). Nichts anderes gilt für neue Beweismittel.

Unechte Noven sind demgegenüber Tatsachen, die bereits im Zeitpunkt des erst- 7
instanzlichen Entscheids vorhanden waren (s. Botschaft, 7375). Bez. dieser Noven besteht nur dann ein Ausschluss, wenn sie einer sorgfältig handelnden Partei während des erstinstanzlichen Verfahrenes bereits hätten bekannt sein müssen. Ist eine Partei anwaltlich vertreten, so sind an die erforderliche Sorgfalt erhöhte Anforderungen zu stellen. Hat eine Partei ein unechtes Novum im erstinstanzlichen Verfahren nicht vorgebracht, obwohl es ihr zuzumuten gewesen wäre, so ist sie mit diesem unechten Novum im Rechtsmittelverfahren ausgeschlossen. Diese Regel gilt auch für das Vorbringen neuer Beweismittel.

Wird ein (echtes oder unechtes) Novum geltend gemacht, so muss im Rahmen 8
der Berufungsbegründung bzw. Berufungsantwort auch dargelegt werden, **weshalb** eine Tatsache bzw. ein Beweismittel erst **verspätet** vorgebracht wird.

III. Klageänderung (Abs. 2)

Auch für die Zulässigkeit der Klageänderung im Berufungsverfahren ist 9
erforderlich, dass zwei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind: Erstens müssen die **Voraussetzungen nach Art. 227 Abs. 1 ZPO** gegeben sein und zweitens muss die Klageänderung **auf neuen Tatsachen und Beweismitteln beruhen**.

Die Voraussetzungen von Art. 227 Abs. 1 ZPO bestehen auch im Berufungsver- 10
fahren darin, dass der geänderte oder neue Anspruch nach der gl. Verfahrensart zu beurteilen ist und mit dem bish. Anspruch in einem **sachlichen Zusammenhang** steht oder die **Gegenpartei** der Klageänderung **zustimmt** (vgl. hierzu Art. 227 ZPO).

Eine Klageänderung im Rechtsmittelverfahren ist dann unzulässig, wenn sie nicht 11
auf neuen Tatsachen und Beweismitteln beruht. In diesem Zusammenhang kann es aber nicht darauf ankommen, **ob** es sich bei den neu vorgebrachten Tatsachen oder Beweismitteln um (zulässige) **echte oder unechte Noven** handelt. Voraussetzung bleibt aber, dass die Rechtsmittelinstanz die Noven gem. Art. 317 Abs. 1 ZPO überhaupt zu berücksichtigen hat.

Wurde im erstinstanzlichen Verfahren eine Widerklage erhoben (vgl. hierzu die 12
Voraussetzungen in Art. 224 ZPO), so kann die **Widerklage auch im Berufungsverfahren abgeändert werden**; allerdings müssen die Voraussetzungen von Art. 217 Abs. 2 ZPO für die Änderungen der Widerklage kumulativ erfüllt sein.

Art. 318

Entscheid

[1] Die Rechtsmittelinstanz kann:
a. den angefochtenen Entscheid bestätigen;
b. neu entscheiden; oder
c. die Sache an die erste Instanz zurückweisen, wenn:
1. ein wesentlicher Teil der Klage nicht beurteilt wurde, oder
2. der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen ist.

[2] Die Rechtsmittelinstanz eröffnet ihren Entscheid mit einer schriftlichen Begründung.

[3] Trifft die Rechtsmittelinstanz einen neuen Entscheid, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens.

Décision sur appel

[1] L'instance d'appel peut:
a. confirmer la décision attaquée;
b. statuer à nouveau;
c. renvoyer la cause à la première instance dans les cas suivants:
1. un élément essentiel de la demande n'a pas été jugé,
2. l'état de fait doit être complété sur des points essentiels.

[2] L'instance d'appel communique sa décision aux parties avec une motivation écrite.

[3] Si l'instance d'appel statue à nouveau, elle se prononce sur les frais de la première instance.

Decisione

[1] L'autorità giudiziaria superiore può:
a. confermare il giudizio impugnato;
b. statuire essa stessa; oppure
c. rinviare la causa alla giurisdizione inferiore, se:
1. non è stata giudicata una parte essenziale dell'azione, oppure
2. i fatti devono essere completati in punti essenziali.

[2] L'autorità giudiziaria superiore notifica la sua decisione con motivazione scritta.

[3] Se statuisce essa stessa, l'autorità giudiziaria superiore pronuncia anche sulle spese giudiziarie della procedura di prima istanza.

I. Regelungsgegenstand

1 Art. 318 ZPO regelt die **Entscheidmöglichkeiten**, welche der Rechtsmittelinstanz zukommen. Im Weiteren wird festgelegt, dass Entscheide der Rechtsmittelinstanz immer schriftlich begründet werden müssen.

Im Bereich der Dispositionsmaxime besteht das **Verbot der *reformatio in peius***; der Rechtsmittelkläger bestimmt mit seinen Anträgen, in welchem Umfang das vorinstanzliche Urteil abgeändert werden soll und darf (VOGEL/SPÜHLER, Grundriss, 13 N 65; Art. 58 Abs. 1 ZPO). Dies bedeutet, dass die Rechtsmittelinstanz das Urteil nicht zu Ungunsten des Rechtsmittelklägers abändern darf (vorbehalten bleibt die Änderung im Falle einer Anschlussberufung). Unzulässig ist auch ein Rechtsmittelentscheid, welcher über die Anträge des Rechtsmittelklägers hinausgeht. Im Bereich der Offizialmaxime sind die Gerichte nicht an die Anträge der Parteien gebunden (Art. 58 Abs. 2 ZPO; vgl. hierzu Art. 311 ZPO); ein Verbot der *reformatio in peius* besteht nicht. 2

Im Übrigen ist die Rechtsmittelinstanz bez. der Frage, ob sie selber entscheidet oder die Sache an die Erstinstanz zurückweist, nicht an einen etwaigen Antrag des Berufungsklägers gebunden. Die Rechtsmittelinstanz ist, unter Vorbehalt von Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO, **frei**, die ihr angemessen scheinende Entscheidung zu treffen. 3

II. Entscheidvarianten der Rechtsmittelinstanz (Abs. 1)

1. Bestätigung des angefochtenen Entscheides (Abs. 1 lit. a)

Falls die Rechtsmittelinstanz mit dem Entscheid des erstinstanzlichen Gerichts **einverstanden** ist, wird sie den angefochtenen **Entscheid bestätigen**. Eine Bestätigung erfolgt insb. auch dann, wenn die Rechtsmittelinstanz mit dem Dispositiv des erstinstanzlichen Gerichtes einverstanden ist, die Begründung aber nicht teilt und diesbezüglich eine Korrektur vornimmt. 4

2. Neuer Entscheid (Abs. 1 lit. b)

Die Rechtsmittelinstanz kann in der Angelegenheit auch einen **neuen Entscheid fällen**; ein neuer Entscheid liegt etwa vor, wenn die Rechtsmittelinstanz dem Kläger mehr zuspricht, als dies die Vorinstanz getan hat. 5

Die Rechtsmittelinstanz kann (und soll) auch bei zulässiger Klageänderung und Widerklage in zweiter Instanz i.d.R. einen **eigenen Entscheid** fällen und damit von einer Rückweisung absehen. Dies erfordert namentlich auch das Gebot der Verfahrensbeschleunigung. 6

3. Rückweisung der Sache (Abs. 1 lit. c)

7 Die Rechtsmittelinstanz darf die Sache nur dann an die Vorinstanz zurückweisen, wenn die Vorinstanz einen wesentlichen Teil der Klage nicht beurteilt hat oder wenn der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen ist. Die Rechtsmittelinstanz ist somit **nicht frei in ihrer Entscheidung**, wann sie eine Sache an die erste Instanz zur Neubeurteilung zurückweist. Damit soll verhindert werden, dass die Rechtsmittelinstanzen zu oft Verfahren nicht selber erledigen, sondern an die Vorinstanzen zurückweisen; mit der Einschränkung der Möglichkeit zur Rückweisung sollen die Verfahren beschleunigt werden.

8 I.d.R. sollte die Berufung entsprechend reformatorischen Charakter haben und eine Rückweisung i.S. einer **Kassation des Entscheides nur in Ausnahmefällen erfolgen**; ansonsten werden die Verfahren unnötig verlängert (Botschaft, 7376).

9 Wurden bloss unwesentliche Teile der Klage von der Vorinstanz nicht beurteilt, so muss die Rechtsmittelinstanz diese Aspekte selber beurteilen; es rechtfertigt sich hier aus Gründen der Prozessökonomie und der Verfahrensbeschleunigung nicht, dass die Sache an die Erstinstanz zurückgewiesen wird. In diesem Bereich muss die Rechtsmittelinstanz demnach selber entscheiden. Nur falls ein wesentlicher Teil der Klage nicht beurteilt wurde, kann die Rechtsmittelinstanz die Sache zurückweisen. Es steht der Rechtsmittelinstanz aber auch offen, wesentliche Teile der Klage, die von der Vorinstanz nicht beurteilt wurden, selber zu entscheiden; eine **Pflicht zur Rückweisung besteht** m.a.W. **nicht.**

10 Eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz kann auch erfolgen, wenn der Sachverhalt in wesentlichen Teilen vervollständigt werden muss. Die Rechtsmittelinstanz ist aber auch in diesem Fall **nicht zur Rückweisung verpflichtet**, sondern kann den Sachverhalt auch in wesentlichen Teilen selber vervollständigen.

11 Eine **Rückweisung an die Vorinstanz ist etwa angezeigt**, wenn die Vorinstanz auf die Klage überhaupt **nicht eingetreten** ist (z.B. wegen fehlender Prozessvoraussetzungen wie etwa bei fehlendem Rechtsschutzinteresse des Klägers), die Klage **ohne mat. Prüfung** des Anspruchs abgewiesen hat (z.B. wegen Anspruchsverjährung) oder versehentlich **nicht über alle Ansprüche geurteilt** hat (vgl. FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar ZPO-ZH, § 270 N 6).

12 Aus Sicht der Parteien besteht möglicherweise ein **Interesse an einer Rückweisung**, damit sie **nicht einer Instanz verlustig gehen**. Die Rechtsmittelinstanz ist im Entscheid frei, ob sie auch bei wesentlichen Lücken im erstinstanzlichen Urteil selber einen Entscheid fällt; sie wird aber die Anträge der Parteien (Rückweisung oder reformatorischer Entscheid) berücksichtigen (vgl. LEUENBERGER, Zivilprozessordnung, 335; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 26 N 26).

Weist die Rechtsmittelinstanz die Sache zur Neuentscheidung an die Vorinstanz zurück, so ist die **erste Instanz an die Erwägungen der Rechtsmittelinstanz gebunden,** wobei gegen den neuen Entscheid der ersten Instanz wiederum die Berufung zulässig ist (Botschaft, 7376). Die Rechtsmittelinstanz ist an die in ihrem Erstentscheid niedergelegte Rechtsauffassung hingegen nicht gebunden, da der Rückweisungsbeschluss nicht in mat. Rechtskraft erwächst wird (vgl. ZR 55, 1956, Nr. 75). 13

Die **Rückweisung soll nicht pönalen Charakter** gegenüber der Vorinstanz haben; massgebend sind allein die Kriterien von Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO (vgl. FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar ZPO-ZH, § 270 N 4). 14

III. Begründungspflicht (Abs. 2)

Jeder Entscheid der Rechtsmittelinstanz muss **schriftlich begründet** werden, unabhängig davon, ob eine Bestätigung (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO), eine neue Entscheidung (Art. 318 Abs. 1 lit. b ZPO), eine Rückweisung (Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO) erfolgt oder ob auf die Berufung nicht eingetreten wird. 15

Aus dem Ausgeführten ergibt sich, dass auch eine Mitteilung des Entscheides im Dispositiv, mit **späterer Begründung, zulässig** ist (gl.A. LEUENBERGER, Zivilprozessordnung, 335). 16

Selbst wenn der angefochtene Entscheid lediglich bestätigt wird, so sollte die Begründung den Rechtsuchenden darlegen, welches die **Überlegungen der Rechtsmittelinstanz** waren. Hier kann durchaus auch auf die Erwägungen der ersten Instanz verwiesen werden; u.E. sollte jedoch vermieden werden, nur «sehr knapp» (so aber Botschaft, 7376) oder gar ohne weitere Begründung auf die Überlegungen der Vorinstanz zu verweisen. Auch bei einer Bestätigung des vorinstanzlichen Beweisergebnisses und einer Abweisung einer Berufung soll die Rechtsmittelinstanz den Sachverhalt kurz darstellen, die einschlägigen Rechtsnormen aufführen und die ausschlaggebenden Gründe für die fallbezogene Anwendung nennen. Dies erscheint selbstverständlich und sollte die Rechtsmittelinstanz nicht übermässig belasten. Die Begründungspflicht ergibt sich im Übrigen auch aus Art. 29 Abs. 2 BV (vgl. im Zusammenhang mit Art. 112 BGG EHRENZELLER, BSK BGG, Art. 112 N 7). 17

Die Kt. können nicht vorsehen, dass der Entscheid **ohne Begründung** eröffnet wird und es den Parteien überlassen ist, innert einer gewissen Frist eine vollständige Ausfertigung zu verlangen. Ein entsprechender Antrag wurde im NR abgelehnt (Bulletin NR I, 972). Der Vorbehalt in Art. 112 Abs. 2 BGG bez. des kant. Rechtes ist im Bereich des Zivilprozessrechts (im Gegensatz zum Staats- und 18

Verwaltungsrecht) nicht relevant (vgl. auch Votum von BR Widmer-Schlumpf, Bulletin NR I, 972).

19 Art. 318 ZPO schweigt sich darüber aus, ob die Parteien **auf eine schriftliche Begründung verzichten** können; dies im Gegensatz zum erstinstanzlichen Verfahren, wo ein Verzicht auf schriftliche Begründung möglich ist (vgl. Art. 239 ZPO). Ein von beiden Parteien, selbst nach Eröffnung des Dispositivs durch die Rechtsmittelinstanz, erklärter Verzicht auf entsprechende Begründung ist angesichts des Wortlauts von Abs. 2 von Art. 318 ZPO unzulässig, und zwar unabhängig vom Streitgegenstand. Ein sorgfältig begründeter Entscheid der Rechtsmittelinstanz trägt dazu bei, dass auch die unterlegene Partei diesen akzeptiert und der von der ZPO angestrebte Rechtsfrieden hergestellt wird.

IV. Prozesskosten (Abs. 3)

20 Die Rechtsmittelinstanz kann gem. Art. 318 Abs. 1 lit. b ZPO einen **neuen Entscheid** in der Sache fällen; in diesem Fall entscheidet sie nicht nur über die Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens, sondern auch über die **Prozesskosten für das erstinstanzliche Verfahren**.

21 **Bestätigt** die Rechtsmittelinstanz hingegen den angefochtenen Entscheid (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO), so fällt sie bloss einen Entscheid über die Prozesskosten für das Rechtsmittelverfahren, **nicht aber für das erstinstanzliche Verfahren**.

22 Wird die Sache an die Erstinstanz **zurückgewiesen** (Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO), so entscheidet die Rechtsmittelinstanz ebenfalls über ihre eigenen Prozesskosten, **nicht jedoch über die Kosten für das erstinstanzliche Verfahren**.

V. Nichteintreten

23 In Art. 318 ZPO wird nicht ausdrücklich erwähnt, dass es neben den in Abs. 1 aufgeführten Entscheidvarianten der Rechtsmittelinstanz auch offen steht, auf die Berufung nicht einzutreten (so aber ausdrücklich Art. 313 Abs. 2 lit. a ZPO). Ein Nichteintretensbeschluss wird etwa dann gefällt, wenn die Berufung **keine bestimmten Anträge** enthält (WALDER/GROB, Zivilprozessrecht, § 39 N 39), die **Berufungsfrist** (Art. 311 Abs 2 ZPO) **verpasst** wurde oder überhaupt **keine Anträge** vorliegen. Auch der Nichteintretensentscheid muss schriftlich begründet werden.

2. Kapitel: Beschwerde

Art. 319

Anfechtungsobjekt

Mit Beschwerde sind anfechtbar:
a. nicht berufungsfähige erstinstanzliche Endentscheide, Zwischenentscheide und Entscheide über vorsorgliche Massnahmen;
b. andere erstinstanzliche Entscheide und prozessleitende Verfügungen:
1. in den vom Gesetz bestimmten Fällen,
2. wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht;
c. Fälle von Rechtsverzögerung.

Objet du recours

Le recours est recevable contre:
a. les décisions finales, incidentes et provisionnelles de première instance qui ne peuvent faire l'objet d'un appel;
b. les autres décisions et ordonnances d'instruction de première instance:
1. dans les cas prévus par la loi,
2. lorsqu'elles peuvent causer un préjudice difficilement réparable;
c. le retard injustifié du tribunal.

Ammissibilità del reclamo

Sono impugnabili mediante reclamo:
a. le decisioni inappellabili di prima istanza finali, incidentali e in materia di provvedimenti cautelari;
b. altre decisioni e disposizioni ordinatorie processuali di prima istanza:
1. nei casi stabiliti dalla legge,
2. quando vi è il rischio di un pregiudizio difficilmente riparabile;
c. i casi di ritardata giustizia.

I. Gliederung und Inhalt des zweiten Kapitels

Das Kapitel betr. die Beschwerde ist **wie folgt gegliedert**: Art. 319 und 320 ZPO haben die mit Beschwerde anfechtbaren Entscheide und die Beschwerdegründe zum Gegenstand. Art. 321–323 ZPO regeln die formellen Anforderungen an die Beschwerde, die Beschwerdeantwort und den Ausschluss der Anschlussbeschwerde. Die Bestimmungen von Art. 324–326 ZPO befassen sich sodann mit der Stellungnahme der Vorinstanz, der bloss ausnahmsweise eingeräumten aufschiebenden Wirkung der Beschwerde und dem grds. Ausschluss von Noven. Art. 327 ZPO regelt das Beschwerdeverfahren und den Beschwerdeentscheid. Schliesslich behandelt Art. 327a ZPO die sog. LugÜ-Beschwerde. 1