

**Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht  
Etudes de droit de procédure civile suisse**

**Band / Volume 11**

**Michael Graber**

**Dr. iur.**

**Die Berufung in der  
Schweizerischen  
Zivilprozessordnung**

 **DIKE**

# Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	XXV
Materialien .....	XXXV
Abkürzungsverzeichnis .....	XXXVII

## 1. Teil Grundlagen..... 1

§ 1 Einleitung.....	2
I. Thema .....	2
II. Ziel.....	3
§ 2 Formelles.....	3
I. Aufbau .....	3
II. Bearbeitungsgrundsätze .....	4
III. Terminologie und Auslegung.....	5
A. Terminologie .....	5
B. Auslegung.....	5
1. Allgemeines .....	5
2. Historische Auslegung bei neuen Gesetzen .....	6
3. Autonome Auslegung .....	7
4. Einfachheit.....	7
5. Weiterführung des « <i>acquis cantonal</i> » .....	8
6. Keine Auslegung ohne Wertung.....	8

## 2. Teil Rückblick und historische Entwicklung ..... 11

§ 3 Bisherige Regelungen in den Kantonen .....	12
I. Allgemeines .....	12
II. Die Berufung bzw. Appellation im Besonderen .....	13
A. Grundlegende Unterschiede .....	13
1. Name.....	13
2. Fristen .....	13
3. Einlegung des Rechtsmittels .....	15
4. Novenrecht im Berufungs- bzw. Appellationsverfahren.....	16
B. Gemeinsamkeiten .....	17
§ 4 Verfassungsrechtliche Grundlage.....	18

---

<b>§ 5</b>	<b>Die Berufung im Gesetzgebungsverfahren der ZPO</b> .....	19
I.	Kurzüberblick .....	19
II.	Appellation und Rekurs im Vorentwurf.....	20
	A. Das Rechtsmittelsystem des Vorentwurfs im Überblick .....	20
	1. Instanzenzug .....	20
	2. Rechtsmittel .....	21
	B. Allgemeine Bestimmungen zu den Rechtsmitteln.....	22
	C. Die Appellation .....	23
	1. Anfechtbare Entscheide .....	23
	2. Berechnung des Streitwerts .....	24
	3. Einreichung der Appellation .....	25
	4. Anschlussappellation .....	27
	5. Aufschiebende Wirkung .....	28
	6. Begründungslast .....	29
	a. Regelung .....	29
	b. Kritik .....	30
	7. Novenrecht im Appellationsverfahren.....	30
	8. Weitere Bestimmungen.....	31
	D. Der Rekurs.....	32
	1. Grundzüge und Ausgestaltung.....	32
	2. Reaktionen in der Vernehmlassung .....	33
III.	Die Berufung im Entwurf .....	33
	A. Allgemeines.....	33
	B. Anfechtbare Entscheide.....	34
	C. Streitwert.....	34
	D. Einreichung .....	35
	1. Allgemeines .....	35
	2. <i>Iudex ad quem</i> .....	35
	3. Berufungserklärung .....	36
	4. Berufungsbegründung.....	37
	E. Novenrecht im Berufungsverfahren .....	37
	F. Berufung im summarischen Verfahren.....	38
	1. Frist.....	38
	2. Anschlussberufung.....	39
<b>§ 6</b>	<b>Die Revision des Lugano-Übereinkommens</b> .....	40
I.	Allgemeines .....	40

II.	Änderungen betreffend die Berufung: Arrestentscheide.....	40
A.	Die Regelung unter der Referendumsvorlage ZPO sowie unter dem E ZPO .....	40
B.	Botschaft zum rev. LugÜ .....	41
C.	Kritik .....	42
1.	Arrest vs. Vollstreckungsmassnahmen .....	42
2.	Sonderfall: Arrest einer titulierten Forderung.....	43
3.	Grundsätzliche Einwände bez. einstweiligen Rechtsschutzes .....	43
4.	Rechtsbehelf der Einsprache.....	44
5.	Rechtsmittel der Beschwerde.....	45
a.	Gegen den Einspracheentscheid.....	45
b.	Gegen die Nichtbewilligung des Arrests.....	45
6.	Praktische Konsequenzen .....	46
D.	Neue Regelung im Zuge des rev. LugÜ .....	47

### 3. Teil Die Einordnung der Berufung im

#### Rechtsmittelsystem der Zivilprozessordnung..... 49

§ 7	Das Rechtsmittelsystem im Allgemeinen.....	50
I.	Rechtsmittel im Spannungsfeld von Rechtssicherheit und Rechtsfrieden .....	50
II.	Dilatorische Rechtsmittel .....	51
III.	Ausschliesslichkeit eines Rechtsmittels .....	51
§ 8	Das Bundesgerichtsgesetz als Ausgangspunkt.....	52
I.	Allgemeines .....	52
II.	Das Prinzip des doppelten kantonalen Instanzenzuges .....	52
A.	Grundsatz .....	52
B.	Ausnahmen.....	54
1.	Allgemeines .....	54
2.	Bundesgesetze.....	54
3.	Handelsgerichte .....	55
4.	Prorogation .....	56
C.	Kein dreifacher kantonaler Instanzenzug .....	57
III.	Kognitionsvorgabe.....	58
IV.	Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung.....	59
V.	Weitere Vorgaben .....	59
VI.	Die Umsetzung dieser Vorgaben in der ZPO.....	60

<b>4. Teil Die Voraussetzungen der Berufung</b> .....	61
<b>§ 9 Allgemeine Voraussetzungen</b> .....	62
I. Prozessvoraussetzungen.....	62
II. Rechtsmittelvoraussetzungen.....	63
<b>§ 10 Anfechtungsobjekt</b> .....	63
I. Allgemeines .....	63
II. Zivilsache.....	64
III. Streitsache? .....	65
IV. Verfahrensart.....	65
V. Streitwertgrenze .....	66
A. Allgemeines.....	66
B. Vermögensrechtliche Streitigkeiten .....	66
1. Grundsätzliches.....	66
2. Kasuistik .....	67
C. Nicht vermögensrechtliche Streitigkeiten.....	68
1. Grundsätzliches.....	68
2. Kasuistik .....	68
D. Berechnung des Streitwertes .....	69
E. Der Streitwert bei der Berufung .....	71
1. Der Gesetzestext als Ausgangspunkt.....	71
2. Problematik.....	71
3. Lösungsvorschlag .....	72
4. Person des Berufungsklägers streitwertneutral .....	73
5. Einfache Streitgenossenschaft .....	73
6. «Rechtsmissbrauch»?.....	74
7. Weitere Aspekte.....	75
a. Keine Bindung an Streitwertberechnung der Vorinstanz .....	75
b. Anschlussberufung.....	75
c. Entscheide über vorsorgliche Massnahmen .....	75
F. Exkurs: Forderungen in Fremdwährung.....	76
1. Aus materiellrechtlicher Sicht.....	76
2. Aus prozessrechtlicher Sicht.....	77
a. Im Erkenntnisverfahren.....	77
b. Im Vollstreckungsverfahren.....	78
c. Bei der Streitwertberechnung der Berufung.....	78

VI.	Berufungsfähige Entscheide.....	79
	A. Begriffliches.....	79
	B. Endentscheide.....	80
	1. Grundsätzliches.....	80
	2. Teilentscheide.....	81
	3. Abschreibungsentscheide.....	81
	a. Prozesserledigende Parteierklärungen.....	81
	b. Abschreibungsentscheid bei Gegenstandslosigkeit.....	82
	4. Andere erstinstanzliche Entscheide .....	83
	C. Zwischenentscheide.....	83
	1. Grundsätzliches.....	83
	2. Vorentscheide .....	84
	3. Abgrenzung von Zwischenentscheiden nach dem BGG.....	84
	D. Entscheide über vorsorgliche Massnahmen.....	86
	1. Allgemeines zu vorsorglichen Massnahmen.....	86
	2. Berufungsfähigkeit der Entscheide über vorsorgliche Massnahmen .....	88
	3. Superprovisorische Massnahmen.....	89
	a. Entscheid über das Superprovisorium.....	89
	aa. Kein Rechtsmittel auf kantonaler Ebene .....	89
	bb. Weiterzug ans Bundesgericht .....	90
	b. Entscheid im Bestätigungsverfahren .....	90
	E. Erstinstanzlichkeit .....	91
	1. Einzige kantonale Instanzen .....	91
	2. Kompetenzentscheide der Schlichtungsbehörde.....	92
	3. Revisionsentscheide eines erstinstanzlichen Gerichts .....	92
VII.	Berufungsunfähige Entscheide.....	92
	A. Allgemeines.....	92
	B. Entscheide mit einem Streitwert unter Fr. 10'000.- .....	93
	C. Entscheide einziger kantonalen Instanzen.....	93
	D. Entscheide eines Schiedsgerichts .....	94
	1. Entscheide eines internationalen Schiedsgerichts .....	94
	2. Entscheide eines Binnenschiedsgerichts.....	94
	E. Abschreibungsentscheide aufgrund von prozesserledigenden Parteierklärungen.....	95
	F. Entscheide über superprovisorische Massnahmen .....	95
	G. Inzidenzentscheide .....	95

1. Allgemeines .....	95
2. Rechtsmittel .....	96
3. Prozessleitende Verfügungen.....	96
a. Begriffliches.....	96
b. Definition .....	97
c. Beispiele.....	97
aa. Mit Beschwerde anfechtbar .....	97
bb. (Grundsätzlich) kein Rechtsmittel .....	98
4. Andere erstinstanzliche Entscheide .....	100
a. Definition .....	100
b. Beispiele.....	101
H. Summarentscheidung gemäss Art. 309 ZPO .....	102
1. Allgemeines .....	102
2. Entscheide des Vollstreckungsgerichts.....	103
a. Grundsätzliches.....	103
b. Vollstreckungsanordnungen des urteilenden Gerichts .....	103
3. Betreibungsrechtliche Angelegenheiten .....	104
a. Grundsätzliches.....	104
aa. Rein betreibungsrechtliche Summarsachen .....	104
bb. Gemischtrechtliche Streitigkeiten.....	105
cc. Rechtfertigung des Ausschlusses der Berufung.....	106
b. Aufhebung des Rechtsstillstandes (Art. 57d SchKG) .....	106
c. Bewilligung des nachträglichen Rechtsvorschlages (Art. 77 SchKG).....	107
d. Rechtsöffnung (Art. 80 bis 84 SchKG).....	108
e. Aufhebung oder Einstellung der Betreibung (Art. 85 SchKG) .....	109
f. Bewilligung des Rechtsvorschlages in der Wechselbetreibung (Art. 185 SchKG) .....	109
g. Arrest (Art. 272 und Art. 278 SchKG).....	110
h. Entscheide, die nach SchKG in die Zuständigkeit des Konkurs- oder des Nachlassgerichts fallen. ....	111
aa. Allgemeines.....	111
bb. Entscheide des Konkursgerichtes .....	112
cc. Entscheide des Nachlassgerichtes.....	113
<b>§ 11 Anfechtungsobjekt .....</b>	<b>115</b>
I. Allgemeines .....	115

II.	Gesetzliche Regelung.....	115
	A. Grundsätzlich keine Regelung in der ZPO .....	115
	B. Regelung im BGG.....	116
III.	Legitimation.....	116
	A. Allgemeines.....	116
	B. Hauptparteien .....	117
	C. Streitgenossen.....	117
	1. Einfache Streitgenossen.....	117
	2. Notwendige Streitgenossen.....	118
	D. Nebenparteien.....	119
	E. Berufung der säumigen Partei .....	119
IV.	Beschwer.....	120
	A. Rechtsschutzinteresse und Beschwer .....	120
	B. Formelle Beschwer.....	121
	1. Grundsatz.....	121
	2. Arten der formellen Beschwer .....	122
	C. Materielle Beschwer .....	123
	1. Grundsatz.....	123
	2. Berufung bei bloss materieller Beschwer .....	123
<b>§ 12</b>	<b>Einhaltung der Berufungsfrist (Rechtzeitigkeit)</b> .....	125
I.	Die Rechtzeitigkeit als Eintretensvoraussetzung .....	125
II.	Die Berufungsfrist im Einzelnen.....	126
	A. Fristenlauf.....	126
	1. Beginn.....	126
	a. Grundsatz .....	126
	b. Beginn der Berufungsfrist bei Eröffnung mit gleichzeitiger schriftlicher Begründung .....	126
	c. Beginn der Berufungsfrist bei Eröffnung mit gleichzeitiger mündlicher Begründung .....	127
	d. Beginn der Berufungsfrist bei nachträglicher Begründung (Art. 239 Abs. 2 Satz 1 ZPO) .....	127
	2. Ende.....	127
	B. Wahrung der Berufungsfrist .....	128
	1. Allgemeines .....	128
	2. Physische Eingabe .....	128
	3. Elektronische Eingabe .....	129
	C. Verwirkungsfrist.....	129

D.	Stillstand der Berufungsfrist.....	130
1.	Im Allgemeinen .....	130
2.	Im Berufungsverfahren gegen Summarentscheidung .....	130
a.	Kein Fristenstillstand im Summar- und Schlichtungsverfahren.....	130
b.	Kein Fristenstillstand im Berufungsverfahren gegen Summarentscheidung .....	131
E.	Wiederherstellung der Berufungsfrist .....	132
<b>§ 13</b>	<b>Fehlen eines Berufungsverzichts und eines Berufungsrückzugs.....</b>	<b>133</b>
I.	Allgemeines .....	133
II.	Berufungsverzicht .....	133
A.	Zeitpunkt und Zulässigkeit des Berufungsverzichts.....	133
1.	Allgemeines .....	133
2.	Nachträglicher Verzicht.....	134
3.	Vorausverzicht.....	135
a.	Allgemeines .....	135
b.	Gültiger Vorausverzicht .....	135
c.	Ungültiger Vorausverzicht.....	136
B.	Form und Inhalt des Berufungsverzichts.....	137
C.	Berufungsverzicht nach Art. 239 Abs. 2 Satz 2 ZPO .....	139
D.	Verzicht auf die Anschlussberufung.....	140
III.	Berufungsrückzug .....	140
<b>5. Teil</b>	<b>Die Berufungsgründe.....</b>	<b>143</b>
<b>§ 14</b>	<b>Grundsätzliches zu den Berufungsgründen.....</b>	<b>144</b>
I.	Keine Zulässigkeitsvoraussetzung .....	144
II.	Die Berufung als vollkommenes Rechtsmittel .....	145
III.	Die Berufung als unvollkommenes Rechtsmittel.....	146
A.	Allgemeines zu Art. 289 ZPO .....	146
B.	Anfechtung des Scheidungspunktes wegen Willensmängeln.....	147
1.	Scheidungspunkt.....	147
2.	Willensmängel .....	148
C.	Anfechtung der Scheidungsfolgen.....	149
1.	Anfechtung der vereinbarten Scheidungsfolgen .....	149
a.	Meinungsstand .....	149
b.	Stellungnahme.....	150

	2. Anfechtung der nicht vereinbarten Scheidungsfolgen .....	151
IV.	Unterscheidung von Tat- und Rechtsfrage.....	152
<b>§ 15</b>	<b>Unrichtige Rechtsanwendung</b> .....	153
I.	Ausgangspunkt: Richterliche Rechtsanwendung von Amtes wegen (« <i>iura novit curia</i> »).....	153
	A. Allgemeines.....	153
	B. Schranken? .....	154
	1. Berufungsanträge.....	154
	2. Rügeprinzip.....	154
	3. Richterliche Fragepflicht betreffend Rechtsauffassung.....	154
	4. Ausländisches Recht.....	155
II.	Umfassende Geltendmachung unrichtiger Rechtsanwendung .....	156
	A. Allgemeines.....	156
	B. Bundesrecht.....	156
	C. Völkerrecht.....	158
	D. Kantonales und kommunales Recht .....	159
	E. Ausländisches Recht.....	159
	F. Ermessensüberprüfung .....	160
<b>§ 16</b>	<b>Unrichtige Feststellung des Sachverhaltes</b> .....	161
I.	Umfassende Geltendmachung unrichtiger Feststellung des Sachverhaltes .....	161
II.	Auswirkungen von Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime .....	163
	A. Auswirkungen der Verhandlungsmaxime .....	163
	B. Auswirkungen der einfachen Untersuchungsmaxime .....	163
	C. Auswirkungen der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime .....	163
<b>6. Teil</b>	<b>Die Wirkungen der Berufung</b> .....	165
<b>§ 17</b>	<b>Devolutivwirkung</b> .....	166
I.	Begriffsbestimmung.....	166
II.	Zweck der Devolutivwirkung .....	167
III.	Dauer der Devolutivwirkung.....	167
IV.	Umfang der Devolutivwirkung .....	168
	A. Voller Devolutiveffekt.....	168
	B. Beachtung der Dispositionsmaxime .....	169

<b>§ 18</b>	<b>Suspensivwirkung</b> .....	169
I.	Allgemeines .....	169
II.	Aufschiebende Wirkung im Umfang der Berufungsanträge (Teilrechtskraft) .....	171
	A. Aufschiebende Wirkung im Umfang der Berufungsanträge .....	171
	B. Teilrechtskraft .....	172
	C. Keine Teilrechtskraft .....	173
III.	Vorzeitige Vollstreckbarkeit .....	174
	A. Allgemeines .....	174
	B. Anordnung der vorzeitigen Vollstreckbarkeit grundsätzlich auf Antrag einer Partei .....	175
	C. Anwendungsfälle .....	176
	D. Anordnung sichernder Massnahmen .....	177
	E. Verhältnis zur unteren Instanz .....	177
IV.	Immer aufschiebende Wirkung bei Gestaltungsentscheiden .....	178
V.	Ausschluss der Suspensivwirkung .....	179
	A. Allgemeines .....	179
	B. Ausschluss der Suspensivwirkung bei Entscheiden über das Gegendarstellungsrecht .....	180
	C. Ausschluss der Suspensivwirkung bei Entscheiden über vorsorgliche Massnahmen .....	180
<b>7. Teil</b>	<b>Das Berufungsverfahren</b> .....	183
<b>§ 19</b>	<b>Einreichung der Berufung</b> .....	184
I.	Allgemeines .....	184
II.	Berufungsschrift .....	185
	A. Formelles .....	185
	B. Berufungsanträge .....	186
	C. Berufungsbegründung .....	187
	1. Anforderungen an die Berufungsbegründung .....	187
	2. Keine Zulässigkeitsvoraussetzung .....	189
<b>§ 20</b>	<b>Berufungsantwort</b> .....	190
I.	Allgemeines .....	190
II.	Keine Berufungsantwort .....	191
	A. Keine Berufungsantwort aufgrund der Vorprüfung des Gerichts .....	191
	1. Allgemeines .....	191

2. Offensichtliche Unzulässigkeit der Berufung .....	192
3. Offensichtliche Unbegründetheit der Berufung .....	192
B. Keine Berufungsantwort wegen Säumnis des Berufungsbeklagten .....	193
<b>§ 21 Anschlussberufung</b> .....	194
I. Zweck der Anschlussberufung .....	194
II. Typizität der Anschlussberufung .....	195
A. Sonderheit des Anschlussrechtsmittels bei der Berufung .....	195
B. Anwendungsbereich und Inhalt der Anschlussberufung .....	195
C. Unselbstständigkeit der Anschlussberufung .....	196
1. Allgemeines .....	196
2. Folgen der Unselbstständigkeit .....	197
D. Anschlussberufungsantwort .....	198
III. Anschlussberufung vs. selbstständige Berufung .....	199
<b>§ 22 Verfahren vor der Berufungsinstanz</b> .....	200
I. Verfahrensautonomie der Berufungsinstanz .....	200
II. Geltung der allgemeinen Verfahrensgrundsätze .....	201
III. Mögliche Gestaltungsmöglichkeiten des Verfahrens vor der Berufungsinstanz .....	202
A. Unmittelbarer Entscheid aufgrund der Akten .....	202
B. Durchführung einer Verhandlung und Beweisabnahme .....	203
C. Zweiter Schriftenwechsel .....	204
<b>§ 23 Novenrecht und Klageänderung im Berufungsverfahren</b> .....	205
I. Neue Tatsachen und Beweismittel .....	205
A. Vom Entwurf zur Regelung in der ZPO .....	205
B. Zweck des eingeschränkten Novenrechts .....	206
C. Eingeschränktes Novenrecht .....	206
1. Allgemeines .....	206
2. Unverzügliches Vorbringen .....	207
3. Unmöglichkeit bzw. Unzumutbarkeit früheren Vorbringens .....	208
4. Nova und Untersuchungsmaxime .....	208
II. Klageänderung im Berufungsverfahren .....	209
A. Allgemeines .....	209
B. Voraussetzungen von Art. 227 Abs. 1 ZPO .....	210
1. Regelungsgegenstand .....	210
2. Gleiche Verfahrensart .....	210

C. Zusammenhang mit zulässigen Noven .....	210
<b>8. Teil Der Berufungsentscheid</b> .....	211
§ 24 <b>Entscheid der Rechtsmittelinstanz</b> .....	212
I. Allgemeines zur Entscheidfällung .....	212
II. Mögliche Inhalte des Berufungsentscheides .....	213
A. Bestätigung des angefochtenen Entscheides .....	213
B. Reformation .....	213
1. Allgemeines .....	213
2. Verbot der <i>reformatio in peius</i> (Verschlechterungsverbot) .....	214
3. Entscheid über die Prozesskosten .....	215
C. Rückweisung .....	216
1. Voraussetzungen der Rückweisung .....	216
2. Zweck der Rückweisung .....	217
3. Inhalt der Rückweisung .....	218
4. «Rück-Rückweisung» .....	219
D. Nichteintreten .....	219
E. Andere Erledigungsformen (Abschreibungsentschiede) .....	220
§ 25 <b>Begründungspflicht der Rechtsmittelinstanz</b> .....	220
I. Allgemeines .....	220
II. Vorgaben des Bundesgerichtsgesetzes .....	221
III. Vorgängige mündliche Orientierung .....	222
§ 26 <b>Rechtsmittel gegen den Berufungsentscheid</b> .....	222
<b>9. Teil Gesamtbild</b> .....	225
§ 27 <b>Schlussbetrachtung der Berufungsvoraussetzungen</b> .....	226
§ 28 <b>Thesen zur Rechtsnatur der Berufung</b> .....	226
I. Die Berufung als grundsätzlich primäres Rechtsmittel .....	227
II. Die Berufung als grundsätzlich vollkommenes Rechtsmittel .....	227
III. Die Berufung als devolutives Rechtsmittel .....	228
IV. Die Berufung als grundsätzlich ordentliches (suspensives) Rechtsmittel .....	228
V. Die Berufung als Rechtsmittel mit eingeschränktem Novenrecht .....	229
VI. Die Berufung als grundsätzlich reformatorisches Rechtsmittel .....	230
§ 29 <b>Übersicht: Die wichtigsten Berufungsvoraussetzungen</b> .....	230