

Kann, soll, muss oder darf die Berufungsinstanz materiell neu entscheiden?

Stichworte: Berufungsschrift, Berufungsanträge, Berufungsverfahren, Prozessthema, Entscheid der Rechtsmittelinstanz, Art. 318 ZPO, Sachentscheid, Rückweisung, Verfahrensdauer, Verfahrensgarantien

Der Autor stellt sich auf den Standpunkt, dass die Rechtsmittelinstanz im Verfahren der zivilrechtlichen Berufung einen neuen Entscheid in der Sache fällen soll, selbst wenn die Vorinstanz den Sachverhalt im erstinstanzlichen Verfahren nicht umfassend abklärte oder nicht den gesamten Streitgegenstand beurteilte. Der Kläger bzw. dessen Rechtsvertreter steht ohnehin vor dem Dilemma, sämtliche Elemente des Streitgegenstandes und nicht einzig die von der Vorinstanz beurteilten, nochmals darzutun. Der folgende Beitrag vermag bestenfalls Ansätze aufzuzeigen, wie diesem Dilemma zu begegnen ist. Erst die Praxis wird aber zeigen, was in der Berufungsschrift verlangt wird. Weil die entsprechenden Bestimmungen in Art. 318 ZPO und Art. 408/409 StPO und die Prozessgrundsätze im Zivil- und Strafverfahren divergieren, wird einzig auf das Verfahren der zivilrechtlichen Berufung Bezug genommen.

1. Der Berufungsentscheid

1.1 Die gesetzliche Bestimmung in Art. 318 Abs. 1 ZPO

Gemäss Art. 318 Abs. 1 ZPO kann die Berufungsinstanz den angefochtenen Entscheid bestätigen; sie kann neu entscheiden oder die Sache an die erste Instanz zurückweisen. Letzteres indessen nur, sofern ein wesentlicher Teil der Klage nicht beurteilt wurde oder der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen ist.

1.2 Regel und Ausnahme

Der Gesetzgeber hat, um den Prozess nicht unnötig zu verlängern, die reformatorische Wirkung damit zur Regel

und die Zurückweisung zur Ausnahme erhoben¹. Daraus ist zu folgern, dass die Berufungsinstanz einen Entscheid in der Sache fällen *muss*, wenn die Vorinstanz den wesentlichen Sachverhalt feststellte und die erheblichen Fragen beurteilte. Indem ihr Art. 316 Abs. 3 ZPO die Befugnis einräumt, – im ordentlichen Verfahren uneingeschränkt² – Beweise abzunehmen, ist sie somit gehalten, den Sachverhalt in den strittigen Teilen zu vervollständigen. Nachdem die Kassation des Urteils nur als Kann-Vorschrift formuliert ist, *soll* – entsprechend dem gesetzgeberisch gewünschten Regelfall – ein Urteil in der Sache gefällt werden, selbst wenn die erste Instanz bedeutende Teile der Klage nicht beurteilte.

1.3 Urteil innert angemessener Frist

Das Prinzip der materiellen Rechtsverwirklichung beinhaltet das Recht auf einen (letztinstanzlichen) Entscheid innert angemessener Zeit. Der Garantie eines gerechten Verfahrens ist die verfassungsmässig in Art. 29 BV und konventionsrechtlich in Art. 6 Ziff. 1 EMRK statuierte *Beurteilung innert (bzw. Innerhalb) angemessener Frist* immanent; « Justice delayed is justice denied ».

Die Zeit setzt den Kläger erheblichem Druck auf Teilverzicht seiner Forderung aus. Zudem untergräbt der Zeitablauf dessen Möglichkeit, den von ihm verlangten Beweis zu führen. Die Grenze bildet somit nicht das Verbot der Rechtsverzögerung – dem ohnehin mit keinem Instrument wirksam begegnet werden kann³ – sondern verlangt wird ein effektives Rechtssystem, welches eine (abschliessende, letztinstanzliche und vollstreckbare) Beurteilung einer Klage innert angemessener Frist sicherstellt⁴. Die Beurteilung, wann die Gesamtdauer einer gerichtlichen Auseinandersetzung als unangemessen gilt, hängt von der Bedeutung der Streitsache, der Komplexität des Falles und dem Verhalten der Parteien und Behörden im Verfahren ab.⁵

¹ Vgl. Botschaft vom 28.6.2006 zur ZPO, BBl 2006 7376

² Beweismittelbeschränkungen sieht etwa das Summarverfahren (Art. 254 ZPO) und der Rechtsschutz in klaren Fällen (Art. 257) vor.

³ Selbst eine gutgeheissene Rechtsverzögerungsbeschwerde unter Anweisung der untätigen Instanz, innert Frist eine gerichtliche Handlung vorzunehmen oder einen Entscheid zu erlassen, vermag den Mangel nicht zu beheben und begründet eigens eine weitere Verzögerung. Die Haftung des Gemeinwesens bei festgestellter Verzögerung ist wohl eher theoretischer Natur (vgl. BGE 130 I 312).

⁴ Grabenwarther, EMRK, 4. Aufl., 2009 § 24 N 68, 71 m.H.; Meyer-Ladewig, Kommentar zur EMRK, 2. Aufl. 2006, N 72 zu Art. 6 m.H.

⁵ Im Fall Fuchser c. Schweiz wurde festgestellt, dass eine Beurteilung einer Beschwerde gegen einen fürsorglichen Freiheitsentzug nach 4 Monaten nicht mehr „innert angemessener Frist“ gemäss Art. 6 erfolgte (Beschwerde 17671/02, Urteil vom 13.7.2006).

Im Fall Kiefer c. Schweiz wurde eine sozialversicherungsrechtliche Verfahrensdauer von insgesamt annähernd 6 Jahren und 10 Monaten bei drei Instanzen als Konventionsverstoss betrachtet (Beschwerde 27353/95, Urteil vom 28.3.2000).

Im Fall Mc Hugo c. Schweiz wurden ein Konventionsverstoss eines 12-jährigen Strafverfahrens auf kantonaler Ebene festgestellt und die Behörden verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Genugtuungssumme und Umtriebsentschädigung zu bezahlen (Beschwerde 55705/00, Urteil vom 21.9.2006).

Die Berufungsinstanz ist deshalb gehalten, die Gesamtdauer des Verfahrens ab Klageeinleitung vor erster Instanz bis zum mutmasslichen Abschluss durch ein bundesgerichtliches Urteil abzuwägen, um die Frage zu beantworten, ob eine – regelmässig längerdauernde – Rückweisung unter dem Gesichtspunkt der zeitlichen Garantien, noch tunlich ist. Dabei ist die bisherige Verfahrensdauer (Verfahren der ersten und der Berufungsinstanz) zu berücksichtigen. Dies gilt umso mehr, weil der Rückweisungsentscheid und der neue erstinstanzliche Entscheid wiederum anfechtbar und damit geeignet sind, erhebliche Verzögerung zu bewirken.⁶

Unter Nachachtung der verfassungs- und konventionsrechtlichen Garantien hat die Berufungsinstanz somit – allenfalls bei Ergänzung des Beweisverfahrens – regelmässig einen eigenen Entscheid in der Sache zu fällen.

1.4 Verletzung des Double Instance-Prinzips?

In Zivilstreitigkeiten gilt in der Schweiz das sogenannte Double Instance-Prinzip (Art. 75 BGG). Abstellend darauf hat die kantonale Gerichtsorganisation (Art. 3 ZPO) eine Beurteilung bei einer unteren und einer oberen Instanz, welche volle Kognition genießt (Art. 310 ZPO), sicherzustellen. Das Novenrecht bleibt indessen – auf echte und unverschuldet nicht vorgebrachte unechte Noven – beschränkt.

Wird dieses Prinzip nun mittels Sachverhaltsermittlungen der oberen Instanz und eigener Beweisabnahmen unzulässig durchbrochen? Das letzte Wort puncto Feststellung des Sachverhalts und Beweiswürdigung hat in jedem Fall die obere kantonale Instanz. Insofern ist gegen deren Ergänzungen des Sachverhalts nichts einzuwenden. Das Prinzip der Double Instance wird aber auch – etwa im Bereiche der Handelsgerichtsbarkeit (Art. 6 Abs. 1 u. 2 ZPO; Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG) durchbrochen⁷. Weder Verfassungs- noch Konventionsrecht verlangen einen Instanzenzug über 2 oder 3 Instanzen. Das Schweizerische Rechtssystem gewährt bei Vorliegen bestimmter Streitwerte oder bei Rechtsfragen von grundlegender Bedeutung indessen ohnehin den Weiterzug an eine höhere Instanz.

Das Double Instance Prinzip stellt somit kein unverzichtbarer Bestandteil der kantonalen Gerichtsbarkeit dar. Die Prinzipien der Durchsetzbarkeit klägerischer Ansprüche innert angemessener Verfahrensdauer sind höher zu werten.

⁶ Die Beurteilung der Frage, ob der angefochtene Entscheid einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirkt, Voraussetzung für dessen Anfechtbarkeit (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG), obliegt dem Bundesgericht.

⁷ Gemäss Entscheid des Zürcher Handelsgerichts vom 30.3.2012 (HG 110192) sind auch private Kläger – etwa in konsum- oder haftpflichtrechtlichen Auseinandersetzungen – zugelassen

2. Die Berufung

2.1 Berufungsanträge und Rügen

Darf oder muss die Rechtsmittelinstanz die Sache zurückweisen, wenn ein wesentlicher Teil der Klage nicht beurteilt wurde oder der Sachverhalt zu vervollständigen ist? Können die Rügen in der Berufung auf das von der unteren Instanz Beurteilte beschränkt werden; im Vertrauen darauf, dass – bei Gutheissung – eine Rückweisung erfolgt? Oder muss der Berufungskläger nicht doch damit rechnen, dass die Rechtsmittelinstanz sämtliche Elemente der Klage beurteilt und einen neuen Entscheid fällt? Hat die Berufungsinstanz dem Berufungskläger dabei Gelegenheit zu geben, auch die weiteren Klageelemente darzulegen?

Vorweg ist zu erwähnen, dass die Berufung, wie die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 107 Abs. 2 BGG ein *reformatorisches Rechtsmittel* ist. Wird einzig die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils ohne *materielle* Anträge verlangt, besteht die Gefahr eines Nichteintretensentscheides⁸. Insofern empfiehlt sich, das Klage- oder Klageantwortbegehren nochmals zu stellen⁹. Dann sind unter klaren und sauberen Verweisen auf die Ausführungen vor Vorinstanz die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen oder Einreden vor der Vorinstanz nochmals darzutun. Unter exaktem Hinweis auf das gesamte Beweismaterial ist darzutun, weshalb die Standpunkte der Berufungsklägerin sachlich und rechtlich zutreffend sind. Pauschale Verweisungen auf die vor Vorinstanz eingebrachten Rechtsschriften genügen den Rügepflichten – selbst wenn sich die Vorinstanz mit diesen Elementen nicht auseinandersetzen brauchte – wohl nicht.¹⁰

Fehlt gemäss Vorinstanz einer Schadenersatzforderung eine Haftungsgrundlage, so kann der Berufungskläger den Streitgegenstand nicht darauf beschränken. Vielmehr sind sämtliche weiteren Elemente, etwa der Schadenshöhe, oder der Solidarität darzutun. Wird eine Klage infolge Verjährung der Ansprüche abgewiesen, so sind sämtliche Anspruchsgrundlagen und die Forderungshöhe darzutun...

...ausser die Kann-Vorschrift in Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO verpflichtet die obere Instanz zu einer Rückweisung. Weder den Materialien noch der Praxis oder Lehre ist eine solche

⁸ Vgl. BGE 133 III 489f. E. 3; vgl. auch OGer ZH Urteil LA110021 vom 2.2.2012 E. 3.2 Urteil LA110050 vom 27.1.2012; weniger restriktiv ist

⁹ Ivo W. Hungerbühler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 17, vgl. BGE 137 III 617 E. 4.3, wonach eine genügende Bezifferung verlangt wird.

⁹ Hungerbühler, a.a.O., Art. 311 N 17 u. 24

¹⁰ Hungerbühler, a.a.O., Art. 311 N 36f, vgl. auch OGer ZH, Urteil LB 110049 vom 5.3.2012,

Interpretation zu entnehmen. Vielmehr wird auf den Ausnahmecharakter der Rückweisung verwiesen¹¹.

2.2 Haupt-, Eventual- und Verfahrensanhänge

Das Erheben der geforderten materiellen Anträge macht solche auf Rückweisung hinfällig. Der Rückweisungsantrag als Hauptbegehren birgt die Gefahr des Nichteintretens, als Eventualbegehren ist er überflüssig, namentlich darf – auch mit Blick auf die Prozesskosten – nicht benachteiligt werden, wer keinen Antrag auf Rückweisung stellt.¹²

Darf der Berufungskläger mit der Begründung von – von der unteren Instanz nicht beurteilten – Klageelementen zugewartet werden; etwa mittels Antrag auf Nachholung einer Begründung, auf einen zweiten Schriftenwechsel und/oder auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung?

Der Rechtsmittelinstanz wird bei der Ausgestaltung des Verfahrens durch den Gesetzgeber ein grosser Spielraum eingeräumt.¹³ Die verfassungsrechtlichen und zivilprozessualen Verfahrensgrundsätze, sowie allgemeine Bestimmungen, bleiben indessen auch vor der oberen Instanz verbindlich.¹⁴ Die Verpflichtung zu einem Handeln nach Treu und Glauben (Art. 52 ZPO), der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 53 Abs. 1 ZPO) und die gerichtliche Fragepflicht (Art. 56 ZPO) erfordern, dass sich der Berufungskläger bezüglich der ausdrücklich vorbehaltenen Begründung der – in der Berufungsschrift nicht vorgebrachten – Klageelemente noch Gehör verschaffen kann.

Sofern die obere Instanz, nach dem ersten Schriftenwechsel oder nach Durchführung von Beweisabnahmen, eine Beurteilung der materiellen Anträge ins Auge fasst, hat sie dem Berufungskläger die Gelegenheit einzuräumen, sich noch zu den weiteren – im angefochtenen Urteil nicht abgehandelten – Elementen (z.B. Schadens- oder Forderungshöhe, weitere Anspruchsgrundlagen) zu äussern; sei dies im Rahmen einer ergänzenden Stellungnahme, einem zweiten Schriftenwechsel oder in der mündlichen Verhandlung.

Die Gefahr, dass die Rechtsmittelinstanzen Anträge auf weitere Äusserungen abweisen werden, ist – unbesehen der Verfahrensgarantien – dennoch nicht von der Hand zu weisen. Unter Hinweis auf die Begründungspflicht (Art. 311 ZPO) und den fehlenden Anspruch auf weitere Vorbringen (Art. 316 ZPO), werden diese versucht sein, keine späteren Begründungen zuzulassen und – evt. gerade mangels solcher – die Sache an die Vorinstanz zurückweisen. The worst case, nämlich dass die Rechtsmittelinstanz zwar die Rügen des Berufungsklägers schützt, diesen aber nicht mehr zur Begründung der von ihm vorbehaltenen, von der Vorinstanz nicht beurteilten Klagepunkte zulässt und die Klage materiell abweist, dürfte indessen gegen die genannten Prinzipien verstossen.

Fazit

Der vorsichtige Rechtsvertreter ist gut beraten, in der Berufungsschrift Ausführungen zu sämtlichen – auch von der Vorinstanz nicht beurteilten – Klageelementen zu machen.

Die richterlichen Instanzen werden – um langwierige Rechtsschriften und damit verbundenen allfälligen überflüssigen Aufwand bei den Parteien (und den Gerichten) zu verhindern – eingeladen, *Leitlinien* aufzustellen, die etwa aufzeigen, welche Anforderungen an die Berufungsschriften mit Blick auf die Begründung beurteilten und insbesondere nicht beurteilten Klagepunkte gestellt werden; in welchen Fällen mit einem weiteren Vortrag gerechnet werden darf, für welche Fälle der Aktenentscheid oder die Rückweisung vorbehalten wird. Solche Empfehlungen wären einer einheitlichen Anwendung der ZPO und damit der Rechtssicherheit förderlich.

« Justice delayed is justice denied ».

Recht sprechen verlangt, Recht *ohne Verzug* zu sprechen. Wer, um sein Recht zu beanspruchen, den Richter anruft, trägt gemäss (schweizerischer) ZPO alle Risiken¹⁵. Hinzu kommt die Gefahr der Uneinbringlichkeit gerichtlich anerkannter Ansprüche, welche mit dem Zeitablauf wächst.¹⁶

Der Klägerfeindlichkeit des schweizerischen Rechtssystems ist mittels Etablierung einer effizienten Gerichtsbarkeit zu begegnen. Einzig damit kann begründeten materiellen Ansprüchen zum Durchbruch verholfen wer-

¹¹ Peter Volkart beschreibt spricht sich für eine Beweisabnahme durch die Berufungsinstanz aus (DIKE-Komm-ZPO, Art. 318 N 7f.); ähnl. Karl Spühler, BSK ZPO Art. 318 N 4, eher zugunsten des Erfordernisses einer Rückweisung scheint Hungerbühler zu sein (a.a.O., Art. 311 N 18)

¹² Gemäss Art. 104 Abs. 4 ZPO kann die Berufungsinstanz bei Rückweisung – in Abweichung des Grundsatzes der Verteilung nach Obsiegen/Unterliegen – die Verteilung ohnehin der unteren Instanz überlassen.

¹³Die Bestimmung in Art. 316 ZPO lässt den Aktenentscheid, einen zweiten Schriftenwechsel, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, letztere beiden zusammen oder die Beweisabnahme zu (vgl. Volkart, a.a.O. Art. 316 N 5)

¹⁴ Vgl. etwa Volkart, a.a.O., Art. 316 N 7

¹⁵ Gerichtskostenvorschuss (Art. 98); Sicherheitsleistung für die Parteientschädigung (Art. 99); Beweiserhebungsvorschüsse (Art. 102), welche regelmässig die anspruchsbegründende, beweispflichtige Partei trifft; Liquidation der Parteikosten zulasten der bevorschussenden Klägerin (Art. 111 Abs. 1); Das Ausfallrisiko trägt der obsiegende Kläger (Art. 111 Abs. 2); Erschwerung der Beweisführung durch Zeitablauf; Keine Herabsetzung des Beweismasses, keine Milderung der Beweisführungslast oder der Substanziierungspflicht durch Zeitablauf

¹⁶ Der Beklagte kann Vermögen verschieben; Private oder Firmen werden insolvent, natürliche Personen - Kläger oder Beklagte - sterben

den. Ein Schritt in diese Richtung machen Berufungsinstanzen, sofern sie den unvollständigen Sachverhalt eigens erheben, Beweise abnehmen und materielle Entscheidungen fällen.