

Das sogenannte Rügeprinzip gemäss BGG und ZPO und die materielle Ausschöpfung des Instanzenzugs*

LUKAS WENDT**

SCHLAGWÖRTER	Rügeprinzip – Begründungspflicht – <i>iura novit curia</i> – Instanzenzug – Rechtsmittelverfahren
ZUSAMMENFASSUNG	Der folgende Beitrag befasst sich mit dem Rügeprinzip vor Bundesgericht und im kantonalen Rechtsmittelverfahren der ZPO. Insbesondere wird der Frage nachgegangen, inwiefern durch dieses der Grundsatz <i>iura novit curia</i> eingeschränkt wird. Damit zusammenhängend widmet sich der Autor in Kürze der materiellen Ausschöpfung des Instanzenzugs.
RÉSUMÉ	L'article suivant traite le principe d'allégation devant le Tribunal fédéral ainsi que dans les procédures civiles devant la deuxième instance cantonale. En particulier, il est examiné, dans quelle mesure le principe <i>iura novit curia</i> est limité par ce dernier. En plus, l'auteur se penche brièvement sur le principe de l'épuisement matériel des instances.
ABSTRACT	The article at hand deals with the principle of allegation in procedures in front of the federal court and cantonal civil courts. In particular, it analyses whether and how this principle has a restrictive impact on the principle <i>iura novit curia</i> . Also, the author briefly addresses the principle of the material exploitation of the cantonal appeal system.

I. Einleitung

Wer vor Schweizer Gerichten in zivilrechtlichen Angelegenheiten prozessiert, darf infolge des Grundsatzes *iura novit curia* von deren Kenntnis des inländischen Rechts ausgehen.¹ Bei der Rechtskenntnis allein bleibt es allerdings nicht. Sowohl das Bundesgericht (Art. 106 Abs. 1 BGG²) als auch die kantonalen Instanzen (Art. 57 ZPO³) sind grundsätzlich dazu verpflichtet, das Recht von Amtes wegen anzuwenden.

Wer vor Bundesgericht oder den kantonalen Rechtsmittelinstanzen das Vertrauen in *iura novit curia* setzt, sollte infolge des sogenannten Rügeprinzips jedoch Vor-

sicht walten lassen. Der vorliegende Aufsatz befasst sich mit dem Thema, inwiefern und in welchem Umfang die Rechtsanwendung von Amtes wegen im Rechtsmittelverfahren durch das Rügeprinzip begrenzt wird und welche Folgen sich aus mangelhaften Rügen ergeben können. Die Beantwortung dieser Fragen verlangt zugleich, sich die Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen «dem» Rügeprinzip des BGG (Art. 106 Abs. 2 und Art. 42 Abs. 1 bzw. Abs. 2 BGG) und den Pflichten zur Begründung von den Rechtsmitteln der ZPO (insb. Art. 311 Abs. 1 ZPO) zu vergegenwärtigen. Dabei spiegelt sich die praktische Relevanz des Themas auch in der aktuellen Rechtsprechung, insbesondere in BGE 147 III 176, wider, die ebenfalls kritisch gewürdigt wird. Eng verbunden mit den Begründungspflichten ist zuletzt auf die materielle Ausschöpfung des Instanzenzugs einzugehen.

II. *iura novit curia* als Ausgangspunkt

Im klassischen Zivilprozess wird den Parteien die Aufgabe zuteil, den Prozessstoff, daher das Tatsachenfundament, in den Prozess einzubringen.⁴ Hingegen ist es in der

* Der vorliegende Aufsatz basiert in aktualisierter Form auf der Hausarbeit, die der Autor im Rahmen der Anwaltsprüfung Basel-Stadt FS 2022 eingereicht hat. Die Arbeit wurde mit der Bestnote bewertet.

Dieser Beitrag ist lizenziert unter Creative Commons Lizenz CC BY-NC-ND. DOI dieses Artikels: 10.3256/978-3-03929-036-9_04.

** LUKAS WENDT, MLaw, B Arts, Advokat, Doktorand und wissenschaftlicher Assistent bei Prof. Dr. Thomas Sutter-Somm, Universität Basel.

¹ WALTER J. HABSCHIED, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, Ein Lehrbuch seiner Grundlagen, 2. Aufl., Basel 1990, N 557.

² Schweizerisches Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (Bundesgerichtsgesetz, BGG, LTF; SR 173.110).

³ Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO, CPC; SR 272).

⁴ Vor kantonalen Instanzen gilt demnach grundsätzlich der sog. Verhandlungsgrundsatz (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Die objektive Beweislast ergibt sich demgegenüber aus dem materiellen Recht. Vgl. dazu nur CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 55 N 3.

Verantwortung des Gerichts, das Recht⁵ zu kennen. Es gilt der Grundsatz *iura novit curia*.⁶

Ausfluss⁷ der gerichtlichen Rechtskenntnis ist die Rechtsanwendung von Amtes wegen, wie sie sich für das Bundesgericht aus Art. 106 Abs. 1 BGG und für die kantonalen Gerichte aus Art. 57 ZPO ergibt.⁸ Dabei ist h.M., dass Art. 57 ZPO als Verfahrensgrundsatz auch im kantonalen Rechtsmittelverfahren anwendbar ist.⁹ Der Begriff «Rechtsanwendung» umfasst dabei einerseits die Ermittlung des anwendbaren Rechts und daraufhin die entsprechende Anwendung auf den massgeblichen Sachverhalt.¹⁰ Welche Teilgehalte sowohl von Art. 57 ZPO als

auch Art. 106 Abs. 1 BGG erfasst sind, lässt sich wie folgt auf einen Nenner bringen:

Das jeweilige Gericht ist an die rechtliche Begründung,¹¹ die von den Parteien vorgebracht wird, nicht gebunden.¹² Darüber hinaus ist die betreffende Rechtsmittelinstanz auch frei, von der rechtlichen Würdigung der Vorinstanz abzuweichen.¹³

Im Geltungsbereich der Dispositionsmaxime nach Art. 58 Abs. 1 ZPO gibt der präsentierte Streitgegenstand¹⁴ den äusseren Rahmen der Rechtsanwendung von Amtes wegen vor.¹⁵ Das Gericht darf das Recht nicht in einer Weise anwenden, dass eine Partei mehr oder etwas anderes erhält, als sie verlangt, oder weniger, als die Gegenpartei anerkannt hat.¹⁶ Freilich steht ein bereits ergangener Entscheid mit *res iudicata*-Wirkung einer erneuten

⁵ Nicht unter den Rechtsbegriff fallen Handelsbräuche oder die Verkehrssitte. Vgl. dazu FHB ZPO-GÖKSU, N 5.56. Zu einer Mitwirkungspflicht der Parteien hinsichtlich des ausländischen Rechts siehe Art. 16 Abs. 1 IPRG (Schweizerisches Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987, IPRG; SR 291) sowie Art. 150 Abs. 2 *in fine* ZPO, wobei das Gericht jedoch weiterhin der Rechtsermittlung verpflichtet ist. Vgl. dazu BGE 128 III 346, 351 E. 3.2.1.

⁶ Zu dieser Aufgabenverteilung bereits GEORG FRIEDRICH PUCHTA, Vorlesungen über das heutige römische Recht, erster Band, 2. Aufl., Leipzig 1849, 222: «In Beziehung auf die Facta verhält sich der Richter empfangend, die Parteien gebend, umgekehrt in Beziehung auf die Rechtsätze: narra mihi factum, ego tibi narrabo ius.»; vgl. auch PHILIPP ZIEGLER, Von der Rechtsmittelvielfalt zur Einheitsbeschwerde, Bestandesaufnahme – Probleme – Lösungen, Diss. Basel 2003, 184 f.

⁷ Die Rechtsanwendung von Amtes wegen ist Folge von *iura novit curia*. Die beiden Grundsätze werden aber grundsätzlich synonym verwendet, vgl. dazu THOMAS SUTTER, Auf dem Weg zur Rechtseinheit im schweizerischen Zivilprozessrecht, Habil. Freiburg 1998, N 236, Fn. 1188 m.V.a. BGE 110 Ia 1, 4, E. 2a; SHK BGG-VON WERDT, Art. 106 N 3.

⁸ Wobei die Rechtsanwendung von Amtes wegen bereits vor der ZPO als Reflexwirkung aus Art. 63 aOG (altes Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege) heraus für die kantonalen Instanzen vorgegeben war. Siehe dazu BGE 89 II 337, 339 f., E. 2; vgl. auch MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, 155, Fn. 1a).

⁹ BGE 139 III 126, 130 E. 3.2.2 (implizit); AGE BS, ZB.2018.7 (6. Februar 2019), E. 1.2.2; MARCO CHEVALIER/BENEDIKT SEILER, Das Rügeprinzip vor Bundesgericht und der oberen kantonalen Instanz, in: Fankhauser Roland et al. (Hrsg.), Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, Zürich 2016, 49 ff., 55; KATHRIN KLETT, Rechtsmittelbegründung als Basis und Grenze der funktionellen Zuständigkeit, in: Fankhauser Roland et al. (Hrsg.), Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, Zürich 2016, 333 ff., 338. Die Bindung von Art. 57 ZPO – ohne Begründung – auf das Bundesgericht erweiternd Urs FASEL, Abschied von *iura novit curia* und der Rechtseinheit? – Zur Abkehr von einer zweitausendjährigen Tradition durch die neuste bundesgerichtliche Rechtsprechung, SJZ 2022, 934 ff., 939.

¹⁰ CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 57 N 4 ff.

¹¹ Dies gilt auch bei einer übereinstimmenden Rechtsauffassung der Parteien. Vgl. dazu BSK ZPO-GEHRI, Art. 57 N 5.

¹² LORENZ KNEUBÜHLER, Die Verfahrensgrundsätze des BGG: Bedeutung, Problematik und Auswirkungen auf die Beschwerde- und vorinstanzliche Urteilsbegründung, ZBJV 2019, 469 ff., 474; bereits zum aOG vgl. FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, 211 f.; zur Anrufung falscher Rechtssätze siehe BGE 139 II 404, 415, E. 3; zur Verbindung zum rechtlichen Gehör siehe BGer 4D_28/2013 (23. Oktober 2013), E. 4 sowie CHRISTOPH LEUENBERGER/BEATRICE UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Bern 2016, N 4.55; vgl. zur Motivsubstitution PC CPC-CHABLOZ, Art. 57 N 3.

¹³ BGE 143 V 19, 23 f., E. 2.3; 132 II 257, 262, E. 2.5; zum Ganzen CHRISTOPH HURNI, Zum Rechtsmittelgegenstand im Schweizerischen Zivilprozessrecht, Habil. Bern 2018, N 358 (zit. Gegenstand).

¹⁴ BGE 141 II 307, 316 f., E. 6.8; es wird ein zweigliedriger Streitgegenstandsbegriff zugrunde gelegt, der sich aus den Rechtsbegehren und dem zugehörigen Tatsachenfundament ergibt. Vgl. dazu GIAN SANDRO GENNA, Lebenssachverhalt oder Rechtsanwendung? – Ein interdisziplinärer Streifzug durch das Prozessrecht zwischen Streitgegenstand und «*iura novit curia*», recht 2008, 144 ff., 144; siehe aber HURNI, Gegenstand (Fn. 13) unter S. 10 f. zum sog. Rechtsmittelgegenstand.

¹⁵ KUKO ZPO-OBERHAMMER/WEBER, Art. 57 N 3; früher bereits GULDENER (Fn. 8), 156; ISAAK MEIER, *iura novit curia*, Die Verwirklichung dieses Grundsatzes im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1975, 24; ZIEGLER (Fn. 6), 183; siehe schon BGE 21 (1895) 1076 ff. E. 3; aus der Bindung an den Streitgegenstand folgt demnach auch, dass die rechtliche Würdigung nicht auf Tatsachen bezogen sein kann, die nicht in den Prozess eingebracht und bewiesen worden sind. Siehe dazu GENNA (Fn. 14), 147.

¹⁶ LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (Fn. 12), N 4.49; ADRIAN STAEHELIN/EVA BACHOFNER, in: Staehelin/Staehelin/Grolimund (Hrsg.), Zivilprozessrecht, Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 3. Aufl., Zürich 2019, § 10 N 4.

rechtlichen Prüfung auf Basis der Rechtsanwendung von Amtes wegen entgegen.¹⁷

Nachfolgend wird betrachtet, wie die verschiedenen Rügeprinzipien des BGG und gemäss der ZPO die Rechtsanwendung von Amtes wegen vor Rechtsmittelinstanzen begrenzen. Die gewählte Arbeitsstruktur entgegen dem Instanzenzug erfolgt aufgrund der Stringenz.¹⁸

III. Rügeprinzipien im BGG

Entgegen der Formulierung im Titel des Aufsatzes ist von Rügeprinzipien im Plural die Rede. Die Terminologie zu Art. 106 Abs. 2 und Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG ist uneinheitlich.¹⁹ Mit der Verwendung des Plurals kommt zum Ausdruck, dass sich die Anforderungen aus Art. 42 Abs. 1 und 2 sowie Art. 106 Abs. 2 BGG unterscheiden.

A. Das strenge Rügeprinzip nach Art. 106 Abs. 2 BGG

1. Gesetzeswortlaut und historische Einordnung

Bereits im Wortlaut der Norm²⁰ kommt das Rügeprinzip zum Ausdruck. So hat ein Beschwerdeführer u.a. die Verletzung von Grundrechten ausdrücklich als «Rüge» vorzubringen und auch zu begründen. Aus der einschlägigen Botschaft geht unmittelbar der gesetzgeberische Wille hervor, dass Art. 106 Abs. 2 BGG die Rechtsanwendung von Amtes wegen in Fortsetzung der Praxis zur staatsrechtlichen Beschwerde einschränken soll.²¹

2. Inhaltliche Anforderungen und Folgen

Zur Befriedigung des «strengen» Rügeprinzips²² hat der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde «klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids darzulegen, inwiefern die angerufenen Rechte verletzt worden sein sollen».²³ Zusätzlich müssen die angeblich verletzte Norm sowie deren Inhalt explizit genannt und beschrieben werden.²⁴ Aufzuzeigen ist ferner, wie die angeblich richtige Anwendung der genannten Norm zu einem anderen Ergebnis geführt hätte.²⁵ Erfüllt der Beschwerdeführer diese Anforderungen nicht, erfolgt grundsätzlich ein Nichteintretensentscheid betreffend beispielsweise die allfällige Verletzung eines Grundrechts,²⁶ woran auch eine tatsächlich vorliegende Verfassungsverletzung nichts zu ändern vermag.²⁷ Insofern wirkt sich das strenge Rügeprinzip auf formeller Ebene aus, verhindert eine rechtliche Prüfung von Amtes wegen folglich von vorneherein. Sollte es infolge anderweitiger begründeter Rügen dazu kommen, dass das Bundesgericht auf eine Beschwerde in Zivilsachen eintritt, verhindert Art. 106 Abs. 2 BGG eine eigenständige Prüfung der hierin genannten Rechte ebenfalls. In diesem Sinne wird die Rechtsanwendung von Amtes wegen gemäss Art. 106 Abs. 1 BGG eingeschränkt.²⁸

B. Das einfache Rügeprinzip nach Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG

1. Gesetzeswortlaut und historische Einordnung

Während Art. 106 BGG mit «Rechtsanwendung» betitelt ist, äussert sich Art. 42 BGG zum Inhalt der «Rechtschriften». Diese haben eine «Begründung» zu enthalten (Abs. 1), in der wiederum «in gedrängter Form» anzu-

¹⁷ BSK BGG-DORMANN, Art. 106 N 7; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER ZPO, Art. 57 N 3.

¹⁸ Vgl. hierzu (S. 7 ff.).

¹⁹ Vgl. SHK BGG-GÜNGERICH, Art. 42 N 10 ff.: Gesteigerte Begründungspflicht; KLETT (Fn. 9), 342, die allgemein von einer Rügepflicht spricht; KNEUBÜHLER (Fn. 12), 474: Strenges Rügeprinzip, 477: Eingeschränktes Rügeprinzip; HEINRICH KOLLER, Grundzüge der neuen Bundesrechtspflege und des vereinheitlichten Prozessrechts, in: Ehrenzeller Bernhard/Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die Reorganisation der Bundesrechtspflege – Neuerungen und Auswirkungen in der Praxis, St. Gallen 2006, 9 ff., 36; SHK BGG-VON WERDT, Art. 106 N 7: Rügepflicht, an späterer Stelle dann Rügeprinzip.

²⁰ ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl., Bern 2019, 67: Der Wortlaut ist Ausgangspunkt jeder Interpretation; vgl. auch JAKOB STREBEL, Vom Richter und seinem Amte, ZBJV 1953, 137 ff., 148.

²¹ Botschaft BGG 2001, 4344; vgl. auch CHEVALIER/SEILER (Fn. 9), 52.

²² Es ist auch von gesteigerter oder strenger Rügepflicht die Rede; vgl. dazu HURNI, Gegenstand (Fn. 13), N 282.

²³ BGE 142 V 577, 579, E. 3.2; MARCO CHEVALIER, Die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht, Diss. Basel 2009, N 487; LORENZ MEYER, Wege zum Bundesgericht – Übersicht und Stolpersteine, ZBJV 2010, 797 ff., 871.

²⁴ NICOLAS VON WERDT, Die Beschwerde in Zivilsachen, Ein Handbuch für Beschwerdeführer und Beschwerdegegner, Bern 2010, N 616; Vorsicht ist ausserdem dann geboten, wenn die Verletzung verfassungsmässiger Rechte erstmals vor Bundesgericht angehoben wird. Es ist nicht abschliessend geklärt, ob das Bundesgericht gestützt auf Art. 106 Abs. 2 BGG die sog. materielle Ausschöpfung des Instanzenzugs verlangt. Vgl. dazu KNEUBÜHLER (Fn. 12), 488 ff.

²⁵ BGer 5A_853/2009 (4. Februar 2010), E. 1.2.

²⁶ KARL SPÜHLER/DOMINIK VOCK, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, 2. Aufl., Zürich 2011, 109.

²⁷ BGE 143 II 283, 286, E. 1.2.2; 139 I 229, 232, E. 2.2.

²⁸ Vgl. dazu VON WERDT (Fn. 24), N 695. Kritisch hierzu CHEVALIER (Fn. 23), N 489; CHEVALIER/SEILER (Fn. 9), 52.

geben ist, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt (Abs. 2). Demnach gibt bereits der Wortlaut darüber Auskunft, dass im bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren auch rechtliche Rügen vorzubringen sind. Die einschlägige Botschaft äussert sich im Gegensatz zur Situation bei Art. 106 Abs. 2 BGG hingegen nicht ausdrücklich dazu, dass die in Art. 42 Abs. 2 BGG normierte Begründungspflicht eine Einschränkung der Rechtsanwendung von Amtes wegen bewirken soll. Im Gegenteil sollen weitere Rügen auch dann überprüfbar sein, wenn sie unzureichend begründet wurden, sofern nur eine andere Rüge hinreichend begründet wurde, die dasselbe Begehren betrifft und nicht ein Fall von Art. 106 Abs. 2 BGG einschlägig ist.²⁹

2. Inhaltliche Anforderungen und Folgen

Die in Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG festgehaltene Begründungspflicht wird auch als einfaches bzw. eingeschränktes Rügeprinzip bezeichnet.³⁰ Sie verpflichtet den Beschwerdeführer dazu, dessen Kritik an den fehlerhaften Erwägungen der Vorinstanz anzusetzen.³¹ Allfällige Verweise auf Akten müssen eindeutig sein.³² Zudem muss die Begründung ergebnisbezogen ausfallen.³³ Weiter ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 42 Abs. 2 BGG, dass eine Darlegung der Rechtsverletzung in gedrängter Form geliefert werden muss. Im Unterschied zur strengen Rügepflicht nach Art. 106 Abs. 2 BGG ist die explizite Nennung der Rechtsnormen nicht nötig.³⁴ Erfüllt der Beschwerdeführer diese Anforderungen bezüglich keiner (ausschlaggebenden) Rüge, tritt das Bundesgericht auf die Beschwerde nicht ein (bei Offensichtlichkeit gilt Art. 108 Abs. lit. b BGG).³⁵ Es genügt nach dem Geschriebenen in keiner Weise, die vor der Vorinstanz angebrachte Argumentation schlicht zu wiederholen.³⁶ Auf diese sogenannte appellatorische Kritik erfolgt kein Eintreten in der Sache.³⁷

Tritt das Bundesgericht auf eine Beschwerde ein, weil zumindest bestimmte Rügen vorgebracht wurden, deren Begründung den Anforderungen von Art. 42 Abs. 2 BGG gerecht wird, auferlegt es sich grosse Zurückhaltung bei der Prüfung nicht bzw. nur ungenügend gerügter rechtlicher Erwägungen der Vorinstanz. Im Grunde beschränkt es seine Prüfung auf die vorgebrachten Rügen und schreitet darüber hinaus lediglich – aber immerhin – bei offensichtlichen Rechtsverletzungen ein.³⁸ Diese Auslegung von Art. 42 Abs. 2 BGG ist in der Lehre umstritten. Die Befürworter der bundesgerichtlichen Rechtsprechung berufen sich hierbei insbesondere auf die funktionelle Zuständigkeit der Rechtsmittelinstanzen,³⁹ den allgemeinen Sinn und Zweck der Rechtsmittel gemäss BGG (und auch ZPO) als Urteilskontrolle (in Gegenüberstellung zum Rechtsmittelverfahren als Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens)⁴⁰ oder daran anknüpfend auf die Begrenzung durch den sogenannten Rechtsmittelgegenstand.⁴¹ Als Stütze für ihre Argumentation führen die Befürworter einerseits den angeblichen Willen des Gesetzgebers, andererseits die Rechtsprechung des Bundesgerichts an.⁴²

Der Wille des Gesetzgebers wird gleichwohl auch von den Gegnern der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ins Feld geführt. Sinn und Zweck von Art. 42 Abs. 2 BGG sei nicht die Einschränkung von *iura novit curia* gewesen. Darüber hinaus entbehre die Einschränkung auf offensichtliche rechtliche Mängel denn auch einer gesetzlichen Grundlage.⁴³ Endlich wird ausserdem auf den unterschiedlichen Wortlaut von Art. 42 Abs. 2 BGG zu Art. 106 Abs. 2 BGG hingewiesen.

²⁹ Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001 4202 ff., 4294 f.

³⁰ Vgl. dazu KNEUBÜHLER (Fn. 12), 477.

³¹ BGE 134 II 244, 246 f., E. 2.3.

³² BGE 133 II 396, 399 f., E. 3.2.

³³ Siehe Art. 76 Abs. 1 lit. b BGG; BGE 133 IV 119, 120 f., E. 6.3.

³⁴ BGE 142 I 99, 106, E. 1.7.1; 140 III 86, 88 ff., E. 2.

³⁵ BGE 136 I 65 E. 1.3.1; ungenügend begründete Beschwerdeschriften können auch nicht m.V.a. Art. 42 Abs. 5 und 6 BGG verbessert werden; vgl. dazu BGG Komm-DOLGE, Art. 42 N 47; dies gilt in Bezug auf Art. 132 ZPO auch für die Berufung; vgl. dazu BENEDIKT SEILER, Die Berufung nach ZPO, Diss. Basel 2013, N 918.

³⁶ BGE 140 III 115, 116 f., E. 2.

³⁷ Vgl. dazu SEILER (Fn. 35), N 896; a.A. BK ZPO-STERCHI, N 20.

³⁸ BGE 144 V 173, 175, E. 1.2; 143 V 19, 23 f., E. 2.3; CHEVALIER (Fn. 23), N 481; speziell zur Feststellung von Nichtigkeit, siehe SÉBASTIEN MORET, Zum Verhältnis zwischen Nichtigkeit und Novenrecht in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, ZZZ 2014-2015, 29 ff., 30.

³⁹ Vgl. dazu KLETT (Fn. 9), 345; wobei KLETT sogar über die zuvor zitierte Rechtsprechung hinausgeht und davon ausgeht, die funktionelle Zuständigkeit verbiete eine Rechtsanwendung über den gerügten Rahmen hinweg.

⁴⁰ Zum Rechtsmittelkonzept siehe HURNI, Gegenstand (Fn. 13), N 136 ff.; vgl. auch MEYER (Fn. 23), 870 f.: Prüfprogramm.

⁴¹ Vgl. HURNI, Gegenstand (Fn. 13), N 469, 832 f.

⁴² Vgl. dazu HURNI, Gegenstand (Fn. 13), N 323, 364; KLETT (Fn. 9), 342.

⁴³ Vgl. dazu MARTIN SCHUBARTH, Anfechtung von Doppelbegründungen und *iura novit curia*, SZPP 2008, 303 ff., 309; zum Ganzen CHEVALIER/SEILER (Fn. 9), 54.

C. Stellungnahme zu den Rügeprinzipien

Es ist kritisch zu würdigen, weshalb Art. 42 Abs. 2 BGG über seine formellen Wirkungen hinaus (Nichteintreten) ebenso den Prüfungsumfang des Bundesgerichts in materieller Hinsicht begrenzen soll, da diese Rechtsprechung praxisgemäss grundsätzlich auf die Anforderungen sowie die Wirkung der Begründung nach Art. 311 Abs. 1 ZPO übertragen wird.⁴⁴

Obschon es mit CHEVALIER/SEILER fraglich ist, dass mittels Art. 42 Abs. 2 BGG trotz des unterschiedlichen Wortlauts zu Art. 106 Abs. 2 BGG *iura novit curia* ebenfalls eingeschränkt werden soll, ist zu konstatieren, dass erstere Norm im Unterschied zu Art. 311 Abs. 1 ZPO⁴⁵ zumindest einen Bezug zu einem Begründungserfordernis rechtlicher Art enthält und so die Überlegung, dass hieraus ein rechtliches Prüfprogramm vorgegeben wird, nicht vollkommen fernliegt. Allerdings ist festzustellen, dass der Begriff des einfachen Rügeprinzips irreführend ist, sind die Unterschiede zum strengen Rügeprinzip doch eher minim. Letzteres verlangt weitergehend nur die explizite Nennung der verletzten Norm.⁴⁶ Das einfache Rügeprinzip wird somit streng angewandt.

IV. Die Pflicht zur Begründung kantonaler Rechtsmittel

Dem Gesetzeswortlaut folgend⁴⁷ wird vorliegend im kantonalen Rechtsmittelverfahren von einer Begründungspflicht ausgegangen. Ob diese im Ergebnis auf ein eigentliches «Rügeprinzip» gemäss BGG hinausläuft (formelles Erfordernis rechtlicher Rügen bzw. materielle Einschränkung der Rechtsanwendung von Amtes wegen), soll terminologisch nicht vorweggenommen werden.

A. Gesetzeswortlaut – inhaltliche Anforderungen – Folgen

Dem Gesetzeswortlaut nach ist die Berufung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) begründet einzureichen.⁴⁸ Der Berufung und der Beschwerde in Zivilsachen ist gemein, dass sich die Begründung der jeweiligen Rechtsmittel-

schrift gezielt mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinandersetzen muss.⁴⁹ Unbegründetes Bestreiten oder gar eine reine Wiederholung vorinstanzlicher Argumente findet als appellatorische Kritik auch vor der Berufungsinstanz keinen Anklang.⁵⁰ Aus der Begründungspflicht geht zudem implizit auch die Pflicht zur Stellung von Berufungsanträgen hervor.⁵¹ In der Berufungsschrift ist aufzuzeigen, wie der erstinstanzliche Entscheid geändert oder aufgehoben werden soll.⁵² Generelle Verweise auf die Akten der Vorinstanz sind vor zweiter Instanz ebenso wenig behilflich wie vor Bundesgericht.⁵³ Ein Rechtsschutzinteresse ist nur dann gegeben, wenn das Rechtsmittel eine Änderung des erstinstanzlichen Entscheids im Ergebnis bewirkt. Mithin ist eine Auseinandersetzung mit allen alternativen Begründungen der Vorinstanz notwendig.⁵⁴ Der Detailgrad der Begründung richtet sich grundsätzlich nach der Komplexität des Falls.⁵⁵ Fehlt eine Begründung gänzlich oder erfüllt sie die Anforderungen i.S.v. Art. 311 Abs. 1 ZPO nicht, erfolgt gleich wie vor Bundesgericht (Art. 42 Abs. 2 BGG) ein Nichteintretensentscheid.⁵⁶ Mit Blick auf die Rügeprinzipien des BGG und der zugehörigen Rechtsprechung des Bundesgerichts

sprechung. Sie gilt gleichermassen auch für die Beschwerde. Siehe dazu Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7221 ff., 7378; BGE 147 III 176, 178 ff., E. 4.2.1; BGer 5D_190/2014 (12. Mai 2015), E. 2; vgl. auch CHEVALIER/SEILER (Fn. 9), 61; HURNI, Gegenstand (Fn. 13), N 259, Fn. 396; STEINER (Fn. 46), N 438 m.w.H. auch auf die a.A.

⁴⁹ BSK ZPO-SPÜHLER, Art. 311 N 15; OLIVIER STEINER, Mietrecht – ein kleiner Rundgang durch die Gerichtspraxis, BJM 2018, 3 ff., 25; vgl. auch STEINER (Fn. 46), N 531, welcher treffend feststellt, dass der Umfang der Beanstandungen abstrakt kaum zu beschreiben sei; CP CPC-VERDA CHIOCCHETTI, Art. 311 N 21.

⁵⁰ Dike Komm ZPO-HUNGERBÜHLER/BUCHER, Art. 311 N 31; SEILER (Fn. 35), N 896.

⁵¹ ZPO Komm-REETZ/THEILER, N 34.

⁵² BGE 137 III 617, 618 f., E. 4.2.2.

⁵³ BGE 138 III 374, 375 f., E. 4.3.1.

⁵⁴ BGer 4A_263/2015 (29. September 2015), E. 5.2.

⁵⁵ ZPO Komm-REETZ/THEILER, Art. 311 N 37; BK ZPO-STERCHI, Art. 311 N 19; anders Botschaft ZPO 2006 (Fn. 48), 7373; reduzierte Anforderungen gelten für Laien; vgl. dazu OGer ZH, PF160037 (17. Oktober 2016), E. 2.

⁵⁶ SEILER (Fn. 35), N 919 mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung; a.A. MICHAEL GRABER, Die Berufung in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Bern 2011, 189. Dabei ist der von GRABER angebrachte Hinweis auf Art. 313 Abs. 2 lit. b ZPO nicht ganz unberechtigt. Die angesprochene Norm wird aber als gesetzgeberisches Versehen betrachtet und soll mit der aktuellen Revision der ZPO aufgehoben werden. Vgl. dazu Botschaft zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxisnähe und der Rechtsdurchsetzung) vom 26. Februar 2020, BBl 2020 2697 ff., 2770 f.

⁴⁴ Siehe dazu S. 8 f.

⁴⁵ Siehe dazu S. 12.

⁴⁶ BGE 140 III 86, 88 ff., E. 2; JAKOB STEINER, Die Beschwerde nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Basel 2019, N 529; VON WERDT (Fn. 24), N 616.

⁴⁷ Siehe Art. 311 Abs. 1, 321 Abs. 1 und Art. 329 Abs. 1 ZPO.

⁴⁸ Die Begründungspflicht gilt auch im Fall der *Offizialmaxime* sowie im Bereich des Untersuchungsgrundsatzes. Vgl. dazu CR CPC-JEANDIN, N 3 m.V.a. die bundesgerichtliche Recht-

werden in der Lehre insbesondere zwei Fragen unterschiedlich beantwortet:

1. Hat die Begründung gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO wie diejenige nach Art. 42 Abs. 2 BGG ebenfalls rechtliche Rügen zu enthalten?
2. Sollte Ersteres zutreffen: Kann oder muss die Berufungsinstanz ihre Rechtsanwendung auf die vorgebrachten Rügen beschränken oder nicht?

B. Entwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

Hinsichtlich der nachfolgenden Stellungnahme⁵⁷ ist es sinnvoll, nicht nur den letzten Stand der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, sondern einen weiteren Ausschnitt seit Inkrafttreten der ZPO aufzuzeigen, aus dem sich die stetige Verschärfung der Begründungspflicht gem. Art. 311 Abs. 1 ZPO durch das Bundesgericht ergibt.

1. Das Gericht muss prüfen, was es prüfen kann

Das Bundesgericht äusserte sich in früheren Entscheiden in der Weise zur Rechtsanwendung von Amtes wegen im Berufungsverfahren, dass Art. 57 ZPO auch dort⁵⁸ bzw. kein Rügeprinzip⁵⁹ gelte. Wenn das Bundesgericht das Rügeprinzip mit Rückgriff auf Art. 42 Abs. 2 sowie Art. 106 Abs. 2 BGG so verstanden hätte, dass über die gestellten Rügen hinaus keine rechtliche Prüfung erfolge, könnte aus der Pauschalaussage, es gelte kein Rügeprinzip, womöglich auf eine Verpflichtung der Berufungsinstanz zur umfassenden Rechtsprüfung geschlossen werden. Das Gericht müsste also prüfen, was es im Rahmen der Kognition prüfen kann. Ob dies aber tatsächlich die Meinung des Bundesgerichts war, kann mit Blick auf die weitere Rechtsprechung auch bezweifelt werden.⁶⁰

2. Das Gericht darf prüfen, was es prüfen kann

Von der zumindest pauschalen Aussage, dass im Berufungsverfahren kein Rügeprinzip gelte, ist das Bundesgericht nach gefestigter Rechtsprechung inhaltlich abgekommen. Zwar eröffne Art. 310 Abs. 1 lit. a ZPO der Berufungsinstanz eine vollständige Überprüfungs-

befugnis rechtlicher Mängel, sie sei aber nicht gehalten, losgelöst von der schriftlichen Begründung sämtliche sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen.⁶¹ Mit Ausnahme offensichtlicher Mängel gäben die Rügen der Parteien das für *iura novit curia* grundsätzliche Prüfungsprogramm vor.⁶²

Nach dieser Rechtsprechung erfährt der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen nach Art. 57 ZPO also eine Einschränkung dahingehend, dass die Berufungsinstanz grundsätzlich nicht dazu verpflichtet ist, den vorinstanzlichen Entscheid über den rügemässig vorgegebenen Prüfrahmen hinaus auf seine Rechtmässigkeit zu überprüfen.⁶³ Dies entspricht im Grunde der Rechtsprechung zu Art. 42 Abs. 2 BGG.⁶⁴ Allerdings geht aus den zitierten Entscheiden nicht hervor, dass es der Berufungsinstanz auf Grundlage von Art. 311 Abs. 1 ZPO untersagt sei, das Prüfprogramm auch zu verlassen. In diesem Lichte erscheint die Einschränkung von Art. 57 ZPO zwar grundsätzlich gegeben, aber dennoch fakultativ.⁶⁵ Das Gericht darf prüfen, was es im Rahmen seiner Kognition prüfen kann.⁶⁶

3. Das Gericht darf (nur) prüfen, was es prüfen muss

Mit BGE 147 III 176 verschärft das Bundesgericht die Einschränkung von Art. 57 ZPO weiter. Dem Fall liegt ein Verfahren um provisorische Rechtsöffnung nach Art. 82 Abs. 1 SchKG⁶⁷ zugrunde. Im Beschwerdeverfahren vor dem Obergericht des Kantons Bern bemängelte die damalige Beschwerdeführerin «die Art und Weise, wie das Regionalgericht aus verschiedenen Schriftstücken einen Rechtsöffnungstitel zusammengesetzt hatte».⁶⁸ Fraglich war demnach, ob einer aus mehreren Urkunden zusammengesetzter provisorischer Rechtsöffnungs-

⁵⁷ Siehe Kapitel IV.D.

⁵⁸ BGE 139 III 126, 130, E. 3.2.2 (implizit).

⁵⁹ BGer 5A_62/2014 (17. Oktober 2014), E. 2.2.

⁶⁰ Anders vgl. bspw. KGer GR, ZK1 12 12 (2. Juli 2012), E. 1 bc): Es kommt explizit zum Ausdruck, dass die Begründungspflicht im Beschwerdeverfahren an der Rechtsanwendung von Amtes wegen gem. Art. 57 ZPO nichts ändere.

⁶¹ BGE 142 III 413, 416 ff., E. 2.2.4.

⁶² Zum Ganzen BGE 144 III 394, 397 f., E. 4.1.4; anschaulich AGE BS, ZB.2020.38 (11. Mai 2021), E. 2.1.

⁶³ Vgl. auch OGer BE, ZK 12 665 (5. März 2013), E. 4., in dem dieses Verständnis auch auf kantonaler Ebene gut zum Ausdruck kommt.

⁶⁴ BGE 143 V 19, 23 f., E. 2.3; FHB ZPO-MORET, N 29.43.

⁶⁵ Vgl. dazu CR CPC-HALDY, N 4, der den fakultativen Charakter gut beschreibt: «lorsque des questions ne sont plus soulevées par les parties en deuxième instance, on ne saurait reprocher au juge d'appel de ne pas revoir ces questions[.]».

⁶⁶ Zu diesem Verständnis der Kognition siehe HURNI, Der Rechtsmittelprozess der ZPO, ZBJV 2020, 71 ff., 77 f. (zit. Prozess).

⁶⁷ Schweizerisches Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SchKG; SR 281.1).

⁶⁸ BGE 147 III 176, 180 ff., E. 4.2.2.

titel gegeben war.⁶⁹ Das Obergericht hielt hingegen fest, dass die relevanten Urkunden schon von deren Inhalt her nicht geeignet wären, um als Rechtsöffnungstitel für eine infrage stehende Strafzahlung zu dienen.⁷⁰ Das Bundesgericht entschied nun, dass das Obergericht den Inhalt der jeweiligen Urkunden mangels Rügen gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO nicht hätte prüfen dürfen.⁷¹

Im Unterschied also zu den zuvor unter Ziff. 2 dargestellten Entscheiden sollen die rechtlichen Rügen der Beschwerdeschrift (oder auch Berufungsschrift) den Rahmen der Rechtsanwendung von Amtes wegen für die kantonale Rechtsmittelinstanz offenbar obligatorisch vorgeben.⁷² Das Gericht darf also trotz umfassender Kognition gemäss Art. 310 Abs. 1 lit. a ZPO nur noch die Rechtsfragen prüfen, die sie auf Basis der rechtlichen Rügen der Berufungsschrift prüfen muss.⁷³

C. Auffassungen in der Lehre

Die Lehre ist hinsichtlich der Entwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich in drei Gruppen⁷⁴ geteilt, die nachfolgend dargestellt werden.

1. Ablehnung von Rügeprinzipien für die ZPO

Die Gegner einer Einschränkung der Rechtsanwendung von Amtes wegen im kantonalen Rechtsmittelverfahren gemäss Art. 57 ZPO durch ein Rügeprinzip berufen sich u.a. darauf, dass im Unterschied zu Art. 42 Abs. 2 oder Art. 106 Abs. 2 BGG eine rechtliche Grundlage in der ZPO hierfür fehle. In Ermangelung einer solchen werde Rückgriff auf Art. 311 Abs. 1 ZPO genommen, der jedoch bereits Hinweise, dass eine rechtliche Begründung überhaupt notwendig wäre, vermissen lasse.⁷⁵ Darüber hinaus

widerspreche es auch dem Willen des Gesetzgebers, den Rechtsschutz im Vergleich zur Rechtslage vor Inkrafttreten der ZPO durch ein Rügeprinzip analog zum BGG einzuschränken.⁷⁶ Zusätzlich wird bemängelt, dass die ZPO betreffend die Frage nach einer strengen Rügepflicht zu stark im Lichte des BGG ausgelegt werde.⁷⁷ Ferner werden die funktionalen Unterschiede der kantonalen Rechtsmittel im Vergleich zur Beschwerde in Zivilsachen hervorgehoben. Bei der Berufung und der Beschwerde sei die Kognition hinsichtlich der Überprüfung von Rechtsfragen umfassend, woraus sich ergebe, dass die Rechtsanwendung vor zweiter Instanz nicht gleich weit eingeschränkt werden dürfe wie vor Bundesgericht.⁷⁸ Schliesslich zeige auch der Verweis auf BGer 5A_62/2014 E. 2.2, dass vor kantonalen Rechtsmittelinstanzen kein Rügeprinzip gelte.⁷⁹

Im Ergebnis führen diese Lehrmeinungen dazu, dass die Begründungspflicht⁸⁰ in Art. 311 Abs. 1 ZPO lediglich (aber immerhin) eine Eintretensvoraussetzung statuiert und zudem keiner rechtlichen Ausführungen bedarf. Fehlt eine Begründung oder wird sie den Anforderungen von Art. 311 Abs. 1 ZPO nicht gerecht, hat ein Nichteintretensentscheid zu erfolgen. Tritt die Berufungsinstanz hingegen auf die Berufung ein, ist sie in der Rechtsanwendung frei und in ihrer Prüfung nicht an die begründeten Rügen gebunden.⁸¹

⁶⁹ Zu einem provisorischen Rechtsöffnungstitel aus mehreren Urkunden siehe nur BSK SchKG-STAEHELIN, Art. 82 N 15.

⁷⁰ BGE 147 III 176, 180 ff., E. 4.2.2; vgl. MELANIE HUBER-LEHMANN, Auszüge aus Bundesgerichtsentscheidungen zum Zivilprozessrecht und zum SchKG, Urteilbesprechung zu BGE 5A_434/2020, ZZZ 2021, 422 ff., 427, zur Kritik daran, dass das Bundesgericht das Vorliegen eines gültigen Rechtsöffnungstitels als reine Rechtsfrage behandelte.

⁷¹ BGE 147 III 176, 178 ff., E. 4.2.1. ff.; abweichend noch BGer 5D_149/2008 (9. Januar 2009), E. 2.2.1.

⁷² Vgl. zum Ganzen LORENZ DROESE, Urteilsbesprechung zu 5A_434/2020 vom 17. November 2020, SZPP 2021, 252 ff., 257 ff.

⁷³ Offener aber wieder BGer 4A_56/2021 (30. April 2021), E. 5.2.

⁷⁴ Vgl. PC CPC-CHABLOZ, Art. 57 N 2, mit leicht unterschiedlicher Gruppenbildung (siehe auch nachfolgend S. 9 ff.).

⁷⁵ Zum Ganzen CHEVALIER/SEILER (Fn. 9), 59 f.; zur fehlenden gesetzlichen Bestimmung siehe ZPO Rechtsmittel-KUNZ, Art. 311 N 89.

⁷⁶ CHEVALIER/SEILER (Fn. 9), 58 f., m.V.a. die Nichtigkeitsbeschwerde mancher Kantone vor Einführung der ZPO und der Bemerkung, dass die ZPO keine vergleichbare dritte kantonale Instanz vorsehe; zur Nichtigkeitsbeschwerde siehe nur MEIER (Fn. 15), 79 ff.; SEILER (Fn. 35), N 893.

⁷⁷ THOMAS SUTTER-SOMM, Die neue Schweizerische Zivilprozessordnung – ein Zukunftsmodell?, ZZZ 2017, 61 ff., 82 (zit. ZZZ); THOMAS SUTTER-SOMM/BENEDIKT SEILER, Die schweizerische ZPO und ihre Auslegung – Kritische Anmerkungen zur Rechtsprechung des Bundesgerichts, in: Festschrift für Prof. Dr. Hakan Pekcanitez, Sonderausgabe, 411 ff., 423 f.; zur Auslegung der ZPO aus sich selbst heraus vgl. auch FRANÇOIS CHAIX, Introduction au recours de la nouvelle procédure civile fédérale, SJ 2009 II, 257 ff., 264.

⁷⁸ Vgl. BSK ZPO-GEHRI, Art. 57 N 7; KUKO ZPO-OBERHAMMER/WEBER, a.a.O.; CHEVALIER/SEILER (Fn. 9), 58 f.; implizit ZPO Komm-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 57 N 6; früher schon HABSCHIED (Fn. 1), N 708.

⁷⁹ LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (Fn. 12), N 12.50; KUKO ZPO-OBERHAMMER/WEBER, Art. 57 N 2; ZPO Komm-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 57 N 6; mit Vorbehalt CHEVALIER/SEILER (Fn. 9), 57.

⁸⁰ Die – am Rande bemerkt – keine eigentliche Rechtspflicht, sondern Obliegenheit ist. Vgl. dazu OGer ZH, LF140026-O (13. Mai 2014), E. 5; STEINER (Fn. 46), N 521.

⁸¹ Statt vieler zum Ganzen SEILER (Fn. 35), N 433 m.w.H.; zu diesem umfassenden Verständnis von Art. 57 ZPO vgl. THOMAS SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 2017 (zit. Zivilprozess), N 1358; a.A. zur Eintretensvoraussetzung, GRABER (Fn. 56), 189.

2. Zustimmung zum fakultativen oder obligatorischen Prüfprogramm

Die Argumente jener Lehrmeinungen, die der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum fakultativen Prüfprogramm⁸² zustimmen, wurden bereits im Zusammenhang mit dem einfachen, aber streng angewandten Rügeprinzip nach Art. 42 Abs. 2 BGG an anderer Stelle kurz angerissen.⁸³ Prominenter Vertreter der Ansicht, auch im kantonalen Rechtsmittelverfahren gelte ein Rügeprinzip analog zu Art. 42 Abs. 2 BGG, ist HURNI. Wie die zuvor dargelegte Gegenmeinung beruft auch er sich auf den Willen des Gesetzgebers und zieht den Schluss, dass dieser «alle Rechtsmittel des Zivilprozessrechts als Instrumente der Urteilskontrolle und nicht der Verfahrensfortsetzung in oberer Instanz versteht».⁸⁴ Aus dieser Qualifikation folge die Obliegenheit des Rechtssuchenden, vor zweiter Instanz u.a. rechtlich begründete Rügen vorzubringen, die einen neuen Rechtsmittelgegenstand definieren, welcher den ursprünglichen erstinstanzlichen Streitgegenstand begrenze.⁸⁵ Die Rechtsanwendung von Amtes wegen sei grundsätzlich auf diesen Rechtsmittelgegenstand eingeschränkt.⁸⁶ Aus den Ausführungen von HURNI geht nach hier vertretener Ansicht aber nicht zweifellos hervor, ob er dem letzten Schritt des Bundesgerichts zu einem grundsätzlichen Prüfungsverbot bezüglich nicht gerügter Rechtsverletzungen ebenfalls folgt, obgleich seine Theorie zum Rechtsmittelgegenstand, der ja gewissermassen die neue äusserste Grenze der Rechtsanwendung bestimmen soll, dies nahelegt.

Gestützt auf das Argument der funktionellen Zuständigkeit der Rechtsmittelinstanz (Urteilskontrolle)⁸⁷ kommt nun KLETT zu diesem expliziten, strengeren Ergebnis, dass für diese gar ein grundsätzliches⁸⁸ Verbot resultiere, über die begründeten Rügen hinaus Rechtsverletzungen zu prüfen.⁸⁹

D. Stellungnahme zur Begründungspflicht

Zur Rechtfertigung ihrer Ansicht führen die Befürworter wie auch die Gegner eines analogen Rügeprinzips nach Art. 42 Abs. 2 BGG für das kantonale Rechtsmittelverfahren den Willen des Gesetzgebers ins Feld und geben damit der historischen Auslegungskomponente ein erhebliches Gewicht. Eine fundierte Prüfung der verschiedenen Interpretationen würde den Rahmen dieses Aufsatzes leider sprengen. Es scheint hierfür eine vertiefte Analyse der Gesetzgebungsmaterialien notwendig zu sein.⁹⁰ Dennoch vermag schon ein kurzer Blick in die Botschaft Zweifel zu säen, ob die Einführung eines Rügeprinzips im kantonalen Rechtsmittelverfahren gewollt war. So spricht die Botschaft von einem «Mittelweg», der im Spannungsfeld zwischen einem möglichst richtigen, aber zeit- und kostengünstigen Urteil beschränkt wird.⁹¹ Die Umsetzung eines streng angewandten Rügeprinzips analog zu Art. 42 Abs. 2 BGG scheint in Anbetracht der zuvor gegebenen kantonalen Vielfalt nicht als Mitte einer Interessenabwägung. Die ZPO untersteht sodann dem allgemeinen Gedanken, dass der vorherige Rechtsschutzstandard nicht abgebaut werden soll.⁹²

Unter der hier notwendigen Annahme, dass der historische Wille des Gesetzgebers nicht eindeutig ist, sollte wieder vermehrt auf den Gesetzeswortlaut abgestellt werden, der ohnehin für jede Auslegung den Ausgangspunkt darstellt.⁹³ Selbst wenn das in Art. 311 Abs. 1 ZPO verwendete Wort «begründet» für sich eher unbestimmt ist, erscheint der Einwand, dass immerhin im Unterschied zu Art. 42 Abs. 2 sowie Art. 106 Abs. 2 BGG keinerlei wörtlicher Bezug zu einer Begründungsanforderung in rechtlicher Hinsicht vorzufinden ist, berechtigt. Ein am Wortlaut orientierter Vergleich zwischen BGG und ZPO spricht also gegen die aktuelle bundesgerichtliche Rechtsprechung und deren Befürworter.

Überdies ist der Sinn und Zweck der Begründungspflicht gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO zu ermitteln (teleologische Auslegung). Im Grundsatz fällt dem Zivilprozessrecht dergestalt eine dienende Funktion anheim, als dass es der Verwirklichung des materiellen Rechts zum Durchbruch verhelfen soll.⁹⁴ Im Zweifelsfall ist eine pro-

⁸² Siehe S. 8.

⁸³ Siehe S. 5 f.

⁸⁴ HURNI, Gegenstand (Fn. 13), N 830; HURNI, Prozess (Fn. 66), 74; m.V.a. HURNI auch CR CPC-BASTONS BULLETI, Art. 311 N 6; wohl auch pauschal FLORIAN KUSTER, Die Beschwerde nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Luzern 2011, 124, 126.

⁸⁵ HURNI, Gegenstand (Fn. 13), N 832 f.

⁸⁶ HURNI, Gegenstand (Fn. 13), N 274.

⁸⁷ Vgl. KLETT (Fn. 9), 335.

⁸⁸ Vorbehältlich offensichtlicher Rechtsverletzungen.

⁸⁹ KLETT (Fn. 9), 345 f.; ebenso STEINER (Fn. 46), N 528; im Ergebnis offenbar auch CP CPC-VERDA CHIOCCETTI, Art. 311 N 17.

⁹⁰ Insb. die Ausführungen von CHEVALIER/SEILER (Fn. 9), 59, sowie diejenigen von HURNI (Fn. 13), N 154 ff., lassen darauf schliessen, dass sich wohl Indizien für beide Seiten finden lassen. Vgl. dazu auch ZPO Rechtsmittel-KUNZ, Art. 311 N 90.

⁹¹ Botschaft ZPO 2006 (Fn. 48), 7369.

⁹² Vgl. KGer BL, 400 11 306 (3. Januar 2012), E. 4.1; SEILER (Fn. 35), N 893; vgl. auch CHAIX (Fn. 77), 265.

⁹³ BGE 139 III 368, 372 f., E. 3.2.

⁹⁴ BGE 139 III 457, 463 f., E. 4.4.3.3; SUTTER-SOMM/SEILER (Fn. 77), 414; siehe auch JEAN CREUX, Die Stellung des Rich-

zessrechtliche Norm deshalb so auszulegen, dass sie die Verfolgung materieller Ansprüche nicht übermässig erschwert.⁹⁵ Die zuletzt anzutreffende bundesgerichtliche Rechtsprechung, die es der zweiten Instanz unter dem Gesichtspunkt eines Rügeprinzips grundsätzlich untersagt, das Recht über die gerügten Punkte hinaus anzuwenden, widerspricht dieser dienenden Funktion.⁹⁶ Schon die vorherige Rechtsprechung zum hier beschriebenen fakultativen Prüfprogramm entspricht dem Leitgedanken einer laienfreundlichen ZPO in keiner Weise.⁹⁷ Aus der dienenden Funktion des Prozessrechts sowie dem Wortlaut der Norm folgt nach hier vertretener Ansicht mit dem Teil der Lehre, welcher der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ablehnend gegenübersteht, dass Art. 311 Abs. 1 ZPO als rein prozessual ausgestaltete Eintretenshürde fungiert, bei der rechtlich ausformulierte Rügen abkömmlich sind.

Darüber hinaus ist zu hinterfragen, weshalb eine so unbestimmte Norm wie Art. 311 Abs. 1 ZPO, systematisch fernab der Verfahrensgrundsätze, einen solch fundamentalen Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen einschränken sollte, wenn es doch leicht gewesen wäre, diese wichtige Entscheidung explizit zu statuieren, wie dies auch in Art. 106 Abs. 2 BGG⁹⁸ geschehen ist. Spiegelbildlich führt zumindest BGE 147 III 176 ferner dazu, dass die Disposition über das Recht vor den kantonalen Rechtsmittelinstanzen immerhin teilweise in die Hände der Parteien gelegt wird. Auf diese Weise wird der eigentliche Kern der Rechtsanwendung von Amtes wegen, nämlich, dass keine Bindung an die rechtliche Begründung der Parteien besteht,⁹⁹ aufgeweicht. Was der Rechtsmittelkläger – womöglich unwissentlich – nicht rügt, bindet die Rechtsanwendung des Gerichts in negativer Weise. Während Art. 57 ZPO dadurch eingeschränkt wird, erfolgt im Gegenzug eine Ausweitung der Dispositionsmaxime nach Art. 58 Abs. 1 ZPO auf die Beurteilung des Rechts, die so aus der ZPO nicht hervorgeht. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Rügeprinzip im kantonalen

Rechtsmittelverfahren ist sowohl in ihrer fakultativen als auch obligatorischen Ausprägung deshalb abzulehnen.

V. Die Überhebung der kantonalen Begründungspflicht

In den vorhergehenden Ausführungen wurde dargelegt, wie das Bundesgericht unter dem Leitgedanken der Urteilkontrolle eine Verschärfung der Begründungspflicht gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO im kantonalen Rechtsmittelverfahren herbeiführt. Es nähert sich dadurch an die strengen Rügeprinzipien des BGG an. Unter der Theorie der sogenannten materiellen Ausschöpfung des Instanzenzugs bzw. materiellen Letztinstanzlichkeit wird nun eine geradezu umgekehrte Wirkungsrichtung von der kantonalen Begründungspflicht gen zulässige Rügen vor Bundesgericht herbeigeführt. Anders als zuvor geht es nicht darum, *wie* im Rechtsmittelverfahren gerügt werden muss, sondern *welche* Rügen (vor Bundesgericht) noch zulässig sind. Die Verbindung liegt in der Einschränkung von *iura novit curia*. Das Bundesgericht versteht die materielle Ausschöpfung des Instanzenzugs in zivilrechtlichen Verfahren so, dass es auf Rügen, die bereits vorinstanzlich hätten vorgebracht werden können, nicht eintritt.¹⁰⁰ Zur Begrenzung des Umfangs sei für wohlfundierte Kritik auf den kürzlich erschienenen Aufsatz von FASEL verwiesen.¹⁰¹

An dieser Stelle sei nur Folgendes hervorgehoben: Indem sich das Bundesgericht zur Begründung der materiellen Letztinstanzlichkeit auf Art. 75 Abs. 2 BGG abstützt¹⁰² und somit inhaltliche Vorgaben an Art. 311 Abs. 1 ZPO stellt, erfolgt erneut methodisch eine – kritisch zu würdige – Auslegung der jüngeren ZPO anhand des älteren BGG.¹⁰³ Auf diese Weise wird die Begründungspflicht im kantonalen Rechtsmittelverfahren so interpretiert, dass im Ergebnis der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen vor Bundesgericht gemäss Art. 106 Abs. 1 BGG eingeschränkt wird.¹⁰⁴

ters im genferischen Zivilprozess, Diss. Zürich 1960, 17.

⁹⁵ BGE 116 II 215, 218 f., E. 3 m.V.a. GULDENER (Fn. 8), 52 f.

⁹⁶ Es ist allerdings fraglich, ob das Bundesgericht bei dieser Strenge bleibt. Bereits wieder wie vorher, siehe BGer 4A_56/2021 (30. April 2021), E. 5.2.

⁹⁷ Vgl. auch LUKAS WIGET, Prüfungsbefugnis der kantonalen Beschwerdeinstanz hinsichtlich Rechtsöffnungstitel, Urteilsbesprechung zu BGE 5A_434/2020, ZZZ 2021, 577 ff., 581, der zu Recht bemerkt, dass juristische Laien mit den Unterscheidungen in BGE 147 III 176 rasch überfordert sein dürften.

⁹⁸ Wie auch Art. 77 Abs. 3 BGG.

⁹⁹ Siehe dazu S. 3 oben; fraglich ist sodann, ob das Bundesgericht hier nicht überspitzt formalistisch argumentierte, vgl. zum Auslegungsgebot nach Treu und Glauben nur HURNI, Prozess (Fn. 66), 76.

¹⁰⁰ BGE 143 III 290, 292 f., E. 1.1; 5A_61/2017 (7. März 2019), E. 4.2; Comm LTF-BOVEY, Art. 75 N 16 ff.; FELIX SCHÖBI, Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Erbteilung, successio 2021, 108 ff., 111; NICOLAS VON WERDT, Rechtsprechungsupdate – Verfahrensrechtliche Entscheide des Bundesgerichts, PraxiZ 2018, 15 ff., 26 ff.

¹⁰¹ FASEL (Fn. 9).

¹⁰² Aus dem Wortlaut ergibt sich eine solche Auslegung klarerweise nicht.

¹⁰³ Siehe hierzu schon S. 9 f.

¹⁰⁴ Siehe auch SHK BGG-VON WERDT/GÜNGERICH, Art. 75 N 14 ff., wo es noch heisst, dass die materielle Ausschöpfung des Instanzenzugs unter dem aOG nur in Verfahren galt, die

VI. Fazit

Von einer Partei kann vor zweiter kantonalen Instanz und vor Bundesgericht in formeller Hinsicht verlangt werden, dass sie sich mit dem vorinstanzlichen Entscheid gehörig und konkret auseinandersetzt. Ist diese Auseinandersetzung bzw. Rechtsmittelbegründung mangelhaft, erfolgt richtigerweise ein Nichteintretensentscheid. Nach hier vertretener Ansicht ist allerdings die Übertragung des einfachen, aber streng angewandten Rügeprinzips nach Art. 42 Abs. 2 BGG, das zu einer Begrenzung der Rechtsanwendung von Amtes wegen in materieller Hinsicht führt, auf Art. 311 Abs. 1 ZPO abzulehnen. Mit Verweis auf den unklaren – und im Vergleich zum BGG unterschiedlichen – Wortlaut von Art. 311 Abs. 1 ZPO sowie auf die sogenannt dienende Funktion des Prozessrechts ist es fragwürdig, ob ein so zentraler Grundsatz wie die Rechtsanwendung von Amtes wegen durch Art. 311 Abs. 1 ZPO eingeschränkt werden sollte, zumal durch eine so verstandene Rügepflicht mit womöglich nun obligatorischem Prüfprogramm¹⁰⁵ vor der Berufungsinstanz gewissermassen den Parteien die Disposition über die Rechtsanwendung übergeben wird, die sich mit dem Grundverständnis von Art. 58 Abs. 1 ZPO nicht deckt.

Gänzlich überhöht wird die Bedeutung von Art. 311 Abs. 1 ZPO – und damit auch die Anforderungen an die Partei¹⁰⁶ – nun mit der sogenannten materiellen Ausschöpfung des Instanzenzugs. Gleicht das Bundesgericht zuerst die inhaltlichen Anforderungen an die Begründungspflicht gewissermassen «von oben nach unten» an das Rügeprinzip gemäss Art. 42 Abs. 2 BGG an, gibt die Begründung nach Art. 311 Abs. 1 ZPO nun «von unten nach oben» die Rechtsanwendung des Bundesgerichts vor.

Im Ergebnis stellt sich bildlich die Frage, ob der Rechtsmittelinstanz durch die rechtlichen Rügen Scheuklappen aufgesetzt werden sollen (Bundesgericht) oder ihr eine Lupe anhand geboten wird (ablehnender Teil der Lehre), die das Gericht bei Bedarf aber auch wieder beiseitelegen kann.

nicht dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen unterstanden.

¹⁰⁵ BGE 147 III 176.

¹⁰⁶ Vgl. auch SCHÖBI (Fn. 100), 111.