# Die objektiven Voraussetzungen der Berufung an das Bundesgericht

Autor(en): **Staehelin, Adrian**

Objekttyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **94 (1975)**

PDF erstellt am: **27.05.2024**

Persistenter Link: https://doi.org/10.5169/seals-896232

**Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.
Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.
Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

**Haftungsausschluss**

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Ein Dienst der *ETH-Bibliothek*
ETH Zürich, Rämistrasse 101, 8092 Zürich, Schweiz, www.library.ethz.ch

**http://www.e-periodica.ch**

ADRIAN STAEHELIN

# Die objektiven Voraussetzungen der Berufung an das Bundesgericht

## I. Allgemeines

Die Berufung an das Bundesgericht gemäß Art. 43–67 OG setzt neben der Beachtung der vorgeschriebenen Formalien bestimmte Erfordernisse voraus, die teils subjektiver, teils objektiver Natur sind. Die subjektiven Voraussetzungen der Berufung beziehen sich auf die Prozeßparteien, die objektiven Voraussetzungen auf den angefochtenen Entscheid. Fehlt es an einer dieser Voraussetzungen, so liegt kein berufungsfähiger Entscheid vor; das Bundesgericht tritt auf die Berufung nicht ein.

Mit MAX GULDENER[1] lassen sich die objektiven Voraussetzungen der Berufung in *sechs* Fälle aufteilen:

1. Der Prozeß muß eine Zivilsache zum Gegenstand haben.
2. Der Prozeß muß eine Angelegenheit des streitigen Verfahrens beschlagen.
3. Die Berufung kann sich nur gegen einen endgültigen Entscheid richten.
4. Gegenstand der Berufung kann in der Regel nur ein den Prozeß abschließender Endentscheid sein.
5. Der Berufung unterliegen im allgemeinen nur Entscheidungen der oberen kantonalen Instanzen.
6. Bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten muß der Streitwert eine bestimmte Summe (Berufungssumme) erreichen.

Diese sechs objektiven Voraussetzungen sollen im folgenden kurz untersucht werden. Eine eingehende Darstellung ist im Rahmen dieses Berichts nicht möglich und bleibt berufenerer Seite

[1] MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., Zürich 1958, p. 557ff.

überlassen[2]. Hier geht es einzig darum, einige wesentliche Probleme gleichsam als Diskussionsgrundlage herauszuschälen.

## II. Die einzelnen objektiven Voraussetzungen

### *A. Privatrechtliche (zivilrechtliche) Streitsache*

Gemäß Art. 44, 45 und 46 OG ist das Rechtsmittel der Berufung grundsätzlich nur für Streitsachen auf dem Gebiet des Privatrechts (Zivilrechts) gegeben. Damit gewinnt die oft nur theoretisch gestellte Frage nach der Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht eine eminente praktische Bedeutung. Sie stellt sich auch in anderen Fällen des Rechtsschutzes durch das Bundesgericht (direkte Prozesse nach Art. 41 und 42 OG; zivilrechtliche Nichtigkeitsbeschwerde nach Art. 68 OG) und ist vor allem wichtig für die Abgrenzung der Gesetzgebungshoheit zwischen Bund und Kantonen, insofern sich Bundeszivilrecht und kantonales öffentliches Recht gegenüberstehen[3]. Dabei verläuft die Naht zwischen öffentlichem und privatem Recht nicht überall gleich; die konkrete Ausgestaltung der Rechtsordnung führt zu Verschiebungen auf die eine oder andere Seite. So geht der Begriff der zivilrechtlichen

[2] W. BIRCHMEIER, Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943, Zürich 1950; S. GIOVANOLI, Probleme der Berufung an das Bundesgericht, ZBJV 90, 1954, p. 49 ff.; FRITZ RÜEGG, Das letztinstanzliche kantonale Haupturteil als Voraussetzung für die Berufung an das Bundesgericht, Diss. Zürich 1942; PETER SACHS, Die Voraussetzungen für die Berufung an das Bundesgericht gegen Entscheide nach Art. 48–50 OG unter besonderer Berücksichtigung des bernischen Rechts, Diss. Bern 1951; THEODOR WEISS, Die Berufung an das Bundesgericht in Zivilsachen nach dem Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893, Bern 1908; ALAIN WURZBURGER, Les conditions objectives du recours en réforme au Tribunal fédéral (Art. 44–50 OJ), Diss. Lausanne 1964; WALTER YUNG, L'organisation judiciaire fédérale doit-elle être modifiée?, ZSR 54, 1935, p. 391a ff.; A. ZIEGLER, Soll die Organisation der Bundesrechtspflege revidiert werden?, ZSR 54, 1935, p. 217a ff.

[3] HANS HUBER im Berner Kommentar, Einleitungsband, Art. 6 ZGB; KURT RAMSTEIN, Die Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Recht im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Diss. Bern 1959.

Streitigkeit in den Fällen von Art. 42 OG, wo das Bundesgericht als einzige Instanz zwischen einem Kanton einerseits und Privaten oder Korporationen andererseits urteilt, weiter als bei direkten Prozessen nach Art. 41 OG oder bei der Berufung nach Art. 43 ff. OG, indem er den historischen, weiten Sinn beibehalten hat, wie er bei Erlaß von Art. 101 der Bundesverfassung von 1848 rechtens war[4].

Für die Berufung gestaltet sich die Abgrenzung zwischen privatem und öffentlichem Recht wie folgt:

1. Klarerweise nicht berufungsfähig sind Entscheide in Strafsachen. Die adhäsionsweise Beurteilung eines Zivilanspruchs im Strafverfahren fällt an sich unter den Begriff der Zivilsache, ist aber gemäß Art. 271 BStP der Berufung entzogen; an ihre Stelle tritt die Nichtigkeitsbeschwerde im Zivilpunkt[5].

2. Größere Probleme wirft die Abgrenzung zwischen privatrechtlichen und vollstreckungsrechtlichen, vor allem betreibungsrechtlichen Streitigkeiten auf.

Bei Streitigkeiten um Verfügungen der Betreibungs- und Konkursämter ist das Rechtsmittel der Beschwerde nach Art. 17 ff. SchKG gegeben; das Bundesgericht kann im Rahmen von Art. 19 SchKG angerufen werden[6]. Daneben können im Verlauf des Betreibungs- und Konkursverfahrens Streitigkeiten auftreten, über die nach den Vorschriften des SchKG der Richter zu befinden hat. Diese Streitigkeiten lassen sich in drei Gruppen aufteilen: 1. Rein materiellrechtliche Streitigkeiten mit bestimmten betreibungsrechtlichen Wirkungen (z.B. Aberkennungsklage nach Art. 83 Abs. 2 SchKG). 2. Vollstreckungsrechtliche Streitigkeiten mit Reflexwirkung auf das materielle Recht (z.B. Widerspruchsklage gemäß Art. 107 und 109 SchKG). 3. Rein betreibungsrechtliche Streitigkeiten formeller Natur (z.B. Rechtsöffnung nach Art. 80 ff. SchKG).

Rein materiell-rechtliche Streitigkeiten, die im Verlauf des Vollstreckungsverfahrens auftreten, stellen eindeutig Zivilsachen dar

[4] Einzelheiten bei BIRCHMEIER, op. cit. (Anm. 2), p. 66.

[5] BIRCHMEIER, op. cit., p. 554 ff.

[6] Vgl. Art. 75–82 OG (Rechtspflege in Schuldbetreibungs- und Konkurssachen).

und sind daher berufungsfähig, wenn die sonstigen Voraussetzungen der Berufung erfüllt sind[7]. Ebenso gelten als berufungsfähige Zivilsachen die vollstreckungsrechtlichen Streitigkeiten mit Reflexwirkung auf das materielle Recht[8]. Es handelt sich zwar um Streitigkeiten, die primär den Gang des Vollstreckungsverfahrens berühren, die aber mittelbar weitgehend über den Bestand oder Nichtbestand eines zivilrechtlichen Anspruchs entscheiden können. So dreht sich die Widerspruchsklage nach Art. 107 und 109 SchKG primär nur darum, ob eine bestimmte Sache oder ein Recht vom Pfändungsbeschlag erfaßt werden kann; da aber die Pfändung in vielen Fällen zur Verwertung führt, wird im Widerspruchsprozeß weitgehend über das Eigentum an der gepfändeten Sache und über andere private Rechte entschieden.

Hingegen werden die rein vollstreckungsrechtlichen Streitigkeiten, so vor allem das Rechtsöffnungsverfahren, das Verfahren um Feststellung neuen Vermögens nach Art. 265 Abs. 3 SchKG, ferner auch Streitigkeiten betreffend Anerkennung und Vollstrekkung außerkantonaler und ausländischer Zivilurteile und Schiedsgerichtsentscheide nach vorherrschender Meinung[9] nicht als Zivilsachen behandelt und daher von der Berufung ausgeschlossen. Zugegebenermaßen wird in diesen Fällen nicht um den Bestand eines privaten Rechts, sondern um seine Vollstreckung, d.h. um die Erwirkung obrigkeitlicher Anordnungen, welche die zwangsweise Durchsetzung des Anspruchs ermöglichen, gestritten. Zum rechtlichen Inhalt eines Anspruchs gehört indessen auch seine Durchsetzbarkeit; ein Entscheid, der die Vollstreckung eines Anspruchs zuläßt oder verweigert, kommt oft einem Entscheid über den Bestand oder Nichtbestand des zu vollstreckenden Anspruchs gleich. Die Ausklammerung der Vollstreckungsfragen aus dem zivilrechtlichen Bereich beruht letzten Endes auf dem von der Prozeßrechtsdoktrin entwickelten Unterschied zwischen materiellem

[7] BGE 56 II 135; 47 III 104; 41 II 628.

[8] z. B. Widerspruchsklage nach Art. 107 und 109 SchKG, Aussonderungsklage nach Art. 242 SchKG: BGE 86 III 137, 81 II 84, 71 II 246; Kollokationsklage nach Art. 148 und 250 SchKG: BGE 81 II 84; paulianische Anfechtung nach Art. 285 ff. SchKG: BGE 81 II 84.

[9] BIRCHMEIER, op. cit. (Anm. 2), p. 125 f.; WURZBURGER, op. cit. (Anm. 2), p. 107.

Recht einerseits und publizistischem Anspruch auf Urteil und Vollstreckung andererseits, einer Lehre, die das Bundesgericht einmal als «doktrinäre Überspannung» abgelehnt hat[10]. Es wäre daher zu prüfen, ob nicht die rein vollstreckungsrechtlichen Streitigkeiten dann als Zivilsachen zu behandeln sind, wenn von ihrem Ausgang weitgehend das Schicksal des zu vollstreckenden Zivilanspruchs abhängt. Das könnte etwa der Fall bei Streitigkeiten um Bewilligung der definitiven Rechtsöffnung[11] und um Anerkennung und Vollstreckung auswärtiger Urteile und Schiedsgerichtsentscheide außerhalb des Betreibungsrechts sein. (Immerhin ist zu berücksichtigen, daß für derartige Streitigkeiten schon nach der geltenden Rechtslage unter bestimmten Voraussetzungen der Rechtsweg an das Bundesgericht mit freier Kognition des Gerichts offensteht, so etwa die staatsrechtliche Beschwerde bei Verletzung von Staatsverträgen über Zivilprozeß und Zwangsvollstreckung [Art. 84 Abs. 1 Ziff. c OG].) Die Bestimmung von Art. 51 Abs. 2 OG würde dieser Lösung nicht entgegenstehen. Sie stellt lediglich eine Ordnungsvorschrift für die nach Art. 148, 250 und 284 SchKG im beschleunigten Verfahren zu erledigenden Rechtsstreitigkeiten auf, will aber keine Ausscheidung der berufungsfähigen betreibungsrechtlichen Streitigkeiten vornehmen.

3. Am schwierigsten gestaltet sich die Abgrenzung der Zivilstreitigkeiten von den staats- und verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten. Im Gegensatz zu den Zivilrechtsstreitigkeiten, bei welchen das Bundesgericht nach Art. 42 OG als einzige Instanz entscheidet, bestimmt sich der Begriff der Zivilrechtsstreitigkeit bei der Berufung nicht nach der historischen Grenzziehung zwischen privatem und öffentlichem Recht, sondern nach dem Stand der geltenden Doktrin und Judikatur[12].

[10] BGE 67 II 74. Grundsätzliches über das sog. Klagerecht bei MAX KUMMER, Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft im schweizerischen Recht, Bern 1954.

[11] Durch die Bewilligung oder Verweigerung der *provisorischen* Rechtsöffnung wird die in Betreibung gesetzte Forderung nicht wesentlich tangiert: Der abgewiesene Rechtsöffnungskläger kann sich mit einer gewöhnlichen materiellen Klage, der unterliegende Schuldner mit der Aberkennungsklage behelfen.

[12] BGE 40 II 86; WURZBURGER, op. cit. (Anm. 2), p. 59.

Für die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht finden sich in der Doktrin mindestens sieben Theorien[13]. Die bundesgerichtliche Rechtssprechung geht im wesentlichen von der Subjektionstheorie aus: Es gehören diejenigen Rechtsverhältnisse zum Privatrecht, bei welchen sich gleichartige, gleichberechtigte und gleichwertige Subjekte gegenüberstehen[14]. In verschiedenen Fällen müssen ergänzend weitere Theorien, vor allem die Funktionentheorie, herangezogen werden. So ist bei einem Streit zwischen öffentlich-rechtlichen Körperschaften, herrührend aus einem Vertrag, maßgebend, ob dieser Vertrag die unmittelbare Erfüllung öffentlicher Aufgaben bezweckt. Ist dies der Fall, so liegt keine berufungsfähige zivilrechtliche Streitigkeit vor[15]. Das gleiche gilt bei Streitigkeiten zwischen Privaten, wenn der Staat die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe und damit einen bestimmten Teil seiner hoheitlichen Verwaltung auf ein Privatrechtssubjekt übertragen hat und die Streitigkeit aus dieser öffentlichen-rechtlichen Aufgabe herrührt[16].

Schwierigkeiten bei der Abgrenzung zwischen privatem und öffentlichem Recht ergeben sich vor allem bei der Haftpflicht des Gemeinwesens und der öffentlichen Beamten und Angestellten. Wo das Privatrecht, gestützt auf eine eidgenössische Gesetzesvorschrift (z.B. Art. 61 Abs. 2 OR: Anwendbarkeit von Art. 41 ff. auf die Haftpflicht für gewerbliche Verrichtungen öffentlicher Beamten und Angestellten) oder die Gerichtspraxis unmittelbar und direkt angewandt wird, liegt eine berufungsfähige Zivilsache vor[17]. Dasselbe gilt, wenn die privatrechtlichen Haftungsvorschriften auf Grund einer bundesrechtlichen Vorschrift subsidiär, in Ermangelung einer öffentlich-rechtlichen Sonderregelung, Platz greifen, wie etwa bei der Haftung der öffentlichen Beamten und Angestellten

[13] HANS HUBER im Berner Kommentar, Einleitungsband, Art. 6 ZGB N. 110 ff.; RAMSTEIN, op. cit. (Anm. 3), p. 13 ff.

[14] BGE 81 II 302; 77 II 310; 62 II 301; 54 II 122.

[15] BGE 58 II 447: Streitigkeiten aus einem Vertrag zwischen zwei Gemeinden über Erstellung und Unterhalt einer Strasse.

[16] BGE 74 I 440; WURZBURGER, op. cit. (Anm. 2), p. 88 f.

[17] BGE 77 II 310; RAMSTEIN, op. cit. (Anm. 3), p. 59.

für amtliche Verrichtungen (Art. 61 Abs. 1 OR)[18]. Besteht hingegen eine – wenn auch bloß rudimentäre – öffentlich-rechtliche Sonderregelung, so ist die Berufung ausgeschlossen. Nach der Praxis des Bundesgerichts ist die Berufung selbst dann unzulässig, wenn das kantonale öffentliche Recht die ohnehin subsidiär anwendbare Regelung des Obligationenrechts ausdrücklich für anwendbar erklärt, weil sich dadurch das anwendbare Zivilrecht in kantonales öffentliches Recht verwandle[19]. Diese Praxis überzeugt nicht, da das Obligationenrecht auch ohne ausdrücklichen Verweis anwendbar wäre. Die Streitsache wird also in jedem Fall nach privatrechtlichen Regeln beurteilt und sollte daher auch immer der Berufung unterliegen. Werden die Regeln des Obligationenrechts uneingeschränkt angewandt, so muß eine berufungsfähige Zivilrechtsstreitigkeit angenommen werden, gleichgültig ob das öffentliche Recht die Regeln des Obligationenrechts für anwendbar erklärt oder sich über diesen Punkt ausschweigt. Konsequenterweise müßte dann das Bundesgericht entgegen seiner herrschenden Praxis das subsidiär angewandte Zivilrecht in freier Kognition überprüfen. Die kantonale Autonomie wäre dadurch nicht verletzt, da ja der betreffende Kanton darauf verzichtet hat, über die Haftpflicht seiner Beamten eigene Normen aufzustellen, deren freie Überprüfung durch das Bundesgericht die kantonale Souveränität tangieren könnte[20].

Generell geht wohl die Tendenz dahin, Streitigkeiten eher dem öffentlich-rechtlichen Bereich zuzuordnen und damit der Berufung zu entziehen. Sie rechtfertigt sich durch den zunehmenden Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit, der es erlaubt, Streitigkeiten vermehrt auf dem Wege der Verwaltungsgerichtsbeschwerde dem Bundesgericht zu unterbreiten.

[18] BGE 70 II 207 und daselbst zitierte Entscheide; RAMSTEIN, op. cit., p. 64.

[19] BGE 59 II 185; 70 II 208; 96 II 46.

[20] Die – freilich nach anderen Gesichtspunkten zu prüfende – Frage, ob schweizerisches Recht, das der kantonale Richter an Stelle des anwendbaren ausländischen Rechts als Ersatzrecht angewendet hat, auf Berufung hin vom Bundesgericht frei überprüft werden kann, wurde in BGE 92 II 111 in Änderung der Rechtssprechung bejaht.

*B. Streitige Rechtssache*

Im allgemeinen sind nur Zivilrechtsstreitigkeiten, nicht Zivilsachen schlechthin, berufungsfähig. Der Berufung unterliegen gewöhnlich nur richtige Streitigkeiten, bei welchen sich zwei oder mehr Parteien in einem kontradiktorischen Verfahren gegenüberstehen[21]. Wo nur eine Partei an einem Zivilverfahren beteiligt ist, handelt es sich um eine Angelegenheit der sogenannten freiwilligen Gerichtsbarkeit[22]. Für die Abgrenzung der streitigen von den nicht streitigen Rechtssachen ist somit der Begriff der «freiwilligen Gerichtsbarkeit» (juridiction volontaire, non contentieuse, gracieuse) klarzustellen, wobei die bundesrechtliche Umschreibung und nicht etwa eine in einem kantonalen Gesetz enthaltene Definition[23] maßgebend ist.

Der Begriff der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist irreführend; freiwillige Gerichtsbarkeit ist weder besonders freiwillig noch immer Gerichtsbarkeit im Sinne einer in die Kompetenz der Gerichte fallenden Angelegenheit. Ihrem Wesen nach besteht die freiwillige Gerichtsbarkeit in einem obrigkeitlichen Verfahren zur Rechtsverwirklichung auf dem Gebiet des Privatrechts, wobei häufig nur *eine* Partei als Gesuchsteller beteiligt ist. Sie zielt darauf hin, subjektive Privatrechte oder privatrechtliche Fähigkeiten zu begründen, zu beschränken oder aufzuheben. Dieses Verfahren kann sich entsprechend dem anwendbaren eidgenössischen oder kantonalen Recht vor einem Gericht oder einer Verwaltungsbehörde abspielen.

Wo nur eine Partei am Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit beteiligt ist, liegt keine berufungsfähige Zivilstreitigkeit vor. Die Berufung ist daher unzulässig u.a. in folgenden Fällen:

1. Verschollenerklärung einer Person (Art. 35 ZGB)[24].
2. Mitwirkung der Aufsichtsbehörde bei der Organisation einer Stiftung (Art. 83 ff. ZGB)[25].

[21] BGE 98 II 171; 98 II 149; 97 II 13; 95 II 377 mit Hinweisen.

[22] Über die freiwillige (nichtstreitige) Gerichtsbarkeit vgl. GULDENER, op. cit. (Anm. 1), p. 38 ff. mit Literaturangaben auf p. 38 Anm. 1.

[23] z.B. Zürich, § 378 ZPO.

[24] BGE 39 II 816; 42 II 323.

[25] BGE 43 II 132, wo freilich auf die Berufung deshalb nicht eingetreten wird,

3. Abkürzung der Wartefrist für Frauen und Geschiedene (Art. 103/104 ZGB).
4. Ehelicherklärung durch Richterspruch nach Art. 260 ZGB[26].
5. Führung zivilrechtlicher öffentlicher Register (gegen Entscheidungen in Registersachen ist u.U. die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nach Art. 99 OG zulässig).
6. Anordnung der Erbschaftsverwaltung, Bestellung eines Erbschaftsverwalters[27].
7. Eröffnung eines Testaments und eines Erbvertrages[28].
8. Bestellung eines Vertreters der Erbengemeinschaft (Art. 602 Abs. 3 ZGB)[29].
9. Mitwirkung der Behörde bei der Teilung des Nachlasses (Art. 609 ZGB)[30].
10. Genehmigung des Freihandverkaufs eines Mündelgrundstükkes (Art. 404 Abs. 3 ZGB)[31].

Bisweilen wird das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit in ein Zweiparteienverfahren überführt, indem ein dritter Betroffener sich gegen die Amtshandlung der freiwilligen Gerichtsbarkeit durch eine geeignete Rechtsvorkehrung (Einsprache, Klage) zur Wehr setzt. Ein solches Zweiparteienverfahren, bei dem sich zwei Beteiligte mit verschiedenen Rechtspositionen einander gegenüberstehen, muß als berufungsfähiges streitiges Verfahren betrachtet werden, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sich das Verfahren

weil keine Zivilsache, sondern eine Angelegenheit des öffentlichen Rechts vorliege. Freiwillige Gerichtsbarkeit hat indessen oft eine öffentlich-rechtliche Komponente. Die Wahrung des öffentlichen Interesses bei Amtshandlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit zwingt aber noch nicht dazu, das ganze Verfahren dem öffentlichen Recht zuzuordnen; sonst müßte auch das Scheidungsverfahren, in welchem der Richter trotz übereinstimmender Parteianträge die Ehe nur scheiden darf, wenn ein Scheidungsgrund nachgewiesen ist, dem öffentlichen Recht zugeordnet werden.

[26] BGE 66 II 76.

[27] BGE 98 II 275.

[28] BGE 81 II 323.

[29] BGE 72 II 55.

[30] BGE 51 II 489; 42 I 392.

[31] BGE 100 II 7.

in einem eigentlichen Zivilprozeß mit Klage und Klagbeantwortung abwickelt oder als Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit weitergeführt wird. So sind beispielsweise Begehren um Namensberichtigung nach Art. 45 Abs. 1 ZGB in vielen Fällen gegen niemand gerichtet, zielen also auf einen den Gerichten obliegenden Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit hin. Tritt aber die Heimatgemeinde des Gesuchstellers gegen dessen Begehren um Namensberichtigung auf, so entsteht ein Zweiparteienverfahren, mithin eine berufungsfähige Zivilstreitigkeit[32]. Ähnliche Überlegungen sind anzustellen bei der Lösung der umstrittenen Frage, ob die richterliche Ernennung und Abberufung der Liquidatoren von Personen- und Handelsgesellschaften (Art. 583, 619, 741, 770, 823 OR) unter die freiwillige Gerichtsbarkeit fällt oder als Zivilrechtsstreitigkeit der Berufung unterliegt[33].

Auf alle Fälle ist bedeutungslos, ob sich dieses Zweiparteienverfahren in einem eigentlichen Zivilprozeß oder im Verfahren für nichtstreitige Rechtssachen abwickelt. Für die Zulassung zur Berufung ist die Art des Verfahrens, wie es sich vor den unteren Instanzen abgewickelt hat, gewöhnlich ohne Relevanz; es unterliegen der Berufung nicht nur Entscheidungen von Gerichten, sondern auch Beschlüsse sonstiger Spruchbehörden (Art. 48 Abs. 1 OG)[34]. Das gleiche gilt für kontradiktorische Zweiparteienverfahren, die sich von Anfang an auf Grund der maßgeblichen (kantonalen) Gesetzgebung im Verfahren für nichtstreitige Rechtssachen abwickeln (sog. unechte Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit). Sie stellen berufungsfähige Zivilrechtsstreitigkeiten dar. Dies trifft etwa zu für die gerichtliche Gütertrennung nach Art. 183 ZGB, sofern man das Erfordernis des endgültigen Entscheides hier als gegeben erachtet[35].

In bestimmten Fällen wird die Berufung auf Grund ausdrücklicher Gesetzesvorschrift zugelassen, obwohl es sich weitgehend um Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt. Sie be-

[32] BGE 81 II 251; 96 I 427.

[33] WURZBURGER, op. cit. (Anm. 2), p. 25ff. mit weiteren Hinweisen.

[34] BGE 97 II 14. BIRCHMEIER, op. cit., p. 122; WURZBURGER, op. cit., p. 63.

[35] BGE 74 II 8.

treffen zum einen folgende wichtige Amtshandlungen des Familienrechts (Art. 44 lit. a–d OG):

a) Verweigerung der Einwilligung des Vormundes zur Eheschließung (Art. 99 ZGB).
b) Absehen von der Zustimmung eines Elternteils zur Adoption und Verweigerung der Adoption (Art. 265c Ziff. 2, 268 Abs. 1 ZGB).
c) Entziehung und Wiederherstellung der elterlichen Gewalt (Art. 285 und 287 ZGB).
d) Entmündigung und Anordnung einer Beistandschaft (Art. 369–372, 392–395 ZGB) sowie Aufhebung dieser Verfügungen.

Zum anderen ist die Berufung im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit zugelassen bei der Amortisation von Wertpapieren (Art. 45 OG).

### *C. Endgültiger Entscheid*

Die Berufung ist nur zulässig gegen Entscheidungen, die den streitigen materiell-rechtlichen Anspruch endgültig zusprechen oder abweisen. Sie ist folglich ausgeschlossen bei vorsorglichen Verfügungen (mesures provisoires), welche einer Partei vorläufigen Rechtsschutz gewähren, bevor ein rechtskräftiger Entscheid über den streitigen Anspruch vorliegt. Nicht der Berufung unterliegen daher beispielsweise vorsorgliche Maßnahmen nach Art. 52 und 53 URG[36].

Nach herrschender Rechtssprechung und Lehre gelten als derartige der Berufung entzogene vorläufige Entscheidungen auch die Eheschutzmaßnahmen nach Art. 169–172 ZGB und Maßnahmen während des Scheidungsprozesses nach Art. 145 ZGB[37]. Diese Maßregeln bezwecken indessen nicht den vorläufigen Schutz eines Anspruchs, über den noch nicht definitiv entschieden worden ist;

[36] BGE 69 II 125.
[37] BGE 95 II 71; 91 II 416; BIRCHMEIER, op. cit. (Anm. 2), p. 166; WURZBURGER, op. cit. (Anm. 2), p. 192.

es wird vielmehr definitiv festgestellt, welche Rechte und Pflichten den Ehegatten (deren Ehe auch während des Scheidungsprozesses unbestrittenermaßen weiterdauert) im Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung zustehen (Kinderzuteilung, Alimente, Recht auf Getrenntleben). Ungewiß ist jedoch die Dauer dieser Rechte und Pflichten, da die getroffenen Maßregeln bei veränderten Verhältnissen abgeändert werden können (Art. 172 ZGB). Die erwähnten Rechte und Pflichten sind nämlich Ausfluß eines andauernden Rechtsverhältnisses (der Ehe); verändern sich im Verlaufe der Zeit die für die getroffenen Maßregeln wesentlichen Umstände, dann verändern sich auch die Rechte und Pflichten der Ehegatten. Dennoch ist es richtig, diese eherechtlichen Maßnahmen den echten vorsorglichen Verfügungen gleichzustellen und die Berufung auszuschließen, da sie nicht auf eine endgültige Regelung der Verhältnisse unter den Ehegatten hinzielen, in der Regel rasch getroffen werden müssen und daher keinen langen Instanzenzug ertragen. Entscheidungen über Besitzschutzklagen werden den vorsorglichen Verfügungen gleichgestellt und daher von der Berufung ausgenommen. Sie gewähren nur provisorischen Rechtsschutz; ein Prozeß über die materielle Rechtslage kann die Wirkungen des im Besitzschutzverfahren erstrittenen Urteils beseitigen[38].

Nach der Revision des OG von 1943 nahm das Bundesgericht anfänglich an, es genüge für einen endgültigen Entscheid, daß er auf die endgültige, dauernde Regelung zivilrechtlicher Verhältnisse abzielt; hingegen sei es nicht erforderlich, daß der Entscheid den Kläger von der Verfolgung des eingeklagten Anspruchs endgültig ausschließt[39].

So wurde als berufungsfähig erklärt ein Entscheid, der die Trennungsklage einer Ehefrau aus prozessualen Gründen von der Hand wies, ohne dadurch die Ehefrau von der Verfolgung ihres Trennungsanspruchs endgültig auszuschließen; denn es blieb ihr unbenommen, eine neue Trennungsklage unter Wahrung der prozessualen Vorschriften anzustrengen[40]. Die neuere Rechtsprechung

[38] BGE 94 II 353; 85 II 279; 78 II 88; WURZBURGER, op. cit., p. 195.
[39] BGE 80 I 259; 79 II 108; 74 II 176.
[40] BGE 74 II 176.

des Bundesgerichts geht indessen weiter: Lehnt ein Entscheid die Beurteilung eines materiellen Anspruchs (aus prozessualen Gründen) ab, so ist er nur berufungsfähig, wenn er es ausschließt, daß der gleiche Anspruch zwischen den gleichen Parteien nochmals geltend gemacht wird[41]. Tritt z.B. das Gericht auf eine Klage mangels örtlicher Zuständigkeit nicht ein und bleibt es dem Kläger unbenommen, seinen Anspruch beim örtlich zuständigen Gericht geltend zu machen, so ist die Berufung ausgeschlossen; zulässig ist indessen wohl die zivilrechtliche Beschwerde, wenn Zuständigkeitsvorschriften des eidgenössischen Rechts verletzt werden (Art. 68 OG). Wird indessen die Zuständigkeit in einem Zwischenentscheid bejaht, so ist auf Grund von Art. 49 OG die Berufung gegeben. Diese Ordnung ist etwas umständlich, braucht sich aber auf die rekurrierende Partei nicht immer nachteilig auszuwirken, da das Bundesgericht Eingaben, in welchen die Berufung an das Bundesgericht erklärt wird, als Nichtigkeitsbeschwerden im Sinne von Art. 68 entgegennimmt, wenn sie den Anforderungen von Art. 71 OG genügen[42].

Bei der Rückweisung einer Klage wegen Rechtshängigkeit ist demnach zu prüfen, welche Folgen die Rückweisung für den eingeklagten Anspruch nach sich zieht. Besteht für die zurückgewiesene Klage eine Klagefrist mit Verwirkungsfolgen (z.B. «Verjährung» des Scheidungsanspruchs wegen Ehebruchs nach Art. 137 ZGB) und läuft diese Klagefrist während der Dauer des hängigen Verfahrens ab, so kann die Zurückweisung der Klage zum vollständigen Verlust des Klagerechts und damit des materiellen Anspruchs führen. In diesem Fall stellt der Entscheid über die Rückweisung der Klage einen berufungsfähigen endgültigen Entscheid dar[43].

Immerhin verneint das Bundesgericht das Vorliegen eines berufungsfähigen endgültigen Entscheides nur dann, wenn er der unterlegenen Partei die Möglichkeit beläßt, den genau gleichen materiellen Anspruch, um den in diesem Verfahren gestritten

[41] BGE 98 II 154 und daselbst zitierte Entscheide.
[42] BGE 95 II 295.
[43] BGE 98 II 155.

wurde, uneingeschränkt nochmals geltend zu machen. Dem betriebenen Schuldner, dessen gemäß Art. 83 Abs. 2 SchKG erhobene Aberkennungsklage aus prozessualen Gründen (etwa wegen Fehlens einer gültigen Prozeßvollmacht) zurückgewiesen wird, steht zwar u.U. die Rückforderungsklage nach Art. 86 Abs. 1 SchKG offen. Die Rückforderungsklage stellt aber keinen vollwertigen Ersatz der Aberkennungsklage dar; das Bundesgericht betrachtet daher heute entgegen seiner früheren Praxis ein Urteil, das eine Aberkennungsklage aus prozessualen Gründen zurückweist, als endgültigen Entscheid und läßt die Berufung zu[44].

### *D. Endentscheid*

Die Berufung ist im allgemeinen nur zulässig gegen Endentscheide, die den Prozeß aus materiellen oder formellen Gründen endgültig beenden. Die sog. prozeßleitenden Verfügungen, die nur den Gang des Verfahrens bestimmen (z.B. Zulassung und Zustellung einer Rechtsschrift, Anordnung einer Beweisabnahme) sind auf jeden Fall von der Berufung ausgenommen. Von den prozeßerledigenden Entscheiden können nur diejenigen mit der Berufung angefochten werden, die das Verfahren vor der fraglichen Instanz in allen Streitpunkten beenden. Dieser Grundsatz erleidet indessen zwei Ausnahmen:

1. Zwischenurteile über die sachliche oder örtliche Zuständigkeit können wegen Verletzung bundesrechtlicher Vorschriften über die sachliche oder örtliche Zuständigkeit mit der Berufung angefochten werden (Art. 49 OG). Diese Bestimmung ist in dem Sinn zwingend, als bei unterlassener Berufung gegen das Zwischenurteil eine spätere Überprüfung der Zuständigkeit durch das Bundesgericht nicht mehr möglich ist (Art. 48 Abs. 2 OG).

Nach der klaren Vorschrift von Art. 49 a.E. OG ist bei Verletzung der Gerichtsstandsgarantie nach Art. 59 BV die staatsrechtliche Beschwerde und nicht die Berufung an das Bundesgericht zu ergreifen. Die Bestimmung von Art. 59 BV stellt nach herr-

[44] BGE 98 II 156 im Gegensatz zu 84 II 231, 47 III 103.

schender Lehre und Judikatur[45] keine Gerichtsstandsnorm in dem Sinn dar, daß sie die Jurisdiktion der verschiedenen Gerichte untereinander abgrenzt; sie bezeichnet nur den Kanton, dessen Gerichte für den aufrechtstehenden Schuldner kompetent sind, weshalb nur der Schuldner, nicht auch der Gläubiger sie anrufen kann.

2. Gegen andere Vor- und Zwischenentscheide ist ausnahmsweise die Berufung zulässig, «wenn dadurch sofort ein Endentscheid herbeigeführt und ein so bedeutender Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren erspart werden kann, daß die gesonderte Anrufung des Bundesgerichtes gerechtfertigt erscheint» (Art. 50 Abs. 1 OG).

Als Vor- oder Zwischenentscheid im Sinn dieser Bestimmung kommen nur prozeßerledigende Entscheidungen über einzelne Streitpunkte in Betracht, die – würden sie umgekehrt lauten – sofort einen Endentscheid ergäben (z.B. Bejahung der streitigen Aktiv- oder Passivlegitimation einer Partei, Verwerfung der Einrede der Verjährung oder der Klagverwirkung)[46].

### *E. Entscheid der letzten kantonalen Instanz*

*1.* In der Regel ist die Berufung erst gegen Entscheidungen der oberen kantonalen Gerichte oder sonstiger Behörden zulässig, gegen die kein ordentliches kantonales Rechtsmittel mehr gegeben ist (Art. 48 Abs. 1 OG). Von der beschwerten Partei wird verlangt, daß sie zuerst die kantonalen Rechtsmittel ausschöpft; wenn ihr ein ordentliches kantonales Rechtsmittel zur Verfügung steht, fehlt ihr das Rechtsschutzinteresse für die Berufung an das Bundesgericht.

Ob ein ordentliches kantonales Rechtsmittel gegeben ist, bestimmt sich nach den Regeln des anwendbaren kantonalen Prozeß- oder Gerichtsorganisationsgesetzes, wird aber vom Bundesgericht

[45] GULDENER, op. cit. (Anm. 1), p. 57f. mit weiteren Hinweisen.

[46] BGE 95 II 96: Berufung zugelassen gegen einen Zwischenentscheid, der die grundsätzliche Haftung des Beklagten für den eingeklagten Schadenersatzanspruch bejaht.

frei überprüft; denn es geht hier nicht um die Anwendung von kantonalem Recht für den Sachentscheid, sondern um die Umschreibung der Voraussetzungen für die Berufung, die das Bundesgericht in unbeschränkter Kognition beurteilt[47].

Ordentliche Rechtsmittel verhindern den Eintritt der formellen und damit auch der materiellen Rechtskraft des angefochtenen Entscheides. Sie schieben damit in der Regel auch die gewöhnliche Folge der materiellen Rechtskraft, nämlich die Vollstreckbarkeit des Entscheides, hinaus, besitzen also ihrem Wesen nach Suspensiveffekt. Regelmäßig kommt ihnen auch Devolutiveffekt zu, d.h. sie übertragen die Überprüfung des angefochtenen Entscheides auf die obere Instanz und führen nicht bloß zu einer Wiedererwägung des Entscheides durch die urteilende Instanz. Demgemäß schließt die herrschende Meinung die Berufung an das Bundesgericht aus, wenn noch ein kantonales Rechtsmittel mit Suspensiv- und Devolutiveffekt gegeben ist[48].

Das kantonale Rechtsmittel muß also einerseits Suspensivwirkung besitzen. Ordentliche Rechtsmittel und Suspensivwirkung hängen freilich nicht immer zusammen. Ausnahmsweise kann, obwohl ein ordentliches Rechtsmittel ergriffen wurde, die vorläufige Vollstreckung des angefochtenen Entscheides bewilligt, die Suspensivwirkung also aufgehoben werden[49]. Umgekehrt kann bei einem außerordentlichen Rechtsmittel im konkreten Fall durch besondere Verfügung der zuständigen Instanz Suspensivwirkung bewilligt und die Vollstreckung des angefochtenen Entscheides damit hinausgeschoben werden[50]. Diese Sonderfälle sind indessen für das hier erörterte Problem der Berufung an das Bundesgericht bedeutungslos. Ein ordentliches kantonales Rechtsmittel, das die Berufung an das Bundesgericht ausschließt, liegt schon dann vor, wenn dieses Rechtsmittel nach der maßgeblichen kantonalen Rechtsordnung grundsätzlich Suspensiveffekt hat; ob im gegebe-

[47] WURZBURGER, op. cit. (Anm. 2), p. 10f., 204f.; BGE 84 II 465.

[48] BIRCHMEIER, op. cit., p. 169; WURZBURGER, op. cit., p. 207; BGE 63 II 326.

[49] z.B. Basel-Stadt, ZPO § 224.

[50] z.B. Basel-Stadt, ZPO § 243 Abs. 2. GULDENER, op. cit. (Anm. 1), p. 500 Anm. 35.

nen konkreten Fall die Suspensivwirkung aufgehoben worden ist, spielt keine Rolle[51].

Dem kantonalen Rechtsmittel muß ferner Devolutiveffekt zukommen, d.h. die Einlegung des Rechtsmittels muß Recht und Pflicht zur Überprüfung der angefochtenen Entscheidung auf eine obere Instanz übertragen. Ist die Instanz, welche die angefochtene Entscheidung erlassen hat, selber berufen, über das Rechtsmittel zu befinden, so fehlt zwar der Devolutiveffekt des Rechtsmittels; die Berufung gegen den angefochtenen Entscheid an das Bundesgericht bleibt indessen gleichwohl ausgeschlossen, weil es an einem Endentscheid fehlt, solange die urteilende Instanz ihren eigenen Entscheid neu überprüfen kann[52].

Genau betrachtet muß das ordentliche kantonale Rechtsmittel neben dem Suspensiv- und dem Devolutiveffekt noch eine dritte Eigenschaft aufweisen, damit es der Berufung gegen den angefochtenen Entscheid an das Bundesgericht entgegensteht: Das kantonale Rechtsmittel muß in dem Sinn beschränkt vollkommen sein, daß es zum mindesten zu einer unbeschränkten Überprüfung der Rechtsfrage, zu einer revisio in iure führt, wogegen die Überprüfung der Tatfrage nicht erforderlich ist. Solange ein kantonales Rechtsmittel gegeben ist, das die unbeschränkte Überprüfung der Rechtsfrage erlaubt, ist der kantonale Instanzenzug nicht erschöpft und ein Rechtsschutzbedürfnis für die Berufung an das Bundesgericht nicht gegeben[53]. Beschränkt sich indessen das kantonale Rechtsmittel auf die Verletzung klaren Rechts, wie z.B. die Willkürbeschwerde, so liegt kein ordentliches kantonales Rechtsmittel im Sinne von Art. 48 Abs. 1 OG vor, auch wenn diesem Rechtsmittel Suspensiv- und Devolutivwirkung zukäme.

*2.* Gegen Entscheid unterer kantonaler Gerichte ist die Berufung nur in zwei Fällen zulässig (Art. 48 Abs. 2 OG):

a) Das untere kantonale Gericht hat in einer Angelegenheit entschieden, die von Bundesrechts wegen nur in einer einzigen

[51] WURZBURGER, op. cit., p. 207; a. M. BIRCHMEIER, op. cit., p. 170.

[52] BGE 79 II 110.

[53] BGE 63 II 329; WURZBURGER, op. cit. (Anm. 2), p. 208; BIRCHMEIER, op. cit. (Anm. 2), p. 169. Ungenau GULDENER, op. cit. (Anm. 1), p. 499.

kantonalen Instanz entschieden werden darf. Dies trifft vor allem für Prozesse auf dem Gebiet des Immaterialgüterrechts zu[54].

b) Das untere kantonale Gericht hat als letzte, aber nicht als einzige kantonale Instanz entschieden.

Mit dieser Bestimmung sollte vor allem die starke Belastung des Bundesgerichts durch Familienrechtssachen der Kantone Waadt und Graubünden, die damals – bei der Revision des OG von 1943 – einer einzigen kantonalen Instanz übertragen waren, vermieden werden[55]. Die Kantone können somit die Berufung gegen Entscheidungen ihrer Gerichte verhindern, indem sie für die betreffenden Zivilsachen ein unteres Gericht als einzige kantonale Instanz für zuständig erklären. Ein solches Vorgehen widerspräche aber offensichtlich Sinn und Zweck der Berufung und liefe auf eine unzulässige Vereitelung der bundesrechtlichen Bestimmungen über die Organisation der Bundesrechtspflege hinaus. Von Bundesrechts wegen sind daher die Kantone verpflichtet, ihre Rechtsmittelordnung so zu gestalten, daß die Berufung an das Bundesgericht nicht bloß deshalb ausgeschlossen wird, weil das maßgebliche kantonale Recht nur eine einzige kantonale Instanz vorsieht. Eine andere Frage ist, auf welchem Weg die Erfüllung dieser Pflicht durchgesetzt werden kann[56].

*3.* Auch Zwischenurteile, die nach Art. 48 und 49 OG selbständig durch Berufung angefochten werden können, müssen von der letzten kantonalen Instanz ausgehen[57]. Ob in solchen Fällen die Berufung zulässig ist, läßt sich nicht immer leicht beantworten, wie folgender Fall[58] zeigt: Die untere kantonale Instanz bejaht in einem Zwischenurteil ihre nach Bundesrecht gegebene örtliche

[54] Vgl. die Aufzählung bei GULDENER, op. cit., p. 17 Anm. 13.

[55] Botschaft des Bundesrates zum Entwurf eines neuen Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 9. Februar 1943, Bundesblatt 95, 1943, p. 121.

[56] WURZBURGER, op. cit., p. 170.

[57] WURZBURGER, op. cit., p. 214f.

[58] BGE 80 III 152.

Zuständigkeit. Gegen diesen Zwischenentscheid werden keine Rechtsmittel ergriffen, hingegen wird der Endentscheid an die obere kantonale Instanz weitergezogen. Diese tritt auf die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit nicht ein, weil das Zwischenurteil nicht selbständig, wie es das maßgebliche kantonale Prozeßrecht zwingend (analog zu Art. 48 Abs. 2 OG) vorschreibt, durch das kantonale Rechtsmittel angefochten worden sei. Dieser Entscheid der oberen kantonalen Instanz, womit sie auf die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit nicht eintritt, stellt keinen berufungsfähigen Entscheid über die örtliche Zuständigkeit dar; er stellt lediglich fest, daß das gegen das Endurteil der unteren Instanz ergriffene Rechtsmittel insoweit unzulässig ist, als es sich auf die Frage der Zuständigkeit bezieht[59]. Entscheide über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines Rechtsmittels sind keine Zivilstreitigkeiten und daher grundsätzlich nicht berufungsfähig[60]. Daran ändert nichts, daß die obere kantonale Instanz gleichzeitig ein Sachurteil fällte. Gegen diesen Sachentscheid wäre die Berufung an das Bundesgericht gegeben gewesen, sofern die übrigen Voraussetzungen der Berufung erfüllt waren; die Frage der Zuständigkeit konnte aber nicht mehr durch Berufung vor das Bundesgericht gebracht werden, weil die Partei, die sich auf die Unzuständigkeit berief, den kantonalen Instanzenweg nicht beschritten hatte.

### *F. Berufungssumme*

*1.* In Prozessen vermögensrechtlicher Natur ist die Berufung im allgemeinen nur zulässig, wenn der Streitwert zum mindesten den Betrag von Fr. 8000.– erreicht (Art. 46 OG). Nicht vermögensrechtliche Zivilstreitigkeiten können ihrer Natur nach keinen in Geld bezifferbaren Streitwert haben, weshalb bei ihnen das Erfordernis des Streitwertes entfällt.

Die Abgrenzung zwischen vermögensrechtlichen und nichtver-

[59] Gleicher Ansicht WURZBURGER, op.cit. (Anm. 2), p. 215; a.M. GULDENER, op.cit. (Anm. 1), p. 560 Anm. 18.

[60] BGE 54 II 473; 45 II 151; 31 II 776.

mögensrechtlichen Streitigkeiten fällt nicht immer leicht. Rechtsprechung und Doktrin neigen dahin, Ansprüche als vermögensrechtlich zu behandeln, auch wenn sie für sich allein keinen Vermögenswert haben, jedoch die Voraussetzung für die Begründung oder Erhaltung von Vermögenswerten schaffen. So werden als vermögensrechtlich behandelt: Die Klage auf Ausstellung eines Arbeitszeugnisses (Art. 330a OR)[61]; die Klage des Aktionärs auf Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses der AG (Art. 706 OR)[62]; die Klage auf Feststellung und Unterlassung unlauteren Wettbewerbs (Art. 2 UWG)[63]. Die Bemessung des Streitwerts gestaltet sich in diesen Fällen oft nicht einfach. Den Schwierigkeiten der Streitwertbemessung bei den eigentlichen Immaterialgüterrechtssachen – jedoch nicht bei UWG-Streitigkeiten[64] – hat der Gesetzgeber dadurch Rechnung getragen, daß er in diesen Fällen die Berufung ohne Rücksicht auf den Streitwert zuläßt (Art. 45 lit. a OG). Das gleiche gilt für die Berufung im Verfahren um Kraftloserklärung von Wertpapieren (Art. 45 lit. b OG).

*2.* Der Streitwert bestimmt sich nach Maßgabe der Rechtsbegehren der Parteien vor der letzten kantonalen Instanz (Art. 46 OG). Maßgebend ist das Interesse, das für die Parteien unmittelbar vor der angefochtenen kantonalen Entscheidung auf dem Spiele steht. Änderungen der Rechtsbegehren bis zum Erlaß des Entscheides der letzten kantonalen Instanz müssen daher bei der Berechnung des Streitwertes berücksichtigt werden[65]. Sondervorschriften über die Berechnung der Berufungssumme bei Klagehäufung, Streitgenossenschaft und Widerklagen finden sich in Art. 47 OG. Im übrigen wird der Streitwert nach den Regeln berechnet, wie sie in Art. 36 OG enthalten sind[66].

[61] BGE 74 II 44.
[62] GULDENER, op. cit., p. 98.
[63] BGE 87 II 114.
[64] BGE 87 II 114.
[65] BGE 89 II 198; 65 II 184.
[66] Für Einzelheiten vgl. WURZBURGER, op. cit., p. 130 ff.; SIEGFRIED SCHULLER, Die Berechnung des Streitwertes, Diss. Zürich 1974.

## III. Schlußfolgerungen

In erster Linie dient die Berufung wie jedes andere Rechtsmittel dem Interesse der Parteien an der richtigen und gerechten Entscheidung ihrer Sache. Daneben kommt ihr noch eine besondere Aufgabe zu: Sie bezweckt die einheitliche Anwendung des Bundeszivilrechts; sie dient der Rechtseinheit auf dem Gebiet des eidgenössischen Privatrechts und daneben allgemein der Erhellung des Zivilrechts durch Schaffung von Präjudizien als Wegleitung für künftige ähnliche Fälle.

Es ist bekannt, daß die Berufung diese Aufgaben nicht vollkommen erfüllt. Für manche Gebiete des täglichen Rechtslebens wie etwa Miete und Arbeitsvertrag liegen nur wenige bundesgerichtliche Präjudizien vor, weil die Streitfälle gewöhnlich die Berufungssumme nicht erreichen. Neidvoll blickt der Zivilrechtler auf Teil III der Amtlichen Sammlung der Bundesgerichtsentscheide, wo sich beinahe zu jeder Bestimmung des SchKG ein reicher Schatz an wertvollen Präjudizien angesammelt hat, während er für wichtige Fragen des Zivilrechts vergeblich im Teil II der Amtlichen Sammlung blättert.

Inwiefern erschweren oder erleichtern es der Berufung die in diesem Referat behandelten sechs Voraussetzungen, ihre verschiedenen Funktionen – Mittel einer richtigen und gerechten Entscheidung, Hüter der Rechtseinheit und Quelle von Präjudizien – zu erfüllen?

Die Voraussetzung der *Zivilsache* ist sicherlich gerechtfertigt. Sie verweist die Berufung auf den ihr zukommenden Platz als Rechtsmittel des Zivilrechts und grenzt sie von den immer mehr ausgebauten Rechtsmitteln des öffentlichen Rechts ab. Immerhin sollten zu den Zivilsachen u. U. auch Streitigkeiten über die Vollstreckbarkeit eines zivilrechtlichen Anspruchs gezählt werden.

Wo im Grenzgebiet zwischen Zivil- und öffentlichem Recht materielles Bundeszivilrecht als Ersatz für fehlendes kantonales öffentliches Recht angewandt wird, dort soll im Interesse der Rechtseinheit eine Zivilsache angenommen und die Berufung, welche die freie Überprüfung des Bundeszivilrechts erlaubt, für zulässig erklärt werden.

Keiner langen Rechtfertigung bedarf auch das Erfordernis des den Prozeß beendigenden *Endentscheides*. Mit der Möglichkeit, unter bestimmten Voraussetzungen auch bloße Zwischenurteile mit der Berufung anzufechten, wird dem Rechtsschutzbedürfnis der Parteien und den anderen Aufgaben der Berufung genügend Rechnung getragen.

Sicherlich richtig ist es auch, die Berufung gewöhnlich nur gegen *letztinstanzliche kantonale Entscheide*, die nicht mehr durch ein ordentliches Rechtsmittel angefochten werden können, zuzulassen. Die Berufung soll erst zum Zuge kommen, wenn der kantonale Instanzenweg erschöpft ist.

Als problematischer erweist sich das Erfordernis des *endgültigen Entscheides*. Der Ausschluß der Berufung bei vorsorglichen Verfügungen und Maßnahmen des Eherechts läßt sich zwar nicht beanstanden, da in diesen Fällen meistens rasch und summarisch entschieden werden muß, was einem langen Instanzenweg entgegensteht. Fragwürdiger sind die Fälle, wo die Berufung unzulässig ist, weil der betroffenen Partei die Befugnis bleibt, ihren materiellen Anspruch in einem neuen Verfahren geltend zu machen. Die betroffene Partei erleidet durch den Entscheid, der im ersten Verfahren ergangen ist, einen erheblichen Rechtsnachteil; sie muß gewöhnlich die Kosten dieses Verfahrens tragen und in einem zweiten Verfahren gleichsam wieder von vorne beginnen; auch können sich die Verhältnisse, z.B. die finanzielle Lage der Gegenpartei, so ändern, daß sich eine erneute Geltendmachung des Anspruchs gar nicht mehr lohnt. Es wäre daher zu erwägen, ob nicht in derartigen Fällen vom Erfordernis des endgültigen Entscheides Umgang genommen und die Berufung zugelassen werden könnte.

Die eigentlichen Schranken der Berufung bilden die beiden Erfordernisse der Zivilrechtsstreitigkeit und der Berufungssumme. Was die Voraussetzung der *Zivilrechtsstreitigkeit* anbelangt, so ist nicht recht einzusehen, weshalb die Berufung grundsätzlich nur auf eigentliche Streitigkeiten beschränkt werden soll. Das Gesetz läßt freilich die Berufung auch für bestimmte Fälle der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu. Die Aufzählung dieser Fälle nimmt sich aber etwas zufällig aus; sie läßt wichtige Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit beiseite und sieht andererseits die Berufung in

Bereichen wie etwa bei der Kraftloserklärung von Wertpapieren vor, wo sich eine bundesgerichtliche Kontrolle mit unbeschränkter Kognition nicht unbedingt aufdrängt. Daher wäre zu erwägen, ob nicht de lege ferenda alle Fälle der freiwilligen Gerichtsbarkeit für berufungsfähig erklärt werden sollten, jedoch nur unter der Voraussetzung, daß in vermögensrechtlichen Angelegenheiten die Berufungssumme erreicht ist. Bei Registersachen könnte die verwaltungsgerichtliche Beschwerde vorbehalten bleiben.

Am Erfordernis der *Berufungssumme* bei den vermögensrechtlichen Angelegenheiten muß wohl grundsätzlich festgehalten werden; andernfalls würde das Bundesgericht mit Angelegenheiten von minderer Bedeutung überschwemmt, die Prozesse im Verhältnis zur Höhe ihres Streitwerts übermäßig in die Länge gezogen und dem Querulantentum Tür und Tor geöffnet. Die seit dem 1. Januar 1960 unverändert gebliebene Berufungssumme von Fr. 8000.– ist heute, wenn man die seither eingetretene Geldentwertung berücksichtigt, sicher nicht zu hoch und erlaubt es, alle vermögensrechtlichen Streitsachen von gewisser finanzieller Tragweite durch Berufung vor das Bundesgericht zu bringen. Andererseits darf nicht übersehen werden, daß in verschiedenen Gebieten des Privatrechts, etwa bei Abzahlungs-, Miet- und Arbeitsverträgen, die Prozesse selten die Berufungssumme von Fr. 8000.– erreichen. Derartige Rechtsfälle des täglichen Lebens sind somit der unbeschränkten Kognition des Bundesgerichts weitgehend entzogen, weshalb es hier mit der Rechtseinheit nicht zum besten bestellt ist und es auch an Präjudizien mangelt, die dem Rechtsuchenden weiter helfen. Für die Lösung dieses Problems bieten sich verschiedene Behelfe an, die hier darzustellen den Rahmen dieses Referats sprengen würden. Hingewiesen sei lediglich auf das Recht der Bundesrepublik Deutschland: Ohne Erreichung der Revisionssumme von DM 25000.– (!) darf das Oberlandesgericht die Revision (die der Berufung an das schweizerische Bundesgericht entspricht) nach seinem pflichtgemäßen Ermessen zulassen, wenn die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat; es muß die Revision zulassen, wenn seine Entscheidung von einer Entscheidung des Bundesgerichtshofes oder des Gemeinsamen Senats der Obersten Gerichtshöfe des Bundes abweicht[67].

[67] LEO ROSENBERG/KARL HEINZ SCHWAB, Zivilprozeßrecht, 11. Aufl., München 1974, p. 775f.