



Die Ausschöpfung von Verfahrensrügen im Zivil- und Strafprozess

CHRISTOPH HURNI*



MARCUS STADLER**

Die Autoren untersuchen zunächst, ob eine Partei im erst- und zweitinstanzlichen Gerichtsverfahren einen Verfahrensfehler so früh wie möglich rügen muss und ob hierfür im Zivil- und Strafprozess unterschiedliche Regeln gelten. In einem zweiten Schritt gehen sie der Frage nach, ob und unter welchen Umständen eine Partei eine formelle Einwendung erstmals vor Bundesgericht vorbringen kann und worauf sich die materielle Ausschöpfung des Instanzenzugs sowohl im Zivil- als auch im Strafrecht stützt.

Les auteurs examinent tout d'abord si les parties ont l'obligation d'invoquer les vices de procédure le plus tôt possible en première et en deuxième instance et si des règles différentes s'appliquent à ce sujet en procédure civile et en procédure pénale. Ils s'intéressent ensuite à la question de savoir si et dans quelles circonstances une partie peut soulever une exception formelle pour la première fois devant le Tribunal fédéral et sur quels éléments se fonde l'épuisement matériel des voies de recours, tant en droit civil qu'en droit pénal.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Berufung auf formelle Mängel im Zivil- und Strafverfahren
 - A. Der Satz von Treu und Glauben
 1. Gesetzgeberische Entwicklung
 2. Umsetzung in der ZPO
 3. Umsetzung in der StPO
 - B. Verwirkung von Verfahrensrügen im erstinstanzlichen Verfahren
 1. Im Zivilprozess
 2. Im Strafprozess
 - C. Verwirkung von Verfahrensrügen im Rechtsmittelverfahren
 1. Im Zivilprozess
 2. Im Strafprozess
- III. Berufung auf formelle Mängel vor Bundesgericht
 - A. Zur Ausschöpfung des Instanzenzugs
 - B. Beschwerde in Zivilsachen
 - C. Beschwerde in Strafsachen
- IV. Fazit

I. Einleitung

Ist eine Partei im Zivil- oder Strafprozess gehalten, einen Verfahrensfehler so früh wie möglich geltend zu machen? Kann sie damit sogar bis zum bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren zuwarten? Nach der Rechtsprechung ist es unzulässig, formelle Rügen¹ erst bei ungünstigem

Verfahrensausgang zu erheben, wenn sie bereits früher hätten vorgebracht werden können. Begründet wird dies gemeinhin mit dem Grundsatz von Treu und Glauben (und dem Rechtsmissbrauchsverbot). Wird eine formelle Einwendung erstmals vor Bundesgericht geltend gemacht, fällt der Vorwurf des unzulässigen Zurückhaltens von Verfahrensrügen oft mit der mangelnden materiellen Ausschöpfung des Instanzenzugs zusammen. Im vorliegenden Beitrag soll dargestellt werden, wie es sich mit diesen Rechtsfiguren verhält, wenn es um die Berufung auf formelle Mängel vor der ersten, zweiten oder letzten Instanz geht.

II. Berufung auf formelle Mängel im Zivil- und Strafverfahren

A. Der Satz von Treu und Glauben

1. Gesetzgeberische Entwicklung

Art. 2 ZGB regelt das allgemeine Gebot des Handelns nach Treu und Glauben (Abs. 1) und das Verbot des Rechtsmissbrauchs (Abs. 2). Obwohl ihm Eugen Huber bereits in den Erläuterungen zum Vorentwurf des Zivilgesetzbuches «zahlreiche Anwendungen [...] auch in anderen Rechtsgebieten» voraussagte,² lehnte das Bundesgericht in BGE 40 III 160 E. 4 eine Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben im Prozess- und Zwangsvollstreckungsrecht zunächst ab. In BGE 83 II 345

* CHRISTOPH HURNI, PD Dr. iur., Bundesrichter, Präsident der Ersten zivilrechtlichen Abteilung.

** MARCUS STADLER, Dr. iur., Gerichtsschreiber am Bundesgericht, Zweite strafrechtliche Abteilung. Die Autoren vertreten hier ausschliesslich ihre eigene Meinung, die für das Bundesgericht nicht bindend ist.

¹ Hier bewusst ausgeklammert werden materielle (Rechts-)Rügen, obwohl jedenfalls im Privatrecht ähnliche Grundsätze gelten wie für Verfahrensrügen.

² MARKUS REBER/CHRISTOPH HURNI, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Materialien zum Zivilgesetzbuch, Band II, Die Erläuterungen von Eugen Huber, Text des Vorentwurfs von 1900, Bern 2007, N 70.

E. 2 erkannte das Bundesgericht den Grundsatz von Treu und Glauben dann aber als «schon längst vor Erlass des schweizerischen ZGB als Bestandteil der allgemeinen Rechtslehre» anerkanntes Prinzip. Art. 2 ZGB enthalte «eine zu den einzelnen Rechtsnormen hinzutretende allgemeine Regel, wie sie auch ausserhalb des eidgenössischen Zivilrechts, z.B. im kantonalen Prozessrecht, nach Gesetz oder Gewohnheitsrecht (Gerichtsgebrauch) gilt und in Anlehnung an jene eidgenössische Vorschrift weiter ausgebaut werden darf».³ Seit diesem Entscheid bezeichnet das Bundesgericht das Prinzip von Treu und Glauben konstant als «allgemeinen Grundsatz [...], der auch im Prozessrecht gilt».⁴

Einen weiteren Meilenstein auf dem Weg zur Anerkennung von Treu und Glauben als ein die ganze schweizerische Rechtsordnung beherrschendes Prinzip bildete das Inkrafttreten der totalrevidierten Bundesverfassung vom 18. April 1999. Art. 5 Abs. 3 BV verpflichtet sowohl staatliche Organe wie auch Private zum Handeln nach Treu und Glauben. Art. 9 BV verankert das Prinzip zudem als eigenständiges Grundrecht, das dem Rechtsunterworfenen einen justiziablen verfassungsrechtlichen Anspruch gibt, von Behörden nach Treu und Glauben behandelt zu werden.

2. Umsetzung in der ZPO

Für den Zivilprozess hat der Gesetzgeber den Grundsatz von Art. 2 ZGB schliesslich in Art. 52 ZPO einfachrechtlich abgebildet. Danach haben «alle am Verfahren beteiligten Personen [...] nach Treu und Glauben zu handeln». Anders als in Art. 2 Abs. 2 ZGB wird das Rechtsmissbrauchsverbot in Art. 52 ZPO zwar nicht ausdrücklich genannt, was aber nichts an dessen Geltung auch im Zivilprozess ändert, weil rechtsmissbräuchliches Verhalten immer auch treuwidrig ist.⁵ Auch das Bundesgericht bezeichnet den Rechtsmissbrauch als «Teil des Grundsatzes von Treu und Glauben».⁶

Das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben hält die Prozessakteure zu loyalem und korrektem Verhalten und gegenseitiger Rücksichtnahme im Verfahren an. Wer

am Rechtsverkehr und damit auch an dessen Durchsetzungsstadium im Zivilprozess teilnimmt, von dem darf und muss erwartet werden, dass er sich wie ein als redlich und vernünftig vorausgesetzter Dritter verhält.⁷ Das Treuegebot verlangt namentlich, dass ein Verfahrensakteur dem (berechtigten) Vertrauen, das er bei einem am Prozessrechtsverhältnis Beteiligten erweckt hat, entsprechen muss.⁸ Aus Treu und Glauben folgt weiter eine Wahrheitspflicht der Parteien im Sinne einer Pflicht zur subjektiven Wahrhaftigkeit. Den Parteien ist es untersagt, bewusst unwahre Tatsachenbehauptungen aufzustellen und wahre Tatsachen wissentlich zu bestreiten, was sich bereits aus der beweisrechtlichen Mitwirkungspflicht gemäss Art. 160 Abs. 1 lit. a ZPO ergibt.⁹ Art. 52 ZPO richtet sich vor allem an die Parteien und regelt deren Verhalten untereinander wie auch gegenüber dem Gericht; dies unterscheidet die Norm namentlich vom Grundrecht des Art. 9 BV, welches nur die Behörden auf ein Verhalten nach Treu und Glauben verpflichtet.¹⁰

3. Umsetzung in der StPO

Auch in der StPO findet sich das Prinzip von Treu und Glauben wieder. Allerdings verpflichtet die Grundsatznorm von Art. 3 StPO¹¹ nach ihrem unzweideutigen Wortlaut einzig die Strafbehörden zur Beachtung des Grundsatzes von Treu und Glauben sowie des Verbots des Rechtsmissbrauchs¹² (Abs. 2 lit. a und b). Unbesehen davon gehen das Bundesgericht¹³ als auch ein Teil der Lite-

⁷ Statt vieler: BK-HURNI (FN 5), Art. 52 ZPO N 11. Zum Ganzen bereits MAX GULDENER, Treu und Glauben im Zivilprozess, SJZ 1942/43, 389 ff. («Wenn schon bei der Ausübung der Privatrechte nach Treu und Glauben zu verfahren ist, so kann es nicht erlaubt sein, bei der Geltendmachung oder Abwehr solcher Rechte im Prozess sich einer Taktik zu bedienen, die mit diesem Grundsatz im Widerspruch steht»).

⁸ BK-HURNI (FN 5), Art. 52 ZPO N 13 ff.

⁹ Statt vieler: BK-HURNI (FN 5), Art. 52 ZPO N 28 ff. m.w.H.

¹⁰ BK-HURNI (FN 5), Art. 52 ZPO N 16.

¹¹ Vgl. die Marginalie «Achtung der Menschenwürde und Fairnessgebot», deren Gehalt sich ohnehin nur an den Staat richtet, dazu MARCUS STADLER, Verwirkung wegen Treu und Glauben?, Diss. Luzern 2022, 256 ff., ferner 309 ff.

¹² Der Rechtsmissbrauch wird in der StPO nur vereinzelt erwähnt: In Art. 102 Abs. 1 (Massnahmen zur Verhinderung von «Missbräuchen» bei Akteneinsichtsbegehren), Art. 108 Abs. 1 lit. a (Einschränkungen des rechtlichen Gehörs bei Verdacht auf «Missbrauch» von Parteirechten), Art. 235 Abs. 4 (Einschränkungen des freien Verkehrs mit der Verteidigung in Haft bei Verdacht auf «Missbrauch») sowie Art. 388 Abs. 2 lit. c (Nichteintreten auf «rechtsmissbräuchliche» Rechtsmittel).

¹³ BGE 148 IV 362 E. 1.10.3; 143 IV 397 E. 3.4.2; s.a. bereits BGE 131 I 185 E. 3.2.4; 138 I 97 E. 4.1.5.

³ Regeste zu BGE 83 II 345.

⁴ BGE 84 I 56 E. 4c; sodann 96 II 161 E. 4b; 105 II 149 E. 2 f.; 107 Ia 206 E. 3; 111 II 62 E. 3; 123 III 220 E. 4d; 128 III 201 E. 1c; 132 I 249 E. 5 f. Vgl. auch BGE 101 Ia 39 E. 3, wonach «in den letzten Jahrzehnten in vermehrtem Masse bewährte zivilrechtliche Institutionen ins öffentliche Recht übernommen» wurden.

⁵ CHRISTOPH HURNI, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, Art. 1–149 ZPO, Bern 2012 (zit. BK-HURNI), Art. 52 ZPO N 10.

⁶ BGE 110 Ib 332 E. 3a.

ratur¹⁴ – unter Berufung auf Art. 5 Abs. 3 BV, mitunter auch Art. 2 ZGB – davon aus, dass neben den Strafbehörden insbesondere auch die beschuldigte Person verpflichtet sei, nach Massgabe von Treu und Glauben zu handeln. Diese Auffassung wird im Schrifttum vereinzelt kritisiert, zumal sich die Grundsätze und die Struktur des Strafverfahrens klar vom Zivilprozess unterscheiden. Wie es sich mit der allgemeinen Anwendbarkeit des Prinzips von Treu und Glauben im Strafverfahren verhält, ist hier nicht zu vertiefen.¹⁵ Nachfolgende Diskussion beschränkt sich auf die Frage, ob die beschuldigte Person unter dem Aspekt von Treu und Glauben gehalten sein soll, formelle Rügen so früh wie möglich oder zumindest bis zu einem bestimmten Zeitpunkt¹⁶ im Verfahren vorzubringen.

B. Verwirkung von Verfahrensrügen im erstinstanzlichen Verfahren

1. Im Zivilprozess

Unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs traditionellerweise verpönt ist das widersprüchliche Handeln im Prozess (*venire contra factum proprium*). Die Parteien und das Gericht haben sich im Prozessverlauf kohärent zu verhalten. Ein Anwendungsfall dieser Fallgruppe des Rechtsmissbrauchsverbots ist – jedenfalls im Zivilverfahren – das bewusst verspätete Erheben formeller Rügen, d.h. die Behauptung, dass sich im Prozess ein Verfahrensfehler ereignet hat.¹⁷ Bereits GULDENER erblickte eine Verletzung von Treu und Glauben darin, wenn eine Partei «in Kenntnis eines prozessualen Mangels, statt diesen zu rügen, weiterprozessiert». Sie begründe damit «die Erwartung, dass sie mit dem eingeschlagenen Verfahren

einverstanden sei».¹⁸ Nach konstanter Rechtsprechung ist es widersprüchlich, wenn formelle Rügen, die in einem früheren Prozessstadium hätten geltend gemacht werden können, erst später bei einem ungünstigen Ausgang des Verfahrens vorgetragen werden;¹⁹ es ist namentlich treuwidrig, Rügegründe gleichsam in Reserve zu halten, um diese bei ungünstigem Prozessverlauf und voraussehbarem Prozessverlust nachzuschieben.²⁰ Die entsprechende Rüge verwirkt, womit die Behauptung, es hätten sich formelle Mängel ereignet, nicht mehr gehört wird.²¹ Allerdings darf eine gemäss dem Prozessrecht bestehende Möglichkeit, Angriffs- und Verteidigungsmittel erst spät in den Prozess einzubringen, genutzt werden, ohne dass der betreffenden Partei direkt Rechtsmissbrauch unterstellt werden dürfte.²²

2. Im Strafprozess

Grundlegend anders verhält es sich im Strafverfahren, in dem sich nicht zwei gleichgestellte «Parteien» gegenüberstehen.²³ Die Strafbehörden sind verpflichtet, das Strafverfahren einzuleiten und – nur in den vom Gesetz vorgesehenen Formen – durchzuführen und abzuschliessen (Art. 2 und Art. 7 StPO). Zudem haben sie die für die Beurteilung der Straftat bedeutsamen Tatsachen von Amtes wegen, d.h. unabhängig von allfälligen Parteibeghären, abzuklären (Art. 6 StPO), während die beschuldigte Person gesetzlich vorgesehene Zwangsmassnahmen zu dulden hat (vgl. Art. 196 ff. StPO). Deren Schuld zu beweisen, ist Sache des Staates. Die beschuldigte Person gilt als unschuldig, solange sie nicht rechtskräftig verurteilt worden ist (vgl. Art. 10 StPO). Sie muss sich nicht selbst belasten, hat also nicht aktiv an ihrer eigenen Überführung mitzuwirken (Art. 113 Abs. 1 StPO). Will sie ihre Verteidigungsrechte ausüben, muss ihr das frei von Zwang möglich sein.²⁴

Aus dieser Konzeption folgt, dass die beschuldigte Person weder über den strittigen Anspruch noch über

¹⁴ Statt vieler: DANIEL JOSITSCH/NIKLAUS SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 4. A., Zürich 2023, N 93; CR CPP-HOTTELIER, Art. 3 N 18 ff., in: Yvan Jeanneret/André Kuhn/Camille Perrier Depeursinge (Hrsg.), Commentaire Romand, Code de procédure pénale suisse, 2. A., Basel 2019.

¹⁵ Grundlegend krit. STADLER (FN 11), 180 ff., 229 ff.; vgl. auch CHRISTOPH REUT/THOMAS HELD, Von Treu und Glauben im Strafverfahren, in: Konrad Jeker/Thomas Held/Yvan Jeanneret (Hrsg.), Strafprozessrecht, 10 Jahre Schweizerische StPO, Zürich 2002, 377 ff., 387 ff.; BSK StPO-GETH/REIMANN, Art. 3 N 62 ff., in: Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Strafprozessordnung, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2023 (zit. BSK StPO-Verfasser).

¹⁶ Siehe BGE 143 IV 397 E. 3.4.2, wonach sich in Widerspruch zu seinem eigenen Verhalten setze, wer sich gegen Verfahrenshandlungen der Behörden wendet, gegen welche er weder im Untersuchungs- noch im erstinstanzlichen Gerichtsverfahren opponiert hat; s.a. bereits BGE 125 I 127 E. 6c/bb; anders wiederum BGE 130 IV 72 E. 2.2.

¹⁷ Statt vieler: BK-HURNI (FN 5), Art. 52 ZPO N 59.

¹⁸ Vgl. GULDENER (FN 7), 395 und 405 ff.

¹⁹ BGE 141 III 210 E. 5.2; 135 III 334 E. 2.2.

²⁰ BGE 136 III 605 E. 3.2.2; 129 III 445 E. 3.1; 126 III 249 E. 3c.

²¹ BK-HURNI (FN 5), Art. 52 ZPO N 60.

²² THOMAS SUTTER-SOMM/CORDULA LÖTSCHER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 4. A., Zürich 2025, N 304.

²³ Die Staatsanwaltschaft leitet die Untersuchung (Art. 61 lit. a StPO); erst im gerichtlichen Verfahren wird sie zur «Partei» (Art. 104 Abs. 1 lit. c StPO). Krit. zum Ganzen LORENZ GARLAND, Waffengleichheit im Vorverfahren, Diss. Zürich 2019, 141 ff.

²⁴ S.a. SK StPO-LIEBER, Art. 113 N 12, in: Andreas Donatsch/Viktor Lieber/Sarah Summers/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO, 3. A., Zürich 2020 (zit. SK StPO-Verfasser).

die Förmlichkeiten des Verfahrens disponiert.²⁵ Sie verfügt auch nicht über eine im Verhältnis zum staatlichen «Verfahrensbeteiligten» gleichwertige Möglichkeit, auf das Prozessthema einzuwirken.²⁶ Gleichzeitig ist die beschuldigte Person nicht zum Geständnis oder sonst wie zur Förderung der Rechts- bzw. «Wahrheitsfindung» gezwungen.²⁷ Eine Konzentration des Verfahrens, wie sie der Zivilprozess namentlich in Art. 229 ZPO kennt, sieht die StPO denn auch nicht vor. Von der beschuldigten Person kann mithin keine «loyale» Kooperation mit den Strafbehörden zur Erreichung eines gemeinsam erstrebten Ziels verlangt werden.²⁸ Legt man dieser Betrachtung das aus Treu und Glauben abgeleitete Vertrauensprinzip zu Grunde, können und dürfen sich die Strafbehörden nicht (in gleichem Umfang) auf das Verhalten der beschuldigten Person verlassen: Beanstandet die beschuldigte Person einen formellen Mangel – aus welchem Grund auch immer – nicht, verdiente die «Erwartung» der Strafbehörde, die beschuldigte Person würde fortan keine Verfahrensrüge erheben, keinen Schutz.²⁹ Im Übrigen kann der das Verfahren und seine Regeln verantwortende Staat kaum ein (Erfüllungs-)Interesse an einem «obliegenheitsgemässen» Verhalten der beschuldigten Person haben, wenn es letztlich um die Justizförmigkeit des Verfahrens geht.³⁰ Da die beschuldigte Person diesbezüglich gar kein «factum proprium» zu schaffen im Stande ist, befindet sie sich auch nicht im Widerspruch zu einer selber gesetzten Tatsache, wenn sie (später) auf die Einhaltung der Verfahrensvorschriften pocht.³¹ Tut sie dies in der Untersuchung oder danach im Hauptverfahren, macht sie vielmehr von ihren Parteirechten Gebrauch, so etwa, wenn sie «erst» vor Abschluss des erstinstanzlichen Beweisverfahrens

entsprechende Beweis- (Art. 345 StPO) oder Verfahrensanträge (vgl. Art. 339 Abs. 4 StPO³²) stellt. Verfahrensrügen müssen selbst im Rahmen des Parteivortrages noch zulässig sein, hat doch das Gericht nach Abschluss der Parteiverhandlungen die Beweise zu ergänzen und die Parteiverhandlungen wieder aufzunehmen, wenn sich der Fall noch nicht als spruchreif erweist (vgl. Art. 349 StPO). Der Zeitpunkt, bis wann die beschuldigte Person einen formellen Mangel zu rügen hat, kann sich mithin nur aus einer Präklusionsvorschrift in der StPO³³ ergeben;³⁴ hat die beschuldigte Person im erstinstanzlichen Verfahren einen Verfahrensfehler nicht gerügt, kann sie dies ohne Weiteres vor der Rechtsmittelinstanz nachholen.

C. Verwirkung von Verfahrensrügen im Rechtsmittelverfahren

1. Im Zivilprozess

Wird ein Verfahrensfehler, etwa eine Gehörsverletzung, im erstinstanzlichen Verfahren rechtzeitig gerügt, sorgt im Idealfall das erstinstanzliche Gericht für seine Ausbesserung, indem es beispielsweise die Gewährung des rechtlichen Gehörs nachholt. Tut es das nicht oder nicht mehr richtig, wird der erstinstanzlich gerügte Verfahrensfehler erst im Rechtsmittelverfahren relevant. Im Zivilprozess kann ein erstinstanzlicher Verfahrensfehler als unrichtige Rechtsanwendung sowohl mit Berufung als auch mit Beschwerde gerügt werden (Art. 310 lit. a bzw. Art. 320 lit. a ZPO). Ist die Rüge erstinstanzlich gehörig erhoben worden, muss sie im Rahmen der Rechtsmittelbegründung nach Art. 311 Abs. 1 bzw. Art. 321 Abs. 1 ZPO zudem wiederholt werden, prüft das kantonale Rechtsmittelgericht – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – doch grundsätzlich nur die bei ihm erhobenen Rügen.³⁵ Das Berufungs- als auch das Beschwerdeverfahren ist als eigenständiges Verfahren ausgestaltet; es dient nicht der Vervollständigung oder Wiederholung des vorinstanzlichen Verfahrens, sondern der Überprüfung und Korrektur des erstinstanzlichen Entscheids im Lichte konkret dagegen

²⁵ HANS-HEINRICH JESCHECK, Die Verwirkung der Verfahrensrüge im Strafprozess, JZ 1952, 400 ff.; BENNO GEBISTORF, Die luzernische Kassationsbeschwerde in Strafsachen, Diss. Freiburg 1970, 62 f.; s.a. REUT/HELD (FN 15), 393.

²⁶ Grundlegend GARLAND (FN 23), 151 ff.

²⁷ Zum Recht zur Lüge etwa MARC THOMMEN, Darf der Beschuldigte im Strafverfahren lügen?, sui generis 2018, 313 ff.

²⁸ GERHARD HERDEGEN, Das Beweisantragsrecht, Zum Rechtsmissbrauch – Teil III, NStZ 2000, 1 ff., 3 ff.; s.a. GUNTHER ARZT, Grundrechtsverwirkung im Strafverfahren, in: Jürg-Beat Ackermann/Andreas Donatsch/Jörg Rehberg (Hrsg.), Wirtschaft und Strafrecht, Festschrift für Niklaus Schmid zum 65. Geburtstag, Zürich 2001, 633 ff., 634.

²⁹ Zum Ganzen, auch zum absurden Vorwurf der «Untreue»: STADLER (FN 11), 290 ff.

³⁰ RENÉ BÖRNER, Legitimation durch Strafverfahren, Die normative Kraft des Misstrauens, Habil. Potsdam 2014, 343 ff.

³¹ Vgl. STADLER (FN 11), 306 ff. m.w.H. Anders – soweit zulässig – bei der freiwilligen Rechtsaufgabe durch Verzicht, eingehend dazu STADLER (FN 11), 21 ff.; vgl. auch BGER, 7B_253/2022, 8.2.2024, E. 2.3.5.

³² Vgl. zum Ganzen SK StPO-FINGERHUTH/GUT (FN 24), Art. 339 N 20 f.

³³ Siehe Art. 41 und Art. 58 Abs. 1.

³⁴ STADLER (FN 11), passim; vgl. auch REUT/HELD (FN 15), 390 ff.

³⁵ BGE 147 III 176 E. 4.2.1; 142 III 413 E. 2.2.4; CHRISTOPH HURNI, Zum Rechtsmittelgegenstand im Schweizerischen Zivilprozessrecht, Habil. Luzern 2018, N 245 ff.; s.a. KATHRIN KLETT, Rechtsmittelbegründung als Basis und Grenze der funktionellen Zuständigkeit, in: Roland Fankhauser/Corinne Widmer Lüchinger/Rafael Klingler/Benedikt Seiler (Hrsg.), Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, Zürich 2016, 333 ff., 341.

vorgebrachter Beanstandungen.³⁶ Die Begründung muss hinreichend explizit sein.³⁷ Insbesondere ist das Berufungsverfahren auch nicht dazu bestimmt, den Prozessparteien Gelegenheit zu verschaffen, ihre Versäumnisse im erstinstanzlichen Verfahren nachzuholen. Die Parteien sind gehalten, die Tatsachen vom ersten erstinstanzlichen Schriftenwechsel an zu behaupten und hinreichend detailliert darzulegen, um den Streitgegenstand zu umreissen, eine gewisse Transparenz zu schaffen und insbesondere dem Prozessgegner die gehörige Bestreitung der behaupteten Tatsachen zu ermöglichen.³⁸ Für einen zweitinstanzlichen Verfahrensfehler gilt nichts anderes als im erstinstanzlichen Verfahren: Wird er nicht so früh wie möglich, d.h. soweit möglich noch im kantonalen Rechtsmittelprozess, beanstandet, verwirkt die entsprechende Rüge nach Art. 52 ZPO.

2. Im Strafprozess

Wiederum anders als im Zivilverfahren gelten im Strafprozess auch im Rechtsmittelverfahren der Grundsatz der «materiellen Wahrheit» und das strenge Legalitätsprinzip.³⁹ Innerhalb des Streitgegenstands ist die Rechtsmittelinstanz bei ihrem Entscheid weder an die Begründungen noch an die Anträge der Parteien gebunden (Art. 391 Abs. 1 StPO), wobei Art. 404 Abs. 1 StPO für das Berufungsverfahren einschränkend festhält, dass das Berufungsgericht das erstinstanzliche Urteil grundsätzlich nur in den angefochtenen Punkten *überprüft*. Die StPO räumt der Rechtsmittelinstanz im Umfang der Anfechtung eine uneingeschränkte Prüfungsbefugnis ein (vgl. Art. 393 Abs. 2 bzw. Art. 398 Abs. 2 und 3). Das Berufungsverfahren stellt aber keine Wiederholung des erstinstanzlichen Verfahrens dar und das Berufungsgericht ist auch keine «zweite Erstinstanz»; vielmehr knüpft das Berufungsverfahren an das erstinstanzliche Verfahren an und baut darauf auf.⁴⁰ Entsprechend regelt Art. 389 Abs. 1 StPO, dass das Rechtsmittelverfahren auf den Beweisen beruht, die im erstinstanzlichen Hauptverfahren erhoben worden sind. Immerhin sind erforderliche Beweisergänzungen und -erhebungen im Sinne von Art. 389 Abs. 2 und 3 StPO

von Amtes wegen vorzunehmen. Die beschuldigte Person kann sowohl im Beschwerde- als auch im Berufungsverfahren neue Beweisanträge stellen (Art. 385 Abs. 1 lit. c, Art. 389 Abs. 3, Art. 399 Abs. 3 lit. c StPO). Im mündlichen Berufungsverfahren können Beweis- und Verfahrensanträge⁴¹ – wie im erstinstanzlichen Verfahren – bis zum Abschluss des Beweisverfahrens gestellt werden (Art. 405 Abs. 1 i.V.m. Art. 345 und Art. 339 Abs. 4 StPO). In Anwendung von Art. 379 StPO i.V.m. Art. 349 und Art. 389 Abs. 2 und 3 StPO muss es dem Berufungsgericht selbst nach Abschluss der Parteiverhandlungen noch möglich sein, Beweisergänzungen vorzunehmen. Mithin müssen auch im Berufungsverfahren formelle Rügen im Parteivortrag noch vorgebracht werden können, zumal die Begründung der Berufungsanträge grundsätzlich erst zu diesem Zeitpunkt erfolgt (dazu sogleich).⁴² Nach dem Gesagten lassen sich im Rechtsmittelverfahren allein unter Heranziehung des Grundsatzes von Treu und Glauben für die beschuldigte Person keine Obliegenheiten im Hinblick auf die Rüge von Verfahrensverstössen herleiten.

Allerdings wird im strafprozessualen Rechtsmittelverfahren die Offizialmaxime (auch) insofern relativiert, als Art. 385 Abs. 1 StPO in allgemeiner Weise für alle Rechtsmittel eine Begründungspflicht festlegt.⁴³ Ergreift namentlich die beschuldigte Person ein Rechtsmittel, hat sie nach dieser Bestimmung genau anzugeben, welche Punkte des Entscheids sie anfecht, welche Gründe einen anderen Entscheid nahelegen sowie welche Beweismittel sie anruft. Art. 385 Abs. 1 StPO ist in erster Linie für die Beschwerde von Bedeutung (s.a. Art. 396 Abs. 1 StPO): Die Beschwerdebegründung hat sich – zumindest in minimaler Form – mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheids bzw. der angefochtenen hoheitlichen Verfahrenshandlung auseinanderzusetzen, wobei die Gründe, welche einen anderen Entscheid nahelegen, sich aus der Beschwerdeschrift selbst ergeben müssen.⁴⁴ Für die Berufung gilt im Speziellen, dass die beschuldigte Person in ihrer Berufungserklärung anzugeben hat, ob sie das erstinstanzliche Urteil vollumfänglich oder nur in Teilen anfecht und welche Abänderungen des Urteils sie verlangt. Ficht sie nur Teile des Urteils an, hat sie verbind-

³⁶ BGE 142 III 413 E. 2.2.2; BGer, 5D_146/2017, 17.11.2017, E. 3.3.2.

³⁷ BGE 138 III 374 E. 4.3.1 m.w.H.; BGer, 5D_65/2014, 9.9.2014, E. 5.4.1.

³⁸ BGer, 5A_629/2015, 27.3.2017, E. 9.3.2. Im Berufungsverfahren sind Noven denn auch nur beschränkt zulässig (Art. 317 ZPO), im Beschwerdeverfahren grundsätzlich ausgeschlossen (Art. 326 ZPO). Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1085 ff., 1311. Davon unberührt sind Verzicht und Rückzug eines Rechtsmittels (Art. 386 StPO).

⁴⁰ BGer, 7B_15/2021, 7B_16/2021, 19.9.2023, E. 4.2.2 m.H.

⁴¹ Anders der Berufungsantrag: Der Gegenstand der Berufung wird mit der Berufungserklärung fixiert; eine spätere Ausdehnung der Berufung ist ausgeschlossen, nicht aber eine (weitere) Beschränkung, vgl. BGer, 6B_1320/2020, 12.1.2022, E. 2.2, nicht publ. in: BGE 148 IV 22.

⁴² Anders BGE 143 IV 214 E. 5.4, wonach Beweisanträge, die erst im Rahmen des Parteivortrags vorgebracht werden, als verspätet gelten.

⁴³ BSK StPO-BÄHLER (FN 15), Art. 385 N 1; SK StPO-LIEBER (FN 24), Art. 385 N 1.

⁴⁴ BSK StPO-GUIDON (FN 15), Art. 396 N 9b ff. m.w.H.

lich anzugeben, auf welche Teile sich die Berufung beschränkt (Art. 399 Abs. 3 lit. a–b und Abs. 4 StPO). Die Berufungserklärung muss nicht begründet werden. Die Begründung der Berufung (oder eine allfällige Präzisierung) erfolgt aber später an der mündlichen Berufungsverhandlung im Parteivortrag (vgl. Art. 405 Abs. 1 i.V.m. Art. 346 StPO).⁴⁵ Wird das Verfahren schriftlich durchgeführt, stellt die schriftliche Begründung der Berufung gemäss Art. 406 Abs. 3 StPO ein Gültigkeitserfordernis dar.⁴⁶ Damit gilt sowohl im Beschwerde- wie auch im Berufungsverfahren ein – abgeschwächtes⁴⁷ – Rügeprinzip,⁴⁸ wenn auch im Rechtsmittelverfahren das Ziel eine sachlich und rechtlich möglichst «richtige» Entscheidung sein soll.⁴⁹ Ginge es namentlich im Berufungsverfahren um eine bloss Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens, so wäre die Regelung der Rügegründe in Art. 398 Abs. 3 StPO überflüssig.⁵⁰ Die StPO sieht denn auch vor, dass das Rechtsmittelgericht für die tatsächliche und die rechtliche Würdigung des angeklagten Sachverhalts auf die Begründung der Vorinstanz verweisen kann (Art. 82 Abs. 4), was in erster Linie bei nicht strittigen Sachverhalten und abstrakten Rechtsausführungen sinnvoll erscheint.⁵¹

III. Berufung auf formelle Mängel vor Bundesgericht

A. Zur Ausschöpfung des Instanzenzugs

Bundesgerichtliche Beschwerden in Zivil- oder Strafsachen können nur erhoben werden, wenn der vorinstanzliche⁵² Instanzenzug formell durchlaufen wurde. Als Vorinstanzen kommen letztinstanzliche kantonale Gerichte, das Bundesverwaltungs- sowie das Bundespatentgericht (Art. 75 Abs. 1 BGG) bzw. letztinstanzliche kantonale Gerichte sowie die Beschwerde- und Berufungskammer des Bundesstrafgerichts (Art. 80 Abs. 1 BGG) infrage. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung v.a. im Zivil-, aber auch Strafrecht muss der Instanzenzug ebenso materiell ausgeschöpft worden sein, damit sich das Bundesgericht mit einer Rüge befasst. Demzufolge müssen die vor Bundesgericht vorgebrachten (Verfahrens-)Rügen – soweit möglich – bereits im vorinstanzlichen Rechtsmittelverfahren nach der ZPO oder StPO geltend gemacht worden sein.⁵³ Die beschwerdeführende Partei darf die ihr bekannten (verfahrens-)rechtserheblichen Einwände der Vorinstanz nicht vorenthalten, um sie erst nach einem ungünstigen Entscheid im bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren zu erheben.⁵⁴ Nur im vorinstanzlichen Entscheid bereits Behandeltes kann – vorbehaltlich einer Gehörsverletzung – Gegenstand des bundesgerichtlichen Verfahrens sein.⁵⁵ Begründet wurde und wird der Grundsatz der materiellen Ausschöpfung des Instanzenzugs bis-

⁴⁵ Vgl. auch BGer, 6B_1227/2023, 10.1.2024 E. 2.2 m.H.; BSK StPO-BÄHLER (FN 15), Art. 385 N 4 und Art. 399 N 8.

⁴⁶ BGer, 6B_522/2025, 28.8.2025, E. 2 m.H.

⁴⁷ Vgl. bereits Art. 391 Abs. 1 und Art. 398 Abs. 2 StPO; s.a. Art. 404 Abs. 2 StPO.

⁴⁸ S.a. NIKLAUS OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, 4. A., Bern 2020, N 2062 («[sehr] beschränktes Rügeprinzip»); LÉONARD LAVANCHY-PRACK/PASCAL HACHEM, Das Rügeprinzip in der zweiten Instanz und vor Bundesgericht, in: Cinzia Catelli/Predrag Sunaric (Hrsg.), Rechtsmittelverfahren – Tücken und Stolpersteine in der Praxis, Tagungsband zum Bär & Karrer ZPO-Forum vom 7. September 2022, 1 ff., 13; ferner LUCREZIA GLANZMANN-TARNUTZER, Das Rügeprinzip im Zivil-, Straf- und Verwaltungsprozess am Beispiel des Kantons Luzern, AJP 2007, 839 ff., 843 ff.; a.M. in Bezug auf das Berufungsverfahren GUNHILD GODENZI, «Second opinion?», ZStrR 2018, 1 ff., 19 ff., immerhin betonend, dass der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen und die Untersuchungsmaxime einem Rügeprinzip nicht von vornherein entgegenstehen würden; gegen eine («eigentliche») «Rügepflicht» BSK StPO-BÄHLER (FN 15), Art. 389 N 1 Fn 9; SK StPO-ZIMMERLIN (FN 24), Art. 398 N 16; ANDREAS DONATSCH/SARAH SUMMERS/WOLFGANG WOHLERS, Strafprozessrecht, 3. A., Zürich 2023, 449.

⁴⁹ DANIEL JOSITSCH/NIKLAUS SCHMID, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 4. A., Zürich 2023, Art. 391 N 1; BSK StPO-KELLER (FN 15), Art. 391 N 1.

⁵⁰ Vgl. HURNI (FN 35), N 250; KLETT (FN 35), 337 ff.

⁵¹ BSK StPO-STOHNER (FN 15), Art. 82 N 13.

⁵² Die Begrifflichkeit «Ausschöpfung des kantonalen Instanzenzugs» ist historisch gewachsen und zumindest für das Strafverfahren überholt (vgl. Art. 22 ff. StPO), weshalb vorliegend vom «vorinstanzlichen Instanzenzug» die Rede ist.

⁵³ Kann ein erstinstanzlicher Entscheid (nur und) direkt beim Bundesgericht angefochten werden (vgl. Art. 75 Abs. 2 und Art. 80 Abs. 2 BGG), findet der Grundsatz der materiellen Ausschöpfung des Instanzenzugs keine Anwendung, s.a. DANIEL BRUGGER, Blog #10: Materielle Ausschöpfung des Instanzenzugs bei einer (einzigen) kantonalen Instanz?, beschwerdeansbundesgericht.ch, 23.11.2023.

⁵⁴ BGE 146 III 203 E. 3.3.4; 145 III 42 E. 2.2.2; 143 III 290 E. 1.1 bzw. 135 I 91 E. 2.1; BGer, 7B_792/2023, 16.12.2024, E. 1.2.1; 6B_1188/2021, 14.9.2022, E. 3.2, nicht publ. in: BGE 148 IV 456; krit. LORENZ KNEUBÜHLER, Die Verfahrensgrundsätze des BGG: Bedeutung, Problematik und Auswirkungen auf Beschwerde- und vorinstanzliche Urteilsbegründung, ZBJV 2019, 469 ff., 488 ff.; URS FASEL, Abschied von iura novit curia und der Rechteinheit?, SJZ 2022, 934 ff.; LUKAS WENDT, Das sogenannte Rügeprinzip gemäss BGG und ZPO und die materielle Ausschöpfung des Instanzenzugs, ex/ante 1/2023, 19 ff., 27.

⁵⁵ BGer, 7B_1042/2023, 30.4.2025, E. 2.2; 7B_792/2023, 16.12.2024, E. 1.2.1. Entsprechend gilt der Grundsatz der materiellen Ausschöpfung des Instanzenzugs auch für eine Partei, die im vorinstanzlichen Verfahren kein Rechtsmittel eingelegt hat, vgl. BGer, 5A_113/2024, 16.7.2024, E. 2.3 m.H.

weilen (auch) mit dem Prinzip von Treu und Glauben.⁵⁶ Nach hier vertretener Auffassung knüpft sein Erfordernis einzig an das im zivil-⁵⁷ und strafprozessualen Rechtsmittelverfahren verankerte, wenn auch unterschiedlich ausgeprägte *Rügeprinzip* an. Im Einzelnen:

B. Beschwerde in Zivilsachen

Wie beschrieben, hat sich die zivilprozessuale Rechtsmittelinstanz – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, welche die Parteien gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben haben.⁵⁸ Diese Rügen geben das Prüfungsprogramm des angerufenen Rechtsmittelgerichts vor,⁵⁹ was auch im Anwendungsbereich der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime gilt.⁶⁰ Aspekte des erstinstanzlichen Entscheids, die nicht beanstandet sind, werden grundsätzlich nicht zum Gegenstand des Rechtsmittelverfahrens gemacht. Soweit sich die Vorinstanz des Bundesgerichts darauf beschränken kann, die rechtsgenügend erhobenen Beanstandungen zu prüfen, müssen die dem Bundesgericht vorgelegten Rügen bereits der Vorinstanz unterbreitet worden sein.⁶¹ Rechtsverletzungen, die im vorangegangenen Rechtsmittelverfahren kein Thema gewesen sind, kann das Bundesgericht – im Rahmen des von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalts (vgl. Art. 105 BGG) – nur korrigieren, wenn sie offensichtlich sind.⁶² Neue rechtliche Vorbringen sind vor Bundesgericht denn auch bezüglich Themen zulässig, welche die

Rechtsmittelinstanz geprüft hat oder (namentlich wenn die Ansprüche nicht der Parteihöhe unterliegen und die Untersuchungsmaxime gilt) von Amtes wegen hätte prüfen müssen.⁶³ Gleiches gilt, wenn erst die Begründung des angefochtenen Entscheids Anlass zur (neuen) Rüge gibt (vgl. Art. 99 BGG).⁶⁴

C. Beschwerde in Strafsachen

Anders als im Zivilverfahren beschränkt sich die Prüfungsbefugnis der strafprozessualen Rechtsmittelinstanz nicht nur auf die gegen den angefochtenen Entscheid erhobenen Rügen.⁶⁵ Gleichwohl bestimmen diese insofern den Rechtsmittelgegenstand, als die Partei, die das Rechtsmittel ergreift, genau anzugeben hat, welche (Teile und) Punkte des Entscheids sie anfecht (Art. 385 Abs. 1 lit. a, Art. 399 Abs. 3 und 4 StPO). Daran ändert auch nichts, dass die Begründung der Berufung im mündlichen Verfahren von Gesetzes wegen erst im Parteivortrag erfolgen muss,⁶⁶ was u.U. mit sich bringt, dass das Berufungsgericht im Nachgang die Parteiverhandlungen wieder aufzunehmen hat.⁶⁷ Freilich hat es die Anklagevorwürfe im Umfang von deren Anfechtung umfassend zu beurteilen. In diesem Rahmen kann es aber nicht zur vollständigen Überprüfung aller *erdenklichen*, ihm nicht unterbreiteten (Verfahrens-)Fragen gezwungen sein, sondern darf sich diesbezüglich mit einer mehr summarischen Beurteilung begnügen. Es wird aber korrigierend eingreifen müssen, wenn sich ihm formelle Mängel im vorinstanzlichen Verfahren oder Urteil zeigen.⁶⁸ Die Rechtsmittelinstanz ist zwar verpflichtet, auch von Amtes wegen für eine rechtskonforme Beweiserhebung und damit aus eigener Initiative für die nötigen Ergänzungen besorgt zu sein.⁶⁹ Bei der Frage, ob eine erneute Beweisabnahme erforderlich ist, steht ihr jedoch ein Ermessensspielraum zu.⁷⁰ Beanstandet die beschuldigte Person im Berufungsverfahren einen Verfahrensfehler nicht und setzt sich auch das Berufungsgericht nicht (oder höchstens implizit) damit auseinander, wird dieser Punkt nicht zum Gegenstand des Berufungs-

⁵⁶ Siehe bereits BGE 133 III 638 E. 2 m.w.H.; JEAN-FRANÇOIS EGLI, La protection de la bonne foi dans le procès, Verfassungsrechtsprechung und Verwaltungsrechtsprechung, Zürich 1992, 239 f. Anders wiederum WALTER KÄLIN, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. A., Bern 1994, 326 ff., das Prinzip der «relativen Subsidiarität» betonend.

⁵⁷ S.a. FABIENNE HOHL, L'application du droit d'office par les juridictions civiles des différents degrés, in: Anne Peroz/Jacques Haldy/Denis Piotet (Hrsg.), Du Plaict aux plaideurs, Mélanges en l'honneur du Professeur Denis Tappy, Bern 2024, 575 ff., 585 f.; FABIENNE HOHL/GRÉGORIE BOVEY, Dix ans de Code de procédure civile: bilan et perspectives, ZSR 2021, 509 ff., 537; BGer, 4A_377/2024, 12.7.2024, E. 2.3; 4A_392/2023, 24.4.2024, E. 2.3; 5A_967/2020, 2.7.2021, E. 2.4.

⁵⁸ Ziff. II.C.1.

⁵⁹ Innerhalb dessen kontrolliert das Gericht die Rechtsanwendung hingegen frei, vgl. zum Ganzen BGE 144 III 394 E. 4.1.4; 142 III 413 E. 2.2.4.; s.a. BGer, 4A_40/2021, 10.6.2021, E. 3.2; HURNI (FN 35), N 274 ff.

⁶⁰ BGer, 5A_891/2022, 11.1.2024, E. 4.3.1 m.H.; HURNI (FN 35), N 264 f.

⁶¹ BGer, 4A_409/2022, 19.9.2023, E. 4.3.1.2.1.

⁶² HOHL (FN 57), 587 f. m.H. Anschaulich zum Verhältnis Rügepflicht (Art. 42 Abs. 2) und Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 106 Abs. 1 BGG) KLETT (FN 35), 342 ff.

⁶³ PETER MÜNCH/CHRISTIAN LUCZAK, in: Thomas Geiser/Peter Münch/Felix Uhlmann/Philipp Gelzer (Hrsg.), Prozessieren vor Bundesgericht, Handbücher für die Anwaltspraxis, 4. A., Basel 2014, N 2.26.

⁶⁴ BGE 133 III 638 E. 2; 99 Ia 113 E. 4a.

⁶⁵ Ziff. II.C.2.

⁶⁶ Krit. zur gesetzlichen Konzeption GODENZI (FN 48), 23 m.w.H.

⁶⁷ Vgl. Ziff. II.C.2.

⁶⁸ Vgl. ROBERT HAUSER/ERHARD SCHWERI/KARL HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. A., Basel 2005, § 99 N 21 f.; GLANZMANN-TARNUTZER (FN 48), AJP 2007, 844; a.M. GODENZI (FN 48), 23.

⁶⁹ BGE 147 IV 409 E. 5.3.2; 143 IV 288 E. 1.4.2.

⁷⁰ BGE 140 IV 196 E. 4.4.2.

urteils gemacht. Eine entsprechende (verfahrensrechtliche) Einwendung kann nach dem Grundsatz der materiellen Ausschöpfung des Instanzenzugs vor Bundesgericht nicht mehr vorgebracht werden. Mit einer erst(mals) vor Bundesgericht erhobenen Verfahrensrüge wäre die beschuldigte Person nur zuzulassen, wenn das Berufungsgericht den behaupteten Mangel offensichtlich hätte erkennen (und korrigieren) müssen. Unterliess die Berufungsinstanz die Erhebung eines zusätzlichen Beweises und wurde eine solche auch nicht beantragt, müsste sich die Beweisergänzung von Amtes wegen aufgedrängt haben. Geht es im Kern um die (erstmalig beanstandete) Verletzung einer Beweisverwertungsvorschrift, kann die beschuldigte Person das Erfordernis der materiellen Ausschöpfung des Instanzenzugs auch nicht dadurch umgehen, dass sie sich auf Art. 389 Abs. 2 lit. b StPO beruft.⁷¹

Bundesgericht indessen nur noch dann vorbringen, wenn die Rechtsmittelinstanz den Mangel offensichtlich hätte erkennen müssen (Art. 80 Abs. 1 BGG). Ein genuin zweitinstanzlicher Formfehler kann mit Beschwerde in Strafsachen vor Bundesgericht geltend gemacht werden.

IV. Fazit

Geht es um die Rüge von Verfahrensfehlern, gelten im Zivilverfahren andere Regeln als im Strafprozess. Hingegen gilt im bundesgerichtlichen Verfahren sowohl für die Beschwerde in Zivil- als auch für jene in Strafsachen, dass eine Verfahrensrüge grundsätzlich bereits im vorangegangenen Rechtsmittelverfahren erhoben worden sein muss.

Der Grundsatz von Treu und Glauben gebietet es, dass eine Partei im Zivilprozess einen formellen Mangel rechtzeitig rügt. Wird der erstinstanzlich gerügte Verfahrensfehler erst im Rechtsmittelverfahren relevant, überprüft das Bundesgericht diesen nach dem Prinzip der materiellen Ausschöpfung des Instanzenzugs nur, wenn eine entsprechende Rüge bereits in der zweitinstanzlichen Rechtsmittelschrift erhoben und in der Beschwerde an das Bundesgericht wiederholt worden ist (Art. 75 Abs. 1 BGG). Für einen zweitinstanzlichen Verfahrensfehler gilt das Analoge: Dieser muss soweit möglich noch im Rechtsmittelprozess vor der kantonalen Rechtsmittelinstanz gerügt werden, ansonsten die Rüge nach Art. 52 ZPO verwirkt und vor Bundesgericht nicht mehr nachgeholt werden kann.

Im Strafprozess muss die beschuldigte Person einen erstinstanzlichen Verfahrensfehler (erst) im Rechtsmittelverfahren rügen. Beanstandet sie den Mangel nicht und wird die Rechtsmittelinstanz auch nicht von Amtes wegen tätig, kann sie die entsprechende Rüge nach dem Grundsatz der materiellen Ausschöpfung des Instanzenzugs vor

⁷¹ S.a. BGer, 6B_665/2022, 14.9.2022, E. 3.2.5; a.M. REUT/HELD (FN 15), 403.