

Entscheidungen von allgemeinem Interesse im Jahre 2002

A. Landes- und Völkerrecht

*Zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und
Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101):*

1) Art. 6 Ziff. 1. Siehe Nrn. 55, 56

2) Art. 6 Ziff. 3 lit. b. Anspruch auf ausreichende Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung der Verteidigung. Der Verteidigung ist namentlich genügend Zeit einzuräumen, um sich mit einem erst im gerichtlichen Verfahren beigezogenen Gutachten auseinanderzusetzen. Bei der Bemessung der erforderlichen Zeit ist zu berücksichtigen, ob die Verteidigung mangels eigener Fachkenntnisse ihrerseits Kontakt zu Experten aufnehmen muss und ob sie für die Besprechung mit dem Angeklagten auf den Beizug eines Übersetzers angewiesen ist. In casu wurde eine Konventionsverletzung angenommen, nachdem der Verteidigung für die Stellungnahme zu einem 60-seitigen psychiatrischen Gutachten lediglich zweieinhalb Tage zur Verfügung standen.

Gutachten dürfen sodann auch im geschworenengerichtlichen Verfahren nicht bloss mündlich erstattet werden, wenn dadurch eine fundierte Auseinandersetzung mit ihnen verunmöglicht wird. Das ist regelmässig bei umfangreichen, unter Beizug der Akten erstellten Gutachten der Fall. (2. September; Kass.-Nr. 2001/322 S; Erwägungen veröffentlicht in ZR 102 Nr. 4)

3) Art. 6 Ziff. 3 lit. d. Siehe Nr. 116

Zur Bundesverfassung (SR 101):

- 4) Art. 5 Abs. 3. Siehe Nr. 62
- 5) Art. 9. Siehe Nrn. 62, 145
- 6) Art. 29 Abs. 2. Siehe Nr. 35
- 7) Art. 30 Abs. 1. Siehe Nrn. 55, 56
- 8) Art. 32 Abs. 1. Siehe Nr. 145
- 9) Art. 36 Abs. 2. Siehe Nr. 120

Zum Organisationsgesetz (OG; SR 173.110):

- 10) Art. 84 lit. c. Siehe Nr. 108

Zum Zivilgesetzbuch (ZGB; SR 210):

11) Art. 8. Beweismass, Beweislast und Beweiswürdigung. Es ist eine Frage des Bundesrechts (und damit in berufungsfähigen Fällen der Überprüfung durch das Kassationsgericht nicht zugänglich), welche Anforderungen an die Beweisführung zu stellen sind. Während die Beweislastverteilung bestimmt, welche Partei die nachteiligen Folgen zu tragen hat, falls eine rechtserhebliche Tatsache nicht bewiesen werden kann, umschreibt das Beweismass abstrakt, wann eine Tatsache als bewiesen bzw. nicht bewiesen gilt. Ob ein strikter Beweis zu verlangen ist oder ob blosser Glaubhaftmachung der behaupteten Tatsache genügt, bestimmt sich somit nach Bundesrecht.

Ob schliesslich im konkreten Fall ein Beweis (in Beachtung des anwendbaren Beweismasses) erbracht ist, betrifft die Beweiswürdigung, welche vom Bundesprivatrecht grundsätzlich nicht geregelt wird. Dem urteilenden Gericht obliegt gemäss § 148 ZPO die freie Beweiswürdigung. Willkür in der Beweiswürdigung liegt vor, wenn der vom Sachrichter gezogene Schluss für einen unbefangenen Denkenden als unhaltbar erscheint. Eine vertretbare Beweiswürdigung ist daher noch nicht willkürlich. Zur Begründung der entsprechenden Rüge gehört, dass in der Beschwerde gesagt wird, welcher tatsächliche Schluss der Vorinstanz aufgrund welcher Aktenstelle als willkürlich erscheint. (16. März; Kass.-Nr. 2001/271 Z)

12) Art. 129. Siehe Nr. 99

13) Art. 133. Siehe Nr. 107

14) Art. 134. Siehe Nr. 99

15) Art. 138 Abs. 1. Siehe Nr. 93

16) Art. 142 Abs. 2. Siehe Nr. 74

17) Art. 144 f. Siehe Nr. 107

18) Art. 144 Abs. 2. Kindesanhörung im Eheschutzverfahren. Bezüglich der Obhutszuteilung und des Kontakts zwischen den Kindern und dem nicht obhutsberechtigten Elternteil sind die von Rechtsprechung und Lehre für das Scheidungsverfahren entwickelten Grundsätze sinngemäss auch im Eheschutzverfahren anwendbar. Danach darf eine Anhörung nur aus wichtigen Gründen, z.B. wegen des Alters des Kindes unterbleiben; diesbezüglich werden zwar in

Lehre und Rechtsprechung unterschiedliche Auffassungen vertreten, doch steht jedenfalls der Befragung eines achtjährigen Kindes in der Regel nichts entgegen.

Die behauptete Verletzung des bundesrechtlichen Verfahrensgrundsatzes von Art. 144 Abs. 2 ZGB prüft das Kassationsgericht - da die Berufung an das Bundesgericht ausgeschlossen ist - mit freier Kognition. (25. Februar; Kass.-Nr. 2001/234 Z; Erwägungen veröffentlicht in ZR 101 Nr. 59)

19) Art. 146 f. Siehe Nr. 79

20) Art. 163. Berücksichtigung von Drittschulden bei der Berechnung der Unterhaltsbeiträge. Die familienrechtliche Unterhaltspflicht geht der Pflicht zur Tilgung sonstiger Schulden grundsätzlich vor. Bei der Berechnung der Unterhaltsbeiträge sind zunächst das Gesamteinkommen und die Existenzminima beider Ehegatten zu ermitteln; anschliessend ist der Überschuss aufzuteilen. Die Berücksichtigung von Darlehensschulden als Bestandteil des Existenzminimums kommt von vornherein nur in Frage, wenn und soweit dadurch keine Unterdeckung des Existenzminimums im Vergleich zum Einkommen entsteht. Wo der Einbezug der Kreditschulden ins Existenzminimum den Überschuss und damit auch den Überschussanteil des berechtigten Ehegatten mindert, ist es richtig, die Darlehensschulden nur dann bereits beim Existenzminimum zu berücksichtigen, wenn das aufgenommene Darlehen klarerweise den Interessen beider Ehegatten bzw. dem Unterhalt der Familie gedient hat. (8. Februar; Kass.-Nr. 2001/311 Z)

21) Art. 163. Nachweis eines hypothetischen - Einkommens. Zwar stellt die Ausrichtung von Arbeitslosengeldern ein Indiz für erfolgte, jedoch erfolglose

Bemühungen eines Empfängers um Arbeitssuche dar. Die Anforderungen an den Nachweis genügender Suchbemühungen sind im Rahmen der Arbeitslosenversicherung und im Rahmen der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen bei der Frage der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens aber nicht gewzungenermassen identisch. Der Zivilrichter ist denn auch nicht an die diesbezügliche Auffassung der Verwaltung gebunden, weshalb ihm zum Nachweis genügender Bemühungen Beweismittel vorzulegen sind und der blosser Antrag auf Einholung eines Amtsberichts bei der Regionalen Arbeitsvermittlung betreffend Vermittelbarkeit nicht genügt. (Die Frage nach der allfälligen Tragweite der bundesrechtlichen Untersuchungsmaxime stellte sich in diesem Fall nicht). (25. Dezember; Kass.-Nr. 2002/142 Z)

22) Art. 172 ff. Massstab für die Glaubhaftmachung von Parteibehauptungen (hier betreffend Eheschutzmassnahmen). Für die Darstellung derjenigen Partei, welcher die Glaubhaftmachung obliegt, muss eine gewisse (Mindest-) Wahrscheinlichkeit sprechen, welche nicht einzig damit begründet werden kann, dass die Darstellung der Gegenpartei weniger wahrscheinlich sei. (16. Dezember; Kass.-Nr. 2002/204 S)

23) Art. 272. Siehe Nr. 90

24) Art. 277 Abs. 2. Siehe Nr. 90

Zum Obligationenrecht (OR; SR 220):

25) Art. 18. Siehe Nr. 74

26) Art. 176 Abs. 3. Siehe Nr. 18

27) Art. 253. Siehe Nr. 95

28) Art. 318. Siehe Nr. 34

29) Art. 729b Abs. 2. Siehe Nr. 35

30) Art. 740 Abs. 5. Siehe Nr. 73

Zum BG über

Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG; SR 281.1):

31) Art. 33 Abs. 4. Fristwiederherstellung betreffend Weiterziehung des konkursrichterlichen Entscheides. Die Voraussetzungen für die Wiederherstellung der Weiterziehungsfrist gem. Art. 174 Abs. 1 SchKG beurteilen sich nicht nach § 199 GVG, sondern nach Art. 33 Abs. 4 SchKG. Wird das Restitutionsgesuch erst nach erfolgter Mitteilung des (zweitinstanzlichen) Endentscheides im Rahmen einer dagegen erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationsgericht gestellt, so richtet sich die funktionale Zuständigkeit zur Beurteilung desselben nach § 200 Abs. 2 GVG. (11. Dezember; Kass.-Nr. 2002/391 Z; Erwägungen in ZR 102 Nr. 29 veröffentlicht)

32) Art. 174 Abs. 1. Siehe Nr. 31

33) Art. 174 Abs. 2. Begriff und Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit. An die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit dürfen keine allzu strengen Voraussetzungen gestellt werden. Selbst wenn gegen den Schuldner in den vergangenen Jahren zahlreiche Betreibungen angehoben und durchgeführt wurden, kann der Umstand, dass dieser in jüngster Vergangenheit (Ab-)Zahlungen in beträchtlichem Umfang leisten und neue Betreibungen weitestgehend ver-

meiden konnte, für dessen Sanierungsfähigkeit sprechen und dessen Zahlungsfähigkeit daher als ausreichend wahrscheinlich und mithin als glaubhaft gemacht erscheinen lassen. (25. Dezember; Kass.-Nr. 2002/319 Z; Erwägungen in ZR 102 Nr. 28 veröffentlicht)

34) Art. 174 Abs. 2. Begriff der Zahlungsfähigkeit. Allein der Umstand, dass ein (unbefristeter) Kontokorrentkredit jederzeit per sofort kündbar ist (was dem Regelfall entspricht), lässt noch nicht erwarten, dass die kreditgebende Bank eine vollständige Ausschöpfung der vereinbarten Kreditlimite durch den Kreditnehmer nicht zulasse (oder gar der bereits teilweise in Anspruch genommene Kredit innert Kürze zur Rückzahlung fällig gestellt werde). Demgemäss ist die Tatsache, dass der Schuldner im Zeitpunkt des Rekursentscheides über die Konkurseröffnung mit einem negativen Saldo (hier rund Fr. 70'000.--) zu Buche steht, ohne weitere entsprechende Anhaltspunkte noch kein schlüssiges Indiz dafür, dass eine Ausschöpfung des noch nicht beanspruchten Teils des Kredits nicht möglich sein werde oder dass sogar mit einer Kündigung des Kredits zu rechnen sei; dies selbst dann nicht, wenn die ursprüngliche Kreditlimite vor nicht allzu langer Zeit (aus hier nicht näher bekannten Gründen) herabgesetzt wurde. Ein solchermaßen begründeter Schluss auf nicht glaubhaft gemachte Liquiditätsreserve (in der Höhe des noch nicht in Anspruch genommenen Kredits) ist damit willkürlich. (8. Juli; Kass.-Nr. 2002/150 Z)

35) Art. 192. Rechtliches Gehör im summarischen Verfahren, insbesondere im Rahmen der Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung; "Heilung" einer Gehörsverletzung? Der Schuldner geniesst auch im summarischen Verfahren betreffend Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung (hier aufgrund einer Überschuldungsanzeige der Revi-

sionsstelle gemäss Art. 729b Abs. 2 OR bzw. Art. 192 SchKG) Anspruch auf rechtliches Gehör. Ein Verfahren, in dem eine Partei die ihr zustehenden Parteivorträge nicht halten konnte, ist in so hohem Masse mangelhaft, dass eine Heilung des Verfahrensmangels im Rechtsmittelverfahren (hier: Rekurs) ausgeschlossen ist. (22. März; Kass.-Nr. 2002/001 Z; Erwägungen veröffentlicht in ZR 101 Nr. 52)

36) Art. 204. Siehe Nr. 73

37) Art. 230. Siehe Nr. 73

38) Art. 240. Siehe Nr. 73

39) Art. 265a Abs. 4. Die Klage auf Bestreitung oder Feststellung neuen Vermögens setzt einen materiellen Entscheid über den Rechtsvorschlag voraus; ein (hier zufolge Nichtleistung des Barvorschusses ergangener) Nichteintretensentscheid stellt keinen solchen Entscheid dar. (8. November; Kass.-Nr. 2002/210 Z)

*Zum BG über das internationale Privatrecht
(IPRG; SR 291):*

40) Art. 16. Siehe Nr. 104

41) Art. 193. Siehe Nr. 101

Zum Strafgesetzbuch (StGB; SR 311.0):

42) Art. 43/44. Siehe Nr. 141

43) Art. 138. Siehe Nr. 130

44) Art. 217. Siehe Nr. 129

45) Art. 261^{bis}. Siehe Nr. 57

46) Art. 346. Örtliche Zuständigkeit in Strafsachen. Es ist zulässig, den sog. Nebentäter am Ort zu verfolgen und zu beurteilen, wo die Untersuchung (gegen einen anderen Nebentäter) zuerst angehoben wurde. (23. August; Kass.-Nr. 2002/003 S; Erwägungen veröffentlicht in ZR 102 Nr. 5)

47) Art. 349 Abs. 2. Siehe Nr. 46

*Zum Haager Übereinkommen über die Beweisaufnahme
im Ausland in Zivil- und Handelssachen,
vom 18. März 1970 (HBewUe70; SR 0.274.132):*

48) Art. 9. Siehe Nr. 108

49) Art. 12. Siehe Nr. 108

B. Kantonales Recht

Zur Kantonsverfassung (KV; LS 101):

50) Art. 6. Siehe Nr. 111

Zum Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRG; LS 175.2):

51) § 34 Abs. 2. Siehe Nr. 52

Zum Gerichtsverfassungsgesetz (GVG; LS 211.1):

52) § 3 Abs. 2 Satz 3. Das Verbot für die Mitglieder und Ersatzmitglieder des Kassationsgerichts, berufsmässig als Parteivertreter vor dem Kassationsgericht aufzutreten, ist (analog der Praxis des Verwaltungsgerichts zu § 34 Abs. 2 VRG) personen- und nicht kanzleibezogen zu verstehen. Der bisherige Parteivertreter, der sein Mandat vor Kassationsgericht nicht ausüben darf, ist daher im Lichte dieser Bestimmung berechtigt, in Absprache mit seinem Klienten einen anderen Anwalt aus derselben Kanzlei mit der Weiterführung des Mandates vor Kassationsgericht zu beauftragen. (7. November; Kass.-Nr. 2002/033 S)

53) § 23 Abs. 1. Siehe Nr. 108

54) § 69a. Es gibt - auch im Lichte prozessökonomischer Erwägungen - keine "Sprungbeschwerde" vom Bezirksgericht an das Kassationsgericht. (5. November; Kass.-Nr. 2002/329 Z)

55) §§ 95 ff. GVG. Ablehnung eines Bezirksanwaltes. Von Verfassungen wegen muss auch ein Bezirksanwalt, der einen Strafbefehl erlässt, den Anforderungen an richterliche Unabhängigkeit und Unparteilichkeit genügen. Die Gewähr der unbefangenen und unparteilichen Beurteilung muss hinsichtlich sämtlicher im Strafbefehl getroffenen Anordnungen, also auch bezüglich der Einziehung beschlagnahmter Gegenstände und Vermögenswerte, gegeben sein. (20. April; Kass.-Nr. 2001/260 S)

56) § 96 Ziff. 4. Richterliche Vorbefassung. Die Behandlung eines Begehrens um Erlass einer superprovisorii-

schen Massnahme auf einseitiges Begehren schliesst den betreffenden Richter nicht automatisch von der Beurteilung der dagegen erhobenen Einsprache (und damit vom eigentlichen Massnahmeentscheid nach Anhörung der Gegenseite) aus. Auch der Umstand, dass gewisse Teile der Begründung beider Entscheide übereinstimmen, stellt noch kein Indiz für Voreingenommenheit dar. (12. Dezember; Kass.-Nr. 2002/282 Z)

57) § 96 Ziff. 4. Zugehörigkeit zu einer bestimmten Religionsgemeinschaft als Ablehnungsgrund? So wenig in Prozessen mit politischem Gehalt ein Richter allein wegen seiner politischen Ausrichtung abgelehnt werden kann, so wenig ist die Ablehnung eines Richters wegen der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Religionsgemeinschaft möglich. Die Möglichkeit, dass einer der am Urteil mitwirkenden Richter der jüdischen Religionsgemeinschaft angehört, vermöchte daher auch in einem die Anklage wegen (antijüdischer) Rassendiskriminierung betreffenden Fall von vornherein nicht den Anschein von Befangenheit zu begründen. (18. August; Kass.-Nr. 2001/ 368 S)

58) § 98. Siehe Nr. 59

59) § 102 Abs. 2. Verfahren betreffend Geltendmachung von Ausstandsgründen. Wenn sich die Mitwirkung des betreffenden Richters erst aus dem schriftlich zugestellten Endentscheid ergibt, erfolgt die Ablehnung im Rechtsmittelverfahren rechtzeitig. Ausnahmsweise sind sodann neue Vorbringen im kassationsgerichtlichen Verfahren zur Begründung eines derartigen nachträglichen Ablehnungsbegehrens zulässig (10. Dezember; Kass.-Nr. 2002/087 Z; Erwägungen in ZR 102 Nr. 32 veröffentlicht)

60) § 102 Abs. 2. Siehe auch Nr. 137

61) §§ 104/104a. Siehe Nr. 106

62) § 104a Abs. 2. Intertemporales Verfahrensrecht. Die in § 104a Abs. 2 verankerte Rügebeschränkung gilt (auch im Lichte des verfassungsrechtlichen Grundsatzes des Vertrauensschutzes) auch für ein im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Bestimmung bereits hängiges Verfahren. (27. August und 21. Dezember; Kass.-Nrn. 2002/151 S und 2001/355 Z)

63) §§ 116 ff. Siehe Nr. 108

64) § 123. Siehe Nr. 56

65) § 177 Abs. 2. Zustellung an Drittpersonen; Fristwiederherstellung. Wer seine Post von einem (erwachsenen) Familienangehörigen entgegennehmen lässt, hat dafür zu sorgen, dass er von den an ihn adressierten gerichtlichen Zustellungen innert nützlicher Frist Kenntnis erlangt. Dies gilt zumal dann, wenn der Betreffende selbst ein Rechtsmittel gegen einen gerichtlichen Entscheid ergriffen hat und insoweit damit rechnen muss, jederzeit eine Vorladung oder andere verfahrensrelevante Informationen zu erhalten. Unterlässt er die entsprechenden Vorkehren, nimmt er Versäumnis und deren Folgen in Kauf, womit ihn insoweit der Vorwurf groben Verschuldens trifft. (18. Dezember; Kass.-Nr. 2002/ 305 S)

66) § 182. Die bloss telefonische (erfolglose) Aufforderung an die Partei, ein amtsärztliches Zeugnis betr. Verhandlungsunfähigkeit beizubringen, worüber zudem nur eine Aktennotiz eines Auditors vorliegt, bildet keine hinreichende Grundlage für das Gericht, um ohne weiteres (insbes. ohne Ausübung der richterlichen Fragepflicht) von

unentschuldigter Säumnis dieser Partei auszugehen. (14. Januar; Kass.-Nr. 2001/314 Z)

67) § 195 Abs. 1. Berufliche Inanspruchnahme stellt nur ausnahmsweise und unter sehr restriktiven Voraussetzungen einen zureichenden Grund für die Verschiebung einer Verhandlung dar. (27. August; Kass.-Nr. 2002/127 Z; Erwägungen veröffentlicht in ZR 102 Nr. 3)

68) § 199. Fristwiederherstellung; Beweislast. Der Nachweis der für die Bewilligung einer Fristwiederherstellung massgeblichen Tatsachen obliegt - auch im Strafverfahren - grundsätzlich dem Antragsteller. (25. Juli; Kass.-Nr. 2002/060 S)

69) § 199. Siehe auch Nrn. 31, 65

70) § 200 Abs. 2. Siehe Nr. 31

Zur Zivilprozessordnung (ZPO; LS 271):

71) §§ 34 ff. Nachbringen der Prozessvollmacht. Eine fehlende Prozessvollmacht kann nicht nur in schriftlicher Form nachgebracht werden, sondern auch nachträglich zu Protokoll erklärt werden. (29. Juli; Kass.-Nr. 2001/341 Z; Erwägungen veröffentlicht in ZR 101 Nr. 91)

72) § 45. Siehe Nr. 92

73) § 51 Abs. 2. Beschwer als Rechtsmittelvoraussetzung. Wird über eine juristische Person der Konkurs eröffnet und in der Folge mangels Aktiven wieder eingestellt, worauf zu einem späteren Zeitpunkt (zufolge Entdeckung neuer Aktiven) der Konkurs wiedereröffnet wird,

so ist die Konkursitin dadurch beschwert und insoweit rekurslegitimiert. Die Wiedereröffnung des Konkurses und die Wirkungen des Konkursbeschlages über ihr noch vorhandenes und noch nicht liquidiertes Vermögen greifen in ihre Rechtsstellung ein und es wird ihre nach Einstellung des Konkurses zunächst noch verbliebene Handlungsfähigkeit gänzlich aufgehoben. (18. Mai; Kass.-Nr. 2001/331 Z)

74) § 54 Abs. 1. Grenzen der Verhandlungsmaxime; Beweisabnahme von Amtes wegen. Aus der Verhandlungsmaxime folgt, dass das Gericht Tatsachenbehauptungen der einen Seite, welche von der Gegenseite nicht bestritten werden, grundsätzlich ohne weitere Prüfung dem Entscheid zugrunde-zulegen hat; in diesem Fall fehlt es mangels streitiger Verhältnisse auch an der Voraussetzung für die Durchführung eines Beweisverfahrens. Freilich gilt dieser Grundsatz schon nach dem Wortlaut des Gesetzes insofern nicht absolut, als das Gericht gemäss § 142 Abs. 2 ZPO ausnahmsweise auch ausserhalb der Offizialmaxime von Amtes wegen Beweis abnehmen kann. Mit dieser Bestimmung wollte der Gesetzgeber einen Ausgleich zur Verhandlungsmaxime in ihrer reinen Form schaffen; insbesondere wurde in diesem Zusammenhang von der Wiederaufnahme einer (früheren) Bestimmung, wonach Tatsachen, welche nicht ausdrücklich bestritten werden, als zugestanden (und somit nicht beweisbedürftig) zu betrachten seien, abgesehen. Daher kann eine Bestreitung auch konkludent erfolgen, wie denn ganz allgemein eine Tatsache, selbst wenn sie nicht ausdrücklich behauptet wird, allenfalls als im Vorgebrachten implizit enthalten zu betrachten ist.

Im Rahmen der Frage, ob eine Bestreitung vorliegt oder nicht, ist sodann zu berücksichtigen, dass selbst dann, wenn eine Tatsachenbehauptung nicht ausdrücklich bestritten wird, aber immerhin eine Gegendarstellung abgege-

ben wird, welche die Tatsachenbehauptung *gesamthaft* in Frage stellt, eine hinreichende Bestreitung zu bejahen ist. Eine solche Konstellation durfte hier von der Vorinstanz bejaht werden: Mit Recht weist sie darauf hin, dass die einlässlichen Vorbringen der Beschwerdegegnerin zur Frage der (objektivierten) Vertragsauslegung (Art. 18 OR) nur unter der Annahme Sinn machten, dass gleichzeitig das Vorliegen eines übereinstimmenden tatsächlichen Parteiwillens des Inhaltes, wie ihn die Beschwerdeführerin behauptete, bestritten werde. Denn nur dann, wenn sich der übereinstimmende wirkliche Vertragswille - welchem an sich der Vorrang zukommt - nicht feststellen lässt, kommt die objektivierete Vertragsauslegung gemäss Vertrauensprinzip überhaupt zum Zuge. (10. März; Kass.-Nr. 2001/202 Z)

75) § 55. Siehe Nr. 66

76) § 56 Abs. 1. Siehe Nrn. 35, 107

77) § 66 Abs. 1. Kosten- und Entschädigungsfolgen für eine abgesagte Referentenaudienz mit Vergleichsverhandlung. Es verstösst nicht gegen klares materielles Recht, wenn das Gericht eine Partei für kosten- und entschädigungspflichtig erklärt hinsichtlich einer Referentenaudienz mit Vergleichsverhandlung, die in Anbetracht der begründeten Befürchtung, die betreffende Partei werde zur angesetzten Verhandlung ohne zureichende Gründe nicht erscheinen, kurzfristig abgesagt wurde (27. August; Kass.-Nr. 2002/127 Z; Erwägungen veröffentlicht in ZR 102 Nr. 3).

78) §§ 68/69. Siehe Nr. 77

79) § 68a Abs. 2. Anspruch des Kindes auf Prozessentschädigung im Scheidungs- oder Trennungsprozess der

Eltern. Die Kosten des Beistandes des Kindes stellen eine Parteientschädigung dar und bilden nicht Teil der Gerichtskosten. Grundsätzlich haben die Eltern die Beistandsentschädigung je zur Hälfte - ohne solidarische Haftung - zu tragen, wobei die Entschädigung dem Beistand direkt zuzusprechen ist. Soweit die Entschädigung von den Eltern nicht erhältlich ist, ist der Beistand aus der Gerichtskasse zu entschädigen, wobei der Anspruch im entsprechenden Umfang an die Gerichtskasse übergeht. (6. Mai; Kass.-Nr. 2001/395 Z u. 2002/014 Z; Erwägungen veröffentlicht in ZR 101 Nr. 87)

80) § 84 Abs. 2. Mitwirkungspflicht des Gesuchstellers. Die Weigerung des Gesuchstellers, trotz entsprechender gerichtlicher Auflage die eigene Bank zwecks Offenlegung der Geschäftsbeziehungen vom Bankgeheimnis zu entbinden, stellt eine Verletzung der Mitwirkungspflichten dar, womit die Bedürftigkeit insoweit verneint werden darf. (30. September; Kass.-Nr. 2002/201 Z)

81) § 87. Substitution des unentgeltlichen Rechtsvertreters? Die Bestellung zum unentgeltlichen Rechtsvertreter umfasst keine Substitutionsbefugnis. Ein vom Gericht bestellter unentgeltlicher Rechtsbeistand kann daher - selbst mit Zustimmung der von ihm vertretenen Partei - nicht von sich aus einen anderen Rechtsvertreter in seine Rechte und Pflichten substituieren. (29. Dezember; Kass.-Nr. 2000/376 Z; Erwägungen in ZR 102 Nr. 37A veröffentlicht)

82) § 89. Siehe Nrn. 79, 81

83) § 110. Siehe Nr. 56

84) § 113. Einheitlicher Massstab hinsichtlich der Anforderungen an die Substanziierung. In Übereinstimmung mit RB 1988 Nr. 44 (und entgegen RB 1981 Nr. 24) ist das Ausmass der erforderlichen Substanziierung unabhängig davon, ob es um die Subsumtion des Sachverhaltes unter die Rechtsnorm oder um die Schaffung der Voraussetzungen für die beweismässige Abklärung des Sachverhaltes geht, immer dasselbe und beurteilt sich - im Bereich des Bundeszivilrechts - ausschliesslich nach Bundesrecht. (21. April; Kass.-Nr. 2001/302 Z; Erwägungen veröffentlicht in ZR 102 Nr. 8)

85) §§ 133 ff. Siehe Nr. 84

86) § 137. Siehe Nr. 21

87) § 145. Siehe Nr. 108

88) § 148. Siehe Nr. 11

89) §§ 157 ff. Siehe Nr. 90

90) § 168. Schriftliche Auskunft. Die blosser Einholung einer schriftlichen Auskunft (hier der behandelnden Psychotherapeutin) zur Abklärung des Gesundheitszustandes einer Partei gemäss § 168 ZPO (unter Verzicht auf Befragung als Zeugin nach §§ 158 ff. ZPO bzw. auf Bestellung eines Gutachters im Sinne von §§ 171 ff. ZPO) ist zumindest dann nicht zulässig, wenn der Bericht für die zu entscheidende Frage von besonderer Bedeutung ist (hier im Verfahren des Kindes gegen seine Eltern betreffend Unterhaltsansprüche). (28. August; Kass.-Nr. 2002/099 Z; Erwägungen veröffentlicht in ZR 102 Nr. 14)

91) §§ 171 ff. Siehe Nr. 90

92) § 191. Tragweite der materiellen Rechtskraft. Da der Nebenintervenient nicht Partei, sondern lediglich Gehilfe der unterstützten Partei (und insoweit Dritter) ist und als solcher gegen den Willen der Hauptpartei keine Prozesshandlungen vornehmen kann, entfaltet das zwischen den Parteien ergangene Urteil ihm gegenüber keine Rechtskraft. (23. Dezember; Kass.-Nr. 2002/203 Z)

93) § 200 Abs. 2 (Fassung v. 27.3.2000). Familienrechtliche Prozesse; Zulässigkeit neuer Rechtsbegehren im Rechtsmittelverfahren. Diese Bestimmung hat - wie auch jene von § 267 Abs. 2 ZPO - nur insofern eigene Bedeutung, als darin eine *zeitliche Grenze* für das uneingeschränkte Vorbringen neuer Rechtsbegehren, beruhend auf neuen Tatsachen oder Beweismitteln, vorgesehen wird. Allein diese zeitliche Komponente beurteilt sich nach kantonalem Recht; bezüglich der *sachlichen Voraussetzungen* zur Stellung neuer Rechtsbegehren im Rechtsmittelverfahren von Ehescheidungsprozessen ist § 200 Abs. 2 ZPO lediglich deklaratorischer Natur, indem die Regelung von Art. 138 Abs. 1 ZGB inhaltlich übernommen wird. Insoweit ist die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde nicht zulässig. (30. September; Kass.-Nr. 2001/265 Z)

94) § 204. Siehe Nr. 35

95) § 222 Ziff. 2. Klares Recht als Voraussetzung für die Zuständigkeit des Summarrichters (hier betreffend Ausweisung). Das Zustandekommen eines Mietvertrages (Art. 253 OR) setzt klarerweise voraus, dass sich die Parteien hinsichtlich der Entgeltlichkeit der Gebrauchsüberlassung einig sind. Es besteht aber kein klares Recht darüber, ob der vereinbarte Mietzins bestimmt oder nur bestimmbar sein

muss. (13. November; Kass.-Nr. 2002/240 Z; Erwägungen veröffentlicht in ZR 102 Nr. 16)

96) § 222 Ziff. 2. Klares Recht hinsichtlich der Auslegung von Rechtsgeschäften. Die Rüge der unzutreffenden Annahme klaren materiellen Rechts durch den Summarrichter kann sich auch auf vertragliche Regelungen, insbesondere im Hinblick auf das Bestehen (und die Anwendung) allgemein anerkannter Auslegungsgrundsätze (wie Vertrauensprinzip bei Verträgen bzw. Willensprinzip bei einseitigen Rechtsgeschäften) beziehen. Weil bei der Auslegung eines individuell-konkreten Rechtsgeschäftes (anders als bei der Auslegung generell-abstrakter Normen) nicht auf "Lehre und Überlieferung" zurückgegriffen werden kann, ist massgebendes Kriterium für die "Klarheit" der Ausschluss begründeter Zweifel darüber, was Inhalt - oder gegebenenfalls was *nicht* Inhalt - des betreffenden Rechtsgeschäftes ist. (24. Dezember; Kass.-Nr. 2002/310 Z)

97) § 267 Abs. 2. Siehe Nr. 93

98) § 270. Siehe Nr. 106

99) § 271 Abs. 2 (Fassung v. 27.3.2000). Rechtsmittelzug betr. Massnahmeentscheide in familienrechtlichen Prozessen. Die systematische Auslegung ergibt zwar keinen eindeutigen Anhaltspunkt dafür, dass über den Wortlaut hinaus auch vorsorgliche Massnahmen in Prozessen über die Abänderung der Nebenfolgen in Ehescheidungs- oder Ehetrennungsurteilen unter diese Bestimmung fallen. Aus der teleologischen und entstehungsgeschichtlichen Auslegung geht aber hervor, dass eine Prozessbeschleunigung durch Einschränkung des Instanzenzuges bei vorsorglichen Massnahmen nicht nur in Ehescheidungs- und Trennungsprozessen im engeren Sinn angestrebt wurde, sondern auch bei den damit

zusammenhängenden Ergänzungs- und Abänderungsprozessen.
(28. März; Kass.-Nr. 2001/398 Z; Erwägungen veröffentlicht
in ZR 101 Nr. 82)

100) §§ 281 ff. Siehe Nr. 59

101) § 281. Begriff des Entscheidens. Die Vollstreckbarkeitsbescheinigung eines Schiedsspruchs gemäss Art. 193 IPRG ist (anders als die gerichtliche Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Urteils) deklaratorischer Natur und stellt keinen im Sinne von § 281 ZPO anfechtbaren Entscheid dar. (13. Juni; Kass.-Nr. 2002/032 Z)

102) § 281 Abs. 1 Ziff. 1. Siehe Nr. 18

103) § 281 Abs. 1 Ziff. 2. Siehe Nrn. 11, 34

104) § 281 Abs. 1 Ziff. 3. Anforderungen an die Substanziierung der Rüge der Verletzung klaren materiellen Rechts. Welche Anforderungen an die Substanziierung der Rüge der Verletzung klaren materiellen Rechts im Sinne von § 281 Ziff. 3 ZPO im Allgemeinen zu stellen sind, ist teilweise umstritten. Soweit es sich indessen um die Frage der - behaupteten - Verletzung (klaren) ausländischen Rechts handelt, gehen Rechtsprechung und Doktrin einhellig davon aus, dass vom Beschwerdeführer jedenfalls gewisse Anhaltspunkte (insbes. die verletzte Norm des ausländischen Rechts sowie einschlägige Doktrin und/oder Rechtsprechung) dafür zu nennen sind, inwiefern der Nichtigkeitsgrund erfüllt sein soll. Daran vermöchte auch Art. 16 IPRG nichts zu ändern, denn diese Norm verpflichtet das Kassationsgericht lediglich dazu, bei entsprechender (substanziierter) Bezeichnung des Nichtigkeitsgrundes allenfalls notwendige vertiefte Abklärungen von Amtes wegen vorzunehmen. (23. Dezember; Kass.-Nr. 2002/203 Z).

105) § 281 Abs. 1 Ziff. 3. Siehe auch Nr. 77

106) § 282 Abs. 2. Nachträgliche Anfechtung eines Rückweisungsentscheides im Berufungsverfahren mit kantonaler Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Endentscheid. Ein Rückweisungsentscheid im Sinne von § 270 ZPO stellt einen prozessleitenden Entscheid dar, weshalb es sich rechtfertigt, analog zu § 282 Abs. 2 ZPO auch insoweit die erst nachträgliche Anfechtung im Rahmen des Endentscheides zuzulassen. Dies gilt jedenfalls für Rückweisungsentscheide, welche vor Inkrafttreten der neuen Regelung gemäss §§ 104/104a GVG (1. November 2001) ergingen; offen gelassen, wie es sich für später ergangene Rückweisungsentscheide verhält, nachdem nunmehr der rückweisenden Instanz in einem neuen Rechtsmittelverfahren in der gleichen Sache ein Abweichen von ihrer früheren Rechtsauffassung grundsätzlich nicht mehr gestattet ist. (21. April; Kass.-Nr. 2001/302 Z)

107) § 285. Umfang der Überprüfung durch das Kassationsgericht in Streitigkeiten betr. Änderung der elterlichen Sorge. Die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ist nach § 285 Abs. 1 und 2 ZPO nicht zulässig, soweit der angefochtene Entscheid dem Weiterzug an das Bundesgericht unterliegt und dabei der geltend gemachte Mangel mit freier Kognition überprüft werden kann. Das Bundesgericht überprüft auf eidgenössische Berufung hin insbesondere auch bundesrechtliche Verfahrensvorschriften mit freier Kognition. Auf die Rüge der Verletzung der Untersuchungsmaxime sowie auf die Rüge der unterlassenen Kinderanhörung (Art. 144, 145 ZGB) ist folglich nicht einzutreten. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass sich der Beschwerdeführer im gleichen Sachzusammenhang auf den Grundsatz des rechtlichen Gehörs beruft. Diese Rüge er-

schöpft sich insoweit im Vorwurf der Missachtung bundesrechtlicher Verfahrensnormen (11. August; Kass.-Nr. 2002/011 Z)

108) § 285. Rechtsmittel betreffend internationale Rechtshilfe in Zivilsachen; Verhältnis der (kantonalen) Nichtigkeitsbeschwerde zur Staatsvertragsbeschwerde. Entscheide des Einzelrichters betreffend Zulässigkeit der internationalen Rechtshilfe in Zivilsachen unterliegen dem Rekurs. Gegen den Rekursentscheid ist die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde gegeben; dabei kann das Kassationsgericht aber nur insoweit auf die Nichtigkeitsbeschwerde eintreten, als nicht die Beschwerde an das Bundesgericht wegen Verletzung von Staatsvertragsrecht zulässig ist. Dabei beurteilt sich die Frage, ob internationale Rechtshilfe zu gewähren ist oder nicht, dort, wo staatsvertragliche Bestimmungen anwendbar sind, ausschliesslich und abschliessend nach diesen (hier nach dem Haager Übereinkommen über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- und Handelssachen) und nicht nach kantonalem Prozessrecht. (10. Juli; Kass.-Nr. 2002/118 Z; Erwägungen veröffentlicht in ZR 101 Nr. 88)

109) § 285. Siehe auch Nrn. 11, 84, 93

110) § 288 Abs. 1 Ziff. 3. Siehe Nrn. 11, 104

Zur Strafprozessordnung (StPO; LS 321):

111) § 10 Abs. 3 Satz 2. Einschränkung des Teilnahmerechts des Geschädigten bei Einvernahmen des Angeeschuldigten. Da es sich beim Teilnahmerecht des Geschädigten um ein Grundrecht handelt (vgl. Art. 6 KV), darf eine Beschränkung desselben nicht leichthin hingenommen

werden. Indessen bestehen für die Regelung von § 10 Abs. 3 StPO triftige Gründe. Der Angeschuldigte ist nämlich berechtigt, die Aussage zu verweigern. Es liegt somit in seinem Belieben, etwa bei Anwesenheit des Geschädigten nicht auszusagen oder auch nur seine Ergänzungsfragen nicht zu beantworten. Ferner steht es dem Geschädigten offen, auch nachträglich Ergänzungsfragen auf schriftlichem Wege zu stellen. Ebenso ist zu berücksichtigen, dass das Recht des Geschädigten, Ergänzungsfragen zu stellen, in den nachfolgenden Instanzen nachgeholt werden könnte, was zur Heilung eines allfälligen durch die Untersuchungsbehörde gesetzten Nichtigkeitsgrundes führen würde (7. November; Kass.-Nr. 2002/006 S)

112) § 11 Abs. 2. Anspruch auf effiziente Verteidigung. Auch wenn das Verpassen von Fristen jedwelcher Art grundsätzlich als nicht unerhebliche Verletzung der anwaltlichen Standes- und Berufspflichten gelten muss, kann nicht gesagt werden, durch das Versäumnis der Frist zur Ablehnung von Geschworenen (§ 210 Abs. 1 StPO) durch den Verteidiger würden die Verteidigungsrechte in so grober Weise verletzt, dass ein Einschreiten des Geschworenengerichts gestützt auf die staatliche Fürsorgepflicht geboten wäre. Zum einen kann auf das Ablehnungsrecht im Sinne von § 210 Abs. 1 StPO nicht nur nach Bekanntgabe der Geschworenen, sondern bereits im voraus verzichtet werden, was zeigt, dass das Recht, wenn auch nicht aus rechts-historischer oder rechtspolitischer, so doch aus strafprozessualer Sicht von eher untergeordneter Bedeutung ist. Zum andern kommt dem peremptorischen Ablehnungsrecht auch von seinem materiellen Gehalt her nicht die gleiche Bedeutung zu wie anderen Verteidigungsrechten, beispielsweise den Teilnahme- und Fragerechten bei der Einvernahme von Belastungszeugen oder der Geltendmachung von gesetz-

lichen Ablehnungsgründen gegenüber Gerichtsmitgliedern.
(28. Dezember; Kass.-Nr. 2002/062 S)

113) § 11 Abs. 2. Siehe auch Nr. 114

114) § 13. Ersetzung des amtlichen Verteidigers.
Die Ersetzung des bisherigen amtlichen Verteidigers ist im Kassationsverfahren dann geboten, wenn im Hinblick auf die sich stellende Frage ungenügender Verteidigungsleistung vor der Vorinstanz eine Interessenkollision für den bisherigen Verteidiger besteht. (10. Juli [Präsidialverfügung]; Kass.-Nr. 2002/186 S)

115) § 14 Abs. 1. Teilnahmerecht des Angeschuldigten und des Verteidigers bei Untersuchungshandlungen.
Das aus § 14 Abs. 1 StPO fliessende Teilnahmerecht des Angeschuldigten und des Verteidigers bezieht sich nicht auf die von einem Sachverständigen im Zusammenhang mit der Erfüllung seines Gutachtensauftrages vorzunehmenden Befragungen von Geschädigten und weiteren Personen, sondern ausschliesslich auf Einvernahmen durch den Untersuchungsrichter. Ein über die Möglichkeit der Stellung von Ergänzungsfragen an den Sachverständigen hinausgehendes Recht steht dem Angeschuldigten und der Verteidigung insoweit nicht zu. (27. Mai; Kass.-Nr. 2001/051 S).

116) § 14 Abs. 1. Wirksame Ausübung des Rechts auf Stellung von Ergänzungsfragen. Die Verwertbarkeit von belastenden Aussagen Mitangeschuldigter in der Konfrontationseinvernahme setzt voraus, dass der Angeschuldigte seine Verteidigungsrechte, insbesondere sein Recht auf Ergänzungsfragen, wie es in § 14 Abs. 1 StPO bzw. in Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK vorgesehen ist, wirksam ausüben konnte. Dies bedingt, dass er im Zeitpunkt der Einvernahme Kenntnis von den früheren Einvernahmen des Mitangeschul-

digten hat, weil er sonst nicht in der Lage ist, auf allfällige Widersprüche in den Aussagen des Mitangeschuldigten hinzuweisen und jenen zur Klärung solcher Widersprüche aufzufordern. Weiter hat der Angeschuldigte Anspruch auf Einsichtnahme in jene Akten, welche im Zusammenhang mit allfälligen Widersprüchen oder Ungereimtheiten in den Aussagen des Zeugen bzw. Mitangeschuldigten von Bedeutung sein können. Wurde ihm im Zeitpunkt der Konfrontationseilvernahme noch keine Einsicht in solche weiteren Akten gewährt, weil z.B. deren Erheblichkeit erst in einem späteren Zeitpunkt ersichtlich wurde, so ist es Sache des Angeschuldigten bzw. der Verteidigung, im Verlaufe des weiteren Verfahrens die erneute Befragung des betreffenden Zeugen zwecks Ausübung des (gestützt auf vollständige Akteneinsicht ergänzten) Fragerechts zu beantragen. (4. September; Kass.-Nr. 2001/359 S; Erwägungen veröffentlicht in ZR 102 Nr. 10)

117) § 17 Abs. 1. Siehe Nr. 116

118) § 31. Siehe Nr. 116

119) § 44. Verfahren betreffend gerichtliche Beurteilung der Nebenfolgen der (eingestellten) Untersuchung. Mit dem Begehren nach § 44 StPO kann der Einstellungsentscheid nur hinsichtlich der Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen angefochten werden, worüber kein Beweisverfahren stattfindet. Der der Kostenregelung zugrundeliegende Sachverhalt gilt als so erstellt, wie er in der rechtskräftigen Einstellungsverfügung (bzw. im rechtskräftigen Einstellungsrekursentscheid) dargestellt ist. Insofern tritt für das Kostenbeurteilungsverfahren eine Bindungswirkung ein. (18. Dezember; Kass.-Nr. 2002/338 S)

120) § 54 Abs. 1 Ziff. 2. Vorläufige Festnahme. Ist das staatliche Organ, das in die Freiheitsrechte einer Person eingreift, nicht in der Lage oder nicht bereit dazutun, dass dieser Eingriff unter Voraussetzungen (hier: dringender Tatverdacht) erfolgte, die ihn als rechtmässig erscheinen lassen, so ist zugunsten der durch den Eingriff betroffenen Person vom Fehlen rechtfertigender Umstände und damit von der Unrechtmässigkeit des Eingriffs auszugehen. (16. September; Kass.-Nr. 2002/146 S)

121) § 104d Abs. 1. Anspruch auf Einsichtnahme in Beweismittel (Abhörung von Aufzeichnungen). Der Angeklagte hat nicht nur dann Anspruch auf Abhörung einer Telefonaufzeichnung, wenn das Gericht im Sinne eines *belastenden* Beweismittels, d.h. zu seinen Ungunsten darauf abstellen will, sondern auch dann, wenn es entgegen den Vorbringen des Angeklagten dieser Aufzeichnung keine *entlastende* Bedeutung beimisst (4. September; Kass.-Nr. 2001/359 S; Erwägungen veröffentlicht in ZR 102 Nr. 10)

122) § 109. Notwendigkeit eines Schriftgutachtens. Die Vorinstanz verwendete das Schriftbild als belastendes Beweismittel. Sie führte - ohne ein Schriftgutachten einzuholen - aus, dass der Vergleich insbesondere der Ziffern 6 und des Wortes "gesehen" darauf hindeute, dass der Beschwerdeführer das Formular ausgefüllt habe. Damit verzichtete sie auf die Einholung des Sachverständigengutachtens, weil für sie aufgrund des Vergleichs von einer Zahl und eines Wortes klar war, dass es sich um dieselbe Schrift handle. Ein Schriftgutachter trifft demgegenüber sein Urteil über die Identität zweier Schriften nie lediglich gestützt auf ein Wort und eine Zahl; seine Erkenntnisse zieht er vielmehr aus einem möglichst umfassenden Vergleich der zu untersuchenden Schriften. Wenn aber ein Sachverständiger seinen Entscheid nur gestützt

auf einen umfassenden Vergleich trifft, darf auch ein Justizorgan einen Schriftenvergleich nicht allein gestützt auf eine so kleine Basis vornehmen, auch wenn für das Auge des Laien hohe Ähnlichkeit besteht. Das Gericht muss daher ein Sachverständigengutachten einholen, wenn es seinen Entscheid mit dem Schriftbild begründen will. (16. Dezember; Kass.-Nr. 2002/132 S)

123) § 109. Siehe auch Nr. 115

124) § 126. Siehe Nrn. 2, 115

125) § 127. Mangelhaftigkeit eines Gutachtens. Als *undeutlich* ist ein Gutachten zu bezeichnen, wenn nicht klar wird, auf welchem Weg und gestützt auf welche Methoden bzw. Erkenntnisse der Sachverständige eine Schlussfolgerung gezogen hat. Dabei ist das Erfordernis der Deutlichkeit eines Gutachtens in diesem Sinne je nach konkretem Leserkreis differenziert zu betrachten. Ist ein Gutachten für Fachkollegen des Verfassers in inhaltlicher und formeller Hinsicht nicht hinreichend nachvollziehbar, so muss es als undeutlich bezeichnet werden. Für den Nicht-Fachmann (wozu i.d.R. auch der Richter und die Prozessbeteiligten zu zählen sind) muss das Gutachten mindestens in seinen Grundzügen verständlich sein. Was die Frage der "Richtigkeit" eines Gutachtens betrifft, so können u.a. durch ein Privatgutachten erhebliche Zweifel an der Begründetheit einer Expertise geweckt werden. (23. März; Kass.-Nr. 2001/335 S)

126) § 143 Satz 2. Die Weigerung eines Zeugen (hier unter Hinweis auf polizeitaktische Gründe), den Grund seines Wissens anzugeben, macht dessen Aussagen zur Sache noch nicht unverwertbar. (4. September; Kass.-Nr. 2001/359 S; Erwägungen veröffentlicht in ZR 102 Nr. 10)

127) § 149a Ziff. 2. Auskunftsperson. § 149a Ziff. 2 StPO gelangt nur zur Anwendung, soweit die mit der Haupttat in Zusammenhang stehende strafbare Handlung, welche die zu befragende Person begangen haben könnte, mit jener gleichgerichtet und mithin nicht gegen den Haupttäter gewandt ist. Der Status der Auskunftsperson soll der aussagenden Person nämlich nicht ermöglichen, direkt gegen sich selber gerichtete Aussagen zu verweigern, denn auch der Zeuge ist nicht gehalten, sich selber zu belasten. Der Sinn des Schutzes der Auskunftsperson kann somit nur darin liegen, dass letztere nicht verpflichtet werden soll, sich durch Aussagen, auf Grund derer sie mit dem eingeklagten Delikt in Zusammenhang gebracht werden könnte, indirekt zu belasten. Es ist dagegen nicht ersichtlich, weshalb die einzuvernehmende Person, die den Hauptangeschuldigten bereits belastet hat, diesen Schutz dann genießen sollte, wenn sie Geschädigte der Haupttat ist. Demgegenüber regelt § 149a Ziff. 4 StPO den Fall, in welchem die einzuvernehmende Person dem Angeschuldigten als Gegner gegenüberstehen könnte, wobei dieser Tatbestand ausdrücklich restriktiv formuliert wird und nur dann zur Anwendung kommt, wenn der Angeschuldigte die zu befragenden Personen ausdrücklich der falschen Anschuldigung bezichtigt. Damit soll vermieden werden, dass der Anzeigerstatter vom Angezeigten ohne Weiteres in die Stellung eines Angeschuldigten versetzt werden kann (27. Mai; Kass.-Nr. 2001/298 S).

128) § 149a Ziff. 4. Siehe Nr. 127

129) § 162. Anklagegrundsatz; Bestimmtheitsgebot im Zusammenhang mit dem Tatbestand der Vernachlässigung von Unterhaltspflichten (Art. 217 StGB). Mit der Formulierung, wonach der Angeklagte zur Bezahlung der Unterhaltsbeiträge "in der Lage gewesen" sei, wird der Anklage-

vorwurf hinsichtlich der finanziellen Leistungsfähigkeit (bzw. des Tatbestandsmerkmals der *schuldhaften* Nichtbezahlung) nicht hinreichend konkretisiert. (22. März; Kass.-Nr. 2001/262 S)

130) § 162. Anklagegrundsatz; Bestimmtheitsgebot im Zusammenhang mit dem Tatbestand der Veruntreuung (Art. 138 StGB). Der bloße Hinweis in der Anklage auf "anvertrautes Kundenvermögen" ohne nähere Umschreibung, in welchem Sinn das Kundenvermögen zu verwalten sei, genügt den gesetzlichen Anforderungen einer Anklage nicht. Die Anklageschrift muss Ausführungen darüber enthalten, auf welchen rechtlichen Grundlagen das Anvertrautsein beruht; ob das Tatbestandsmerkmal des Anvertrautseins erfüllt ist, bestimmt sich danach, wozu der Angeklagte verpflichtet gewesen sein soll. Nur wenn die entsprechenden (vertraglichen oder gesetzlichen) Pflichten in der Anklage näher umschrieben werden, kann der Angeklagte im Hinblick auf seine Verteidigung genau erkennen, was ihm zum Vorwurf gemacht wird. (28. Juni; Kass.-Nr. 2000/297 S)

131) § 183. Siehe Nr. 2

132) § 198a Abs. 2 Satz. 2. Zuständigkeit des Geschworenengerichts. Widerruft der Angeklagte nach durchgeführter Hauptverhandlung, aber noch während des fortgesetzten obergerichtlichen Verfahrens sein Geständnis, hat eine Überweisung der Anklage an das Geschworenengericht zu erfolgen. (19. September; Kass.-Nr. 2002/223 S; Erwägungen veröffentlicht in ZR 102 Nr. 7)

133) § 210 Abs. 1. Siehe Nr. 112

134) § 264. Auswirkungen des Unmittelbarkeitsprinzips auf die Begründung einer Nichtigkeitsbeschwerde gegen

ein Urteil des Geschworenengerichts. Als Folge des im geschworenengerichtlichen Verfahren geltenden Unmittelbarkeitsprinzips genügt der (alleinige) Hinweis auf polizeiliche oder untersuchungsrichterliche Einvernahmeprotokolle zum Nachweis eines Nichtigkeitsgrundes (insbes. willkürliche Beweiswürdigung) nicht, sondern es muss in der Beschwerdebegründung - unter Hinweis auf die entsprechenden Protokollstellen - aufgezeigt werden, inwieweit die in der Untersuchung gemachten Aussagen Eingang ins geschworenengerichtliche Verfahren gefunden haben. (23. April; Kass.-Nr. 2001/276 S)

135) §§ 317 ff. Siehe Nr. 55

136) § 318 Ziff. 5. Siehe Nr. 55

137) § 321. Strafbefehl; Legitimation Dritter zur Einsprache und zur Ablehnung. Eine juristische Person, deren Organ für sie deliktisch tätig geworden ist, ist legitimiert, die Bestimmung eines Strafbefehls, womit ihr gehörende Vermögenswerte eingezogen werden, mittels Einsprache anzufechten. Insofern ist sie (ungeachtet der Tatsache, dass zwischen dem delinquierenden Organ einer juristischen Person und dieser Person ein enger Zusammenhang besteht) im weiteren auch selbständig legitimiert, auf dem Weg der Einsprache einen Ablehnungsgrund gegen den Bezirksanwalt, der die Einziehung angeordnet hat, geltend zu machen. Die Beschränkung der Legitimation auf das Organ käme einem (unzulässigen) Ausschluss der gesetzlich vorgesehenen Möglichkeiten zur Geltendmachung von Ausstandsgründen gleich (20. April; Kass.-Nr. 2001/260 S)

138) §§ 395 ff. Rechtsmittellegitimation bei Freispruch. Soweit der Angeklagte freigesprochen wurde, ist er zur Nichtigkeitsbeschwerde nicht legitimiert, denn durch

die blossen Entscheidungsgründe ist er nicht beschwert. Offen gelassen, wie es sich verhielte, wenn die Staatsanwaltschaft oder allenfalls ein Geschädigter gegen den Freispruch eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde an das Bundesgericht erhoben hätte und das Bundesgericht an die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz gebunden wäre (22. Juli; Kass.-Nr. 2001/297 S)

139) § 395 Abs. 1 Ziff. 2. Bei Untergang einer juristischen Person (hier: AG zufolge Übernahme durch eine andere Gesellschaft) geht - analog zum Tod einer natürlichen Person - deren Legitimation zu Ergreifung von Rechtsmitteln im Zivilpunkt auf die Rechtsnachfolgerin über. (28. Juni; Kass.-Nr. 2000/298 S)

140) § 395 Abs. 2. Siehe Nr. 137

141) § 399. Verbot der reformatio in peius. Es verstösst gegen das Verschlechterungsverbot, wenn das Obergericht auf alleinige Berufung des Angeklagten hin eine stationäre Massnahme anordnet, nachdem die Erstinstanz eine ambulante Massnahme unter gleichzeitigem Strafaufschub angeordnet hat. (7. September; Kass.-Nr. 2002/019 S; Erwägungen veröffentlicht in ZR 101 Nr. 96)

142) § 402 Ziff. 1. Siehe Nr. 119

143) §§ 428 ff. Siehe Nr. 138

144) § 430 Abs. 1 Ziff. 1. Örtliche Zuständigkeit der Untersuchungsbehörde. Im Kassationsverfahren kann nur noch die Frage der örtlichen Zuständigkeit des erkennenden Gerichts, nicht aber diejenige der Untersuchungsbehörde aufgeworfen werden. (23. August; Kass.-Nr. 2002/003 S; Erwägungen veröffentlicht in ZR 102 Nr. 5)

145) § 430 Abs. 1 Ziff. 4. Grundsatz "in dubio reo"; Kognition des Kassationsgerichts. Durch das Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung hat sich an der auf Willkür beschränkten Kognition des Kassationsgerichts im Hinblick auf die Überprüfung der sachrichterlichen Beweiswürdigung nichts geändert. (7. Dezember; Kass.-Nr. 2002/067 S; Erwägungen veröffentlicht in ZR 102 Nr. 12)

146) § 430 Abs. 1 Ziff. 4. Siehe auch Nrn. 121, 122

147) § 430 Abs. 2. Siehe Nr. 134