

Entscheidungen von allgemeinem Interesse im Jahre 2005¹

A. Landes- und Völkerrecht

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

1) Art. 6 Ziff. 1. Anspruch auf ein faires Verfahren. Recht des Angeschuldigten auf Akteneinsicht und auf Führung des Entlastungsbeweises; Unerreichbarkeit von Beweismitteln im Strafprozess. Voraussetzungen, unter denen von der Unerreichbarkeit von Polizeiakten ausgegangen werden darf. Prozessuale Folgen der Unerreichbarkeit von (Entlastungs-)Beweisen: Ist die Unerreichbarkeit vom Staat zu vertreten (hier: Sperrung von Akten), so gebietet eine sachgerechte Kompensation eine Wahrunterstellung zugunsten des Angeschuldigten. (31. März; Kass.-Nr. AC040106; Erwägungen werden voraussichtlich in ZR veröffentlicht)

2) Art. 6 Ziff. 1. Anspruch auf ein faires Verfahren; Grundsatz von Treu und Glauben bzw. Verbot der verdeckten Auslieferung. Ob als Folge einer gegen ausländische Vorschriften verstossenden Überstellung eines Angeschuldigten an die hiesigen Strafverfolgungsbehörden ein Verfahrenshindernis vorliegt, kann das Kassationsgericht (unter Einschluss der sich dabei stellenden Vorfragen) frei prüfen; Abgrenzung zwischen Auslieferung und fremdenpolizeilicher Wegweisung. Trotz Verletzung ausländischer (hier: liechtensteinischer) Bestimmungen liegt in casu

¹ Sämtliche Entscheide können im Volltext unter entscheide.gerichte-zh.ch abgerufen werden

kein Hindernis gegen die Durchführung des Strafverfahrens in der Schweiz vor. (28. Februar; Kass.-Nr. AC040095; Erwägungen veröffentlicht in ZR 104 Nr. 52).

3) Art. 6 Ziff. 1. Eventualbegründungen. Weder das Beschleunigungsgebot noch der Anspruch auf rechtliches Gehör verpflichten das Gericht, sich mit Fragen auseinanderzusetzen, die für den Entscheid nicht wesentlich sind oder den Entscheid mit Eventualbegründungen zu versehen. (20. Juni; Kass.-Nr. AA040149; Erwägungen veröffentlicht in ZR 105 Nr. 10)

4) Art. 6 Ziff. 1. Siehe auch Nrn. 15, 22, 94.

5) Art. 6 Ziff. 2. Tragweite des Grundsatzes "in dubio pro reo". Namentlich als Beweislastregel gilt der Grundsatz "in dubio pro reo" nicht nur für die Schuldfrage, sondern auch für Umstände, welche die Strafzumessung betreffen. Es ist daher nicht zulässig, bezüglich solcher Umstände (hier: Tatmotiv) zum Nachteil des Angeklagten auf blosse Vermutungen abzustellen. (12. Juli; Kass.-Nr. AC040108; Erwägungen veröffentlicht in ZR 104 Nr. 77)

6) Art. 6 Ziff. 2. Unschuldsvermutung; Nachweis subjektiver Tatbestandselemente, hier im Zusammenhang mit dem Vorwurf der Urkundenfälschung (Abschluss eines Vertrages im Namen einer Gesellschaft, zu deren Vertretung der Beschwerdeführer nicht berechtigt war, wobei er geltend machte, subjektiv der Meinung gewesen zu sein, Inhaber der Gesellschaft und damit vertretungsberechtigt gewesen zu sein). Innere Tatsachen wie Wissen und Willen eines Täters sind einem direkten Beweis regelmässig nicht zugänglich. Entsprechend muss aus äusseren Tatsachen auf die subjektiven Vorstellungen des Täters geschlossen werden. Wenn die

Vorinstanz grundsätzlich von der äusseren Tatsache der objektiv fehlenden Vertretungsberechtigung darauf schloss, dass der Beschwerdeführer auch subjektiv nicht von etwas anderem ausgegangen sei, insbesondere nicht davon, doch vertretungsberechtigt zu sein, sondern im Wissen und Willen um die fehlende Vertretungsberechtigung, zumindest aber unter deren Inkaufnahme, handelte, ist dies grundsätzlich nicht zu beanstanden. Es entspricht aller Regel, dass jemand nicht eine Vertretungsberechtigung annimmt, wenn er gar keine hat. In diesem Fall ist es Sache des Angeklagten, seine dieser Regel zuwiderlaufende Behauptung wenigstens glaubhaft zu machen (5. Oktober; Kass.-Nr. AC0500005)

7) Art. 6 Ziff. 2. Unschuldsvermutung; Auferlegung von Kosten bei Freispruch bzw. Einstellung. Fehlender Kausalzusammenhang zwischen widerrechtlichem Verhalten und Einleitung des Strafverfahrens: "Wenn die Vorinstanz die Auferlegung von Verfahrenskosten mit einer Verletzung der nach Art. 159 ZGB bestehenden eherechtlichen Treue- und Beistandspflichten begründet, verkennt sie zunächst, dass eine derartige Pflichtverletzung offensichtlich in keiner Weise strafrechtsrelevant ist und daher nicht *adäquaten* Anlass für die Einleitung eines Strafverfahren bilden konnte. Im weiteren kommt hinzu, dass es sich bei der Berufung auf eine Verletzung von Art. 159 ZGB um eine durch die Vorinstanzen *nachgeschobene* Begründung handelt; sollte die Verletzung von ehelichen Treue- und Beistandspflichten durch den Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens den Strafverfolgungsbehörden überhaupt bekannt gewesen sein, so hätte sie als solche jedenfalls nicht *Anlass zur Eröffnung eines Strafverfahrens* gebildet. Anlass zur Eröffnung des Verfahrens war in Wirklichkeit der damals bestehende Verdacht sexueller Handlungen mit Kindern,

welcher sich jedoch in der Folge nicht erhärten liess. In-
soweit dürfte es im vorliegenden Fall nicht nur an der ad-
äquaten, sondern sogar schon an der *natürlichen* Kausalität
fehlen." (4. April; Kass.-Nr. AC040123)

8) Art. 6 Ziff. 3 lit. b. Siehe auch Nr. 1.

9) Art. 6 Ziff. 3 lit. d. Recht auf Stellung von
Ergänzungsfragen an Belastungszeugen; Abgrenzung zwischen
antizipierter Beweiswürdigung und Wahrunterstellung. (23.
September; Kass.-Nr. AC050002; Erwägungen veröffentlicht
in ZR 104 Nr. 81)

10) Art. 6 Ziff. 3 lit. d. Zeugenschutzmassnahmen;
anonymer Zeuge als Beweismittel im Strafprozess. Fairness-
gebot und Recht des Angeschuldigten auf wirksame Befragung
von Belastungszeugen. Verletzung der konventionsrechtli-
chen Anforderungen, indem einerseits weder der Angeklagte
noch die Verteidigung der Befragung des anonymen Tatzeugen
unmittelbar beiwohnen konnten und andererseits bei der Be-
gründung des Schuldpunktes in massgeblicher Weise auf die
Aussagen dieses anonymen Zeugen abgestellt wurde (19. De-
zember; Kass.-Nr. AC050058; Erwägungen werden in ZR ver-
öffentlicht)

11) Art. 6 Ziff. 3 lit. d. Siehe auch Nr. 88.

*Zum Internationalen Pakt über bürgerliche und politische
Rechte (IPBPR; SR 0.103.2):*

12) Art. 14 Ziff. 1. Siehe Nr. 15.

Zur Bundesverfassung (SR 101):

13) Art. 9. Siehe Nrn. 2, 84.

14) Art. 29 Abs. 2. Siehe Nrn. 1, 2, 3, 32, 94.

15) Art. 30 Abs. 3. Öffentlichkeitsgrundsatz. Auf das durch Verfassung und EMRK/IPBPR garantierte Recht auf Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung kann (auch stillschweigend) verzichtet werden. Ein stillschweigender Verzicht ist insbesondere dann anzunehmen, wenn eine Partei gegen die richterliche Anordnung, das Verfahren schriftlich durchzuführen, nicht opponiert, sondern diese befolgt. Weder nach Verfassungs- noch nach Konventionsrecht ist eine mündliche Urteilsverkündung zwingend vorgeschrieben; insbesondere im Beschwerdeverfahren genügt - nebst Zustellung des schriftlich begründeten Entscheides an die Parteien - die Hinterlegung des Entscheides zuhanden der Öffentlichkeit auf der Gerichtskanzlei. (20. Juni; Kass.-Nr. AA040149; Erwägungen veröffentlicht in ZR 105 Nr. 10)

16) Art. 32 Abs. 1. Siehe Nrn. 5, 7.

17) Art. 32 Abs. 2. Siehe Nrn. 9, 10, 88.

Zum Organisationsgesetz (OG; SR 173.110):

18) Art. 43. Siehe Nr. 83.

19) Art. 55. Vgl. Nr. 83.

Zum Zivilgesetzbuch (ZGB; SR 210):

20) Art. 8. Siehe Nr. 25.

21) Art. 111. Siehe Nr. 64.

22) Art. 144 Abs. 2. Kindesanhörung; Mitwirkungsrechte der Eltern. Die Kindesanhörung stellt keine Zeugen- einvernahme dar. Es besteht kein genereller Anspruch eines Elternteils darauf, dass die von ihm formulierten Fragen - insbesondere soweit sie die Gefahr eines Loyalitätskonfliktes beinhalten - dem Kind gestellt werden. Hingegen haben die Eltern Anspruch darauf, nachträglich über das Ergebnis des Gesprächs des Instruktionsrichters mit dem Kind informiert zu werden und dazu Stellung nehmen zu können. Dass die Kindesanhörung in der Regel ohne Beisein der Eltern und deren Prozessvertretungen erfolgt, verstösst weder gegen die Verfassung noch gegen die EMRK. (31. August; Kass.-Nr. AA050023; Erwägungen veröffentlicht in FamPra.ch 2006 Nr. 26)

23) Art. 145 Abs. 1. Siehe Nr. 25.

24) Art. 148. Siehe Nr. 64.

25) Art. 172 ff. Glaubhaftmachung von Tatsachen im Rahmen des Eheschutzverfahrens; Beweislast. Der Nachweis (bzw. die Glaubhaftmachung) dafür, dass der Unterhaltspflichtige ab einem bestimmten Zeitpunkt weiterhin Taggeldleistungen erhalten habe, obliegt der Gegenseite, die daraus Rechte (auf höhere Unterhaltsbeiträge) ableitet; demzufolge trägt diese Partei die Folgen fehlender Glaubhaftmachung des weiteren Taggeldbezuges. Hat der Richter weiterhin Zweifel an der Richtigkeit des (glaubhaft ge-

machten) Wegfalls solcher Zahlungen, ist er, soweit es um Kinderbelange geht, verpflichtet, im Rahmen der Untersuchungsmaxime entsprechende Abklärungen vorzunehmen. (19. Dezember; Kass.-Nr. AA050117).

26) Art. 172 ff. Siehe auch Nr. 34.

27) Art. 176 Abs. 1 Ziff. 2. Wohnungs- und Hausratszuteilung im Rahmen von Eheschutzmassnahmen. Massgebliche Kriterien für die Zuteilung von Wohnung und Hausrat sind ungeachtet der Eigentumsverhältnisse grundsätzlich allein solche der Zweckmässigkeit. Keine Verletzung klaren materiellen Rechts durch die Vorinstanz, wenn diese primär danach entscheidet, "wem die Wohnung besser dient" und erst subsidiär "wem der Auszug eher zuzumuten ist". (23. März; Kass.-Nr. AA050002; Erwägungen veröffentlicht in FamPra.ch 2005 Nr. 79)

28) Art. 176 Abs. 1 Ziff. 2. Wohnungszuteilung. Die Bemessung der Auszugsfrist mit rund neun Wochen verletzt kein klares materielles Recht. (20. September; Kass.-Nr. AA050069; Erwägungen veröffentlicht in ZR 105 Nr. 9 und FamPra.ch 2006 Nr. 5)

29) Art. 176 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO. Anordnung der Gütertrennung im Eheschutzverfahren. Unter der Herrschaft des neuen Scheidungsrechts besteht kein klares materielles Recht (mehr) in dem Sinne, dass das Vorliegen eines unverrückbaren Scheidungswillens allein noch keinen zureichenden Grund für die Gütertrennung durch den Eheschutzrichter darstellt. (20. September; Kass.-Nr. AA050069; Erwägungen veröffentlicht in ZR 105 Nr. 9 und FamPra.ch 2006 Nr. 5)

Zum Obligationenrecht (OR; SR 220):

30) Art. 42 Abs. 2. Schätzung eines nicht ziffernmässig nachweisbaren Schadens; Subsidiarität der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde. Ob der Schaden ziffernmässig nachweisbar ist oder nicht, ist grundsätzlich Tatfrage. Die richterliche Schätzung im Sinne von Art. 42 Abs. 2 OR bzw. deren Ergebnis beruht auf Tatbestandsermessen, dessen Ausübung einer Überprüfung im kantonalen Beschwerdeverfahren zugänglich ist. (23. Dezember; Kass.-Nr. AA050017; Erwägungen werden voraussichtlich in ZR veröffentlicht)

31) Art. 274d Abs. 3. Die soziale Untersuchungsmaxime in mietrechtlichen Streitigkeiten befreit die Parteien nicht von der kantonalrechtlichen Behauptungslast. (9. Juni; Kass.-Nr. AA040179)

*Zum BG über Schuldbetreibung und Konkurs
(SchKG; SR 281.1):*

32) Art. 168. Konkursverhandlung; Anspruch auf rechtliches Gehör. Der Konkursrichter verletzt den Gehörsanspruch des Konkursgläubigers, wenn er das Konkursbegehren zufolge (angeblichen) Nachweises der vollumfänglichen Zahlung von Schuld, Zinsen und sämtlicher Kosten durch den Schuldner abweist, ohne dem Konkursgläubiger zuvor Gelegenheit zur Äusserung zu geben. (14. November; Kass.-Nr. AA050097)

33) Art. 174 Abs. 2. Weiterziehung der Konkursöffnung. Voraussetzung für die Aufhebung des Konkursöffnungserkenntnisses ist kumulativ zu den einzelnen (untereinander alternativen) Gründen gemäss Absatz 2 Ziff. 1-3 primär die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit des Schuldners. (28. Juni; Kass.-Nr. AA050067)

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

34) Art. 16. Feststellung des anzuwendenden Rechts. Kostenvorschuss. In einem Eheschutzverfahren ist das anzuwendende ausländische Recht von Amtes wegen festzustellen. Die Feststellung darf nicht von der Leistung eines Kostenvorschusses der Parteien abhängig gemacht werden. (10. Dezember; Kass.-Nr. AA050100; Erwägungen werden voraussichtlich in ZR veröffentlicht)

35) Art. 27 Abs. 2 lit. b. Siehe Nr. 82.

Zum Strafgesetzbuch (StGB; SR 311.0):

36) Art. 28 ff. Anforderungen an gültigen Strafantrag; Bundesrecht und kantonales Recht. Die Frage der materiellen Gültigkeit eines Strafantrags richtet sich nach Bundesrecht und ist vom Kassationsgericht nicht zu überprüfen. Wer innerhalb einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft des Kantons (hier: Gemeinde) zur Stellung eines Strafantrags zuständig ist, bestimmt hingegen das kantonale Recht und kann somit vom Kassationsgericht überprüft werden. Hinsichtlich der Form eines Strafantrags bestehen im Kanton Zürich keine besonderen Vorschriften; es genügt, dass sich der Wille des Antragsberechtigten zur Stellung des Strafantrages zweifelsfrei (hier anhand eines Polizeirapportes) nachweisen lässt. (4. Oktober; Kass.-Nr. AC040120)

37) Art. 74 ff. Siehe Nr. 112.

B. Kantonales Recht

Zum Gerichtsverfassungsgesetz (GVG; LS 211.1):

38) § 18. Siehe Nr. 67.

39) §§ 95 ff. Siehe Nr. 82.

40) § 96 Ziff. 4. Ausstand bei Doppelfunktion. Allein die Tatsache, dass ein Gutachter auch Handelsrichter ist, bildet in einem nicht vor Handelsgericht geführten Verfahren keinen Ausstandsgrund. (23. Dezember; Kass.-Nr. AA050017; Erwägungen werden voraussichtlich in ZR veröffentlicht)

41) § 104a. Siehe Nr. 75.

42) § 135 Abs. 2. Siehe Nr. 22.

43) § 157. Siehe Nr. 3.

44) § 160. Siehe Nr. 3.

45) §§ 167 ff. Siehe Nr. 1.

46) § 172. Akteneinsichtsrecht Dritter. Scheint ein Dritter von einem Entscheid direkt betroffen zu sein (hier als nominell Berechtigter an einem beschlagnahmten Aktienzertifikat) und ist damit seine Legitimation zur Ergriffung von Rechtsmitteln glaubhaft gemacht, so ist ihm Einsicht in die Akten zumindest insoweit zu gewähren, als

dies zur Begründung des Rechtsmittels notwendig erscheint. (2. August; Kass.-Nr. AC040128 [Präsidialverfügung])

47) § 179 Abs. 2. Zustellung gerichtlicher Sendungen. Hat eine Partei wegen der Dringlichkeit des Verfahrens (hier: Rekursverfahren gegen den Konkurseröffnungsentscheid) damit zu rechnen, dass das Gericht rasche prozessuale Vorkehren trifft, und unterlässt sie bei voraussichtlich längerer Abwesenheit die gesetzlich vorgeschriebene Anzeige der Adressänderung oder andere geeignete Massnahmen zur Sicherstellung der Zustellung, so ist nach zwei erfolglosen Zustellungsversuchen an der letztbekannten Adresse Zustellungsvereitelung anzunehmen (5. September; Kass.-Nr. AA050049; Präzisierung der in ZR 95 Nr. 1 begründeten Rechtsprechung)

48) § 179 Abs. 2. Zustellung gerichtlicher Sendungen. Untergeordnete formelle Mängel der Abholungseinladung (hier: unrichtige bzw. unvollständige Schreibweise des Vornamens des Adressaten) bilden keinen Grund zur Annahmeverweigerung, solange die Abholungseinladung die wesentlichen Elemente (Adressat, Gegenstand der Sendung, Abholort und -zeit) nennt. (27. Oktober; Kass.-Nr. AA050148)

49) § 181. Siehe Nr. 47.

50) § 187. Siehe Nr. 47, 48.

51) § 196. Die Androhung der Säumnisfolgen (hier: nach § 264 Abs. 2 ZPO) muss nur zusammen mit der erstmaligen Ansetzung der Frist erfolgen und braucht in einer späteren Fristerstreckungsverfügung nicht wiederholt zu werden. (28. November; Kass.-Nr. AA050170)

Zur Zivilprozessordnung (ZPO; LS 271):

52) § 29 Abs. 2. Die Postulationsfähigkeit beurteilt sich danach, ob eine Partei fähig ist, ihre Sache als Ganzes gehörig zu führen. Ist sie offensichtlich unfähig, anlässlich der Hauptverhandlung eine Replik zu erstatten, so ist es widersprüchlich, gleichzeitig anzunehmen, sie sei fähig, Vergleichsverhandlungen ohne rechtskundige Vertretung bzw. Verbeiständung sinnvoll zu führen (20. Dezember; Kass.-Nr. AA050129; vgl. dazu SJZ 2006, 63).

53) § 51 Abs. 2. Siehe Nr. 79.

54) § 53 Abs. 1. Siehe Nr. 3.

55) § 53 Abs. 2 Ziff. 2. Siehe Nr. 67.

56) § 54 Abs. 1. Verhandlungsmaxime. Es ist auch im Bereich der Verhandlungsmaxime zulässig, nicht bzw. nicht genügend substantiierte Tatsachenbehauptungen, deren Richtigkeit sich aus dem Beweisverfahren ergibt, unter Wahrung des Anspruchs der Parteien auf rechtliches Gehör dem Urteil zugrundezulegen.

Ferner sind nach der Verhandlungsmaxime von der Gegenseite nicht bestrittene (bzw. anerkannte) Tatsachenbehauptungen vom Gericht grundsätzlich ohne weiteres als richtig hinzunehmen; indessen darf eine Partei nicht bei einer lediglich für den Eventualfall unterstellten Annahme behaftet werden. (20. Juni; Kass.-Nr. AA040127; Erwägungen veröffentlicht in ZR 104 Nr. 80)

57) § 55. Richterliche Fragepflicht. Reicht eine Partei eine Urkunde unvollständig ein, so wird die richterliche Fragepflicht verletzt, wenn das Gericht darauf zum Nachteil der betreffenden Partei abstellt, ohne ihr zuvor Gelegenheit zur Behebung des Mangels einzuräumen. (23. Dezember; Kass.-Nr. AA050036)

58) § 56. Siehe Nr. 3.

59) § 68. Prozessentschädigung; Mehrwertsteuer. Wird einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei eine Prozessentschädigung zugesprochen, hat dies ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu erfolgen (Praxisänderung). Ist die anspruchsberechtigte Partei nicht in vollem Umfang zum Abzug der Vorsteuer berechtigt, so ist die Prozessentschädigung um den entsprechenden Faktor anteilmässig anzupassen. Solche aussergewöhnlichen Umstände hat eine Partei zu behaupten und zu belegen. (19. Juli; Kass.-Nr. AA040176; Erwägungen veröffentlicht in ZR 104 Nr. 76)

60) § 68 Abs. 1. Prozessentschädigung für Schutzschrift. Reicht eine Partei unaufgefordert eine Eingabe zur Frage der Gewährung der aufschiebenden Wirkung hinsichtlich des von der Gegenseite erhobenen Rechtsmittels ein, so rechtfertigt es sich gegebenenfalls, ihr im Falle der Abweisung des Rechtsmittels zulasten der unterliegenden Partei insoweit eine Prozessentschädigung zuzusprechen (5. September; Kass.-Nr. AA050077; Erwägungen veröffentlicht in ZR 104 Nr. 79).

61) § 71. Siehe Nr. 76.

62) § 73 Ziff. 3. Kautionsgrund der sonstigen Zahlungsunfähigkeit. An der bisherigen Praxis, wonach Zahlungsunfähigkeit im Sinne dieser Bestimmung nur dann vorliegt, wenn sich eine solche aus betreibungsrechtlichen Akten ergibt, ist bei erneuter Überprüfung festzuhalten (5. Dezember; Kass.-Nr. AA050085; Erwägungen werden voraussichtlich in ZR veröffentlicht)

63) § 75 Abs. 1. Siehe Nr. 64.

64) § 78 Ziff. 1. Der Grundsatz der Kautionsfreiheit von Scheidungsverfahren auf gemeinsames Begehren gilt auch für das Rechtsmittelverfahren und daher auch mit Bezug auf die Revision eines solchen Entscheides. (23. Dezember; Kass.-Nr. AA050064; Erwägungen werden voraussichtlich in ZR veröffentlicht)

65) § 83. Siehe Nr. 34.

66) §§ 84 ff. Unentgeltliche Rechtspflege; Mittellosigkeit. Keine zwingende Berücksichtigung eines hypothetischen Betrages bei freiwillig zu tief gehaltenen Wohnkosten. Die herrschende Praxis betreffend Einsetzung hypothetischer Wohnkosten im Notbedarf zur Berechnung von Unterhaltsleistungen muss nicht analog auf die Beurteilung der Mittellosigkeit bei einem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege angewendet werden. (7. Februar; Kass.-Nr. AA040170; Erwägungen veröffentlicht in ZR 104 Nr. 54)

67) § 93. Verfahren in mietrechtlichen Streitigkeiten. Schlichtungsverfahren; Säumnis vor Mietgericht. Das Schlichtungsverfahren ist Voraussetzung, aber nicht Bestandteil des mietgerichtlichen Verfahrens. Der Umstand,

dass eine (hier: die beklagte) Partei vor der Schlichtungsbehörde bestimmte Vorbringen gemacht hat, entbindet sie daher nicht davon, ihren Standpunkt vor dem Richter erneut darzulegen. Fernbleiben von der Hauptverhandlung (vor Mietgericht) bewirkt damit Säumnis; insoweit ist die betreffende Partei mit Einreden und Tatsachenbehauptungen im Rekursverfahren ausgeschlossen (24. Mai; Kass.-Nr. AA040187).

68) § 110. Siehe Nr. 25.

69) § 113 ff. Siehe Nr. 31.

70) § 114. Siehe Nr. 56.

71) § 129. Siehe Nr. 67.

72) § 186 Abs. 1. Siehe Nr. 57.

73) § 190. Wiedererwägung. Soweit Wiedererwägung gerichtlicher Entscheide überhaupt zulässig ist, besteht jedenfalls dann kein Anspruch darauf, wenn keine Änderung der massgeblichen Verhältnisse vorliegt. Gegen den diesbezüglichen Entscheid ist die Nichtigkeitsbeschwerde grundsätzlich ausgeschlossen; eine Ausnahme besteht dann, wenn geltend gemacht wird, das Vorliegen veränderter Verhältnisse sei von der Vorinstanz zu Unrecht verneint worden. (26. Oktober; Kass.-Nr. AA050113)

74) § 201b Abs. 2. Siehe Nr. 22.

75) § 270. Zeitpunkt der Anfechtung eines Rückweisungsentscheides der Berufungsinstanz. Vertrauensschutz.

Im Lichte der heute geltenden Bindung des Obergerichts an seinen eigenen Rückweisungsentscheid ist davon auszugehen, dass eine allfällige Anfechtung desselben mit kantonaler Nichtigkeitsbeschwerde künftig sofort (und nicht erst zusammen mit dem Endentscheid) zu erfolgen hat. Im vorliegenden Fall ist jedoch aus Gründen des Vertrauensschutzes auf die erst gegen den Endentscheid der Berufungsinstanz erhobene Nichtigkeitsbeschwerde noch einzutreten (22. Dezember; Kass.-Nr. AA050047; Erwägungen veröffentlicht in ZR 105 Nr. 8)

76) § 270. Rückweisung im Berufungsverfahren; Nebenfolgen. Es ist zulässig, die Kosten eines Rückweisungsentscheides entsprechend dem Verfahrensausgang gemäss Endentscheid zu verlegen. (2. November; Kass.-Nr. AA050029)

77) § 278. Siehe Nr. 67.

78) §§ 281 ff. Siehe Nrn. 15, 73, 75.

79) § 281. Anfechtungsgegenstand. Hat das Gericht über eine bestimmte Frage im Dispositiv gar nicht entschieden (hier: Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung), so kann mangels eines Anfechtungsgegenstandes bzw. mangels Beschwer dagegen (einstweilen) auch keine Beschwerde erhoben werden. (21. Dezember; Kass.-Nr. AA050162)

80) § 281 Ziff. 2. Siehe Nr. 30.

81) § 281 Ziff. 3. Siehe Nrn. 27, 28, 29, 76, 83, 84.

82) § 285. Vollstreckbarerklärung ausländischer Entscheide. Im Kassationsverfahren ist bei einem Verfahren auf Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheide auf die Rüge der Verletzung des IPRG einzutreten, auch wenn offen ist, ob bezüglich des gleichen Entscheides auch das New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (SR 0.277.12) anwendbar ist. Ob im ausländischen Verfahren ein Verstoss gegen die Ausstandsregeln geheilt oder ob auf dessen Geltendmachung verzichtet wurde, bestimmt sich nach der lex fori. Die Tätigkeit des Richters in zwei Parallelverfahren ist nicht von Amtes wegen, sondern nur auf entsprechende Rüge hin zu behandeln. (30. Mai; Kass.-Nr. AA040103; Erwägungen veröffentlicht in ZR 104 Nr. 61)

83) § 285. Zuständigkeit des Kassationsgerichts betreffend (Vor-)Fragen aus dem Bereich des kantonalen öffentlichen Rechts; Rechtmässigkeit des Beschlusses einer Gemeinde betreffend Ermächtigung des Gemeindepräsidenten zum Abschluss eines Darlehensaufnahmevertrages. Die Frage nach der Gültigkeit der Ermächtigung einer Person, für eine Gemeinde zu handeln, beurteilt sich nach den Vorschriften des betreffenden kantonalen (hier: Walliser) Rechts und kann nicht mittels eidgenössischer Berufung dem Bundesgericht unterbreitet werden. Auf eine entsprechende Rüge ist daher (entgegen ZR 83 Nr. 101) im kantonalen Beschwerdeverfahren einzutreten. (16. September; Kass.-Nr. AA050004; Erwägungen werden voraussichtlich in ZR veröffentlicht)

84) § 285. Subsidiarität der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde. Die Rüge der willkürlichen Anwendung materiellen Bundesrechts und der damit einher gehende Vor-

wurf des Verstosses gegen Art. 9 BV geht in der Rüge der (einfachen) Verletzung von Bundesrecht auf und ist daher in berufungsfähigen Fällen im kantonalen Kassationsverfahren nicht zulässig. (20. Juni; Kass.-Nr. AA040149; Erwägungen veröffentlicht in ZR 105 Nr. 10)

85) § 285. Siehe auch Nrn. 30, 36, 82.

86) §§ 293 ff. Siehe Nr. 64.

Zur Strafprozessordnung (StPO; LS 321):

87) § 12 Abs. 2. Sieht sich der Privatverteidiger nicht zu einer umfassenden Verteidigung in der Lage, kann dem Angeklagten zusätzlich ein amtlicher Verteidiger bestellt werden. (18. Februar [Präsidialverfügung]; Kass.-Nr. AC050016)

88) § 14 Abs. 1. Recht des Angeschuldigten auf Konfrontation mit Zeugen und Stellung von Ergänzungsfragen. Das Recht auf Stellung von Ergänzungsfragen bezieht sich nicht nur auf Aussagen, die für den Schuldpunkt relevant sind, sondern gilt allgemein (hier mit Bezug auf die Frage der Landesverweisung als Nebenstrafe). (23. Mai; Kass.-Nr. AC040131; Erwägungen veröffentlicht in ZR 104 Nr. 70)

89) § 14 Abs. 1. Siehe auch Nrn. 9, 10.

90) § 24 Abs. 1. Siehe Nr. 36.

91) § 31. Siehe Nr. 1.

92) § 42. Siehe Nrn. 7, 106, 108.

93) § 42 Abs. 1 Satz 3. Kostenaufgabe an Verzeiger. Die für die Begründung der Kostenaufgabe an den Angeeschuldigten entwickelten Grundsätze gelten sinngemäss auch für die Kostenüberbindung an den Verzeiger. Leichtfertige Anzeigeerstattung einer Leasinggesellschaft gegen einen Leasingnehmer wegen Falschbeurkundung bzw. Betrugs (30. August; Kass.-Nr. AC050003)

94) § 43. Anspruch des unschuldig Verfolgten auf Entschädigung. Bemessung der Entschädigung für Verteidigungskosten; Begriff des "Standardverfahrens". Im Rahmen der ihn treffenden Beweislast hat zwar der unschuldig Verfolgte den Nachweis eines ihm durch das Strafverfahren erwachsenen Schadens zu erbringen; hinsichtlich des Kausalzusammenhanges gilt dabei aber das (reduzierte) Beweismass der bloss überwiegenden Wahrscheinlichkeit. Bezüglich des vom unschuldig Verfolgten geltend gemachten Schadenersatzanspruchs gibt es keine Beweismittelbeschränkung. (21. November; Kass.-Nr. AC050013; Erwägungen veröffentlicht in ZR 105 Nr. 12)

95) § 73 Abs. 3 und 4. Verwendung der Fluchtkautio. Es ist nicht zulässig, die Fluchtkautio bei Antritt des Strafvollzugs ganz oder teilweise zur Deckung von Untersuchungs- oder Gerichtskosten zu verwenden. (31. Oktober; Kass.-Nr. AC050028; Erwägungen werden voraussichtlich in ZR veröffentlicht)

96) §§ 106c ff. Verdeckte Ermittlung (Auftreten von Polizeibeamten unter veränderter Identität im Chatroom

einer Internetadresse). Erfordernis der richterlichen Genehmigung im Rahmen von ersten Ermittlungen gegen Unbekannt wegen Verdachts der Anbahnung von Kontakten zwecks Vornahme sexueller Handlungen mit Kindern. Zur Einhaltung bzw. Verletzung der in der richterlichen Genehmigungsverfügung genannten Auflagen (Verbot der tatprovokierenden Einwirkung); der Kassationsinstanz kommt dabei freie Kognition zu. Unzulässige Förderung des auf eine Straftat gerichteten Vorsatzes (21. Juli; Kass.-Nr. AC050042; Erwägungen veröffentlicht in ZR 104 Nr. 68).

97) §§ 109 ff. Psychiatrische Begutachtung; Unverwertbarkeit von Aussagen eines durch den Gutachter befragten Dritten. Die Aussagen einer zur Verschwiegenheit verpflichteten Person (hier: der frühere behandelnde Arzt des Exploranden) gegenüber dem Gutachter unterliegen einem Verwertungsverbot. Fliessen sie in das Gutachten ein, so ist dieses insoweit mangelhaft. Auch im Falle der vorgängigen Entbindung des Arztes von der Schweigepflicht hat ein Hinweis auf das (nach wie vor bestehende) Zeugnisverweigerungsrecht zu erfolgen, soweit es um die Erhebung von Zusatztatsachen geht. (23. Mai; Kass.-Nr. AC040085; Erwägungen veröffentlicht in ZR 104 Nr. 74)

98) § 109 StPO. Dokumentationspflicht. Die Unterlagen, auf welche sich ein Gutachten stützt (hier: schriftlicher Bericht eines Arztes, der zudem vom Gutachter abweicht), müssen zu den Verfahrensakten genommen werden, ausser es handle sich um lediglich untergeordnete Hilfsmittel. (23. Mai; Kass.-Nr. AC040085)

99) § 111. Ablehnung einer Gutachterin. Die Tatsache, dass sich die psychiatrische Gutachterin zustimmend

zu bestimmten - auch umstrittenen - wissenschaftlichen Lehrmeinungen oder Methoden ausgesprochen hat, begründet noch keinen Anschein von Befangenheit. Erweist sich das Gutachten in der Folge effektiv als mangelhaft, kann es als solches gestützt auf § 127 StPO angefochten werden. (3. Oktober; Kass.-Nr. AC050018)

100) § 115. Siehe Nr. 97.

101) § 127. Mangelhaftigkeit eines Gutachtens. Von der Rückweisung eines Gutachtens zur Verbesserung eines Mangels (Abstellen auf nicht erwiesene Tatsachen) darf nur abgesehen werden, wenn sich aus dem Gutachten mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ergibt, dass die unverwertbaren Momente lediglich von untergeordneter bzw. nur ergänzender Bedeutung waren (3. Oktober; Kass.-Nr. AC050018)

102) § 127. Siehe auch Nrn. 97, 99.

103) § 130. Siehe Nr. 97.

104) § 131a. Siehe Nr. 10.

105) § 149. Siehe Nr. 1.

106) § 149b Abs. 2. Belehrungspflicht. Es ist auch im Hinblick auf die Auferlegung von Verfahrenskosten unzulässig, auf Aussagen des Freigesprochenen abzustellen, welche dieser in der Untersuchung als Auskunftsperson ohne vorgängigen Hinweis insbesondere auf das ihm zustehende Aussageverweigerungsrecht gemacht hat. (5. Dezember; Kass.-Nr. AC050019; Erwägungen werden voraussichtlich in ZR veröffentlicht)

107) § 162 Abs. 1 Ziff. 2. Anklagegrundsatz; Bereicherungsabsicht bei Veruntreuung. Der Vorhalt, anvertrautes Gut unrechtmässig in seinem oder eines anderen Nutzen verwendet zu haben, impliziert den Vorwurf der Bereicherungsabsicht. (24. August; Kass.-Nr. AC040128; Erwägungen werden voraussichtlich in ZR veröffentlicht)

108) § 189. Kosten- und Entschädigungsfolgen bei Freispruch. Fehlender adäquater Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Freigesprochenen und den Verfahrenskosten, wenn die Strafverfolgungsbehörde bei der ihr zuzumutenden Prüfung der Sach- und Rechtslage wegen offensichtlichen Fehlens eines Tatbestandselementes (hier betr. Art. 141^{bis} StGB) von Anfang an kein Verfahren hätte eröffnen dürfen (15. November; Kass.-Nr. AC050032; Erwägungen werden voraussichtlich in ZR veröffentlicht)

109) § 189. Siehe auch Nrn. 7, 94, 106.

110) § 191. Siehe Nr. 93.

111) 395 Abs. 2. Siehe Nr. 46.

112) §§ 428 ff. Während der Dauer des kantonalen Beschwerdeverfahrens ruht die Vollstreckungsverjährung. (20. Juni; Kass.-Nr. AC040097)

113) §§ 428 ff. Siehe auch Nr. 15.

114) rev. § 428 (seit 1.1.2005 geltende Fassung). Zulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde. Gegen Urteile und Erledigungsbeschlüsse des Obergerichts als erster Instanz

ist die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde auch nach neuem Recht nicht nur zulässig, wenn dieses anstelle des Geschworenengerichts entscheidet, sondern immer dann, wenn das Obergericht als erste gerichtliche Instanz endgültig entschieden hat, hier im Rahmen eines sog. Nachverfahrens des Inhaltes, dass anstelle der zunächst (im Berufungsverfahren) beschlossenen Einweisung des Verurteilten in eine Trinkerheilanstalt zu einem späteren Zeitpunkt neu eine strafbegleitend zu vollziehende ambulante Massnahme im Sinne von Art. 44 Ziff. 1 StGB angeordnet wurde (23. Juni; Kass.-Nr. AC050034; Erwägungen werden voraussichtlich in ZR veröffentlicht)

115) § 430 Abs. 1 Ziff. 4. Siehe Nrn. 5, 96.

116) § 430b. Siehe Nrn. 2, 36.

117) § 430b Abs. 2 Satz 2. Subsidiarität der Nichtigkeitsbeschwerde; Begriff der Vorfrage. Das Kassationsgericht überprüft im Verfahren der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde in Strafsachen die Anwendung von eidgenössischem Recht durch die unteren Instanzen nur dann, wenn die Frage der Verletzung kantonalen Rechts vom Entscheid über eine Vorfrage eidgenössischen Rechts abhängt, d.h. wenn die im kantonalen Beschwerdeverfahren aufgeworfene Frage der Verletzung kantonalen Rechts gar nicht ohne gleichzeitige Überprüfung von bundesrechtlichen Fragen beantwortet werden kann (vorliegend wurde ein solcher Zusammenhang hinsichtlich der Frage, ob eine Verletzung der kantonalrechtlichen Bestimmungen über die Erstellung eines psychiatrischen Gutachtens mit derjenigen, ob eine Verletzung von Art. 43 Ziff. 1 Abs. 3 StGB vorliege, verneint). (27. Juni; Kass.-Nr. AC040115).

Akteneinsichtsverordnung der obersten Gerichte
(LS 211.15):

118) § 21 Abs. 2. Siehe Nr. 15.

119) § 22 Abs. 2. Siehe Nr. 46

10.2.06/VL