

## **Entscheidungen von allgemeinem Interesse im Jahre 2008**

### **A. Landes- und Völkerrecht**

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

1) Art. 5 Ziff. 4. Anspruch auf Haftüberprüfung während Verwahrung, sachliche Zuständigkeit. Es verstösst nicht gegen Art. 5 Ziff. 4 EMRK, hinsichtlich eines Gesuchs betreffend Aufhebung bzw. Entlassung aus der Verwahrung im Lichte von Art. 64a f. StGB von der sachlichen Zuständigkeit der Vollzugsbehörden auszugehen. (15. Dezember; Kass.-Nr. AC080028; bestätigt durch BGer 6B\_33/2009 v. 25.2.2009)

2) Art. 6 Ziff. 1. Anspruch auf öffentliche Verhandlung. Soweit in einem Verfahren nicht in der Sache selbst, sondern lediglich über das Vorliegen von Nichtigkeitsgründen oder über prozessuale (Vor-)Fragen zu entscheiden ist, besteht kein Anspruch auf Durchführung einer öffentlichen Verhandlung. (4. Juni; Kass.-Nr. AA080089; Erwägungen veröffentlicht in ZR 107 Nr. 83)

3) Art. 6 Ziff. 1. Siehe auch Nr. 6

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

4) Art. 14 Ziff. 1. Siehe Nr. 2.

*Zur Bundesverfassung (SR 101):*

5) Art. 9. Siehe Nr. 64

6) Art. 29 Abs. 2. Anspruch auf Replik. Begriff der "unverzüglichen" Stellungnahme zu Eingaben der Gegenseite. Im Verfahren vor Kassationsgericht hat eine solche Stellungnahme (bzw. ein Antrag auf förmliche Fristansetzung) spätestens innert zehn Tagen zu erfolgen. (12. Februar; Kass.-Nr. AA070053; Erwägungen veröffentlicht in ZR 107 Nr. 22)

7) Art. 29 Abs. 2 BV. "Aus dem Recht weisen" verspäteter bzw. unzulässiger Eingaben. Solange Eingaben nicht physisch aus dem Dossier entfernt, sondern lediglich symbolisch "aus dem Recht gewiesen" werden, ist das Vorgehen unter dem Aspekt des Anspruchs auf rechtliches Gehör bzw. der Überprüfung durch die Rechtsmittelinstanz nicht zu beanstanden. (12. Februar; Kass.-Nr. AA070053; Erwägungen veröffentlicht in ZR 107 Nr. 22)

8) Art. 29 Abs. 2. Siehe Nr. 34

9) Art. 30 Abs. 3. Siehe Nr. 2

*Zum Bundesgerichtsgesetz (BGG; SR 173.110):*

10) Art. 72 ff. Siehe Nrn. 31, 101, 103

11) Art. 93 Abs. 3. Siehe Nr. 103

12) Art. 95 lit. a. Siehe Nr. 102

13) Art. 97 Abs. 1. Siehe Nr. 95

14) Art. 100 Abs. 6. Siehe Nrn. 93, 94

15) Art. 112. Siehe Nrn. 101, 103

*Zum Zivilgesetzbuch (ZGB; SR 210):*

16) Art. 8. Beweislast. Es kommt einer unzulässigen Beweislastumkehrung gleich, wenn das Gericht davon ausgeht, der Hauptbeweis sei u.a. deshalb erbracht, weil dem Gegner der Gegenbeweis misslungen sei. (30. Oktober; Kass.-Nr. AA070098)

17) Art. 8. Siehe Nr. 102

18) Art. 107 Ziff. 3 ZGB. Ungültigerklärung der Ehe. Auch das absichtliche Verschweigen einer Krankheit kann eine Täuschung über eine wesentliche persönliche Eigenschaft im Sinne von Art. 107 Ziff. 3 ZGB sein. Dies allerdings nur, wenn durch sie die Gesundheit des getäuschten Ehegatten oder seiner Nachkommen gefährdet wird. (5. Juni; Kass.-Nr. AA080055; Erwägungen veröffentlicht in ZR 107 Nr. 76)

19) Art. 146 f. Kindesvertretung. Eine vorzeitige Aufhebung der gerichtlich angeordneten Kindesvertretung ist zulässig, wenn deren Voraussetzungen weggefallen sind. Wurde die Prozessbeistandschaft auf Antrag des urteilsfähigen Kindes angeordnet, ist sie auf dessen Begehren hin aufzuheben, sofern keine wichtigen Gründe im Sinne von Art. 146 Abs. 1 und 2 ZGB dagegen sprechen. (31. Januar; Kass.-Nr. AA070116 [Zwischenbeschluss]; Erwägungen veröffentlicht in ZR 107 Nr. 37 sowie FamPra.ch 2008 Nr. 78)

20) Art. 173. Siehe Nr. 21

21) Art. 179 Abs. 1. Abänderung von Eheschutzmassnahmen. Beantragt eine Partei im Rahmen eines eheschutzrichterlich geregelten Getrenntlebens Unterhaltsbeiträge für sich persönlich, nachdem sie im früheren gerichtlichen Verfahren auf solche verzichtet hatte, handelt es sich um ein Abänderungsbegehren im Sinne von Art. 179 Abs. 1 ZGB, und zwar auch dann, wenn der damalige Verzicht nicht ausdrücklich festgehalten ist. Im Rahmen einer Abänderung von Eheschutzmassnahmen kommt eine Rückwirkung höchstens bis zum Zeitpunkt der Einreichung des Abänderungsgesuches in Frage. Bei einer rückwirkenden Verpflichtung zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen sind geltend gemachte, schon tatsächlich erbrachte Unterhaltsleistungen bereits vom Eheschutzrichter anzurechnen; die Anrechnung darf nicht ins Vollstreckungsverfahren verwiesen werden. (10. Juni; Kass.-Nr. AA070116; Erwägungen veröffentlicht in ZR 107 Nr. 60)

22) Art. 280 Abs. 2. Elterliche Unterhaltspflicht; Nachweis der finanziellen Leistungsfähigkeit. Nachdem der Beschwerdeführer der ihm obliegenden Mitwirkungspflicht nicht nachgekommen war, liegt keine Verletzung der Offizialmaxime vor. Konkret hatte es der Beschwerdeführer trotz gerichtlicher Aufforderung unterlassen, alle ihm verfügbaren Unterlagen einzureichen, um seine Behauptungen betreffend seinen Einkommensrückgang und sein tatsächliches Einkommen glaubhaft zu machen. (30. Juni; Kass.-Nr. AA070122; Erwägungen werden voraussichtlich in ZR veröffentlicht)

23) Art. 518 Abs. 1. Siehe Nr. 99

24) Art. 595 Abs. 3. Siehe Nr. 99

25) Art. 818. Umfang der grundpfandrechtlichen Sicherung. Pfandgesichert ist nicht die in einem Schuldbrief verbriefte Nominalforderung, sondern nur die tatsächlich noch bestehende Forderung (wenn diese kleiner ist als die Nominalforderung), ferner drei zur Zeit des Pfandverwertungsbegehrens verfallene Jahreszinse, berechnet auf der tatsächlich noch bestehenden Kapitalforderung, und der seit dem letzten Zinstag laufende Zins. (16. Juli; Kass.-Nr. AA070113; Erwägungen werden voraussichtlich in ZR veröffentlicht)

*Zum Obligationenrecht (OR; SR 220):*

26) Art. 274. Siehe Nr. 68

27) Art. 274e Abs. 2. Siehe Nr. 68

28) Art. 274f Abs. 1. Siehe Nr. 68

29) Art. 423. Siehe Nr. 74

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

30) Art. 81 Abs. 1. Siehe Nr. 21

31) Art. 174 Abs. 2. Anfechtung der Konkurseröffnung; Subsidiarität der Nichtigkeitsbeschwerde. Seit Inkrafttreten des BGG sind im Rahmen des kantonalen Beschwerdeverfahrens Rügen, welche die Anwendung von Art. 174 SchKG (insbesondere den Begriff der Zahlungsfähigkeit)

betreffen, nicht mehr zulässig. Frage, ob Art 174 Abs. 2 SchKG Raum für die kantonal-rechtliche Fragepflicht lässt (offen gelassen). (2. Juli; Kass.-Nr. AA070176; Erwägungen werden voraussichtlich in ZR veröffentlicht)

32) Art. 288. Nachweis der Schädigungsabsicht. Die Frage, was für eine Absicht der Schuldner bei Zahlungen im Sinne von Art. 288 SchKG hatte, bzw. die Frage, ob der Schuldner die Absicht hatte, andere Gläubiger zu benachteiligen, ist tatsächlicher Natur und somit einem Beweisverfahren zugänglich. (3. Oktober; Kass.-Nr. AA070141; Erwägungen veröffentlicht in ZR 108 Nr. 8)

33) Art. 288. Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht; Rechtsmittel. Eine Verletzung von Art. 288 SchKG kann mittels Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht gerügt werden; insoweit ist die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ausgeschlossen. Dies gilt namentlich auch für die Frage, ob aus bestimmten Umständen auf die Erkennbarkeit im Sinne von Art. 288 SchKG geschlossen werden kann. (8. Oktober; Kass.-Nr. AA070172; Erwägungen werden voraussichtlich in ZR veröffentlicht)

*Zum Strafgesetzbuch (StGB; SR 311.0):*

34) Art. 62 Abs. 4. Vor Anordnung der Verlängerung der Probezeit einer stationären Massnahme ist dem Betroffenen Gelegenheit zur Äusserung einzuräumen. Allerdings besteht in der Regel kein Anspruch auf mündliche Anhörung; ein solcher besteht allenfalls dann, wenn der Betroffenen nicht anwaltlich verteidigt ist und sich schriftlich nicht hinreichend zu äussern vermag. (5. September; Kass.-Nr. AC080006)

35) Art. 64a f. Siehe Nr. 1

36) Art. 321. Siehe Nr. 109

*Zum BG betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF; SR 780.1):*

37) Art. 10. Siehe Nr. 114

*Zum Übereinkommen über die Zustellung gerichtlicher und aussergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- und Handelssachen (HZÜ-65; SR 0.274.131):*

38) Art. 1 ff. Siehe Nr. 50

## **B. Kantonales Recht**

*Zum Gerichtsverfassungsgesetz  
(GVG; LS 211.1):*

39) § 101. Siehe Nr. 123

40) § 102 Abs. 1. Wirkung der Ablehnung. Der Justizbeamte darf auch nach Stellung eines Ablehnungsbegehrens mitwirken, mit dem Risiko der Anfechtbarkeit bei erfolgreicher Ablehnung. (5. August; Kass.-Nr. AA070129; Erwägungen werden voraussichtlich in ZR veröffentlicht)

41) § 104a Abs. 1. Bindung an den Rückweisungsentscheid. Bei Rückweisungen an die untere Instanz ist die rückweisende Instanz bei erneuter Befassung mit dem Fall

grundsätzlich auch dann an ihre eigene, dem rückweisenden Entscheid zugrundeliegende Rechtsauffassung gebunden, wenn entgegenstehende vorinstanzliche Erwägungen sie überzeugten. (3. Oktober; Kass.-Nr. AA070141; Erwägungen veröffentlicht in ZR 108 Nr. 8)

42) § 135. Siehe Nr. 2

43) § 144. Siehe Nr. 45

44) § 145 Abs. 2. Siehe Nr. 72

45) § 154 Abs. 1. Negative Beweiskraft des Protokolls. Enthält das Protokoll nicht den geringsten Hinweis darauf, dass zwischen den anwesenden Parteien eine Vereinbarung geschlossen wurde, kommt ihm insoweit negative Beweiskraft (des Inhalts, dass keine Vereinbarung getroffen wurde) zu. Dem steht RB 2007 Nr. 41 nicht entgegen, weil in jenem Fall das Protokoll selbst einen Hinweis - nämlich die Tatsache, dass ein Dolmetscher anwesend war - dafür enthielt, dass die dort geschlossene Vereinbarung übersetzt worden war. (29. Dezember; Kass.-Nr. AA080054)

46) § 157 Ziff. 9. Siehe Nr. 59

47) § 194 Abs. 2. Siehe Nr. 69

48) § 199. Wiederherstellung einer Rechtsmittelfrist. Ein Rechtsanwalt hat die einschlägigen gesetzlichen Fristen zu kennen und seine Kanzlei entsprechend zu organisieren. Kann er infolge Arbeitsüberlastung eine (zumal gesetzliche) Frist nicht einhalten, trifft ihn in der Regel ein grobes Verschulden. Ebenso muss ein mit der erforderlichen Sorgfalt handelnder Anwalt dafür sorgen, dass ihm sein Mandant den Auftrag zur Ergreifung eines Rechts-



mittels so rechtzeitig erteilt, dass noch genügend Zeit für die rechtzeitige Ausarbeitung und Einreichung der Rechtsmitteleingabe verbleibt. (31. März; Kass.-Nr. AA070181; Erwägungen veröffentlicht in ZR 107 Nr. 61)

49) § 199 Abs. 3. Rechtzeitigkeit eines Fristwiederherstellungsgesuches. Ist ein Anwalt innert Wochenfrist nach tatsächlicher oder vermeintlicher Stellung eines Fristerstreckungsgesuchs nicht im Besitz der gerichtlichen Entscheidung darüber, so gehört es zu seinen anwaltlichen Sorgfaltspflichten, sich nach dem Stand der Sache zu erkundigen. In diesem Zeitpunkt fällt das Hindernis im Sinne von § 199 Abs. 3 GVG weg, und ein erst mehrere Wochen später (nach Erhalt des Nichteintretensentscheides) gestelltes Gesuch ist somit verspätet. (18. Juli; Kass.-Nr. AA070137)

*Zur Zivilprozessordnung  
(ZPO; LS 271):*

50) § 30. Die Verpflichtung zur Bezeichnung eines Zustellungsempfängers verstösst nicht gegen übergeordnetes Recht. Insbesondere lässt sich dem Übereinkommen über die Zustellung gerichtlicher und aussergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- und Handelssachen (HZÜ65; SR 0.274.131) keine Bestimmung entnehmen, die einem Schweizer Bürger einen Anspruch auf Zustellung am ausländischen Aufenthalts- oder Wohnort einräumen würde. (14. März; Kass.-Nr. AA070182)

51) § 50 Abs. 1. Gebot des Handelns nach Treu und Glauben. Droht das Gericht einer Partei prozessuale Nachteile (hier gemäss § 148 ZPO) ausdrücklich für den Fall

der Editionsverweigerung an, so verstösst es gegen das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben, diese Nachteile ohne weitere Ankündigung schon wegen Verletzung einer weder im Gesetz (siehe Nr. 75 nachfolgend) noch in der betreffenden Androhung erwähnten Beschaffungspflicht eintreten zu lassen. (20. Oktober; Kass.-Nr. AA070175; Erwägungen veröffentlicht in ZR 108 Nr. 3)

52) § 50 Abs. 1. Siehe Nr. 64

53) § 51 Abs. 2. Siehe Nrn. 93, 94

54) § 54 Abs. 1. Verhandlungsmaxime; willkürliche Unterstellung von Parteibehauptungen. Es ist willkürlich und verstösst gegen § 54 Abs. 1 ZPO, einer Partei sämtliche Aussagen eines (von ihr angerufenen) Zeugen als Parteibehauptungen zu unterstellen. (24. Juni; Kass.-Nr. AA070092; Erwägungen werden voraussichtlich in ZR veröffentlicht)

55) § 55. Fragepflicht. Unklarheit über die Identität einer Partei (Aktivlegitimation), Zulassung von Noven. Besteht aufgrund der Parteivorbringen Unklarheit über die rechtliche Identität einer Partei, ist dieser durch Ausübung der richterlichen Fragepflicht Gelegenheit zur Behebung des Mangels zu geben. Vorliegend wurde der Mangel (vor der Vorinstanz) zwar bereits behoben, die entsprechenden klärenden Vorbringen jedoch unter Verletzung des Novenrechts von dieser nicht gehört. (7. März; Kass.-Nr. AA070036; Erwägungen veröffentlicht in ZR 107 Nr. 38)

56) § 55. Fragepflicht. Die richterliche Fragepflicht bezieht sich auf unklare Parteivorbringen, nicht

auf die Beweiswürdigung. (30. Juni; Kass.-Nr. AA070122; Erwägungen werden voraussichtlich in ZR veröffentlicht)

57) § 55. Fragepflicht. Der Hinweis der Gegenpartei auf ungenügende Substanziierung (hier betreffend Mitteillosigkeit nach § 84 ZPO) lässt die richterliche Fragepflicht nicht entfallen. (29. Dezember; Kass.-Nr. AA080036)

58) § 55. Siehe Nrn. 31, 64

59) §§ 64 ff. Verhältnis zwischen Gerichtsgebühr und Prozessentschädigung. Die Bemessung der Prozessentschädigung muss nicht begründet werden. (3. Oktober; Kass.-Nr. AA080046; Erwägungen veröffentlicht in ZR 108 Nr. 6)

60) § 66 Abs. 3. Siehe Nr. 66

61) §§ 68 f. Mehrwertsteuer auf Prozessentschädigung; Antragserfordernis. Es liegt jedenfalls keine Verletzung klaren materiellen Rechts vor, wenn das Gericht auch mit Bezug auf solche prozessuale Aufwendungen, die vor Veröffentlichung der entsprechenden Praxisänderung (ZR 104 Nr. 76) erbracht, aber erst zu einem späteren Zeitpunkt entschädigt wurden, die Verweigerung eines Mehrwertsteuerzusatzes mit dem fehlenden Antrag begründet. (3. Oktober; Kass.-Nr. AA080046; Erwägungen veröffentlicht in ZR 108 Nr. 6)

62) § 76. Kautionspflicht bei Prozessen gegen eine Person im Ausland. Die Kautionspflicht nach § 76 besteht auch dann, wenn es sich bei der beklagten Partei um eine

juristische Person mit Sitz im Ausland handelt, die in der Schweiz eine "Filiale" unterhält, d.h. eine (rechtlich selbstständige) Tochtergesellschaft oder eine Zweigniederlassung in der Schweiz hat. (11. November; Kass.-Nr. AA080007; Erwägungen werden voraussichtlich in ZR veröffentlicht)

63) §§ 84 ff. Unentgeltliche Prozessführung; Mittellosigkeit im Falle von Unterstützungspflichten aus Konkubinat? Kollidieren zwei staatliche Unterstützungspflichten, nämlich diejenige der Sozialhilfebehörden gegenüber dem Konkubinatspartner der Prozesspartei auf Existenzsicherung und diejenige der Gerichte auf (Vor-)Finanzierung eines (nicht aussichtslos erscheinenden) Prozesses, so ist die Unterstützungsleistung derjenigen Partei auszurichten, die originär bedürftig ist (d.h. dem Konkubinatspartner) und nicht (in Form der Prozessfinanzierung gemäss § 84 ZPO) an diejenige, die infolge einer (hier) bloss moralischen Unterstützungsspflicht ihre ansonsten vorhandene Leistungspflicht verlöre. (25. August; Kass.-Nr. AA080001; Erwägungen veröffentlicht in ZR 107 Nr. 80)

64) §§ 84 ff. Richterliche Fragepflicht und Gebot des Handelns nach Treu und Glauben im Zusammenhang mit Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Hat die Erstinstanz die vom Gesuchsteller auf gerichtliche Aufforderung hin eingereichten Unterlagen betreffend bestimmter Vermögenswerte (in casu: Grundeigentum) als schlüssig erachtet, so muss dieser nicht damit rechnen, dass ihm die Rechtsmittelinstanz insofern eine Verletzung der Mitwirkungspflicht vorwirft. In diesem Fall verlangt der Grundsatz von Treu und Glauben, dass in Ausübung der richterlichen Fragepflicht auf den Mangel hingewiesen und (allenfalls

erneut) Gelegenheit zur Behebung desselben gegeben wird. (26. September; Kass.-Nr. AA080029; Erwägungen veröffentlicht in ZR 108 Nr. 1)

65) § 84 Abs. 2. Siehe Nr. 57

66) § 89 Abs. 1 und 2. Die unentgeltlich vertretene Partei ist nicht legitimiert, im eigenen Namen ein Rechtsmittel gegen die Bemessung der ihrem Rechtsvertreter zugesprochenen Prozessentschädigung zu ergreifen. Ficht der unentgeltliche Rechtsvertreter die Höhe der ihm zugesprochene Prozessentschädigung im Namen der von ihm vertretenen Partei an, rechtfertigt es sich, die Kosten des (aussichtslosen) Rechtsmittelverfahrens dem Rechtsvertreter persönlich aufzuerlegen. (10. April; Kass.-Nr. AA080042; Erwägungen veröffentlicht in ZR 107 Nr. 68)

67) § 90 Abs. 2. Unentgeltliche Prozessführung im Rechtsmittelverfahren. Der Rückzug des Rechtsmittels schliesst die Weitergeltung der unentgeltlichen Prozessführung für das Rechtsmittelverfahren unter dem Aspekt der Aussichten nicht von vornherein aus. (9. September; Kass.-Nr. AA080087 [Präsidialverfügung])

68) § 109. Folgen eines mangelhaften Verfahrens vor Schlichtungsbehörde in Miet- und Pachtsachen. Dem Verfahren vor Schlichtungsbehörde kommt nicht bloss Sühne-funktion zu, weshalb nicht gesagt werden kann, wegen fehlender Aussicht auf gütliche Einigung habe sich ein Verfahrensfehler nicht ausgewirkt und eine Rückweisung zur Wiederholung des Verfahrens verfolge damit keinen praktischen Zweck. Im vorliegenden Fall war die Beschwerdegegnerin unentschuldigt nicht zur Schlichtungsverhandlung er-

schienen, worauf deren Prozessvertreter (entgegen § 12 Abs. 2 VO Schlichtungsbehörde) zum Vortrag zugelassen wurde. Bei richtigem Vorgehen (Entscheidung aufgrund der Akten) wäre ein anderer Entscheid der Schlichtungsbehörde (bzw. zumindest eine abweichende Parteirollenverteilung im mietgerichtlichen Verfahren) denkbar gewesen. Von einer Rückweisung durfte unter diesem Aspekt nicht abgesehen werden. (24. Dezember; Kass.-Nr. AA080047)

69) § 112 Abs. 1. Überweisungs- und Weiterleitungspflicht. Eine Überweisung oder Weiterleitung eines bei einem unzuständigen Gericht eingereichten Rechtsmittels an die zuständige Behörde setzt dessen Zulässigkeit voraus. (31. Januar; Kass.-Nr. AA080008; Erwägungen veröffentlicht in ZR 107 Nr. 50)

70) § 115. Siehe Nrn. 7, 55

71) §§ 133 ff. Siehe Nr. 32, 102

72) § 136. Abstellen auf Fachrichtervotum ohne Beweisaufgabe. Das Vorliegen eines (handelsrichterlichen) Fachrichtervotums entbindet das Gericht nicht von der Pflicht zum Erlass eines Beweisaufgabebeschlusses, soweit nicht auszuschliessen ist, dass weitere Beweismittel genannt werden (Bestätigung von ZR 95 Nr. 73). (5. August; Kass.-Nr. AA070129, Erwägungen werden voraussichtlich in ZR veröffentlicht)

73) § 138. Siehe Nr. 55

74) § 145. Stufenklage betr. Gewinnherausgabe aus Patentverletzung. Anwendung des sog. "Schleusensystems" im

Zusammenhang mit der vorangehenden Verpflichtung zur Einreichung von Urkunden an das Gericht (Hilfsanspruch) im Hinblick auf die Bezifferung des Gewinnherausgabebegehrens (Hauptanspruch). Zulässiger Ausschluss von der Einsichtnahme in derartige Urkunden wegen Gefährdung schutzwürdiger Interessen. (1. Dezember; Kass.-Nr. AA080016; Erwägungen werden voraussichtlich in ZR veröffentlicht)

75) § 148 Satz 2. Siehe Nr. 78

76) §§ 183 ff. Siehe Nr. 74

77) § 183 Abs. 1. Prozessuale Editionsspflicht. § 183 Abs. 1 ZPO beinhaltet keine über die Herausgabepflicht hinausgehende Beschaffungspflicht. (20. Oktober; Kass.-Nr. AA070175; Erwägungen veröffentlicht in ZR 108 Nr. 3)

78) § 183 Abs. 1. Aufbewahrungs- bzw. Editions-pflicht des Adressaten einer Postsendung. Der Nachweis, wann eine bestimmte Postsendung einem Empfänger zugestellt worden oder bei der zuständigen Poststelle für diesen bereit gelegen habe, kann vom Absender einer eingeschriebenen Sendung innert der dreijährigen postalischen Archivierungsfrist leicht durch einen Nachforschungsauftrag erbracht werden. Der Empfänger muss nicht damit rechnen, dass der Absender diese postalische Frist versäumt, und muss somit nicht für diesen Fall Vorkehrungen treffen. Auch wenn es sich vorliegend bei der einsprechenden Partei um eine natürliche Person und bei der empfangenden Partei um eine Handelsgesellschaft handelt, ändert dies nichts daran, dass die empfangende Partei nicht verpflichtet ist, auf Vorrat entsprechende Beweismittel (hier den Briefumschlag mit dem Poststempel) aufzubewahren, um gegebenen-

falls an einer Beweiserhebung zugunsten der Gegenpartei mitwirken zu können. Ihr Verhalten darf somit nicht als Mitwirkungsverweigerung gewürdigt werden. (24. Juli; Kass.-Nr. AA080003)

79) §§ 188 ff. Teilurteil. Auch im Berufungsverfahren ist es zulässig, hinsichtlich eines spruchreifen Teils der Klage ein Teilurteil zu fällen und im Übrigen das Verfahren fortzusetzen bzw. an die erste Instanz zurückzuweisen. (23. Juli; Kass.-Nr. AA070132; Erwägungen veröffentlicht in ZR 107 Nr. 73)

80) § 188 Abs. 2 und 3. Abschreibung zufolge Rückzugs. Eine zulässige und klare Rückzugserklärung ist für die betreffende Partei verbindlich und kann grundsätzlich auch dann nicht mehr zurückgenommen werden, wenn der gerichtliche Abschreibungsentscheid noch nicht ergangen ist. (29. September; Kass.-Nr. AA080056; Erwägungen veröffentlicht in ZR 108 Nr. 5)

81) § 191. Siehe Nr. 74

82) § 218 Abs. 2. Siehe Nr. 99

83) § 222 Ziff. 2. Illiquidität zufolge fehlender Vollstreckbarkeit. Ein Befehlsbegehren ist abzuweisen, wenn die Vollstreckung von vornherein ausgeschlossen oder voraussichtlich unmöglich ist (hier als Folge des Übergangs des Objekts der Störung [Überbau] aufgrund des Akzessionsprinzips ins Eigentum einer Drittperson). (30. April; Kass.-Nr. AA070081; Erwägungen veröffentlicht in ZR 108 Nr. 9)



84) § 226. Siehe Nr. 83

85) §§ 259 ff. Siehe Nr. 79

86) § 267 Abs. 1. Siehe Nr. 55

87) § 270 Abs. 2. Siehe Nr. 103

88) §§ 271 ff. Siehe Nr. 100

89) § 273. Rekurslegitimation Dritter. Der Parteivertreter ist nicht dazu legitimiert, die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtsvertretung für die von ihm vertretene Partei im eigenen Namen anzufechten. (29. April; Kass.-Nr. AA070073; Erwägungen veröffentlicht in ZR 107 Nr. 71)

90) § 276 Abs. 2. Siehe Nr. 91

91) § 279 Satz. 1. Umfang der Überprüfung durch die Rekursinstanz. Die Rekursinstanz hat mit freier Kognition zu entscheiden, ob die Rekursanträge im Ergebnis begründet sind oder nicht. Bestreitet die rekurrierende Partei einzig die Kautionspflicht als solche, ohne sich zur Kautionshöhe zu äussern, ist die Rekursinstanz nicht gehalten, auch diesen Punkt zu überprüfen (11. November; Kass.-Nr. AA080007; Erwägungen werden voraussichtlich in ZR veröffentlicht [Beschwerde am Bundesgericht hängig]).

92) §§ 281 ff. Siehe Nrn. 2, 6, 66, 100

93) § 281 ZPO. Anfechtung von Alternativ- bzw. Eventualbegründungen. In teilweiser Abweichung von der

früheren Rechtslage ist unter der Herrschaft des BGG auf eine Nichtigkeitsbeschwerde in der Regel (Ausnahme siehe Nr. 94 nachfolgend) auch dann einzutreten, wenn mit ihr nicht sämtliche den angefochtenen Entscheid selbständig tragenden Begründungen angefochten werden. (Praxisänderung; 6. März; Kass.-Nr. AA070156; Erwägungen veröffentlicht in ZR 107 Nr. 21)

94) § 281. Anfechtung von Eventualbegründungen. Richtet sich eine Nichtigkeitsbeschwerde nur gegen einzelne (von mehreren) selbständigen Begründungsvarianten, ist auf die Beschwerde - wie schon unter der Herrschaft des OG - nicht einzutreten, wenn als ausgeschlossen erscheint, dass die vor Kassationsgericht unangefochten gebliebenen Begründungen noch durch ein (nachträglich erhobenes) Rechtsmittel ans Bundesgericht zu Fall gebracht werden können. (5. Juni; Kass.-Nr. AA080055 [Präzisierung zu ZR 107 Nr. 21]; Erwägungen veröffentlicht in ZR 107 Nr. 76)

95) § 281 Ziff. 2 ZPO. Aktenwidrigkeitsrüge und Subsidiarität der Nichtigkeitsbeschwerde. Unter der Herrschaft des BGG ist die Aktenwidrigkeitsrüge - anders als im Geltungsbereich des OG und der BStP - im Kassationsverfahren sowohl in Zivil- wie auch in Strafsachen stets zulässig (Praxisänderung; 6. März; Kass.-Nr. AA070156; Erwägungen veröffentlicht in ZR 107 Nr. 21)

96) § 281 Ziff. 2. Siehe Nr. 54

97) § 281 Ziff. 3. Siehe Nr. 59, 61

98) § 282. Einmaligkeit des Rechtsschutzes. Wird ein prozessleitender Entscheid selbständig mit Nichtigkeitsbeschwerde angefochten, kann die in diesem Verfahren beurteilte Frage nicht mit einer weiteren Beschwerde gegen den Entscheid erneut aufgeworfen werden. (5. August; Kass.-Nr. AA070129; Erwägungen werden voraussichtlich in ZR veröffentlicht)

99) § 284 Ziff. 2. Unzulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde. Gegen Entscheide im Zusammenhang mit der Aufsicht über den Willensvollstrecker ist die Nichtigkeitsbeschwerde nicht zulässig, und zwar auch insoweit, als damit lediglich die Nebenfolgen derartiger Entscheide angefochten werden. (1. Oktober; Kass.-Nr. AA080088; Erwägungen veröffentlicht in ZR 108 Nr. 4)

100) § 285 Abs. 1 ZPO. Subsidiarität der Nichtigkeitsbeschwerde. Der Rekurs und die (im Verhältnis zu diesem subsidiäre) Nichtigkeitsbeschwerde schliessen sich gegenseitig aus; es sind keine Fälle denkbar, in denen gegen ein und denselben Entscheid gleichzeitig sowohl Rekurs als auch Nichtigkeitsbeschwerde zulässig sind. (31. Januar; Kass.-Nr. AA080008; Erwägungen veröffentlicht in ZR 107 Nr. 50)

101) § 285 ZPO. Subsidiarität der Nichtigkeitsbeschwerde. Ist gegen den angefochtenen Entscheid die Beschwerde an das Bundesgericht gegeben, so kann die Frage der genügenden Entscheidungsbegründung (hinsichtlich bundesrechtlicher Fragen) dem Bundesgericht unterbreitet werden; die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ist insoweit nach wie vor ausgeschlossen. Pflicht zur vorfragweisen Beurteilung der Frage, ob das Bundesgericht voraussichtlich auf eine

Beschwerde eintreten wird (26. Juni; Kass.-Nr. AA070099; Erwägungen veröffentlicht in ZR 107 Nr. 59)

102) § 285. Subsidiarität der Nichtigkeitsbeschwerde. Auch nach Inkrafttreten des BGG ist in Fällen, die der Beschwerde in Zivilsachen unterliegen, die Rüge der Verletzung von Bundesrecht vor Bundesgericht zu erheben. Dementsprechend sind in beschwerdefähigen Fällen die Einwände, bestimmte Tatsachenbehauptungen seien zu Unrecht wegen fehlender Rechtserheblichkeit oder ungenügender Substanziierung nicht zum Beweis verstellt worden, oder das angefochtene Urteil sei bezüglich der Anwendung bundesrechtlicher Bestimmungen ungenügend begründet, im Kassationsverfahren nicht zulässig. (24. Juli; Kass.-Nr. AA070169; Erwägungen veröffentlicht in ZR 107 Nr. 79)

103) § 285. Subsidiarität der Nichtigkeitsbeschwerde. Auch nach Inkrafttreten des BGG gilt mit Bezug auf Zwischen-, insbesondere Rückweisungsentscheide des Obergerichts, dass diese nur insoweit der Anfechtung durch Nichtigkeitsbeschwerde unterliegen, als der Mangel nicht noch später mittels Beschwerde gegen den Endentscheid beim Bundesgericht geltend gemacht werden kann. Eine Verletzung von Bundesrecht liegt vor, wenn der kantonale Sachrichter nicht alle (bundesrechtlich) relevanten Tatsachen festgestellt hat. Eine in diesem Zusammenhang ungenügende Entscheidungsbegründung kann zum Gegenstand der Beschwerde in Zivilsachen gemacht werden. Die Frage der Identität von Ansprüchen bzw. nach dem Vorliegen materieller Rechtskraft bei bundesrechtlichen Ansprüchen beurteilt sich nach Bundesrecht. (25. März; Kass.-Nr. AA070068 und AA070070; Erwägungen teilweise veröffentlicht in ZR 107 Nr. 42)

104) § 285. Siehe Nrn. 31, 33, 95

105) § 291 Satz 2. Siehe Nr. 106

106) §§ 293 ff. Revision von Entscheiden einer Kassationsinstanz. Grundsätzlich unterliegen nur rechtskräftige Entscheide in der Sache selbst der Revision. Die Revision von Entscheiden einer Kassationsinstanz ist zulässig, wenn sich der geltend gemachte Revisionsgrund im Kassationsverfahren verwirklicht hat, was insbesondere dann zutreffen kann, wenn die Kassationsinstanz anstelle ihrer Vorinstanz einen Sachentscheid gefällt hat. (16. Juli; Kass.-Nr. AB070002; Erwägungen veröffentlicht in ZR 107 Nr. 81)

*Zur Strafprozessordnung  
(StPO; LS 321):*

107) § 11 Abs. 2 Ziff. 3. Soweit es um die Frage der Verlängerung der Probezeit der bedingten Entlassung aus einer stationären Massnahme geht, liegt grundsätzlich ein Fall notwendiger Verteidigung vor. (5. August; Kass.-Nr. AC080006)

108) § 25 Abs. 2. Delegation von Untersuchungshandlungen an die Polizei. Die in § 25 Abs. 2 StPO erwähnten Rechte der Verfahrensbeteiligten beziehen sich nur auf diejenigen Einvernahmen, bei denen der einvernehmenden Behörde die gleiche Einvernahmekompetenz wie der Staatsanwaltschaft zukommt, sie somit an Stelle bzw. in Vertretung der Staatsanwaltschaft handelt. Dies gilt lediglich mit Bezug auf Einvernahmen von Angeschuldigten; dass sich die

Delegationsmöglichkeit nicht auf Zeugen und Auskunftspersonen bezieht, folgt daraus, dass die diesbezüglichen Bestimmungen (§§ 128 ff., 149a ff. StPO), welche sich durchwegs auf die Untersuchungsbehörde beziehen, in keiner Weise geändert wurden. Soweit die Polizei formell nichtbeschuldigte Personen (unter Vorbehalt nachfolgender Befragung durch die Staatsanwaltschaft) protokollarisch vernimmt, handelt es sich um Auskunftspersonen sui generis, d.h. nicht um solche im Sinne von § 149a StPO. (25. August; Kass.-Nr. AC070021)

109) § 31. Untersuchungsgrundsatz und anwaltliches Berufsgeheimnis. Es ist den Strafverfolgungsorganen verwehrt, unter Berufung auf die Untersuchungs- bzw. Instruktionsmaxime den Sachverhalt insofern von Amtes wegen näher abzuklären, als versucht wird, Informationen über den Inhalt vertraulicher Gespräche zwischen Angeschuldigtem und Verteidiger erhältlich zu machen; dies jedenfalls dann, wenn der Angeschuldigte nicht selbst explizit einen entsprechenden Beweisantrag stellt. (5. Februar; Kass.-Nr. AC060031; Erwägungen teilweise veröffentlicht in forumponale 2008, 338 ff.)

110) § 57. Polizeiliche Kompetenzen. Aufgrund der Festnahme der Beschwerdeführerin war die Polizei zur unverzüglichen Durchführung von ersten Abklärungen (Tatortaufnahme, Einvernahmen) nicht nur berechtigt, sondern gestützt auf § 72a GVG und § 57 StPO verpflichtet; nach dieser Bestimmung befragt die Polizei den Festgenommenen unverzüglich und tätigt andere sogleich durchführbare Abklärungen. Daran ändert nichts, wenn sich bereits am Tatort rasch zeigt, dass von einem Tötungsdelikt auszugehen ist. (25. August; Kass.-Nr. AC070021)

111) §§ 128 ff. Siehe Nr. 108

112) §§ 149a ff. Siehe Nr. 108

113) § 183 Abs. 2. Siehe Nr. 108

114) § 188 Abs. 1. Umfang der Kostentragungspflicht des Verurteilten. Grundsätzlich dürfen nur diejenigen Kosten auferlegt werden, welche adäquate Folge eines deliktischen Verhaltens sind. Im Falle der teilweisen Einstellung des Verfahrens sind dem Verurteilten nur diejenigen Kosten der Untersuchung aufzuerlegen, die sich denjenigen Anklagevorwürfen zuordnen lassen, welche zu einer Verurteilung führten. Die Kostenausscheidung kann nach Quoten (d.h. approximativ) oder konkret nach einzelnen Untersuchungshandlungen erfolgen. Bei der vorliegenden Untersuchung eines einheitlichen Gesamtkomplexes wegen Tätigkeit eines Drogenhändlerings erfolgte eine Ausscheidung nach einzelnen Untersuchungshandlungen. Geht es um die Aufklärung des Verdachts auf *Drogenhandel*, so sind Untersuchungshandlungen, die sich auf die Frage des *Drogenkonsums* des Angeklagten beziehen (chemisch-toxikologisches Gutachten, ärztliche Untersuchung), insoweit nicht adäquat kausal.

Die Auferlegung von Kosten einer Telefonüberwachung ist nur zulässig, wenn dem Verurteilten zuvor die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit zur Anfechtung der Überwachung eingeräumt wurde. (25. August; Kass.-Nr. AC070020)

115) § 191. Bemessung der Prozessentschädigung des freigesprochenen, erbeten anwaltlich verteidigten Ange-

schuldigten. Die in Auslegung der früheren Anwaltsgebühren-VO entwickelte Praxis (ZR 101 Nr. 19 und 102 Nr. 49) findet auch auf die nunmehr geltende Verordnung Anwendung. (11. Juli; Kass.-Nr. AC070031; Erwägungen veröffentlicht in ZR 107 Nr. 74)

116) § 200. Aufnahme neuer Beweise durch die Staatsanwaltschaft nach Anklageerhebung vor Geschworenengericht. Die unvorhersehbare Abwesenheit einer Zeugin während der geschworenengerichtlichen Hauptverhandlung kann als Anwendungsfall dieser Bestimmung gesehen werden. (4. August; Kass.-Nr. AC070019)

117) § 205. Aktenproduktion im Verfahren vor Geschworenengericht; Unmittelbarkeitsprinzip. Die Partei, welche es vor Geschworenengericht unterlässt, ein Beweismittel im Zusammenhang mit der Beweismittelliste anzurufen, verliert grundsätzlich das Recht, sich auf diesen Beweis zu berufen. Ein später gestellter Antrag auf Aktenproduktion bedarf zumindest einer entsprechenden Begründung. Unzulässige Aktenproduktion im Zusammenhang mit der Einreichung einer Verfügung, durch welche das konnexe Verfahren gegen Mitangeschuldigte (betr. versuchte vorsätzliche Tötung) eingestellt worden war. (1. Dezember; Kass.-Nr. AC080009; *Beschwerde am Bundesgericht hängig*)

118) § 236. Siehe Nr. 117

119) § 244. Siehe Nr. 117

120) § 264. Siehe Nr. 117



121) § 400. Ausdehnung des Rechtsmittelentscheides. Liegen nach Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde die Voraussetzungen für ein Vorgehen nach § 400 StPO vor, so sind die davon betroffenen Mitverurteilten zunächst dazu anzuhören, ob sie von dieser Möglichkeit Gebrauch machen wollen oder nicht. (30. Oktober; Kass.-Nr. AC080012)

122) § 424 Abs. 1 Ziff. 2. Rückweisung wegen ungehöriger Verteidigung. Anders als nach bisherigem Recht (§ 427 aStPO) hat eine Rückweisung an die untere Instanz wegen ungehöriger Verteidigung heute nicht nur bei gänzlich fehlender Verbeiständung, sondern schon dann zu erfolgen, wenn (im Falle notwendiger Verteidigung) der Verteidiger seinen anwaltlichen Pflichten nicht genügend nachgekommen ist. (25. September; Kass.-Nr. AC080005)

123) §§ 428 ff. Anfechtung eines Entscheides betreffend Ablehnung. Entscheide über Ablehnungsbegehren sind verfahrensleitender Natur und können im Strafprozess nur in Verbindung mit dem Endentscheid mittels Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden. Solange der Endentscheid aber noch nicht begründet ist, beginnt keine Frist zu laufen und es kann auf eine dagegen gerichtete Nichtigkeitsbeschwerde nicht eingetreten werden. (4. Februar; Kass.-Nr. AC070016)

124) §§ 428 ff. Substituierung von Entscheidungsgründen? Es ist grundsätzlich nicht Sache des Kassationsgerichts, eine mangelhafte (insbesondere im Bereich der Tatsachenfeststellungen willkürliche) Entscheidungsbegründung der Vorinstanz durch eine eigene Begründung zu substituieren. In diesem Zusammenhang ist (abgesehen von im Einzelfall denkbaren Ausnahmen, insbesondere im Falle von Alternativ-

begründungen) davon auszugehen, dass Erwägungen, die Eingang in die vorinstanzliche Begründung gefunden haben, für deren Entscheid auch von Bedeutung gewesen sind. (5. Februar; Kass.-Nr. AC060031)

125) §§ 428 ff. Siehe Nrn. 2, 6

126) § 429 Abs. 4. Die Bestimmung betreffend Zuständigkeit des Präsidenten des Kassationsgerichts zum sofortigen Entscheid über die Aufrechterhaltung der Sicherheitshaft bezieht sich nicht auf den Fall, in welchem die Akten dem Kassationsgericht nur vorübergehend (im Hinblick auf die Beurteilung eines Gesuchs um Verteidigerwechsel) zur Verfügung gestellt werden und noch gar keine begründete Nichtigkeitsbeschwerde vorliegt. (25. Februar [Präsidialverfügung]; Kass.-Nr. AC080008)

127) § 430 Abs. 1 Ziff. 5. Siehe Nr. 95

128) § 430b Abs. 1. Siehe Nr. 95

129) § 431 StPO. Subsidiäre Beschwerdefrist. Die subsidiäre Frist zur nachträglichen Erhebung der Nichtigkeitsbeschwerde beginnt nur zu laufen, wenn es sich um Rügen handelt, welche die Partei ohne ihr Verschulden nicht schon vorher hat vorbringen können. Dies ist dann nicht der Fall, wenn es der Angeklagte nach dem Verlassen der Schweiz über mehr als zwei Jahre hinweg versäumt, sich über den Stand des Strafverfahrens, von welchem er Kenntnis hat und welches schwerwiegende Vorwürfe beinhaltet, zu erkundigen, sei es bei seinem Verteidiger, sei es direkt bei den Strafverfolgungsbehörden. (3. April; Kass.-Nr. AC070015; bestätigt durch BGer 6B\_379/2008 v. 28.11. 2008)

130) § 435. Siehe Nr. 124

131) § 3 Abs. 1 SchlBest zum Gesetz v. 27.1.2003. Intertemporales Verfahrensrecht. Galt im (ersten) Berufungsverfahren aufgrund von § 3 Abs. 1 SchlBest bisheriges Recht, so gilt dieses bis zur definitiven Erledigung des Berufungsverfahrens, also auch dann, wenn es als Folge einer Rückweisung durch das Kassationsgericht zu einer Fortsetzung ebendieses Berufungsverfahrens kommt. Somit gelangt hinsichtlich der Voraussetzungen einer Rückweisung an die erste Instanz nicht § 424 revStPO, sondern § 427 aStPO zur Anwendung (25. September; Kass.-Nr. AC080005)

*Zur VO über die Paritätischen Schlichtungsbehörden in Miet- und Pachtsachen (LS 211.3):*

132) § 12 Abs. 2. Siehe Nr. 68

*Zur VO über die Anwaltsgebühren v. 21.6.2006 (LS 215.3):*

133) § 10. Siehe Nr. 115

134) § 11. Siehe Nr. 115

*Zur VO zum Sozialhilfegesetz (SHV; LS 851.11):*

135) § 16. Siehe Nr. 63