

## **Entscheidungen von allgemeinem Interesse im Jahre 2009**

### **A. Landes- und Völkerrecht**

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

1) Art. 6 Ziff. 1. Siehe Nr. 28.

*Zur Bundesverfassung (BV; SR 101):*

2) Art. 5 Abs. 1. Siehe Nr. 26.

3) Art. 9. Unzutreffende Rechtsmittelbelehrung; Vertrauensschutz. Wurde dem Beschwerdeführer wenige Tage, bevor er erneut eine Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Rekursentscheid betreffend Anordnung einer Erbschaftsverwaltung erhob, ein Entscheid des Kassationsgerichts zugestellt, in welchem er auf die Unzulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde in eben dieser Konstellation hingewiesen wurde, verdient er keinen Vertrauensschutz in die unzutreffende Rechtsmittelbelehrung des Obergerichts, welche im neuen Entscheid die Nichtigkeitsbeschwerde als zulässiges Rechtsmittel angibt. Damit dürfen ihm die Kosten für das zweite Beschwerdeverfahren auferlegt werden. (14. April; Kass.-Nr. AA090049; Erwägungen veröffentlicht in ZR 108 Nr. 52)

4) Art. 29 Abs. 2. Recht auf Akteneinsicht. Kann die von einer Partei verlangte Akteneinsicht deshalb nicht gewährt werden, weil sich die Akten nicht bei der ersuch-

ten, sondern bei einer anderen Behörde (z.B. einer Rechtsmittelinstanz) befinden, liegt keine Verletzung des Akteneinsichtsrechts vor. (4. September; Kass.-Nr. AA090085; Erwägungen veröffentlicht in ZR 109 Nr. 13)

5) Art. 29 Abs. 3. Siehe Nrn. 59, 60, 63.

6) Art. 29a. Siehe Nr. 31.

7) Art. 30 Abs. 1. Siehe Nrn. 28, 29.

8) Art. 49 Abs. 1. Siehe Nr. 26.

*Zum Bundesgerichtsgesetz (BGG; SR 173.110):*

9) Art. 78 ff. Siehe Nr. 93.

10) Art. 98. Siehe Nr. 14.

11) Art. 105 Abs. 1. Siehe Nr. 46.

12) Art. 110. Siehe Nr. 31.

*Zum Zivilgesetzbuch (ZGB; SR 210):*

13) Art. 137. Siehe Nr. 80.

14) Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 und Abs. 3. Umfang der Überprüfung von Eheschutzentscheiden durch das Kassationsgericht nach Inkrafttreten des BGG. Massgebliches Einkommen für die Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen. Auch unter der Herrschaft des BGG kann das Kassationsgericht im

Eheschutzverfahren auf Rügen betreffend die Verletzung (klaren) materiellen Rechts eintreten. Es verstösst jedenfalls nicht gegen klares materielles Recht, wenn einer Partei im Hinblick auf die Festsetzung der Unterhaltsbeiträge das gesamte von ihr tatsächlich erzielte Einkommen angerechnet wird. Die rückwirkende Anrechnung eines hypothetischen Einkommens ist grundsätzlich ausgeschlossen. (16. Februar; Kass.-Nr. AA080124; Erwägungen veröffentlicht in ZR 108 Nr. 35 sowie in FamPra.ch 2009 Nr. 67)

15) Art. 551. Siehe Nr. 81.

16) Art. 554. Siehe Nr. 81.

*Zum Obligationenrecht (OR; SR 220):*

17) Art. 625. Siehe Nr. 63.

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

18) Art. 25 Ziff. 1. Siehe Nr. 19.

19) § 85a. Klage auf Feststellung des Nichtbestehens der Schuld. Auf ein Klageverfahren nach dieser Bestimmung sind, da es im beschleunigten Verfahren durchgeführt wird, die kantonalen Prozess- und Gebührenordnungen (und insofern § 75 ZPO betreffend Auferlegung einer Prozesskaution für das Beschwerdeverfahren) anwendbar. (2. Dezember [Zwischenbeschluss]; Kass.-Nr. AA090132)

20) Art. 93. Siehe Nr. 62.

*Zum Strafgesetzbuch (StGB; SR 311.0):*

21) Art. 369 Abs. 7. Siehe Nr. 87.

*Zum Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (LugÜ; SR 0.275.11):*

22) Art. 46. Siehe Nr. 49.

23) Art. 48. Siehe Nr. 49.

## **B. Kantonales Recht**

*Zur Kantonsverfassung (KV; LS 101):*

24) Art. 76. Rückweisung im Berufungsverfahren; Wahrung des Instanzenzuges. Die Frage des von Art. 76 KV geforderten Instanzenzugs beurteilt sich nach rein formalen Gesichtspunkten und schliesst nicht aus, dass die Berufungsinstanz im Rahmen ihres Entscheides auch eine von der ersten Instanz nicht beantwortete Rechtsfrage entscheidet. Ob eine Rückweisung stattfindet oder nicht, ist im Übrigen weitgehend dem Ermessen der Berufungsinstanz überlassen. Kann der neue Entscheid ohne grössere Weiterungen beweisrechtlicher Natur gefällt werden, wird sich aus Zweckmässigkeitsgründen in der Regel eine Rückweisung nicht aufdrängen. (24. Juli; Kass.-Nr. AA080147; Erwägungen veröffentlicht in ZR 109 Nr. 11)

25) Art. 76. Siehe auch Nr. 80.

26) Art. 79. Konkrete (akzessorische) Normenkontrolle. Ein kantonales Gesetz (hier: §§ 59 ff. GVG betreffend das zürcherische Handelsgericht) kann im konkreten Anwendungsfall jederzeit auf seine Übereinstimmung mit höherrangigem Recht hin überprüft werden. (14. Dezember; Kass.-Nr. AA090138)

*Zum Gerichtsverfassungsgesetz  
(GVG; LS 211.1):*

27) § 63 Abs. 1 Ziff. 1. Wahl und Ablehnung des Handelsgerichts; Verwirkung. Eine Partei, die sich in Kenntnis der gesetzlich vorgesehenen Zusammensetzung des handelsgerichtlichen Spruchkörpers und in freier Ausübung ihres Wahlrechts für dieses Gericht entscheidet, kann nicht nach Jahren darauf zurückkommen und wegen fehlender paritätischer Zusammensetzung die Verfassungsmässigkeit dieses Gerichts in Frage stellen. (14. Dezember; Kass.-Nr. AA090138)

28) §§ 95 ff. Ausstand. Wird ein Ausstandsbegehren nicht mit konkreten Vorhalten begründet und richtet es sich zudem gegen ein Gericht als Gesamtbehörde oder eine Vielzahl von Gerichtsmitgliedern oder anderen Justizbeamten, ist es nach ständiger Praxis als rechtsmissbräuchlich und damit als unzulässig zu betrachten. Auf ein solches Ausstandsbegehren ist - ohne Durchführung eines formellen Ausstandsverfahrens im Sinne von §§ 100 f. GVG - nicht einzutreten, wobei beim Nichteintretensentscheid auch Richter und Kanzleibeamte mitwirken dürfen, gegen die sich das Ausstandsbegehren richtet (Bestätigung von ZR 91/92 Nr. 54). (26. Oktober [Zwischenbeschluss]; Kass.-Nr. AA090084)

29) §§ 95 ff. Anwendungsbereich. Die Ausschluss- und Ablehnungsbestimmungen der §§ 95 ff. GVG regeln die Frage der konkreten, d.h. personenbezogenen Unfähigkeit der Amtsausübung im Einzelfall; die generelle Fähigkeit zur Ausübung des Amtes ist hier nicht zu beurteilen. Ebenso ist die Frage, ob ein Gericht als solches (im Lichte der Wahl seiner Mitglieder bzw. der gesetzlich vorgesehenen Zusammensetzung des Spruchkörpers) verfassungskonform ist oder nicht, nicht über das Verfahren nach §§ 95 ff. GVG, sondern gegebenenfalls auf dem Rechtsmittelweg zu beurteilen. (14. Dezember; Kass.-Nr. AA090138)

30) §§ 95 ff. Siehe auch Nrn. 27, 51.

31) § 104a Abs. 2. Der Grundsatz der Einmaligkeit des Rechtsschutzes, wie er in § 104a GVG kantonrechtlich verankert ist, verstösst nicht gegen Bundesrecht. (3. September; Kass.-Nr. AC080033)

32) § 130 Abs. 1. Anspruch auf Übersetzung. Der Richter ist nicht verpflichtet, jedem Gesuch um Übersetzung oder Rückweisung einer fremden Urkunde zu entsprechen, sondern es ist unter dem Gesichtspunkt der Wahrung des rechtlichen Gehörs darüber zu entscheiden. Auf den Beizug einer Übersetzung kann daher verzichtet werden, wenn das Gericht und die Gegenpartei die fremde Sprache hinreichend beherrschen. Ob der Richter die Einreichung einer Übersetzung eines Dokumentes verlangt, hängt von seinen sprachlichen Kenntnissen ab und liegt weitgehend in seinem Ermessen (in casu zulässiger Verzicht auf Übersetzung). (29. Mai; Kass.-Nr. AA080071; Erwägungen werden voraussichtlich in ZR veröffentlicht)

33) § 134 Abs. 1. Siehe Nr. 88.

34) § 138 Abs. 4. Siehe Nr. 88.

35) §§ 162 ff. Unvollständiges Dispositiv. Ist das Dispositiv eines Entscheides unvollständig, so sind zu seiner Auslegung und zur Feststellung seines Inhaltes die Erwägungen heranzuziehen. Liefern auch diese keine zuverlässige Auskunft, ist der Weg der Erläuterung zu beschreiben. (10. November; Kass.-Nr. AA090030; Erwägungen veröffentlicht in ZR 109 Nr. 4)

36) § 188. Siehe Nr. 3.

37) § 195 Abs. 1. Verschiebung einer Verhandlung. Die Teilnahme an einer Hochzeit im engsten Familien- oder Freundeskreis bildet einen zureichenden Verschiebungsgrund. (13. November; Kass.-Nr. AA090003)

38) § 199. Fristwiederherstellung. Die um Wiederherstellung einer Frist ersuchende Partei hat die Säumnisgründe darzulegen und zu beweisen; von Amtes wegen werden keine Beweise abgenommen. Allein durch Einreichung eines ärztlichen Zeugnisses, welches Arbeitsunfähigkeit bescheinigt, wird grundsätzlich noch nicht der Nachweis dafür erbracht, dass und aufgrund welcher besonderen Umstände auch die Wahrung einer Frist nicht möglich gewesen sei. (28. Oktober; Kass.-Nr. AA090110; Erwägungen werden voraussichtlich in ZR veröffentlicht)

39) § 199 Abs. 3. Fristwiederherstellung; Beginn des Fristenlaufs. Im Falle der Versäumnis einer Rechtsmittelfrist beginnt die Frist nach § 199 Abs. 3 GVG nicht erst zu laufen, wenn die Partei die Gewissheit hat, die ihr angesetzte Frist versäumt zu haben (oder den ihr obliegenden Nachweis rechtzeitiger Vornahme der betreffenden

Handlung nicht erbringen zu können). Vielmehr beginnt die Frist schon dann zu laufen, wenn für die fristbelastete Partei aufgrund objektiver Anhaltspunkte (hier: Hospitalisierung im Zeitpunkt der Zustellung des fristauslösenden Entscheides) erkennbar ist bzw. diese aufgrund konkreter Indizien ernsthaften Anlass zur Befürchtung haben muss, dass die Frist versäumt werde. Das trifft zu, wenn sie vernünftigerweise Zweifel an der Rechtzeitigkeit der vorgenommenen Handlung hegen muss; dieser Zeitpunkt kann, muss aber nicht mit dem Empfang des auf der Säumnis beruhenden Abschreibungsentscheids zusammenfallen. (27. Mai; Kass.-Nr. AA090074)

40) §§ 201 ff. Siehe Nr. 51.

*Zur Zivilprozessordnung  
(ZPO; LS 271):*

41) § 18. Wird die Auferlegung einer Prozesskaution angefochten, so gilt nach der Praxis als Streitwert des Beschwerdeverfahrens nicht der Gesamtstreitwert in der Sache, sondern der strittige Kautionsbetrag. (6. Mai [Präsidialverfügung]; Kass.-Nr. AA090057)

42) §§ 18 ff. Siehe Nrn. 51, 57.

43) § 21. Streitwert bei wiederkehrenden Leistungen. Es verletzt kein klares Recht, den Streitwert einer Klage auf Feststellung des Bestandes eines Mietverhältnisses nach § 21 ZPO zu bestimmen. (21. September; Kass.-Nr. AA090069)

44) § 49. Prozessstandschaft. Das schweizerische Recht kennt nur die gesetzliche und keine gewillkürte Prozessstandschaft. (8. April; Kass.-Nr. AA080076)

45) § 50 Abs. 1. Siehe Nr. 3.

46) § 51 Abs. 2. Latente Beschwer. Legitimation der formell obsiegenden Partei zur Ergreifung der Nichtigkeitsbeschwerde im Hinblick auf den Weiterzug durch die Gegenseite an das Bundesgericht. Bestätigung der unter der Geltung des OG in ZR 96 Nr. 101 begründeten Praxis auch nach Inkrafttreten des BGG. (5. Juni; Kass.-Nr. AA080111).

47) § 51 Abs. 2. Beschwer als Rechtsmittelvoraussetzung. Der geltend gemachte Nichtigkeitsgrund muss sich im Ergebnis zum Nachteil des Nichtigkeitsklägers ausgewirkt haben. Die Beschwer ergibt sich aus dem Dispositiv; betrifft der Mangel einzig die Begründung, besteht kein genügendes Rechtsschutzinteresse an der Beurteilung des Rechtsmittels. (21. September; Kass.-Nr. AA080125; Erwägungen veröffentlicht in ZR 109 Nr. 9)

48) § 53a. Siehe Nr. 85.

49) § 55. Vollstreckbarerklärung, ungenügende Dokumentation; richterliche Fragepflicht. Legt die klagende Partei, welche einen im Ausland ergangenen Entscheid in der Schweiz vollstrecken lassen will, ungenügende bzw. andere als die vorgeschriebenen Dokumente vor, so ist das Begehren um Vollstreckbarerklärung nicht ohne weiteres abzuweisen, sondern der klagenden Partei vorgängig Gelegenheit zu geben, den Mangel zu beheben. (22. Dezember;

Kass.-Nr. AA090065; Erwägungen werden voraussichtlich in ZR veröffentlicht)

50) § 56 Abs. 2. Siehe Nr. 4.

51) §§ 64 ff. Nebenfolgen des Ablehnungsverfahrens. Die Bemessung von Gebühren und Entschädigung für die Behandlung einer Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Ablehnungsentscheid richtet sich nach dem Streitwert der Hauptsache. (14. Dezember; Kass.-Nr. AA090138)

52) § 64 Abs. 2. Begriff des Unterliegens. Die klagende Partei ist auch dann als unterliegend zu betrachten, wenn die Berufungsinstanz ihre Klage aus einem anderen Grund als die erste Instanz abweist. Damit trifft sie die Kosten- und Entschädigungspflicht sowohl für die erste wie für die zweite Instanz. (24. Juli; Kass.-Nr. AA080147; Erwägungen veröffentlicht in ZR 109 Nr. 11)

53) § 64 Abs. 2. Bestätigung der Praxis, wonach (anders als im Verfahren vor der Vorinstanz) im Falle von Streitigkeiten über Kinderbelange (elterliche Sorge, Besuchsrecht etc.) die Nebenfolgen des Beschwerdeverfahrens entsprechend dem Ausgang dieses Verfahrens zu regeln sind. (13. November; Kass.-Nr. AA090082)

54) § 66 Abs. 3. Schuldhaft von Dritten verursachte Kosten. Es verletzt kein klares Recht, wenn dem Anwalt, der eine fristgebundene Eingabe nicht eingeschrieben spedierte, die Kosten für das deswegen erforderliche Beweisverfahren zur Frage der Rechtzeitigkeit persönlich auferlegt werden. (30. Juni; Kass.-Nr. AA080113; Erwägungen veröffentlicht in ZR 108 Nr. 51)

55) § 68 Abs. 1. Prozessentschädigung bei teilweisem Obsiegen. Bei teilweisem Obsiegen und Unterliegen sind die gegenseitigen Entschädigungen bzw. Quoten miteinander zu verrechnen; ein Anspruch auf Entschädigung entsteht nur insoweit, als aus der Verrechnung der Quoten ein Überschuss resultiert. Das gilt auch dann, wenn eine Partei durch einen unentgeltlichen Rechtsbeistand vertreten ist. (21. September; Kass.-Nr. AA080125; Erwägungen veröffentlicht in ZR 109 Nr. 9)

56) § 68 Abs. 1. Siehe auch Nrn. 52, 53.

57) § 69. Parteientschädigung. Grundlage für die Bemessung der Parteientschädigung für anwaltliche Parteivertretung ist der Streitwert (und nicht das Streitinteresse), wobei ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Streitwert und (tatsächlichem) Streitinteresse nach Massgabe von § 2 Abs. 3 AnwGebVO korrigiert werden kann. (6. November; Kass.-Nr. AA080173; Erwägungen werden voraussichtlich in ZR veröffentlicht)

58) § 75. Siehe Nr. 19.

59) § 84 Abs. 1 ZPO. Mittellosigkeit. Bei der Prüfung der Frage, ob die gesuchstellende Partei über Mittel verfüge, die es ihr erlauben, die Gerichts- und Anwaltskosten innert nützlicher Frist zu bezahlen, dürfen nur finanzielle Mittel berücksichtigt werden, welche bei der gesuchstellenden Partei im Zeitpunkt der Entscheidung effektiv verfügbar oder wenigstens realisierbar sind (sog. "Effektivitätsgrundsatz"). Deshalb sind sowohl bereits verfallene, aber nicht realisierbare, als auch erst in

Zukunft fällig werdende Einkünfte und Vermögenswerte (Anwartschaften) unbeachtlich; die Anrechnung solcher finanzieller Mittel muss vielmehr unterbleiben, da sie (noch) gar nicht verfügbar sind. Insbesondere können nach der Praxis weder bereits verfallene Unterhaltsbeiträge, welche der Verpflichtete schuldig geblieben ist oder deren Einbringlichkeit zweifelhaft ist, noch strittige, erst mit Rechtskraft des Urteils im angehobenen Prozess fällig werdende Ansprüche als realisierbares Einkommen berücksichtigt werden. (16. Februar; Kass.-Nr. AA080124)

60) § 84 Abs. 1. Mittellosigkeit; Nachweis, Effektivitätsgrundsatz, Berücksichtigung von moralischen Verpflichtungen. Da es sich beim Erfordernis der Mittellosigkeit um eine negative Tatsache handelt, gilt nicht das (strenge) Mass des strikten Beweises; vielmehr genügt die Glaubhaftmachung der tatsächlichen Grundlagen. Nach dem sog. Effektivitätsgrundsatz dürfen nur finanzielle Mittel berücksichtigt werden, die im Zeitpunkt der Entscheidung effektiv vorhanden und verfügbar oder zumindest realisierbar sind. Im Notbedarf sind auch (bloss) moralisch geschuldete Unterstützungsbeiträge zu berücksichtigen, die der Gesuchsteller regelmässig und über eine längere Zeit geleistet hat und die er mutmasslich auch weiterhin leisten wird, soweit die Leistungen im Verhältnis zum Einkommen ein vernünftiges Mass nicht übersteigen. (11. September; Kass.-Nr. AA080161; Erwägungen veröffentlicht in ZR 109 Nr. 3)

61) § 84 Abs. 1. Aussichtslosigkeit. Die Aussichtslosigkeit eines Rechtsmittels ist zu verneinen, wenn der angefochtene Entscheid mit einem verfahrensrechtlichen Mangel (hier Gehörsverweigerung) behaftet ist, selbst wenn

in der Folge die Rechtsmittelinstanz aus anderen Gründen im Ergebnis zur Bestätigung des angefochtenen Entscheides gelangt. (6. Juli; Kass.-Nr. AA080065)

62) § 84 Abs. 2. Sachaufklärungspflicht hinsichtlich Mittellosigkeit. Bei der Ermittlung der tatsächlichen finanziellen Verhältnisse von Selbstständigerwerbenden mit unregelmässigem Erwerbseinkommen gelangen mit Blick auf das Erfordernis der armenrechtlichen Mittellosigkeit grundsätzlich dieselben Methoden zur Anwendung wie bei der Ermittlung des betriebsrechtlichen Notbedarfs im Lohnpfändungsverfahren nach Art. 93 SchKG, auch wenn diesbezüglich Abweichungen im Bereich der Rechtsbegriffe bestehen. (10. November; Kass.-Nr. AA080176; Erwägungen veröffentlicht in ZR 109 Nr. 12)

63) § 84 Abs. 3 ZPO. Ausschluss der juristischen Person vom Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege. Der Ausschluss von der unentgeltlichen Rechtspflege gilt auch für die sog. "Ein-Personen-AG". Insbesondere fällt ein Durchgriff zugunsten der juristischen Person bzw. des hinter ihr stehenden einzigen Gesellschafters ausser Betracht. (17. April; Kass.-Nr. AA090010; Erwägungen veröffentlicht in ZR 108 Nr. 56)

64) § 90 Abs. 2. Weitergeltung bzw. nachträglicher Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege im Rechtsmittelverfahren. Die einmal erteilte Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege gilt grundsätzlich im kantonalen Rechtsmittelverfahren weiter. Deren Entzug ist regelmässig nur mit Wirkung für die Zukunft möglich. (21. September; Kass.-Nr. AA080125; Erwägungen veröffentlicht in ZR 109 Nr. 9)

65) § 91. Siehe Nr. 64.

66) § 129. Siehe Nrn. 37, 95.

67) § 147. Siehe Nr. 32.

68) § 180. Siehe Nr. 32.

69) § 190 f. Siehe Nr. 74.

70) § 269 f. Siehe Nr. 94.

71) § 270. Siehe Nrn. 24, 73.

72) § 279 f. Siehe Nr. 94.

73) § 281. Anfechtung eines Rückweisungsentscheides. Ausser im (hier nicht gegebenen) Fall von Alternativbegründungen ist es auch bei Rückweisungsentscheiden nicht zulässig, lediglich die Streichung bzw. Neufassung einzelner Erwägungen desselben zu beantragen, wenn gleichzeitig klar zum Ausdruck gebracht wird, der Rückweisungsentscheid werde als solcher nicht angefochten. (11. Mai; Kass.-Nr. AA080002)

74) § 281. Anfechtung eines Wiedererwägungsentscheides. Gegen einen die Wiedererwägung einer prozessleitenden Anordnung ablehnenden Entscheid ist die Nichtigkeitsbeschwerde grundsätzlich nicht zulässig. (27. August; Kass.-Nr. AA090079; Erwägungen veröffentlicht in ZR 109 Nr. 10)

75) § 281 Ziff. 3. Siehe Nrn. 14, 44, 54.

76) §§ 281 ff. Fehlende Anschlussbeschwerde. Die beschwerdebeklagte Partei kann im Rahmen des Beschwerdeverfahrens mangels Anschlussbeschwerde nicht ihrerseits Mängel des angefochtenen Entscheides geltend machen, sondern ist grundsätzlich allein zur Bestreitung der geltend gemachten Nichtigkeitsgründe legitimiert. (28. Oktober; Kass.-Nr. AA080165)

77) §§ 281 ff. Siehe auch Nrn. 41, 46, 47.

78) § 282 Abs. 1 Ziff. 1. Anfechtung prozessleitender Entscheide. Der Umstand, dass das Verfahren im Ausland, bis zu dessen rechtskräftiger Erledigung das hiesige Verfahren mit dem angefochtenen Zwischenentscheid sistiert wurde, nach einer Verfahrensordnung abläuft, die allenfalls eine lange Prozessdauer zur Folge haben könnte, stellt noch keinen nicht wiedergutzumachenden Nachteil dar. (10. März; Kass.-Nr. AA080030)

79) § 283. Beschwerdelegitimation Dritter. Ein am vorinstanzlichen Verfahren nicht beteiligter Dritter (hier: Untermieter) ist nur dann zur Erhebung der Nichtigkeitsbeschwerde legitimiert, wenn der angefochtene Entscheid unmittelbar in seine Rechte eingreift. (27. August; Kass.-Nr. AA090079; Erwägungen veröffentlicht in ZR 109 Nr. 10)

80) § 284 Ziff. 7. Unzulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde. Gegen Rekursentscheide betreffend vorsorgliche Massnahmen (hier: solche nach Art. 137 ZGB) ist die Nichtigkeitsbeschwerde stets unzulässig, unabhängig

davon, ob damit Fragen aufgeworfen werden, mit denen sich die erste Instanz nicht befusste, die also erstmals im Rahmen des Rekursverfahrens zu beurteilen waren. Dem (nicht auf inhaltliche, sondern auf formale Kriterien abstellenden) Prinzip der "double instance" ist Genüge getan, wenn sich zwei Instanzen mit dem Rechtsstreit als solchem befassen konnten. (23. Februar; Kass.-Nr. AA090008; Erwägungen veröffentlicht in ZR 108 Nr. 40)

81) § 284 Ziff. 7. Bei der Anordnung der Erbschaftsverwaltung handelt es sich um eine vorsorgliche Massnahme, weshalb gegen einen diesbezüglichen Rekursentscheid die Nichtigkeitsbeschwerde nicht zulässig ist. (14. April; Kass.-Nr. AA090049; Erwägungen in ZR 108 Nr. 52 veröffentlicht)

82) § 285. Siehe Nr. 14.

*Zur Strafprozessordnung  
(StPO; LS 321):*

83) § 17 Abs. 2. Siehe Nr. 86.

84) § 55 Abs. 1 Ziff. 1. Siehe Nr. 93.

85) § 58 Abs. 1 Ziff. 2. Kollusionsgefahr im Hinblick auf das Verfahren vor Geschworenengericht. Dem Beschwerdeführer werden verschiedene, teilweise sehr gravierende Straftaten vorgeworfen, derer er nur teilweise geständig ist. Es ist im jetzigen Zeitpunkt davon auszugehen, dass er vom Geschworenengericht abgeurteilt werden wird; im geschworenengerichtlichen Verfahren werden die

für die Urteilsfällung wesentlichen bzw. massgebenden (insbesondere Zeugen-)Beweise abzunehmen sein. Der Beschwerdeführer hat im Untersuchungsverfahren mehrfach und gegenüber (mindestens) zwei ihm nahestehenden Personen, welche vor Gericht voraussichtlich erneut zu befragen sind, versucht, auf deren Aussageverhalten zu seinen Gunsten einzuwirken; zudem hat er versucht, Kontakt mit einer Geschädigten aufzunehmen, welche zweifellos ebenfalls vor Gericht befragt werden wird. Unter diesen Umständen liegt klarerweise erhebliche, konkrete Kollusionsgefahr vor. (22. Januar [Präsidialverfügung]; Kass.-Nr. AC090002)

86) § 115. Begutachtung des Angeklagten, Teilnahmerecht der Verteidigung an Explorationsgesprächen? Ein genereller Anspruch der Verteidigung auf Teilnahme an den Explorationsgesprächen - etwa analog § 17 Abs. 2 StPO - besteht nicht. Beim explorativen Untersuchungsgespräch handelt es sich nicht um eine staatsanwaltschaftliche Einvernahme eines Angeschuldigten, sondern um ein besonderes Setting, das der Feststellung der psychischen Beschaffenheit sowie der Abklärung von geistigen und seelischen Eigenschaften einer Person dient. Es sollen mit Blick auf die Anlasstat und die klassischen Fragestellungen der Zurechnungsfähigkeit und der Massnahmebedürftigkeit sachdienliche Informationen gewonnen werden. Dieses Ziel wird am ehesten in einer Gesprächsatmosphäre erreicht, die vertrauensbildend ist und die es dem Probanden erlaubt, sich dem ihm unbekanntem Gutachter zu öffnen. Die Anwesenheit eines Verteidigers wäre dabei erfahrungsgemäss hinderlich. Der Gefahr, dass der Angeschuldigte im Zusammenhang mit Zusatztatsachen ungewollt selbstbelastende Aussagen macht,

lässt sich durch eine Belehrung auf das Aussageverweigerungsrecht begegnen. (18. Dezember; Kass.-Nr. AC080021)

87) § 127. Intertemporales Prozessrecht. Die Frage der Verwertbarkeit eines Beweismittels (hier: Gutachten) beurteilt sich grundsätzlich nach der im Zeitpunkt seiner Erhebung geltenden Rechtslage. (3. September; Kass.-Nr. AC080033)

88) § 184. Wechsel auf der Richterbank; Stellung des Gerichtsschreibers. § 184 StPO (wonach beim Wechsel von Richtern oder Geschworenen die Verhandlung auf Verlangen des Angeklagten zu wiederholen ist) gelangt nicht zur Anwendung, soweit es darum geht, dass im Verlaufe der Verhandlung vor Geschworenengericht (bzw. nach erfolgter Rückweisung der Sache durch das Kassationsgericht) die bisherige Gerichtsschreiberin ersetzt wird. (3. September; Kass.-Nr. AC080033)

89) § 198a Abs. 1 Ziff. 3 lit. b. Wahlrecht des Angeklagten; Prüfungsbefugnis des Obergerichts nach Überweisung durch die Anklagekammer. Wurde die Sache aufgrund der Erklärung des Angeklagten im Zulassungsverfahren dem Obergericht überwiesen, so hat dieses zwar das Recht und die Pflicht, seine sachliche Zuständigkeit gestützt auf diese (und allenfalls nachfolgende) Erklärungen des Angeklagten selbstständig zu beurteilen. Hingegen darf es seine Zuständigkeit nicht aufgrund von Aussagen, die der Angeklagte bereits in der Untersuchung gemacht hatte, verneinen. (20. Mai; Kass.-Nr. AC090002)

90) § 226. Vakanz auf der Geschworenenbank. Die Bestimmung, wonach die Hauptverhandlung bei nachträglicher

Verhinderung von (bis zu) zwei Geschworenen dennoch zu Ende geführt werden kann, findet analoge Anwendung, wenn das Kassationsgericht ein Urteil des Geschworengerichts aufhebt und die Sache deshalb zurückweist, weil ein Nichtigkeitsgrund der Beweiswürdigung (nicht aber dem Verfahren) anhaftet. (18. März; Kass.-Nr. AC080020)

91) § 226. Siehe auch Nr. 88.

92) § 429 Abs. 4. Siehe Nr. 85.

93) § 430b. Subsidiarität der Nichtigkeitsbeschwerde. Ob sich der Beschwerdeführer im Zusammenhang mit Notwehr oder Notstand auf ein privates Festnahmerecht nach § 55 StPO berufen kann, prüft das Bundesgericht als Vorfrage frei. Insoweit ist die Nichtigkeitsbeschwerde ausgeschlossen. (10. März; Kass.-Nr. AC080011)

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

94) §§ 1 ff. Rückweisung an die Schlichtungsbehörde? Weder die VO über die Paritätischen Schlichtungsbehörden in Miet- und Pachtsachen noch ZPO oder GVG sehen eine Rückweisung an die Schlichtungsbehörde durch das Gericht zur Behebung allfälliger Mängel vor. Zwischen Schlichtungsbehörde und Gericht besteht auch nicht das Verhältnis einer unteren und oberen gerichtlichen Instanz. (16. September; Kass.-Nr. AA090055)

95) § 8. Analog zu § 129 ZPO ist die Partei, die vor Schlichtungsbehörde trotz persönlicher Vorladung un-

entschuldigt ausbleibt, nicht als säumig zu betrachten,  
wenn sie für eine gehörige Vertretung sorgt. (16. September;  
Kass.-Nr. AA090055)

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

96) § 2 Abs. 3. Siehe Nr. 57.

---