

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 60 (1941)

Artikel: Die Weiterziehung von Strafsachen an das Bundesgericht nach Inkrafttreten des schweizerischen Strafgesetzbuches

Autor: Waiblinger, Max

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896306>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 05.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Die Weiterziehung von Strafsachen an das Bundesgericht nach Inkrafttreten des schweizerischen Strafgesetzbuches

Referat von
Staatsanwalt Dr. Max Waiblinger, Bern.

Inhaltsübersicht:

Einleitung:	Seite
A. Bundesstrafrecht und kantonales Strafrecht . .	120a
B. Bundesstraferichtsbarkelt und kantonale Straferichtsbarkelt	121a
C. Die bundesrechtlichen Bestimmungen über das kantonale Verfahren bei Beurteilung von Bundesstrafsachen	126a
D. Die Weiterziehung eidg. Strafsachen an das Bundesgericht	127a
E. Die Entwürfe zur Revision des Organisationsgesetzes und des Bundesstrafprozesses	128a
F. Aufgabe und Umgrenzung des vorliegenden Berichtes	129a
I. Die rechtliche Natur der Nichtigkeitksbeschwerde:	
1. Die Nichtigkeitksbeschwerde als außerordentliches Rechtsmittel	130a
2. Die Nichtigkeitksbeschwerde als kassatorisches Rechtsmittel	132a
3. Die Nichtigkeitksbeschwerde als reformatio in iure	134a
4. Die Stellung des Kassationshofes zu aktenwidrigen Feststellungen der kantonalen Instanz; die sogenannte Aktenwidrigkeitsrüge	135a
II. Die anfechtbare kantonale Entscheidung:	
1. Das Endurteil	136a
2. Der Einstellungsbeschuß	138a
3. Der Strafbescheid	139a
4. Die Frage der Beschränkung der Anfechtbarkeit in bestimmten Fällen	139a

III. Der Kassationsgrund: Die Verletzung eidg. Rechts	
1. Im allgemeinen	140a
2. Tatfragen und Rechtsfragen; der Wahrspruch der Geschwornen	142a
3. Die unrichtige Anwendung von Ermessensgrundsätzen, insbesondere bei Strafzumessung und bedingtem Strafvollzug	144a
IV. Die Beschränkung der Überprüfungsbefugnis des Kassationshofes:	
A. Durch Beschränkung des Rechtsmittels auf einzelne Teile der angefochtenen Entscheidung . .	145a
B. Durch das Verbot der reformatio in peius . . .	147a
V. Ausschluß der Weiterziehbarkeit von Bundesstrafsachen in bestimmten Fällen . . .	
1. Ausschluß der Weiterziehbarkeit bei Verurteilung zu einer Buße von weniger als 200 Fr. (bzw. 50 Fr.)	149a
2. Einschränkung der Weiterziehbarkeit in Jugendstrafsachen	154a
VI. Die Legitimation zur Nichtigkeitsbeschwerde im Strafpunkt:	
1. Der Angeklagte	155a
2. Der öffentliche Ankläger	156a
3. Der Privatstrafkläger	159a
4. Der Antragsteller	163a
5. Weitere Legitimierte (Suval, Bahngesellschaften, Schweizerische Uhrenkammer)	164a
6. Ausdehnung der Legitimation de lege ferenda .	165a
7. a) auf Personen, die durch die Verhängung einer „andern Maßnahme“ betroffen werden . . .	169a
b) auf die Angehörigen und Erben des verstorbenen Angeklagten	172a
VII. Die Weiterziehung im Zivilpunkt:	
1. Die Neuregelung der Weiterziehung im Zivilpunkt durch die Vorentwürfe	173a
2. Die Rechtsnachfolge im Adhäsionsprozeß . . .	178a
3. Die Frage der Beurteilung des Zivilpunkts bei Freisprechung des Angeklagten	179a
4. Die Beurteilung des Zivilpunkts bei teilweiser Verweisung ad separatum	180a

VIII. Das Verfahren in Nichtigkeitsbeschwerdesachen:	
1. Zeit und Ort der Einreichung der Nichtigkeitsbeschwerde und der Begründungsschrift . . .	181a
2. Form und Inhalt der Beschwerdeschrift . . .	183a
3. Die Parteivertretung	184a
4. Die Akteneinsendung an den Kassationshof . .	185a
5. Die Hemmung des Vollzugs des Urteils im Strafpunkt und im Zivilpunkt	186a
6. Die Einstellung der Entscheidung wegen außerordentlicher kantonaler Rechtsmittel	187a
7. Das Verfahren vor dem Kassationshof	189a
IX. Der Inhalt des Entscheides des Kassationshofes	195a
X. Der Kosten- und Entschädigungspunkt:	
A. Kostenbestimmung und Kostenauflage im Entscheid des Kassationshofes	196a
B. Die Kostensicherstellungspflicht	
1. Das geltende Recht und die Stellung der Vorwürfe	198a
2. Die Kostensicherstellungspflicht bei auf den Zivilpunkt beschränkter Nichtigkeitsbeschwerde	199a
3. Die Kostensicherstellungspflicht im Strafpunkt	200a
XI. Die Nichtigkeitsbeschwerde in Fiskalstrafsachen:	203a
XII. Die Anfechtung der Verletzung eidg. Gerichtsstandsbestimmungen im kantonalen Vorverfahren	204a
XIII. Die staatsrechtliche Beschwerde in Bundesstrafsachen:	
1. Das Verhältnis der staatsrechtlichen Beschwerde zur Nichtigkeitsbeschwerde im geltenden Recht	206a
2. Ausschluß der Beschwerde wegen materieller Rechtsverweigerung in Zivil-, Straf-, Prozeß- und Schuldbetreibungssachen?	207a
3. Verbindung der staatsrechtlichen Beschwerde wegen materieller Rechtsverweigerung mit den Rechtsmitteln des Bundesrechts?	212a
XIV. Schlußwort und Thesen	215a

EINLEITUNG.

Die Entscheidung in Bundesstrafsachen bildet heute nur einen verhältnismäßig kleinen Bruchteil der gesamten Bundesrechtspflege; denn das Hauptgebiet des Strafrechts, das gemeine Strafrecht, untersteht bis zum Inkrafttreten des schweizerischen Strafgesetzbuches noch der kantonalen Gesetzgebung.

A. Bundesstrafrecht und kantonales Strafrecht.

Das heutige Bundesstrafrecht umfaßt folgende wesentlichen Gruppen:

1. Das BG über das Bundesstrafrecht vom 4. Februar 1853 mit seinen Ergänzungen und Abänderungen. Die darin enthaltenen Strafbestimmungen schützen vor allem den Bundesstaat und die Einrichtungen des Bundes (z. B. Nationalbank, Eisenbahn, Post, Telegraph, Telephon).
2. Die sog. Bundesstrafpolizeigesetze. Sie bezwecken die indirekte Erzwingbarkeit der in Bundesverwaltungserlassen aufgestellten Vorschriften. Es handelt sich nicht um reine Polizeistrafgesetze, sondern um Strafvorschriften in Erlassen auf den vom Bund verwalteten oder unter seiner Oberaufsicht stehenden Gebieten (z. B. Militärwesen, Sozialversicherung, Lebensmittelpolizei, Jagd- und Vogelschutz, Fischerei).
3. Die Fiskalstrafgesetze des Bundes (betr. Stempelabgabe, Zollwesen usw.).
4. Die Wirtschafts- und Kriegsnoterlasse des Bundes¹⁾.

Mit Inkrafttreten des StGB wird das Bundesstrafrecht von 1853 und seine Ergänzungserlasse, soweit diese Straftatbestände enthalten, die im StGB Eingang

¹⁾ Diese Erlasse finden in den nachfolgenden Ausführungen keine weitere Berücksichtigung.

fanden, aufgehoben (Art. 398 StGB). Neben diesen, dem Schutze des Bundes dienenden Bestimmungen und einigen der bisherigen Nebenstrafgesetzgebung des Bundes entnommenen Tatbeständen (z. B. Lebensmittelpolizei, Maß und Gewicht), enthält das StGB aber vor allem die — bisher der kantonalen Gesetzgebung unterliegenden — Tatbestände des gemeinen Strafrechts.

Der kantonalen Gesetzgebung bleibt nur das Gebiet des Übertretungsstrafrechts (Polizeistrafrechts) vorbehalten, soweit es nicht Gegenstand der Bundesgesetzgebung ist, sowie das kantonale Verwaltungs- und Prozeßstrafrecht (Art. 335 StGB).

B. Bundesgerichtsbarkeit und kantonale Gerichtsbarkeit.

I. Der Bundesstrafgerichtsbarkeit unterliegen heute folgende Strafsachen:

a) des Bundesstrafrechts:

1. Die durch die Bundesgesetzgebung der Bundesstrafgerichtsbarkeit unterstellten Verbrechen und Vergehen (Art. 10 Ziff. 1 BStP).

Dies betrifft vor allem die Verbrechen und Vergehen des Bundesstrafrechts vom 4. Februar 1853 und seiner Ergänzungserlasse, daneben aber auch strafbare Handlungen einiger Polizeistrafgesetze (z. B. Spielbanken, Maß und Gewicht)²⁾.

2. Die vom Bundesrat dem Bundesgericht überwiesenen Übertretungen von Fiskal- oder andern Gesetzen des Bundes (Art. 10 Ziff. 2, 281 Abs. 4, 322 Abs. 3 BStP.)

b) des kantonalen Strafrechts:

1. Politische Verbrechen und Vergehen (die der kantonalen Gesetzgebung unterstehen), die Ursache oder Folge von Unruhen sind, durch die eine bewaffnete

²⁾ Vgl. die Aufzählung bei Stämpfli, Komm. z. BStP N. 2 zu Art. 10 BStP.

eidgenössische Intervention veranlaßt wird. (Art. 112 Ziff. 3 BV, Art. 9 Ziff. 5 BStP).

2. Die durch die Gesetzgebung eines Kantons dem Bundesgericht — mit Zustimmung der Bundesversammlung — zur Beurteilung zugewiesenen Verbrechen und Vergehen des kantonalen Rechts (Art. 8 BStP)³).

II. Der kantonalen Strafgerichtsbarkeit unterstehen heute die nachfolgenden Bundesstrafsachen (Art. 247, 281, 322 BStP):

1. Die in die Zuständigkeit des Bundes Strafgerichts (nicht der Bundesassisen) fallenden, vom Bundesrat⁴) den kantonalen Behörden zur Untersuchung und Beurteilung übertragenen Bundesstrafsachen (Art. 18 BStP), sog. Delegationsstrafsachen. Die Gruppe dieser delegierbaren Fälle entspricht den unter I a 1 hiavor genannten Bundesstrafsachen unter Ausschluß der in die Zuständigkeit der Bundesassisen fallenden (Art. 9 Ziff. 1—3 BStP: Hochverrat, Aufruhr und Gewalttat gegen Bundesbehörden, Verbrechen und Vergehen gegen das Völkerrecht).

2. Die nach einem Bundesgesetz den Kantonen zur Verfolgung und Beurteilung übertragenen Strafsachen. Diese Gruppe (sog. Polizeistrafsachen) umfaßt die Tatbestände der Polizeistrafgesetzgebung des Bundes, soweit in den betreffenden Erlassen nicht das Bundes Strafgericht zuständig erklärt wird (vgl. I a).

3. Die Beurteilung der in Fiskal- oder andern Verwaltungsgesetzen des Bundes mit Strafe bedrohten Handlungen (sog. Fiskalstrafsachen), soweit nicht eine Überweisung an das Bundesgericht erfolgt (vgl. I a 2) hiavor und Art. 281, 322 BStP). In diesen Fällen sind die kantonalen Gerichte zur Beurteilung nur zuständig,

³) In Betracht fällt einzig der Hochverrat des neuenburgischen Strafgesetzes, vgl. Stämpfli, N. 1 zu Art. 8 BStP.

⁴) bzw. dem nach der Delegationsordnung vom 17. November 1914 zuständigen Eidg. Justiz- und Polizeidepartement.

wenn gegen die Entscheidung (Strafverfügung) der Bundesverwaltungsbehörde Einsprache erhoben wird, oder wenn das beteiligte Departement die Voraussetzungen zur Verhängung einer Freiheitsstrafe für gegeben hält. (Art. 300, 322 Abs. 2, 325 BStP).

In allen diesen Fällen üben jedoch die Kantone nicht eine kraft eigener Gerichtshoheit bestehende kantonale Strafgerichtsbarkeit aus, sondern die ihnen durch Gesetz oder Delegationsverfügung delegierte Bundesgerichtsbarkeit.

Nach Inkrafttreten des StGB wird sich die Abgrenzung der Bundesgerichtsbarkeit und der kantonalen Gerichtsbarkeit folgendermaßen darstellen (Art. 340, 343 StGB):

I. Bundesgerichtsbarkeit:

1. Verbrechen und Vergehen durch Sprengstoffe und giftige Gase (Art. 224/26 StGB);
2. Verbrechen und Vergehen durch Fälschung von Geld, amtlichen Wertzeichen und amtlichen Zeichen des Bundes sowie von Maß und Gewicht (Art. 240 ff. StGB);
3. Fälschung von Urkunden des Bundes (Art. 251ff. StGB);
4. Strafbare Handlungen gegen den Bund und die Landesverteidigung (Art. 265 ff. StGB);
5. Vergehen gegen den Volkswillen bei eidgenössischen Wahlen, Abstimmungen, Referendums- oder Initiativbegehren (Art. 279 ff. StGB);
6. Strafbare Handlungen gegen die Bundesgewalt (Art. 285 ff. StGB);
7. Störung der Beziehungen zum Auslande (Art. 296 ff. StGB);
8. Verbrechen und Vergehen gegen die Bundesrechtspflege (Art. 303 ff. StGB);

9. Amtsverbrechen und Amtsvergehen der Bundesbeamten (Art. 312 ff. StGB und wohl auch Art. 140 Ziff. 2, Beamtenveruntreuung);
10. Verletzung militärischer Geheimnisse (Art. 329 StGB);
11. Unbefugtes Tragen der Uniform (Art. 331 StGB);
12. Die nach andern Bundesgesetzen der Bundesstrafgerichtsbarkeit unterstellten strafbaren Handlungen (Art. 340 Ziff. 2 StGB);
13. Die vom Bundesrat dem Bundesgericht überwiesenen Übertretungen von Fiskal- oder andern Gesetzen des Bundes (Art. 10 Ziff. 2 BStP).

Die Gruppe der der Bundesgerichtsbarkeit unterliegenden Bundesstrafsachen ist also — verglichen mit dem Zustand vor Inkrafttreten des StGB — eher kleiner geworden, indem einige früher der Bundesgerichtsbarkeit unterstellten Strafsachen nun der kantonalen Gerichtsbarkeit unterliegen, so z. B. der in praxi ziemlich häufig zu beurteilende Tatbestand der Störung des Eisenbahnverkehrs (Art. 238 StGB), die Störung von Betrieben, die der Allgemeinheit dienen (Art. 239 StGB), u. a. m. Ganz weggefallen sind die vom Bundesgericht zu beurteilenden kantonalen Strafsachen (Art. 8, 9 Ziff. 5 BStP).

II. Kantonale Strafgerichtsbarkeit.

- a) Originäre gemäß Art. 64 bis BV vorbehaltene kantonale Gerichtsbarkeit:

Hierunter fallen alle vom StGB nicht der Bundesstrafgerichtsbarkeit unterstellten strafbaren Handlungen des Strafgesetzes.

- b) Delegierte Bundesgerichtsbarkeit:

1. Alle vom StGB der Bundesstrafgerichtsbarkeit unterstellten strafbaren Handlungen mit Ausnahme der in die Kompetenz der Bundesassisen fallenden (Art. 112

BV, 341 StGB)⁵⁾, wenn sie gemäß Art. 18 BStP den kantonalen Behörden vom eidg. Justiz- und Polizeidepartement zur Untersuchung und Beurteilung überwiesen werden (Delegationsstrafsachen).

2. Die durch ein Bundesgesetz den Kantonen zur Verfolgung und Beurteilung überwiesenen Bundesstrafsachen (Polizeistrafsachen).

3. Die nicht dem Bundesgericht übertragenen Fiskalstrafsachen.

Die wenn auch nicht sehr wesentliche Abnahme der der Bundesstraferichtbarkeit unterliegenden Strafsachen würde zu einer Entlastung der Straferichte des Bundes (Bundesstrafericht, Bundesassisen) führen, wenn man davon ausgeht, daß das Verhältnis der dem Bundesstrafericht zugewiesenen und der den kantonalen Behörden delegierten Delegationsstrafsachen ungefähr dasselbe bleiben wird wie vor Inkrafttreten des StGB. Dies dürfte aber nicht der Fall sein. Es ist zwar anzunehmen, daß nach Inkrafttreten des StGB — wie bis anhin — bei Delegationsstrafsachen die Überweisung an die kantonalen Behörden die Regel bilden und die Beurteilung durch das Bundesstrafericht für Fälle von grundsätzlicher Bedeutung vorbehalten bleiben wird. Allein, bis sich eine Rechtsprechung zum Strafgesetz ausgebildet hat, wird die Zahl der dem Bundesstrafericht zur grundsätzlichen Beurteilung vorbehaltenen — also nicht den Kantonen delegierten — Straffälle verhältnismäßig höher sein, als vor Inkrafttreten des StGB, so daß eher mit einer, wenn auch tragbaren, Zunahme der Geschäftslast des Bundesstraferichts zu rechnen ist.

⁵⁾ Hochverrat, Art. 265; Aufruhr und Gewalttat gegen Bundesbehörden, Art. 285; politische Verbrechen und Vergehen, die Ursache oder Folge von Unruhen sind, durch die eine bewaffnete eidgenössische Intervention veranlaßt wird; den Bundesassisen überwiesene Beamtenstrafsachen.

C. Die bundesrechtlichen Bestimmungen über das kantonale Verfahren bei Beurteilung von Bundesstrafsachen.

Art. 247 ff. BStP enthalten Vorschriften über das kantonale Verfahren in Bundesstrafsachen, beschränken sich aber auf wenige Eingriffe in das verfassungsmäßig der kantonalen Gesetzgebung unterliegende Gebiet des Strafprozeßrechts, Eingriffe, die erforderlich sind, um die Rechtseinheit bei der Anwendung des Bundesstrafrechts zu wahren (freie Beweiswürdigung, Rechtshilfe, Teilnahme des Geschädigten am Verfahren). Für die Delegationsstrafsachen insbesondere wird den Kantonen eine Verfolgungspflicht (bis zur Erledigung durch Urteil oder Einstellungsbeschluß) auferlegt; in Polizeistrafsachen werden die zur Abgrenzung der Gerichtsbarkeit der verschiedenen Kantone erforderlichen interkantonalen Gerichtsstandsbestimmungen aufgestellt. Die in Art. 255, 265 BStP vorgesehene Einsendungspflicht für kantonale Entscheidungen und Urteile soll den Bundesanwalt in die Lage setzen, von der ihm nach Art. 266 BStP zustehenden Befugnis der Einlegung kantonaler Rechtsmittel Gebrauch zu machen und gegen kantonale Endurteile und Einstellungsbeschlüsse der letzten Instanz Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof des Bundesgerichts einzureichen.

Mit dem Inkrafttreten des StGB werden diese bundesrechtlichen Verfahrensvorschriften nicht wesentlich vermehrt. Die Gerichtsstandsbestimmungen der Art. 346 ff. StGB treten an Stelle der aufgehobenen Art. 260 ff. BStP, die Rechtshilfe wird in Art. 352 ff. StGB eingehender geordnet, und das Verfahren gegen Kinder und Jugendliche wird in wenigen Artikeln (Art. 369 ff. StGB) umrissen. Im übrigen werden in Art. 365 Abs. 2 StGB die Bestimmungen des Bundes Strafprozesses betreffend das gerichtliche Verfahren und die Nichtigkeitsbeschwerde bei Anwendung eidgenössischer Strafgesetze vorbehalten.

D. Die Weiterziehung eidg. Strafsachen an das Bundesgericht.

Das geltende Recht kennt vier Rechtsbehelfe zur Anfechtung kantonaler Entscheidungen in Bundesstrafsachen: die Nichtigkeitsbeschwerde gegen kantonale Urteile und Entscheide in Delegations- und Polizeistrafsachen (Art. 268 ff. BStP), die Nichtigkeitsbeschwerde gegen kantonale Urteile in Fiskalstrafsachen (Art. 310 ff. BStP), die Berufung gegen letztinstanzliche kantonale Haupturteile im Adhäsionsprozeß (die heute den Parteien wahlweise neben der Nichtigkeitsbeschwerde im Zivilpunkt zusteht) und als subsidiären Rechtsbehelf die staatsrechtliche Beschwerde, vornehmlich die Beschwerde aus Art. 4 BV wegen formeller oder materieller Rechtsverweigerung.

Nach Inkrafttreten des StGB werden vor allem die Nichtigkeitsbeschwerden an den Kassationshof des Bundesgerichts (Art. 268 ff. BStP) infolge der auf das gemeine Strafrecht erweiterten kantonalen Gerichtsbarkeit in Bundesstrafsachen zunehmen, in welchem Umfang, kann heute auch schätzungsweise nicht gesagt werden. Bedingt diese zu erwartende Mehrbelastung des Kassationshofes durch Nichtigkeitsbeschwerden eine Revision der Bestimmungen über die Weiterziehung in Bundesstrafsachen? Noch am schweizerischen Juristentag 1931 in Schaffhausen, an dem Bundesanwalt Stämpfli und Me Albert Rais über die Bundesstrafrechtspflege nach dem Strafgesetz- und Strafprozeßentwurf referierten⁶⁾, wurde von Stämpfli⁷⁾ die Auffassung vertreten, daß der mit dem Inkrafttreten des StGB verbundenen Mehrbelastung des Kassationshofes durch eine Erhöhung der Mitgliederzahl des Bundesgerichts Rechnung zu tragen sein werde. Gleichzeitig wies aber der Referent darauf

⁶⁾ ZSR NF 50 1a, 113a.

⁷⁾ ZSR NF 50 13a, 102a.

hin, daß bei einer wider Erwarten starken Belastung des Kassationshofes gewisse Einschränkungen des Rechtsmittels der Nichtigkeitsbeschwerde — durch Revision des Bundesstraßprozesses — in Erwägung gezogen werden müßten⁸⁾. Dieselbe Frage wird schon in der Botschaft des Bundesrates zum Bundesstraßprozeß⁹⁾ aufgeworfen.

Als nach Annahme des schweizerischen Strafgesetzes an diese Fragen erneut herangetreten wurde, erschien es sowohl dem Eidg. Justiz- und Polizeidepartement als dem Bundesgericht zweckmäßig, eine Lösung anzustreben, welche die Bewältigung der zu erwartenden Mehrarbeit ohne Vermehrung der Richterzahl gestatten sollte. Zur Erreichung dieses Zieles schien es geboten, auch die schon seit langer Zeit geplante Revision des BG über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG) an Hand zu nehmen und gleichzeitig die Bestimmungen des Bundesstraßprozesses über die Nichtigkeitsbeschwerde gegen kantonale Urteile in Bundesstrafsachen der zu erwartenden Zunahme der Nichtigkeitsbeschwerden anzupassen. Durch diese Revisionen sollte einerseits die Geschäftslast des Bundesgerichts vermindert, anderseits Zeit- und Arbeitsersparungen durch eine einfachere und zweckmäßigere Ausgestaltung des Verfahrens erreicht werden.

E. Die Entwürfe zur Revision des Organisationsgesetzes und des Bundesstraßprozesses.

Am 8. November 1939 beauftragte das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement Herrn Bundesrichter Dr. Ziegler mit der Ausarbeitung eines Entwurfes zur Revision des Organisationsgesetzes und der in Betracht fallenden Bestimmungen des Bundesstraßprozesses. Am 21. Mai 1940 lag der Entwurf Bundesrichter Dr. Ziegler samt zugehörigem Bericht dem Eidg. Justiz- und Polizeideparte-

⁸⁾ ZSR NF 50 104a.

⁹⁾ BBl 1929 II 636; vgl. auch Rais ZSR NF 50 129a.

ment vor. Er wurde sofort dem Bundesgericht zur Vernehmlassung unterbreitet. Diese Vernehmlassung des Bundesgerichts vom 14. Januar 1941 ist begleitet von einem Revisionsentwurf des Bundesgerichts, in dem die Abänderungsvorschläge des Bundesgerichts mit dem Vorentwurf Ziegler verarbeitet sind.

F. Aufgabe und Umgrenzung des vorliegenden Berichtes

Soweit sich die erwähnten Revisionsentwürfe mit allgemeinen gerichtsorganisatorischen Fragen und der Abänderung des Organisationsgesetzes auf dem Gebiete der Zivil- und Staatsrechtspflege sowie der Rechtspflege in Schuldbetreibungs- und Konkursachen befassen, gehen sie über den Rahmen des vorliegenden Berichtes hinaus. Einzig die vom Bundesgericht vorgeschlagene Beschränkung der staatsrechtlichen Beschwerde aus Art. 4 BV wird näher zu prüfen sein. Dagegen sollen die Revisionsvorschläge des Entwurfes Ziegler und der Vernehmlassung des Bundesgerichts, soweit sie sich mit der Abänderung der Bestimmungen über die Weiterziehung kantonaler Strafentscheide an das Bundesgericht befassen, eingehend erörtert werden. Die Referenten betrachten es als ihre Hauptaufgabe, zu untersuchen, in welcher Weise die Weiterziehung in Strafsachen an das Bundesgericht vereinfacht werden kann, ohne daß dadurch die einheitliche Anwendung des Strafrechts gefährdet wird. Ferner wird zu prüfen sein, welche neuen, von der bisherigen Rechtsprechung nicht beantworteten Fragen sich zufolge der Ausdehnung der Weiterziehung auf die Fälle des schweizerischen Strafgesetzes für den Praktiker stellen. Endlich soll untersucht werden, in welcher Weise das Weiterziehungsverfahren des Bundesrechts und die kantonalen Strafprozeßordnungen gegenseitig angepaßt werden sollten, um dem Bundesgericht die Überprüfung der einheitlichen Anwendung des schweizerischen Strafrechts zu erleichtern.

Die Aufgabe der beiden Referenten ist also in erster Linie eine praktische, ein Versuch der Beantwortung der sich aus dem Inkrafttreten des Strafgesetzes für den Praktiker hinsichtlich der Weiterziehung in Strafsachen stellenden Fragen. Von einer eingehenden rechtswissenschaftlichen Darstellung des Verhandlungsgegenstandes wurde Umgang genommen; sie hätte den für die schriftlichen Referate vorgesehenen Umfang beträchtlich überstiegen.

I. Die rechtliche Natur der Nichtigkeitsbeschwerde.

1. Die Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof des Bundesgerichts, wie sie in Art. 268 ff. BStP gegen kantonale Urteile und Entscheide in Bundesstrafsachen vorgesehen ist und nach Art. 310 BStP auch gegen kantonale Urteile in Fiskalstrafsachen erhoben werden kann, ist ein außerordentliches Rechtsmittel des Bundesrechts gegen rechtskräftige kantonale Urteile und Entscheide, die durch kein kantonales ordentliches oder außerordentliches Rechtsmittel mehr weitergezogen werden können. Zwar steht die Zweckbestimmung dieses Rechtsmittels, die auch im einzigen Kassationsgrund — unrichtige Anwendung eidgenössischen Rechts — ihren Niederschlag findet, die Wahrung der Rechtseinheit auf dem Gebiete des schweizerischen Strafrechts, in einem unverneinbaren Gegensatz zur Ausgestaltung des Rechtsmittels als Kassationsbeschwerde gegen rechtskräftige kantonale Endurteile und Endentscheide. Allein dieser an sich unschöne und oft kritisierte¹⁰⁾ Gegensatz der allgemeinen Zweckbestimmung zur Ausgestaltung des Rechtsmittels ist m. E. ein durch die bundesstaatliche Organisation der Eidgenossenschaft und durch die verfassungsmäßig garantierte Gesetzgebungshoheit der Kantone auf

¹⁰⁾ Weiß, Die Kassationsbeschwerde in Strafsachen SZStR 13 158. Gut, Die Kassationsbeschwerde im eidg. Strafprozeß 115. Huber, Das Verfahren in Bundesstrafsachen 217.

dem Gebiete des Prozeßrechts bedingter. Das kantonale Recht ordnet den ordentlichen Prozeßgang, der vor den kantonalen Gerichten (erster oder oberer Instanz) seinen Abschluß findet, das kantonale Recht bestimmt, wann die von seinen Behörden gefällten Urteile und Entscheide in Rechtskraft erwachsen, ob sie in einem kantonalen Rechtsmittelverfahren weitergezogen, ob mit ordentlichen oder außerordentlichen Rechtsmitteln angefochten werden können. An dieses kantonale Verfahren anschließend ist — ohne weitgehende Eingriffe in das kantonale Prozeßrecht — nur ein Rechtsmittel denkbar, das sich gegen die schon rechtskräftigen kantonalen Endurteile richtet und — bei Vorliegen bestimmter Kassationsgründe — (Verletzung eidg. Rechts) deren Aufhebung ermöglicht. Ein solcher Eingriff in die kantonale Gesetzgebungshoheit auf dem Gebiete des Prozeßrechts¹¹⁾ könnte vor Art. 64 bis BV nur Bestand haben, wenn er zur einheitlichen Anwendung des Strafgesetzes, zur Wahrung der materiellen Rechtseinheit, notwendig wäre¹²⁾. Dies muß jedoch für das Gebiet des Strafrechts (im Gegensatz zum Zivilrecht) verneint werden. Die praktischen Wirkungen der Rechtskraft eines kantonalen Strafurteils erschöpfen sich in seinem von der Einlegung außerordentlicher Rechtsmittel unberührten Bestand und seiner Vollstreckbarkeit. Der Vollstreckbarkeit rechtskräftiger kantonalen Urteile kann nach Erhebung der Nichtigkeitsbeschwerde dadurch begegnet werden, daß der Kassationshof oder dessen Präsident von der ihm nach Art. 272 Abs. 5 BStP zustehenden Befugnis Gebrauch macht, die Aufschiebung des Vollzugs anzuordnen. Die Rechtskraft des kantonalen Urteils äußert ihre Wirkungen vor allem im Falle des

¹¹⁾ Erforderlich wäre eine allgemeine Bestimmung, die die Rechtskraft kantonalen Urteile in Bundesstrafsachen vor Ablauf der Frist zur Einlegung des bundesrechtlichen Rechtsmittels abschließt.

¹²⁾ Stämpfli, ZSR NF 50 83a. Burckhardt, Komm. z. BV 596.

Todes des Angeklagten während der Frist zur Einlegung der Nichtigkeitsbeschwerde oder — nach Einlegung der Beschwerde — vor der Beurteilung durch den Kassationshof; diesfalls wird das Beschwerdeverfahren gegenstandslos, und es verbleibt beim rechtskräftigen Urteil der kantonalen Instanz. Dieses Strafurteil ist aber — im Gegensatz zum Zivilurteil — der Natur seines Inhaltes wegen nicht mehr vollstreckbar; selbst die Vollstreckung einer ausgesprochenen Buße in den Nachlaß (oder gegenüber den Erben), die vielen kantonalen Gesetzen bekannt war, wird durch Art. 48 Ziff. 3 StGB ausgeschlossen. Bestehen bleibt die diffamierende Wirkung der Verurteilung mit ihren allfälligen Nebenwirkungen für die Angehörigen und die Kostensentenz, deren Vollstreckung gegenüber den Erben des verstorbenen Verurteilten möglich ist. Auch gewisse Nebenfolgen des Urteils (andere Maßnahmen, z. B. Enteignung) können sich praktisch gegenüber den Erben auswirken.

M. E. können aber die genannten nachteiligen Folgen doch keinen genügenden Grund dafür abgeben, um — unter Berufung auf die Wahrung der materiellen Rechtseinheit — die Nichtigkeitsbeschwerde — wie die zivilprozessuale Berufung — zu einem im ordentlichen Prozeßgang inbegriffenen Rechtsmittel gegen nicht rechtskräftige kantonale Urteile auszugestalten und den hierzu erforderlichen weitgehenden Eingriff in das kantonale Prozeßrecht zu rechtfertigen. Es kann sich höchstens fragen, ob allenfalls den Angehörigen oder Erben eines vor Ablauf der Weiterziehungsfrist oder nach Erhebung der Nichtigkeitsbeschwerde verstorbenen Angeklagten eine selbständige Legitimation zur Nichtigkeitsbeschwerde eingeräumt werden sollte, wie Clerc¹³⁾ dies vorschlägt. Vgl. hierüber VI 7 b, S. 172a ff. hiernach.

2. Die Nichtigkeitsbeschwerde der Art. 268 ff. BStP ist grundsätzlich kassatorisch, doch kann der

¹³⁾ Clerc, Du pourvoi en nullité 38.

Kassationshof in der Sache selbst entscheiden, wenn er zu einer Freisprechung gelangt, oder wenn sich die Beschwerde nur auf den Zivilpunkt bezieht (Art. 276 Abs. 3 BStP). Der Ausgestaltung der Nichtigkeitsbeschwerde zu einem reformatorischen Rechtsmittel in Angleichung an die Berufung in Zivilsachen steht Art. 64 bis BV entgegen, der die Rechtsprechung auf dem Gebiete des Strafrechts „wie bis anhin“ den Kantonen vorbehält. Es kann auch nicht gesagt werden, daß ein kassatorisches Rechtsmittel zur Wahrung der Rechtseinheit nicht genüge und nur ein reformatorisches Rechtsmittel eine einheitliche Rechtsanwendung¹⁴⁾ ermögliche. Die Befugnisse des Bundesgerichts in Strafsachen könnten also nicht durch Umgestaltung des bisher kassatorischen Rechtsmittels ausgedehnt werden¹⁵⁾. Damit entfällt auch die Möglichkeit, dem Bundesgericht bei Aufhebung eines freisprechenden kantonalen Endurteils die Befugnis einzuräumen, ein eigenes (verurteilendes) Erkenntnis in der Sache zu fällen¹⁶⁾; denn hierzu müßte dem Bundesgericht die Befugnis der freien Strafzumessung eingeräumt werden, was mit Art. 64 bis BV schwerlich vereinbar wäre. Die nach Art. 276 BStP dem Kassationshof zustehende Befugnis, in der Sache selbst zu entscheiden, wenn er zu einer Freisprechung gelangt, geht m. E. bis an die Grenzen des verfassungsmäßig Zulässigen¹⁷⁾.

Der VE Ziegler¹⁸⁾ und die Vernehmlassung des Bundesgerichts treten für eine Rückbildung der Nichtigkeitsbeschwerde im Strafpunkt zu einem

¹⁴⁾ Nicht zu verwechseln mit einheitlicher Entscheidung in Ermessensfragen, z. B. der Strafzumessung innerhalb des Strafrahmens.

¹⁵⁾ Weiß, Die Kassationsbeschwerde in Strafsachen, SZStR 13 127, 178 ff. v. Salis, Die Kompetenzen des Bundesgerichts in Strafsachen 166. Burckhardt, Komm. z. BV 396.

¹⁶⁾ Thormann, Schweiz. Strafgesetzbuch und kantonale Strafprozeßordnungen, Festgabe für Lothmar 54.

¹⁷⁾ Stämpfli, ZSR NF 50 99a.

¹⁸⁾ Bericht z. VE 118/119.

rein kassatorischen Rechtsmittel ein und wollen die heute dem Kassationshof zustehende — durch Art. 276 Abs. 3 BStP neu eingeführte — Befugnis, nach Aufhebung des angefochtenen Urteils selbst in der Sache zu entscheiden, wenn er zu einer Freisprechung gelangt, aufheben. Zur Begründung wird darauf hingewiesen, daß in einem freisprechenden Urteil des Bundesgerichts die Anwendung kantonaler Prozeßvorschriften, wonach der Freigesprochene ganz oder teilweise zu den Verfahrenskosten verurteilt werden kann, nicht möglich sei, was mit Art. 64 bis BV in Widerspruch stehe. Wenn aber eine Rückweisung zur Beurteilung der Kostenfrage erfolgen müsse, so habe auch die direkte Freisprechung durch den Kassationshof keinen Sinn mehr. Zudem weist der Bericht zum VE Ziegler¹⁸⁾ darauf hin, daß durch ein freisprechendes Urteil des Bundesgerichts eine Wiederaufnahme des Verfahrens (Revision) zu Ungunsten des Freigesprochenen nach kantonalem Strafprozeß ausgeschlossen sei (da sich diese nur gegen kantonale Urteile richten kann), der Bundesstrafprozeß aber eine Revision eines Sachurteils des Kassationshofes nicht vorsehe. Diese Ausführungen treffen zu. In der Tat hat die direkte Freisprechung durch das Bundesgericht (Art. 276 Abs. 3 BStP) nur so lange einen guten Sinn, als dadurch eine Rückweisung ausgeschlossen werden kann (Kostenersparnis). Muß eine Rückweisung aber ohnehin erfolgen — zur Beurteilung des Kostenpunktes — so kann ebensogut die kantonale Instanz das ganze Urteil in der Sache fällen, was zudem den Vorteil bietet, daß auf dieses neue kantonale Urteil die kantonalen Prozeßvorschriften betr. Revision Anwendung finden, so daß sich eine — sonst im Interesse der Rechtssicherheit erforderliche — bundesrechtliche Vorschrift betr. Revision eines Sachurteils des Kassationshofes erübrigt.

3. Die Nichtigkeitsbeschwerde i. S. der Art. 268 ff.

¹⁸⁾ Bericht z. VE 118/119.

¹⁹⁾ Stämpfli, N. 3 zu Art. 269 BStP und dort zit. Judikatur.

BStP ist eine unbeschränkte *revisio in iure*¹⁹⁾. Sie kann nur damit begründet werden, daß die angefochtene Entscheidung eidgenössisches Recht verletze (Art. 269 BStP). Der Kassationshof ist an die tatsächlichen Feststellungen der kantonalen Instanz gebunden, nicht aber an die Begründung der Rechtsbegehren der Parteien (Art. 275).

Eine Rückbildung der Nichtigkeitsbeschwerde i. S. der Beschränkung der Überprüfung des Kassationshofes auf die vom Beschwerdeführer geltend gemachten Rechtsverletzungen und desgleichen eine Beschränkung der Überprüfung auf offenkundig unrichtige Anwendung des eidg. Rechts (*beschränkte revisio in iure*), wie sie auch schon vorgeschlagen wurde, würde eine einheitliche Rechtsprechung und damit die Rechtseinheit auf dem Gebiete des Strafrechts überhaupt in Frage stellen. Die Revisionsentwürfe wollen hier mit Recht den Boden des geltenden Rechts nicht verlassen.

4. Nach Art. 275 Abs. 1, 2. Satz ist der Kassationshof an die tatsächlichen Feststellungen der kant. Behörde nicht gebunden, wenn eine Feststellung mit den Akten in Widerspruch steht. Durch diese Bestimmung wurde zwar — wie Stämpfli²⁰⁾ zutreffend ausführt — nur die Bindung des Kassationshofes an die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz negativ begrenzt und nicht etwa ein selbständiger Kassationsgrund geschaffen; allein schon jetzt ist diese Bestimmung in Nichtigkeitsbeschwerden recht ausgiebig als Kassationsgrund mißbraucht worden, und es ist vorauszusehen und zu befürchten, daß dieser Mißbrauch nach Inkrafttreten des StGB größeren Umfang annehmen wird, um — unter Verkennung der Tragweite des Art. 275 Abs. 1 BStP und auch des Begriffs der Aktenwidrigkeit²¹⁾ — an der Beweiswürdigung der kantonalen Instanz Kritik üben zu können. Die Vernehmlassung des Bundesgerichts

²⁰⁾ Stämpfli, N. 4 zu Art. 275 BStP.

²¹⁾ Vgl. z. B. BGE 62 I 60.

zum VE Ziegler²²⁾ schlägt deshalb — m. E. mit Recht — Streichung dieser Bestimmung vor und weist darauf hin, daß der Rechtsschutz durch diese Streichung nicht vermindert, sondern bloß die Illusion einer nicht bestehenden Überprüfungsbefugnis des Bundesgerichts beseitigt werde. Durch diese Streichung könnte der Kassationshof vor einer Reihe Nichtigkeitsbeschwerden bewahrt werden, die sich bei näherer Überprüfung als verkappte Appellationen darstellen und deren Angriff sich vor allem gegen die tatbeständliche Grundlage des angefochtenen Urteils richtet. Sollte der Kassationshof dann künftig wirklich einmal wegen aktenwidriger Feststellungen der Vorinstanz in der Überprüfung der Gesetzesanwendung behindert sein, so besteht immer noch die Möglichkeit einer Rückweisung nach Art. 277 BStP.

II. Die durch Nichtigkeitsbeschwerde anfechtbaren kantonalen Entscheidungen.

Nach Art. 268 BStP ist die Nichtigkeitsbeschwerde zulässig gegen Endurteile der kantonalen Gerichte, die nicht durch ein kantonales Rechtsmittel wegen Verletzung eidg. Rechts weitergezogen werden können, gegen letztinstanzliche Einstellungsbeschlüsse und gegen Strafbefehle der Verwaltungsbehörden, die nicht an die Gerichte weitergezogen werden können.

1. Endurteil i. S. des Art. 268 BStP ist also jedes Urteil der letzten (zweiten evtl. dritten) kantonalen Instanz, die nach dem kantonalen Prozeßrecht zu einer Überprüfung der richtigen Anwendung des Bundesrechts befugt ist. Das Urteil braucht nicht Sachurteil zu sein, d. h. auf Freisprechung oder Verurteilung zu lauten; auch eine Entscheidung, die die Behandlung einer Bundesstrafsache aus prozessualen Gründen, z. B. unter Verneinung der örtlichen Zuständigkeit, ablehnt — gleichgültig ob

²²⁾ Vernehmlassung 38/40.

dies in der Form des Urteils oder eines Vor- oder Zwischenentscheides erfolge — ist durch Nichtigkeitsbeschwerde anfechtbar. Erforderlich ist jedoch, daß das Urteil das Verfahren vor der kantonalen Instanz abschließt und zwar endgültig; ein Kontumazurteil, gegen das dem Verurteilten nach kantonalem Recht die Wiedereinsetzung zusteht, ist²³⁾ jedenfalls dann kein Endurteil, wenn nach kantonalem Prozeßrecht die Wiedereinsetzung keiner weiteren Begründung (Entschuldigungsgründe) bedarf²⁴⁾. Eine Ausnahme in dieser Richtung bildet das oberinstanzliche kantonale Urteil, das — in Gutheißung eines kassatorischen Rechtsmittels — die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückweist. In diesem Fall ist gegen das oberinstanzliche Urteil die eidg. Nichtigkeitsbeschwerde gegeben. Erforderlich ist jedoch auch hier, daß die kantonale Kassation wegen unrichtiger Anwendung des eidg. Rechts erfolgt. Ein bloß mit Verletzungen des kantonalen Rechts begründeter Kassationsentscheid in einer Bundesstrafsache ist kein Endurteil²⁵⁾. Ein Urteil kann für die einen Prozeßbeteiligten ein Endurteil sein, für andere aber nicht, dies dann, wenn das kantonale Prozeßrecht die Legitimation zu einem kantonalen Rechtsmittel auf bestimmte Prozeßbeteiligte beschränkt. Das ist z. B. der Fall für das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung, das nur der am Urteilstermin abwesenden Prozeßpartei (Angeklagter, Privatstrafkläger) zusteht, nicht aber der nicht kontumazierten Partei und nicht dem öffentlichen Ankläger.

Gleichgültig ist, ob die obere kantonale Instanz zu einer freien Überprüfung der Anwendung des Bundesrechts (unbeschränkte revisio in iure) befugt ist oder ob ihre Überprüfungsbefugnis durch den kantonalen Prozeß (z. B.

²³⁾ Hinsichtlich der Nichtigkeitsbeschwerde der kontumazierten Partei.

²⁴⁾ Vgl. Stämpfli, N. 2 zu Art. 268 BStP und dort. Zitate.

²⁵⁾ Stämpfli, N. 2 zu Art. 268 BStP und dort zit. Literatur und Judikatur, ders. ZSR NF 50 75a ff.

auf offenkundige Rechts- oder Gesetzesverletzungen) beschränkt werde. Das letzte kann allerdings zu Unzukömmlichkeiten führen, da ja die Überprüfungsbefugnis des Kassationshofes des Bundesgerichts hinsichtlich der Anwendung eidg. Rechts eine unbeschränkte ist. Allein solchen Unzukömmlichkeiten kann nicht durch eine Abänderung des Art. 268 BStP begegnet werden²⁶⁾, sondern es ist m. E. Sache der Kantone, ihr Prozeßrecht hier — unter Rücksichtnahme auf die Möglichkeit der eidg. Nichtigkeitsbeschwerde — anzupassen und der kantonalen obern Instanz entweder die Überprüfung der Anwendung des eidg. Rechts zu versagen (so z. B. Bern für die Nichtigkeitsklage, Art. 327 u. 328 StrV in der Fassung des Art. 29 Ziff. XVII u. XVIII EG z. StGB) oder aber eine freie Überprüfung der Anwendung eidg. Rechts zu ermöglichen.

2. Einstellungsbeschluß i. S. des Art. 268 BStP ist jeder in den Formen des kantonalen Rechts ergehende Beschluß (Einstellungs-, Aufhebungsbeschluß, Nichtzulassung der Anklage usw.), in welchem die weitere Verfolgung einer Bundesstrafsache abgelehnt wird, sei es unter Verneinung der Strafbarkeit, sei es mangels Beweises. Daß vor diesem Beschluß ein Verfahren stattgefunden habe (Präliminarverfahren, Voruntersuchung usw.), ist nicht etwa erforderlich. Einstellungsbeschluß ist also auch jeder Entscheid, der schon die Einleitung des Strafverfahrens, die Eröffnung der Strafverfolgung, ablehnt (Nichtfolgegebungs-, Nichtanhandnahme-, Sistierungs-, Ablehnungsbeschluß u. dgl.). Auch die Einstellung des Verfahrens wegen Abwesenheit des Angeschuldigten ist Einstellungsbeschluß i. S. des Art. 268 BStP²⁷⁾.

²⁶⁾ Man würde sonst zu den unter der Herrschaft der alten Kassationsbeschwerde (Art. 162 OG) bestehenden Schwierigkeiten (Unsicherheit darüber, gegen welches kantonale Urteil die eidg. Nichtigkeitsbeschwerde angehoben werden muß) zurückkehren, die durch die neue Fassung des Art. 268 BStP gerade vermieden werden sollten (Stämpfli, ZSR NF 50 75a).

²⁷⁾ BGE 61 I 421.

3. Strafbescheide sind die von einer nach kantonalem Recht mit der Verfolgung und Beurteilung von (Verwaltungs-) Strafsachen des eidg. Rechts betrauten Verwaltungsbehörde, d. h. nicht gerichtlichen Behörde²⁸⁾, erlassenen Entscheide (Strafbescheide, Strafmandate, Strafbefehle, Bußenankündigungen, Bußeneröffnungen usw.) unter der Voraussetzung, daß sie nicht an die Gerichte weitergezogen werden können.

4. Ältere und neuere Bestrebungen gehen dahin, zur Entlastung des Kassationshofes den Kreis der durch Nichtigkeitsbeschwerde anfechtbaren Entscheide enger zu ziehen. Stämpfli²⁹⁾ regt an, die Nichtigkeitsbeschwerde gegen erstinstanzliche Entscheide, die nicht an ein kantonales Obergericht weitergezogen werden können, auszuschließen. Jaeger³⁰⁾, Weiß³¹⁾ und die Botschaft des Bundesrates zum Bundesstraßprozeß³²⁾ wollen die Anfechtung von Verwaltungsentscheiden, die nach kantonalem Recht nicht an die Gerichte weitergezogen werden können, ausschließen. Beide Vorschläge gehen davon aus, daß es nicht Sache des Kassationshofes sein könne, den kantonalen Gerichten ihre Aufgabe abzunehmen, eine Aufgabe, von der die kantonalen Gerichte (bzw. die kantonale Oberinstanz) wegen der untergeordneten Bedeutung der Strafsache befreit worden seien. Beide Vorschläge erscheinen für die einheitliche Rechtsanwendung gefährlich und sind deshalb m. E. abzulehnen. Daß die Kantone nicht für eine oberinstanzliche Beurteilung von Bundesstrafsachen oder für eine gerichtliche Überprüfung von Verwaltungsbescheiden in Bundesstrafsachen sorgen, kann m. E. keinen genügenden Grund dafür abgeben, daß sich nun auch der Bund an diesen Sachen desinteressiert und die Überprüfung auf eine richtige An-

²⁸⁾ Clerc, Du pourvoi en nullité 11.

²⁹⁾ ZSR NF 50 96a.

³⁰⁾ Entw. z. OG 105.

³¹⁾ ZSR NF 50 97a.

³²⁾ BBl 1929 II 638.

wendung des eidg. Rechts ablehnt, so daß in gewissen Fällen der erstinstanzliche Richter oder gar die kantonale Verwaltungsbehörde als einzige (erste und letzte) Instanz in Bundesstrafsachen zu urteilen hätte. Da von Bundesrechts wegen den Kantonen nicht vorgeschrieben werden kann, in welchen Strafsachen eine oberinstanzliche Überprüfung bzw. gerichtliche Beurteilung erfolgen muß, so steht nicht mit Sicherheit fest, ob nicht in einigen Kantonen Strafsachen unter die kantonalrechtliche Überprüfungsbeschränkung fielen, die weder vom Bundesrecht noch vom Kassationshof als „Bagatellstrafsachen“ betrachtet würden. M. E. wird der Kassationshof die Aufgabe der (zweitinstanzlichen) Überprüfung solcher Strafsachen auf die Anwendung des eidg. Rechts hin doch auf sich nehmen müssen, da sonst seine Kompetenz allzusehr von der kantonalen Gesetzgebung abhängig wäre. In die Revisionsentwürfe sind diese beiden Einschränkungen nicht aufgenommen worden.

III. Der Kassationsgrund: Die Verletzung eidg. Rechts.

Nach Art. 269 BStP kann die Nichtigkeitsbeschwerde nur damit begründet werden, daß die angefochtene Entscheidung eidg. Recht verletzt. Es geht über den Rahmen dieses Referates hinaus, die herrschende Lehre und Rechtsprechung zur Frage, wann eine Verletzung eidg. Rechtes vorliege, abschließend zu behandeln. Es können deshalb nach einigen grundlegenden Ausführungen nur einzelne Fragen herausgegriffen werden, die mit Inkrafttreten des StGB erhöhte Bedeutung erhalten werden.

1. Eidg. Recht im Gegensatz zum kantonalen und ausländischen Recht sind die von einer zuständigen eidg. Behörde erlassenen Rechtsnormen, gleichgültig ob es sich hierbei um materielles Strafrecht oder um Verfahrensvorschriften des Bundes handle. Nicht erforderlich ist die Verletzung einer bestimmten Gesetzesvorschrift; Rechtsverletzung ist vielmehr auch die Ver-

letzung eines aus einer eidg. Vorschrift folgenden Rechtsgrundsatzes. Eine Verletzung eidg. Rechts liegt nicht nur in der Nichtanwendung oder falschen Anwendung eidg. Rechts, sondern auch in der zu Unrecht erfolgten Anwendung eidg. Rechts an Stelle des kantonalen Rechts, eine Rechtsverletzung, die gerade in der Übergangszeit wie auch die gegenteilige (kantonales Recht statt eidg. Recht) häufig vorkommen wird. Liegt die Rechtsverletzung in der Nichtanwendung oder unrichtigen Anwendung einer Verfahrensvorschrift des Bundes, so muß sie zur angefochtenen Entscheidung kausal sein³³). Aber auch wo bei der Urteilsfindung selbst Bundesrecht verletzt wurde, muß die — aus den Erwägungen ersichtliche — Rechtsverletzung sich in der Urteilsformel auswirken. Dies ist dann nicht der Fall, wo eine von mehreren zur Begründung des Urteils verwendeten Erwägungen eine Bundesrechtsverletzung enthält, diese Erwägung aber zur Stützung des Urteils nicht erforderlich ist; dasselbe gilt für überflüssige und unrichtige akademische Erörterungen in den Urteils-erwägungen; denn der Angriff der Nichtigkeitsbeschwerde richtet sich gegen die Urteilsformel; ein Rechtsmittel gegen die Urteilserwägungen³⁴) ist dem Bundesstrafprozeß unbekannt.

Eine Rechtsverletzung liegt auch dann vor, wenn in einer nach kantonalem Recht zu beurteilenden Strafsache bei Beurteilung einer materiellrechtlichen Präjudizialfrage (z. B. der Frage der Rechtswidrigkeit) das materielle Bundesstrafrecht³⁵) unrichtig angewendet worden ist. Solche Fälle werden allerdings nach Inkrafttreten des Strafgesetzbuches selten vorkommen³⁶).

³³) Stämpfli, N. 6 zu Art. 269 BStP und dortige Zitate; Clerc, Du pourvoi en nullité 25.

³⁴) Wie sie z. B. die Basler StPO § 247 kennt.

³⁵) Nicht das Bundesrecht schlechthin (also die Bundesverfassung oder das Zivilrecht), wie Clerc a. a. O. 27 ff. irrig annimmt.

³⁶) Wo das kantonale Übertretungsstrafrecht (Einführungs-

2. Was Tatfrage (die der Überprüfung des Kassationshofes entzogen ist) und was Rechtsfrage ist, beurteilt der Kassationshof selbst³⁷⁾; er ist dabei an Vorschriften des kantonalen Rechts nicht gebunden. In Betracht fallen hier namentlich Bestimmungen der kantonalen Strafprozesse, die noch das klassische Geschwornengericht kennen und die — wie übrigens auch Art. 112 BV — vorsehen, daß die Geschwornen über die „Tatfrage“ urteilen; gemeint ist die Schuldfrage. Die Geschwornen beurteilen in sehr vielen Fällen nicht nur die Tatfrage, sondern auch die Tatbestandsmäßigkeit der begangenen Tat, also eine Reihe von Rechtsfragen³⁸⁾. Da der Wahrspruch der Geschwornen (bei der alten Zweiteilung in Geschwornenbank und Richterbank) nicht begründet wird, ist es — insbesondere im Falle der Freisprechung — meist nicht möglich, zu erkennen, ob die Geschwornen aus Gründen mangelnden Beweises oder aus rechtlichen Erwägungen zu ihrem Wahrspruch gelangten. Dadurch wird die bundesgerichtliche Überprüfung der einheitlichen Rechtsanwendung aber gerade in den schwersten Fällen in Frage gestellt³⁹⁾. Es könnte sich deshalb fragen, ob die Einrichtung des klassischen Geschwornengerichts — wie es auch der Bundesstrafprozeß (Art. 182 ff. BStP) noch kennt — nach Inkrafttreten des StGB nicht zu den Vorschriften des BStP — insbesondere Art. 277 BStP — in Widerspruch steht; denn ein Wahrspruch der Geschwornen, der die Beantwortung von Tat- und Rechtsfragen nicht auseinanderhält, krankt an Mängeln, die dem Kassationshof die Nachprüfung der Rechts-

gesetz) den allgemeinen Teil des StGB anwendbar erklärt, findet dieser als kantonales Recht und nicht etwa als eidg. Recht Anwendung.

³⁷⁾ Rechtsfragen sind z. B. die Umschreibung der Begriffe: Vorsatz, Fahrlässigkeit, Not, Leichtsinn, Rechtswidrigkeit, Bereicherung usw.

³⁸⁾ Vgl. z. B. Thormann ZSR NF 50 349a.

³⁹⁾ Vgl. Stämpfli, N. zu Art. 277 BStP und dortige Zitate, ferner BGE 63 I 141.

anwendung nicht erlauben. Allein ein so weitgehender und schwerer Eingriff in die kantonale Gerichtsbarkeit scheint mir mit Art. 64 bis BV kaum vereinbar, solange die Rechtseinheit in diesen schwersten Fällen auf andere Weise gesichert werden kann. Das wäre m. E. — ohne Verstoß gegen Art. 64 bis BV — dadurch zu erreichen, daß an kantonale Entscheide in Bundesstrafsachen das Erfordernis geknüpft würde, daß die Beantwortung der Tat- und Rechtsfragen auseinandergehalten werden muß, eine Vorschrift, die in Art. 277 BStP eingefügt werden könnte. Wie die getrennte Beantwortung der Tat- und Rechtsfragen erreicht werden soll, würde so den Kantonen anheim gestellt werden. So würde auch die Einrichtung des klassischen Geschwornengerichts als solche nicht in Frage gezogen. Wenn auch die Trennung der Tat- und Rechtsfragen bei der Fragestellung an die Geschwornen schwerlich ganz durchzuführen wäre⁴⁰⁾, so könnte doch schon eine die einzelnen Tatbestandselemente auseinanderhaltende Fragestellung (unter Preisgabe der sog. Hauptfrage) u. U. zu einem die rechtliche Überprüfung erleichternden Resultate führen. Dasselbe wäre — unter Beibehaltung des alten Geschwornengerichts — auch denkbar, wenn — wie dies der Genfer Prozeß vorsieht und wie es auch Art. 203 des bundesrätlichen Entwurfes zum BStP vorsah — der Assisenpräsident den Beratungen der Geschwornen beiwohnen dürfte, einerseits um auf Wunsch weitere Rechtsbelehrungen zu erteilen, anderseits um im Urteil eine kurze getrennte Beantwortung der Tat- und Rechtsfragen geben zu können⁴¹⁾.

Die Weiterentwicklung der kantonalen Strafprozesse wird aber ohnehin nach Inkrafttreten des StGB eher in

⁴⁰⁾ Thormann, ZSR 50 NF 349a.

⁴¹⁾ Es wäre auch denkbar, über die Beratungen der Geschwornen ein Protokoll aufzunehmen, das — ohne weitere Einzelheiten der Beratung wiederzugeben, — sich lediglich über die getrennte Beantwortung der Tat- und Rechtsfragen auszusprechen hätte.

der Richtung des reformierten Geschwornengerichts gehen, da zufolge der sehr weiten Strafraumen des StGB die Entscheidung der Schuldfrage gegenüber der Strafzumessung an Bedeutung verloren hat, gerade die Strafzumessung aber im klassischen System dem Einfluß der Geschwornen entzogen ist⁴²⁾.

3. Schwierigkeiten scheint die Beantwortung der Frage zu bereiten, wann eine Ermessensüberschreitung Rechtsverletzung sei. Sie stellt sich insbesondere für die Strafzumessung und die Frage der Gewährung des bedingten Strafvollzuges. Die bisherige Rechtsprechung und auch die herrschende Lehre haben angenommen, daß bei der Strafzumessung nur die Anwendung einer ungesetzlichen Strafe oder eines unzulässigen Strafmaßes oder die Nichtverhängung einer gesetzlich vorgeschriebenen Strafe eine Rechtsverletzung darstelle⁴³⁾. Diese Umschreibung ist insofern zu eng, als bei der Strafzumessung im weiteren Sinne eine Rechtsverletzung auch in der unrichtigen Anwendung der Bestimmungen über den Rückfall, das Zusammentreffen strafbarer Handlungen usw. liegen kann, ohne daß deshalb das gesetzliche Strafmaß im Urteil überschritten zu sein braucht. Im Fernern stellt sich die Frage, wann eine Strafe, eine Maßnahme, eine Strafmilderung oder der bedingte Strafvollzug gesetzlich vorgeschrieben sei, ob nur dann, wenn sie das Gesetz zwingend vorschreibt oder auch dann, wenn das Gesetz sie bloß fakultativ vorsieht, aber an bestimmte Voraussetzungen knüpft. Es ist hier m. E. zu unterscheiden: Die Nichtanwendung einer zwingend vorgeschriebenen Strafe, Maßnahme, Straf-

⁴²⁾ Vgl. nun z. B. auch den zürch. VE z. EG z. StGB der in Art. 28 (§ 58 ff. Gerichtsverfassung) und Art. 30 (§ 198 ff. insbes. 259 StPO) das System des klassischen Geschwornengerichts fallen lassen will. (Diese Schwurgerichtsreform ist inzwischen, am 6. Juli 1941, vom Zürcher Volk verworfen worden.)

⁴³⁾ Vgl. Stämpfli, N. 5 zu Art. 169 BStP und dortige Zitate.

milderung usw. ist Rechtsverletzung. Ist die Anwendung aber bloß fakultativ vorgesehen, so liegt eine Rechtsverletzung nicht vor, wenn das Gesetz selbst die Voraussetzungen dieser Strafe, Maßnahme usw. nicht abschließend umschreibt, ihre Verhängung oder Anwendung also ins freie Ermessen des Richters stellt⁴⁴⁾. Anders ist es aber zu halten, wo das Gesetz die allgemeinen Grundsätze der Anwendung des richterlichen Ermessens selbst regelt. Diese Grundsätze, die die Anwendung des richterlichen Ermessens regeln, sind Rechtsgrundsätze und ihre Nichtanwendung oder unrichtige Anwendung oder die Anwendung weiterer dem Gesetz fremder Ermessensregeln stellt eine Rechtsverletzung dar. So kann der Richter die Rechtswohltat des bedingten Strafvollzuges, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen gegeben sind (Art. 41 Ziff. 1 StGB) — ohne Ermessensüberschreitung — nicht aus Gründen verweigern, die auf die Aufstellung weiterer allgemeiner Regeln hinauslaufen würden (z. B. Ausschluß des bedingten Strafvollzuges für alle strafbaren Handlungen gegen die Sittlichkeit), sondern nur aus Erwägungen, die auf den besonderen Umständen des konkreten Falles beruhen. In letzter Hinsicht ist sein Ermessen frei⁴⁵⁾.

IV. Die Beschränkung der Überprüfungsbefugnis des Kassationshofes.

A. Durch Beschränkung des Rechtsmittels auf einzelne Teile der angefochtenen Entscheidung.

Wenn an der Rechtsprechung des Kassationshofes festgehalten werden soll, wonach die Nichtigkeitsbe-

⁴⁴⁾ So z. B. Strafmilderung bei Versuch (Art. 21 Abs. 1, 22 Abs. 1 StGB) und Gehilfenschaft (Art. 25 StGB).

⁴⁵⁾ Vgl. Kirchhofer, Fragen des neuen Militärstrafrechts SZStR 42 13 ff. Urt. des Militärkassationsgerichts vom 26. September 1938 i. S. Isele; Wengen, Der bedingte Strafvollzug und seine Anwendung im Schweiz. Militärstrafrecht 47 f.

schwerde auf einzelne Teile des kantonalen Endurteils⁴⁶⁾ beschränkbar ist⁴⁷⁾ — eine Rechtsprechung, die sich auf den Wortlaut des Art. 275 Abs. 1 1. Satz BStP stützen kann — so sollte anlässlich der Revision der Art. 268 ff. BStP geprüft werden, ob nicht den Prozeßparteien, wenigstens aber dem Angeklagten, ein Anschlußrechtsmittel eingeräumt werden sollte. Der Angeklagte — insbesondere der unverbeiständete — würdigt ein gegen ihn ergangenes Strafurteil regelmäßig als Ganzes, und nicht in den einzelnen Teilen. Wesentlich für ihn ist die ausgesprochene Strafe. Es wird häufig vorkommen, daß der Angeklagte, der im letztinstanzlichen kantonalen Urteil einer strafbaren Handlung (z. B. des Diebstahls) schuldig erklärt, von der Anschuldigung einer weiteren realiter konkurrierenden (z. B. Veruntreuung) aber freigesprochen wurde, in der Erkenntnis, daß die ihm auferlegte Strafe ihn gerechterweise treffe, es — unbekümmert um die Richtigkeit der Rechtsanwendung in den einzelnen Punkten — unterläßt, gegen die Verurteilung Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof des Bundesgerichts einzulegen. Erhebt aber der öffentliche Ankläger eines Kantons oder ein Privatstrafkläger gegen das kantonale Urteil Nichtigkeitsbeschwerde unter Beschränkung auf den Punkt, in dem der Angeklagte freigesprochen wurde, so läuft der Angeklagte Gefahr, daß das kantonale Urteil nur soweit auf Freisprechung lautend kassiert wird und er im neuen Entscheid vom kantonalen Gericht auch in diesem Punkte verurteilt wird, während das erste Urteil, auch soweit es auf Verurteilung lautet, auf einer Verletzung eidg. Rechts beruht. Besonders stoßend müßte es empfunden werden, wenn zufolge Beschränkung der Nichtigkeitsbeschwerde nur ein Teil des angefochtenen Urteils kassiert werden könnte, wenn die gerügte Rechtsverletzung (z. B. Verletzung einer eidg. Verfahrensvor-

⁴⁶⁾ Sogar auf einzelne Teile der Strafzumessung, z. B. Nebenstrafen.

⁴⁷⁾ BGE 50 I 341, 56 I 412.

schrift) das ganze Urteil beschlägt. Die Beschränkbarkeit der Nichtigkeitsbeschwerde innerhalb des Strafpunktes, insbesondere der Strafzumessung (auf einzelne Strafarten, sichernde Maßnahmen, Nebenstrafen), die doch ein organisches Ganzes bilden sollte, sollte m. E. überhaupt nicht zugelassen werden. Eine völlig von der Parteiwillkür abhängige Einengung der bundesgerichtlichen Überprüfung widerspricht auch der das Strafverfahren — auch das Rechtsmittelverfahren — beherrschenden *Offizialmaxime*⁴⁸⁾. Wird eine Beschränkbarkeit der Nichtigkeitsbeschwerde innerhalb des Strafpunktes verneint, so würde sich auch eine „Anschlußnichtigkeitsbeschwerde“ erübrigen.

B. Durch das Verbot der *reformatio in peius*.

Die künftige Rechtsprechung des Bundesgerichts wird auch zur Frage des Verbots der *reformatio in peius* Stellung nehmen müssen. Der Bundesstrafprozeß kennt dieses Verbot für die Nichtigkeitsbeschwerde gegen Urteile des Bundesstrafgerichts (Art. 227 Abs. 2 BStP). Für die Nichtigkeitsbeschwerde gegen Urteile der kantonalen Strafgerichte und -behörden (Art. 268 ff. BStP) fehlt eine ähnliche Bestimmung; jedoch kennen viele kantonale Strafprozeßordnungen (z. B. Basel, Zürich, Bern, Glarus, Zug, Appenzell I.-Rh., Wallis)⁴⁹⁾ ein Verbot der *reformatio in peius*, teils zugunsten aller Parteien, teils nur zugunsten des einzig ein Rechtsmittel einlegenden Angeklagten. Hat in einem dieser Kantone nur der An-

⁴⁸⁾ Die sog. „Parteirechte“ sind den Prozeßbeteiligten im Strafverfahren nur zur Erreichung des Verfahrenszwecks — der gerechten Bestrafung des Schuldigen und Freisprechung des Unschuldigen — eingeräumt und sind — wie der ganze Parteibetrieb — bloß Mittel zur Erreichung dieses Verfahrenszweckes (vgl. Burckhardt, Einführung in die Rechtswissenschaft 181). Eine Dispositionsbefugnis über den Prozeßgegenstand — der ja öffentlichen Rechts ist, — steht den Parteien im Gegensatz zum Zivilprozeß nicht zu.

⁴⁹⁾ Vgl. Schwendener, Das Rechtsmittel der Berufung im schweiz. Strafprozeß 122 ff.

geklagte gegen ein erstinstanzliches kantonales Urteil ein Rechtsmittel ergriffen, so ist die oberinstanzliche (kantonale) Überprüfung des Falles durch das Verbot der *reformatio in peius* gesetzlich eingeschränkt: Die obere Instanz darf das erstinstanzliche Urteil nicht zu Ungunsten des Angeklagten abändern. Gelangt — vielleicht gerade deshalb — die obere kantonale Instanz zu einer Bestätigung des angefochtenen Urteils und erhebt eine der Prozeßparteien (Angeklagter, Privatstrafkläger oder öffentlicher Ankläger) gegen dieses kantonale Endurteil Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof des Bundesgerichts, so ist es wohl möglich, daß der Kassationshof zur Auffassung gelangt, daß eine Verletzung eidg. Rechts vorliege, daß aber eine Kassation nur zu einem für den Angeklagten ungünstigeren Urteil führen könnte. Der Kassationshof wird hier wohl trotz Vorliegen einer Verletzung des eidg. Rechts von einer Kassation Umgang nehmen müssen. Eine Kassation würde die kantonale Rechtsmittelinstanz, an die die Sache gemäß Art. 276 BStP zu neuer Entscheidung zurückgewiesen würde, vor die schwierige Wahl stellen, in ihrem neuen Urteil entweder das kantonalrechtliche Verbot der *reformatio in peius* zu mißachten und der Entscheidung die rechtlichen Erwägungen des Kassationshofes zugrunde zu legen oder aber die rechtliche Begründung des Entscheides des Kassationshofes zu mißachten (Verstoß gegen Art. 276 Abs. 2 BStP), um das Verbot der *reformatio in peius* beachten zu können. Selbst wo eine kantonale Strafprozeßordnung eine verbotene *reformatio in peius* zu Ungunsten des Angeklagten nur in einer schärfern Bestrafung erblickt (so Bern Art. 319 StrV), kann dieser Fall eintreten, wenn nämlich die Verletzung des eidg. Rechts darin liegt, daß die kantonale erste Instanz einen Fall unter die mit leichterem Strafe bedrohte Norm subsumierte (Unterschlagung statt Veruntreuung).

Hält man aber eine Kassation, die nur zu einer in Verletzung des kantonalen Verbotes der *reformatio in*

peius erfolgenden strengen Verurteilung führen könnte, nicht für möglich, so hätte dies wohl auch zur Folge, daß auf Nichtigkeitsbeschwerden, die eine derartige Kassation anstreben, um ein zu Ungunsten des Angeklagten lautendes Urteil zu erlangen, gar nicht einzutreten wäre. Der Nichtigkeitsbeschwerdeführer (Privatstraßkläger, öffentlicher Ankläger, Bundesanwalt) hätte in solchen Fällen eben gegen das erstinstanzliche kantonale Urteil selbst ein kantonales Rechtsmittel einlegen sollen, was die Überprüfung durch die kantonale Rechtsmittelinstanz von der Beschränkung durch das Verbot der reformatio in peius befreit hätte.

V. Ausschluß der Weiterziehbarkeit von Bundesstrafsachen in bestimmten Fällen.

1. Sowohl der VE Ziegler als auch der Entwurf des Bundesgerichts wollen die Anfechtbarkeit eines kantonalen Endurteils mit der Nichtigkeitsbeschwerde — in Anklang an die Appellabilität — von der Strafe abhängig machen, und zwar nicht etwa von der auf die Tat angedrohten Strafe, sondern von der Höhe der im konkreten Einzelfall ausgesprochenen Buße. Ein kantonales Endurteil (oder ein kantonaler Straßbescheid) in Bundesstrafsachen soll mit der Nichtigkeitsbeschwerde dann nicht angefochten werden können, wenn der Angeeschuldigte in Anwendung des II. Buches des StGB zu einer Buße von weniger als 200 Fr. oder in Anwendung eines andern Straßgesetzes zu einer Buße von weniger als 50 Fr., beides allein oder in Verbindung mit Wirtshausverbot verurteilt wurde (Art. 268 VE des Bundesgerichts). Art. 270 VE Ziegler geht noch weiter und macht — im Falle der Freisprechung durch die kantonale Instanz — die Weiterziehbarkeit von einem Antrag des öffentlichen Anklägers oder des Privatstraßklägers auf eine Buße von mindestens 200 Fr. bzw. mindestens 50 Fr. abhängig.

Beide Entwürfe behalten immerhin — ohne Rücksicht auf die ausgesprochene Strafe — die Nichtigkeitsbeschwerde wegen Anwendung kantonalen statt eidgenössischen Rechts und Verletzung eidgenössischer Zuständigkeitsvorschriften vor.

Es ist zuzugeben, daß derartige Einschränkungen eine wesentliche Entlastung des Kassationshofes herbeiführen würden. Trotzdem glaube ich, daß sie im Hinblick auf die darin liegende Gefährdung der Rechtseinheit, die Verletzung wesentlicher Parteiinteressen und die Verletzung des jedem akkusatorisch gestalteten Strafprozeß wesentlichen Grundsatzes der Waffengleichheit abgelehnt werden müssen.

Die angestrebte Entlastung des Kassationshofes kann ohne Gefährdung solcher höherer Interessen auf diesem Wege nicht gefunden werden.

Sowohl der VE Ziegler als die Vernehmlassung des Bundesgerichts nehmen an, daß eine Beschränkung der Nichtigkeitsbeschwerde nach der an der ausgesprochenen Buße meßbaren Bedeutung der Strafsache möglich sei und das Bundesgericht nicht wegen einer verhältnismäßig niedrigen Buße in Anspruch genommen werden sollte. Der VE Ziegler weist zum Vergleich auf die Beschränkung der Berufung hin, wo bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten die Bedeutung des Streites nach ihrem Streitwert bemessen werde. Ein solcher Vergleich zwischen Strafsachen und Zivilsachen und die angestrebte Parallelstellung von Streitwert und ausgesprochener Buße erscheint uns in verschiedener Richtung anfechtbar:

a) Es wird vernachlässigt, daß bei einem Strafurteil (im Gegensatz zum Zivilurteil in einer vermögensrechtlichen Streitigkeit) der Angeklagte nicht bloß durch die ausgesprochene Strafe beschwert wird, sondern in erster Linie durch die Schuldigerklärung als solche. Die Schuldigerklärung wegen einer strafbaren Handlung kann den Verurteilten bedeutend schwerer treffen als die

Strafe, besonders wenn nur eine Buße ausgesprochen wird, man denke bloß an die Eintragung der Verurteilung (wegen Verbrechen und Vergehen) ins Strafregister (Art. 360 lit. a StGB). Eine Verurteilung zu einer Buße (von unter 200 Fr.) ist bei den weiten Strafrahmen des StGB z. B. bei folgenden Vergehen möglich: Fahrlässige Tötung, Unterschlagung, leichte Fälle von Hehlerei, Zechprellerei, Erschleichung einer Leistung, Warenfälschung, öffentliche unzüchtige Handlung, Münzverringerung, Fälschung amtlicher Zeichen, Fälschung von Ausweisen, Landfriedensbruch, Störung des Totenfriedens, Tierquälerei, tätliche Angriffe auf schweizerische Hoheitszeichen, militärischer Nachrichtendienst, Wahlbestechung, Wahlfälschung, Amtsanmaßung, Siegelbruch, Irreführung der Rechtspflege, Annahme von Geschenken, Verletzung des Amtsgeheimnisses.

Eine Buße kann aber auch bei Versuch, Anstiftungsversuch und Gehilfenschaft bei folgenden wahlweise mit Gefängnis bedrohten Verbrechen ausgesprochen werden (Art. 21 Abs. 1, 22 Abs. 1, 24 Abs. 2, 25 StGB in Verbindung mit Art. 65 StGB): z. B. Verleitung und Beihilfe zum Selbstmord, Abtreibung durch Dritte, Diebstahl, Betrug, Erpressung, Wucher, betrügerischer Konkurs, Pfändungsbetrug, Nötigung zu unzüchtiger Handlung, Schändung durch unzüchtige Handlung, unzüchtige Handlung mit Kindern, mit Pflegebefohlenen, Fälschung von Maß und Gewicht, Urkundenfälschung, falsches Zeugnis. Bei der vorgeschlagenen Beschränkung wäre es also möglich, daß ein wegen einer Übertretung des StGB zu einer Buße von über 200 Fr. Verurteilter das Urteil durch Nichtigkeitsbeschwerde weiterziehen könnte, nicht aber der wegen Versuch eines Verbrechens (z. B. Diebstahlsversuch) zu einer Buße von unter 200 Fr. Verurteilte, dessen bürgerliche Stellung durch das Urteil schwer beeinträchtigt wird, u. U. vernichtet werden kann.

b) Die Entwürfe übersehen offenbar, daß bei der Festsetzung der Höhe der Buße nach Art. 48 Ziff. 2

StGB der Richter den Verhältnissen des Täters Rechnung tragen soll. Für die Verhältnisse des Täters sind dabei (Art. 48 Ziff. 2 Abs. 2 StGB) namentlich von Bedeutung sein Einkommen und sein Vermögen, sein Familienstand und seine Familienpflichten, sein Beruf und sein Erwerb, sein Alter und seine Gesundheit. Würde also die Weiterziehbarkeit eines kantonalen Endurteils von der Höhe der ausgefallten Buße abhängig gemacht, so hätte dies praktisch zur Folge, daß der in guten Vermögens- und Erwerbsverhältnissen stehende und deshalb zu einer hohen Buße Verurteilte gegen die Verurteilung Nichtigkeitsbeschwerde einlegen könnte, nicht aber der in Anbetracht seiner schlechten Finanzlage und seiner Familienlasten, seiner Krankheit usw. zu einer gelinden Buße Verurteilte. Die Beschränkung würde also gerade dem finanziell und sozial Schwachen die Weiterziehung eines unrichtigen kantonalen Endurteils versagen.

Da nach Art. 48 StGB für die Festsetzung der Höhe der Buße — neben der Schwere des Verschuldens — vor allem die Verhältnisse des Täters bestimmend sind, kann die Bedeutung der Strafsache (Schwere der Verfehlung) nicht mehr an der Höhe der Buße gemessen werden, wie dies vielfach unter der Herrschaft der kantonalen Strafgesetze (mit ihren je nach der objektiven Schwere des Delikts und des deliktischen Erfolges abgestuften Bußandrohungen) der Fall war und nach einigen Neben-erlassen des Bundes und besonders der Kantone noch weiterhin der Fall sein wird.

Ein Vergleich mit dem Streitwert in Zivilrechtsstreitigkeiten ist also auch deshalb nicht angebracht.

c) Die vorgeschlagene Beschränkung trägt aber auch dem Vollzug der Buße, insbesondere der in Art. 49 Ziff. 3 StGB vorgesehenen Umwandlung der Buße in Haft bei Nichtbezahlung der Buße binnen drei Monaten, wenig Rechnung. Wohl hat der Richter die Möglichkeit, schon im Urteil die Umwandlung auszuschließen, und sie kann

auch in einem spätern Beschluß ausgeschlossen werden, wenn der Verurteilte nachweist, daß er schuldlos außer Stand ist, die Buße zu bezahlen. Mangels eines solchen Ausschlusses der Umwandlung wird aber die Buße in Haft umgewandelt, wobei zehn Franken Buße einem Tag Haft gleichgesetzt werden. Eine Buße von 200 Fr. entspricht also einer Umwandlungsstrafe von 20 Tagen Haft.

d) Ferner hätte die vorgeschlagene Einschränkung der Weiterziehbarkeit auch eine Verletzung des Grundsatzes der Waffengleichheit zur Folge. Der VE Ziegler sucht dies zwar zu vermeiden, indem er für den öffentlichen Ankläger und den Privatstraßkläger die Weiterziehbarkeit von einem Antrag auf Buße von wenigstens 200 Fr. (bzw. 50 Fr.) abhängig macht. Dies hätte aber einen Eingriff in das kantonale Strafverfahren bedingt, indem der öffentliche Ankläger des Kantons hätte verpflichtet werden müssen, in jeder Strafsache einen Antrag zu stellen, was bei Kantonen mit unausgebautem Institut der Staatsanwaltschaft nicht tunlich ist. Zudem hätte auch dem Privatstraßkläger die Befugnis eingeräumt werden müssen, einen Antrag auf bestimmte Strafart und Strafhöhe zu stellen, eine Befugnis, die ihm nicht nach allen kantonalen Prozessen zusteht. Endlich wäre so die Weiterziehbarkeit völlig in die Hand des öffentlichen Anklägers und Privatstraßklägers gelegt worden, die schon durch ihre Antragstellung die Voraussetzung der Weiterziehbarkeit (für sich) hätten begründen können. Das Bundesgericht hat in diesem Punkte deshalb mit Recht am Vorentwurf Ziegler Kritik geübt. Es hat vorgezogen, die Weiterziehbarkeit nur im Falle der Verurteilung des Angeklagten zu einer Buße — nicht aber bei Freisprechung — zu beschränken. Dem wohl erwarteten Einwand einer Verletzung des Grundsatzes der Waffengleichheit begegnet die Vernehmlassung⁵⁰⁾ mit dem Hinweis auf die Verschiedenheit der prozessualen

⁵⁰⁾ S. 34.

Stellung des öffentlichen Anklägers (der über die richtige Anwendung der Gesetze zu wachen habe) und des aus eigenen privaten Interessen handelnden verurteilten Angeklagten. Allein was für den öffentlichen Ankläger ins Feld geführt werden kann, gilt doch offenbar nicht auch für den Privatstrafläger, der ja — wie der Angeklagte — seine eigenen privaten Interessen verfißt. In den Kantonen, die die prinzipiale Privatstraflage kennen, werden im Privatstraflageverfahren gerade diejenigen Prozesse behandelt, wo das staatliche Interesse an der Strafverfolgung etwas in den Hintergrund tritt, insbesondere Ehrverletzungen, einfache Körperverletzung, Tötlichkeiten, Hausfriedensbruch u. dgl. Gerade in diesen Fällen wäre aber der Grundsatz der Waffengleichheit zwischen Angeklagtem und Privatstrafläger — was die Weiterziehungsmöglichkeit anbelangt — praktisch aufgegeben. Der Angeklagte könnte nur bei Verurteilung zu einer Buße von wenigstens 200 Fr. die Nichtigkeitsbeschwerde erheben, der Privatstrafläger aber gegen jede Freisprechung, möge der Fall noch so belanglos sein.

e) Endlich würde bei der in den Entwürfen vorgeschlagenen Beschränkung die Weiterziehbarkeit völlig von der kantonalen Instanz abhängen, die das anzu-fechtende Urteil ausfällt. Durch Verurteilung zu einer Buße von etwas unter 200 Fr. könnte diese die Weiterziehbarkeit ausschließen. Entgegen dem Bericht zum VE Ziegler⁵¹⁾ glaube ich nicht, daß im kantonalen Verfahren die Interessen des kantonalen Fiskus, dem die Bußen nach Art. 381 StGB zufließen, für die Bemessung der Höhe der Bußen maßgebend sein werden.

2. Eine Einschränkung der Weiterziehbarkeit der kantonalen Endurteile durch Nichtigkeitsbeschwerde erscheint mir in anderer Richtung erwägenswert: in Jugendrechtssachen. Zwar wird auch hier eine Untersuchung durchgeführt, in der u. a. festzustellen ist, ob das Kind oder der Jugendliche eine strafbare Handlung be-

⁵¹⁾ S. 110.

gangen hat oder nicht. Der Schuldigerklärung als solcher kommt hier aber — im Gegensatz zum Erwachsenen — eine viel geringere selbständige Bedeutung zu. Ferner kann die Behörde trotz Schuldigerklärung u. U. von Maßnahmen absehen (Art. 88, 98 StGB), andererseits können dieselben oder ähnliche Fürsorge- und Erziehungsmaßnahmen von den zuständigen kantonalen Behörden auch ohne Schuldigerklärung getroffen werden, wenn die durchgeführte Untersuchung zwar nicht die Schuld erwiesen, aber ergeben hat, daß das Kind oder der Jugendliche verwahrlost, verdorben oder gefährdet ist. Ob und welche Maßnahmen gegen ein Kind oder einen jugendlichen Rechtsbrecher zu ergreifen sind, hängt zudem sehr weitgehend vom Ermessen der zuständigen Behörde ab. Es wäre deshalb m. E. in Erwägung zu ziehen, ob im Verfahren gegen Kinder und Jugendliche die Nichtigkeitsbeschwerde nicht auf die Fälle beschränkt werden könnte, wo der Jugendliche gemäß Art. 95 StGB mit Buße oder Einschließung bestraft, freigesprochen oder ein von der zuständigen Behörde (Jugendanwalt) gestellter Antrag auf Verhängung einer Strafe abgelehnt worden ist.

VI. Die Legitimation zur Nichtigkeitsbeschwerde im Strafpunkt.

Nach Art. 270 BStP sind im Strafpunkt zur Nichtigkeitsbeschwerde legitimiert: der Angeklagte, der öffentliche Ankläger des Kantons, der Privatstraßkläger, bei Antragsdelikten der Antragsteller und ferner der Bundesanwalt bei Delegationsstrafsachen und i. S. des Art. 265 Abs. 1 BStP der Einsendungspflicht unterliegende Polizeistrafsachen⁵²⁾.

1. Angeklagter ist jeder, gegen den nach kantonalem Prozeßrecht die Strafverfolgung eröffnet und

⁵²⁾ Über die Legitimation im Zivilpunkt vgl. VII, über die Legitimation in Fiskalstrafsachen XI hiernach.

wenigstens bis zu einem Strafbescheid oder Einstellungsbeschluß durchgeführt wurde. Der VE Ziegler⁵³), dem das Bundesgericht beige pflichtet hat, will Art. 270 BStP einen neuen Absatz beifügen, worin Art. 215 BStP anwendbar erklärt wird. Art. 215 BStP räumt dem gesetzlichen Vertreter des Angeklagten ein selbständiges Beschwerderecht ein und bestimmt ferner, daß die Gefängnisleitung dem verhafteten Beschuldigten Gelegenheit zur Ausübung des Beschwerderechts zu geben habe. Die Anwendbarerklärung dieser für die Beschwerde gegen den Untersuchungsrichter aufgestellten Vorschrift empfiehlt sich um so mehr, als Art. 215 auch in Art. 221 Abs. 2 BStP für Nichtigkeitsbeschwerden gegen Urteile der Strafgerichte des Bundes anwendbar erklärt wird. Eine selbständige Legitimation des gesetzlichen Vertreters des Angeklagten ist schon im Hinblick auf die Jugendstrafsachen notwendig. Der urteilsfähige, unmündige oder entmündigte Angeklagte kann aber im Straf-punkt auch selbständig — ohne Mitwirkung seines gesetzlichen Vertreters — Nichtigkeitsbeschwerde anheben, denn es handelt sich hier um eine Befugnis, die dem unmündigen oder entmündigten Angeklagten um seiner Persönlichkeit willen zusteht, Art. 19 Abs. 2 ZGB. Dieser allgemeine Rechtssatz findet auch im Strafprozeß Anwendung und zwar auch da, wo die Prozeßordnung dies nicht ausdrücklich vorsieht (wie z. B. § 395 zürch. StPO⁵⁴).

2. Öffentlicher Ankläger ist derjenige kantonale amtliche Funktionär, der vor den kantonalen Gerichten und Behörden die Anklage vertritt, regelmäßig der Staatsanwalt⁵⁵), sonst diejenige Behörde oder Amtsperson, die

⁵³) Bericht z. VE 116.

⁵⁴) Vgl. Schwendener, Das Rechtsmittel der Berufung im schweiz. Strafprozeßrecht 54; Probst, Die Appellation im Strafverfahren des Kantons Bern 152; Metz, Die Rechtsmittel im bündnerischen Strafprozeß 53; Waiblinger, Komm. z. bern. StrV N. 1 zu Art. 299 StrV, ZBJV 63 30.

⁵⁵) Alle Kantone (nun auch Graubünden) kennen das In-

die Interessen der Anklage im kantonalen Verfahren zu wahren hat, insbesondere auch zur Einlegung der kantonalen Rechtsmittel befugt ist⁵⁶⁾. Legitimiert ist derjenige öffentliche Ankläger, der im kantonalen Verfahren vor letzter Instanz aufgetreten ist oder nach den Bestimmungen des kantonalen Prozeßrechts hätte auftreten können. Neben ihm kann nicht noch eine andere kantonale Stelle (z. B. der Generalprokurator, auch wenn er in letzter Instanz nicht auftrat, noch auftreten konnte) zur Einlegung der Nichtigkeitsbeschwerde legitimiert sein. Es ist Sache der Kantone, ihre Staatsanwaltschaft so zu organisieren, daß deren Chef, in der Regel der Generalprokurator⁵⁷⁾, befugt ist, dem vor letzter Instanz auftretenden öffentlichen Ankläger bindende Weisungen i. S. der Anhebung einer Nichtigkeitsbeschwerde zu geben⁵⁸⁾. Der kantonale öffentliche Ankläger ist auch bei Antragsdelikten legitimiert⁵⁹⁾, wenn ihm nicht das kantonale Strafverfahren eine Mitwirkung in diesen Verfahren versagt, soweit es hiefür die prinzipale Privatstrafklage vorsieht. Der Staatsanwalt ist nur zur Nichtigkeitsbeschwerde legitimiert, wenn er am Verfahren als Partei, als öffentlicher Ankläger beteiligt ist. Wo dem kantonalen Staatsanwalt bei grundsätzlich inquisitorischem Vorverfahren nicht Parteirolle, sondern die Stel-

stitut der Staatsanwaltschaft außer den beiden Appenzell, Ob- und Nidwalden.

⁵⁶⁾ So im Kanton Graubünden der vor Kreisgericht auftretende, vom Kreisamt ernannte Amtskläger (Art. 152 ff. des auf 1. Januar 1942 in Kraft tretenden neuen Strafverfahrens); im Kanton Appenzell I.-Rh. die Kriminalkommission (Art. 61 Abs. 2 Entw. StPO) oder der von ihr ernannte offizielle Ankläger (Art. 23 Abs. 1 StPO); im Kanton Appenzell A.-Rh.: das Verhöramt oder der von der kantonalen Justizdirektion mit der Vertretung des Staates betraute Anwalt (Art. 106 StPO).

⁵⁷⁾ Oder die Kriminalkommission, Justizdirektion usw.

⁵⁸⁾ Regelmäßig wird er selbst in oberer Instanz auftreten.

⁵⁹⁾ Stämpfli, N. 3 zu Art. 270 BStP.

lung eines Organs der Voruntersuchung zukommt, ist er nicht legitimiert⁶⁰⁾.

Fraglich könnte erscheinen, ob der kantonale Staatsanwalt die Nichtigkeitsbeschwerde auch zugunsten des Verurteilten erheben könne. Für die Nichtigkeitsbeschwerde des Bundesanwalts wurde diese Frage vom Bundesgericht grundsätzlich bejaht⁶¹⁾, ⁶²⁾; derselbe Grundgedanke liegt übrigens auch Art. 227 Abs. 1 BStP zugrunde, der das Verbot der reformatio in peius zugunsten der Bundesanwaltschaft ausschließt. Die Frage wäre m. E. auch für den kantonalen öffentlichen Ankläger zu bejahen⁶³⁾; denn nach vielen kantonalen Prozeßrechten ist der Staatsanwalt nicht nur öffentlicher Ankläger, sondern hat für die richtige Anwendung der Strafgesetze zu sorgen, also auch dafür, daß kein Unschuldiger verurteilt oder ein Schuldiger in Anwendung einer unrichtigen Gesetzesbestimmung zu streng bestraft wird (so z. B. bern. Gerichtsorganisation Art. 89, zürch. StPO § 178 Abs. 2); damit werden dem Staatsanwalt gewissermaßen auch die Funktionen eines öffentlichen Verteidigers überbunden, zumal wo er einem unverbeiständeten Angeklagten gegenübersteht. Da Art. 270 BStP im Gegensatz zu Art. 161 OG nicht mehr verlangt, daß auch der öffentliche Ankläger durch den angefochtenen Entscheid „betroffen“ werde, steht m. E. nichts mehr im Wege, auch dem kantonalen Staatsanwalt die Nichtigkeitsbeschwerde zu-

⁶⁰⁾ So z. B. im bern. StrV, wo der Staatsanwalt als Strafverfolgungsorgan mit dem Untersuchungsrichter zusammen die Aufhebungs- und Überweisungsbeschlüsse faßt.

⁶¹⁾ BGE 51 I 66.

⁶²⁾ A. M. Lüthi, Bundesanwaltschaft 179; vgl. auch Weiß, Die Kassationsbeschwerde SZStR 13 152, der eine Nichtigkeitsbeschwerde des Bundesanwalts zugunsten des Verurteilten zwar bei Polizeistrafsachen, nicht aber bei Delegationsstrafsachen zulassen will. Beachtlich ist, daß beide Arbeiten unter der Herrschaft der alten Kassationsbeschwerde (Art. 161 OG) geschrieben wurden, auf die sie eher zutrafen.

⁶³⁾ Ebenso Clerc, Du pourvoi en nullité 30.

gunsten des verurteilten Angeklagten zuzugestehen⁶⁴). Dem steht auch nicht etwa der Gesetzeswortlaut „öffentlicher Ankläger“ entgegen, der deshalb gewählt werden mußte, um alle in Betracht fallenden kantonalen Anklageorgane zu umfassen⁶⁵).

Fraglicher erscheint aber, ob der Gesetzeswortlaut „öffentlicher Ankläger“ auch den Jugendanwalt mitumfaßt; sollte diese Frage verneint werden, so wäre die Aufzählung der zur Nichtigkeitsbeschwerde Legitimierten in Art. 270 BStP auf ihn auszudehnen.

3. Durch die Legitimation des Privatstrafklägers berücksichtigt Art. 270 BStP diejenigen kantonalen Verfahren, die die Verfolgung gewisser strafbarer Handlungen von einer (prinzipalen oder subsidiären) Privatstrafklage abhängig machen und in ein besonderes Verfahren weisen, an dem der öffentliche Ankläger nicht beteiligt ist⁶⁶). Andere Prozeßrechte räumen dem durch eine strafbare Handlung Geschädigten oder Verletzten zwar auch Parteistellung oder parteiähnliche Stellung ein, jedoch nur neben dem ebenfalls beteiligten öffentlichen

⁶⁴) Ebenso Huber, Das Verfahren in Bundesstrafsachen, 197/98.

⁶⁵) Vgl. auch zürch. StPO § 178 Abs. 2, der auch dem „Ankläger“ die Pflicht auferlegt, die zugunsten des Angeklagten sprechenden Umstände zu berücksichtigen.

⁶⁶) So z. B. Basel-Stadt bei Ehrverletzung, bei vorsätzlicher einfacher und bei fahrlässiger Körperverletzung mit Arbeitsunfähigkeit von max. 3 Tagen, bei Hausfriedensbruch und einfacher Sachbeschädigung, § 5 StPO in der Fassung des Art. 3 des Kommissionsentwurfes zum EG z. StGB. Baselland: einfache Körperverletzung, fahrlässige Körperverletzung, Tötlichkeiten, Hausfriedensbruch, Kreditschädigung, unlauterer Wettbewerb, Verletzung von Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnissen, § 12 Ziff. 1—4 Entw. z. StrV; Zürich: prinzipale Privatstrafklage bei Ehrverletzungen, § 287 StPO in der Fassung des Art. 30 VE EG z. StGB, subsidiäre Privatstrafklage durch den Geschädigten bei Nichtanhandnahme oder Einstellung der Untersuchung §§ 46 ff. StPO. Eine subsidiäre Privatstrafklage kennen auch Luzern, Tessin, Aargau (BGE 62 I 58, 194).

Ankläger. Solche Nebenkläger sind der Privatkläger des bern. StrV (Art. 43) und der Geschädigte des zürch. Strafprozesses.

Die bundesgerichtliche Praxis⁶⁷⁾ hat trotz des scheinbar entgegenstehenden Wortlautes des Art. 270 Abs. 1 BStP nur den prinzipalen und den subsidiären Privatstrafläger, also den an Stelle des Staatsanwaltes auftretenden Kläger, nicht aber den neben der Staatsanwaltschaft nach kantonalem Recht Parteirechte ausübenden Nebenkläger als zur Anhebung der Nichtigkeitsbeschwerde legitimiert erklärt. Dieser Ausschluß trifft vor allem den bernischen Privatkläger, aber auch den neben der Staatsanwaltschaft auftretenden zürcherischen Geschädigten und auch den zürcherischen subsidiären Privatstrafläger, soweit er im Rechtsmittelverfahren (vgl. für die Berufung § 411 Abs. 1 zürch. StPO) neben der Staatsanwaltschaft — der das Recht zur Berufung auch zusteht — auftreten kann⁶⁸⁾. Diese Einschränkung ist für diejenigen Kantone — vor allem Bern — die gerade zur Entlastung des unausgebauten Instituts der Staatsanwaltschaft den Privatstrafläger in der Abart des Nebenklägers kennen, bedauerlich. Sie hat zur Folge, daß die bis zum kantonalen Endurteil Parteirechte ausübenden Privatkläger bei der Staatsanwaltschaft intervenieren, um diese zur Nichtigkeitsbeschwerde zu veranlassen, ein Zustand, den man im kantonalen Verfahren gerade vermeiden wollte. Dieser Übelstand wird sich erst nach Inkrafttreten des StGB voll auswirken.

Allein vom Standpunkt des Bundesrechts aus ist diese Rechtsprechung auch m. E. grundsätzlich zutreffend und unanfechtbar. Würde man neben dem öffentlichen Ankläger in derselben Sache auch den Privatstrafläger als zur Nichtigkeitsbeschwerde legitimiert betrachten, so könnten u. U. beide das kantonale Endurteil anfechten, wobei die Stellungnahme dieser beiden Anklageparteien

⁶⁷⁾ BGE 62 I 53, 55, 194; 64 I 377.

⁶⁸⁾ Vgl. BGE 65 I 190.

oft nicht dieselbe wäre. Das Verfahren vor dem Kassationshof des Bundesgerichts würde dadurch erheblich erschwert und unnötigerweise: denn zur Wahrung der einheitlichen richtigen Anwendung des eidg. Rechts bedarf es dieser doppelten Sicherung nicht; es genügt, wenn entweder der öffentliche Ankläger oder aber der Privatstrafkläger zur Erhebung der Nichtigkeitsbeschwerde legitimiert ist, nämlich derjenige, der die Anklage vor der letzten kantonalen Instanz vertreten hat. Ist neben dem beteiligten öffentlichen Ankläger vor der letzten kantonalen Instanz noch ein Privatstrafkläger aufgetreten, so ist diesem die Weiterziehungsbefugnis zu versagen. Privatstrafkläger i. S. des Art. 270 BStP ist mithin „derjenige Geschädigte, der nach dem kantonalen Strafprozeßrecht die Strafklage allein oder an Stelle eines nicht in Funktion tretenden öffentlichen Anklägers vertritt“⁶⁹⁾. Fügt man noch bei „in letzter Instanz“, so ist die Definition des bundesrechtlichen Begriffs „Privatstrafkläger“ vollständig. Weitere Anforderungen können von Bundesrechts wegen an die Parteistellung des Privatstrafklägers nicht geknüpft werden; insbesondere wäre es m. E. ein unzulässiger Eingriff ins kantonale Prozeßrecht, zu verlangen, daß der Privatstrafkläger während der ganzen Dauer des kantonalen Hauptverfahrens allein oder an Stelle des öffentlichen Anklägers aufgetreten sei oder daß die Privatstrafklage in den Formen der prinzipalen oder der subsidiären Privatstrafklage geordnet sein müsse⁷⁰⁾. Dies öffnet dem

⁶⁹⁾ BGE 62 I 58.

⁷⁰⁾ Insbesondere kann die „subsidiäre Privatstrafklage“ von der „Nebenklage“ nicht klar abgegrenzt werden; denn es sind Übergangsformen denkbar, wo die Staatsanwaltschaft sich am Verfahren zwar nicht mehr beteiligt, jedoch doch noch ein Interventionsrecht hat. Legt z. B. der zürcherische Staatsanwalt gegen ein auf subsidiäre Privatstrafklage hin ergangenes Bezirksgerichtsurteil die Berufung ein (§ 411 Abs. 1 zürch. StPO in der Fassung des Art. 30 VE EG z. StGB), so wandelt sich der zürcherische subsidiäre Privatstrafkläger zu einem Nebenkläger.

kantonales Strafprozeßrecht, das zur Entlastung der Staatsanwaltschaft dem Geschädigten als Nebenkläger Parteirechte einräumt⁷¹⁾, einen Weg, sich dem Bundesstrafprozeß anzupassen, sei es dadurch, daß nach kantonalem Strafprozeßrecht ein Geschädigter, der ein (kantonales) Rechtsmittel einlegt, wenn nicht auch die Staatsanwaltschaft das Urteil anfecht, in die Rechte und Pflichten eines Privatstraßklägers eintritt und in oberer Instanz die Anklage allein vertritt⁷²⁾, sei es dadurch, daß bei Beteiligung eines Nebenklägers in erster Instanz nach kantonalem Prozeßrecht der Staatsanwaltschaft die Befugnis eingeräumt wird, in gewissen Fällen (insbesondere bei Antragsdelikten) in oberer Instanz⁷³⁾ die Erklärung abzugeben, daß die Staatsanwaltschaft sich am weiteren Verfahren nicht mehr beteilige. Dies hätte zur Folge, daß die Anklage in solchen Fällen in oberer Instanz einzig vom Geschädigten in der Stellung eines (subsidiären) Privatstraßklägers vertreten würde und daß dann auch nur dieser — und nicht der öffentliche Ankläger — zur Nichtigkeitsbeschwerde legitimiert wäre.

Die Entwürfe wollen den Wortlaut des Art. 270 BStP der Rechtsprechung des Bundesgerichts anpassen und den öffentlichen Ankläger oder den Privatstraßkläger (bisher: „und“) als legitimiert bezeichnen, was zur Klarheit des Gesetzestextes beitragen wird. Gleichzeitig wird der Privatstraßkläger auch in den französischen Gesetzestext Aufnahme finden müssen, wo er bisher fehlte⁷⁴⁾. Das

⁷¹⁾ In Betracht fallen der bernische und der luzernische Privatkläger, soweit dieser nicht subsidiär ist (BGE 64 I 378) und der zürcherische Geschädigte.

⁷²⁾ So § 411 Abs. 2 zürch. StPO in der Fassung des Art. 30 VE EG z. StGB bei Berufung des Geschädigten.

⁷³⁾ Gleichgültig ob der Kläger oder der Angeklagte das Rechtsmittel einlegte.

⁷⁴⁾ Wohl wegen Übersetzungsschwierigkeiten, Doppelsinn des franz. „plaignant“.

Bundesgericht⁷⁵⁾ nennt den Privatstrafläger: „titulaire de l'action pénale privée“ oder (einfacher): „accusateur privé“⁷⁶⁾.

Eine Rechtsnachfolge in die Parteistellung des verstorbenen Privatstraflägers käme bloß in Frage, wenn sie vom Gesetz — wie z. B. vom deutschen Reichsstrafprozeß beschränkt auf Verleumdung (§393 RStPO) — ausdrücklich vorgesehen wäre. Ich halte dies für unnötig. Stirbt der Privatstrafläger während der Hängigkeit der von ihm angehobenen Nichtigkeitsbeschwerde, so fällt diese dahin.

4. Nach Art. 270 BStP ist neben dem Angeklagten, dem öffentlichen Ankläger und dem Privatstrafläger in den Fällen, die nur auf Antrag des Verletzten verfolgt werden, auch der Antragsteller zur Nichtigkeitsbeschwerde legitimiert. Der Entwurf des Bundesgerichts will diese Legitimation mit Recht streichen. Entweder wird in Antragsdeliktsfällen die Anklage nach kantonalem Prozeßrecht vom öffentlichen Ankläger vertreten; dann bedarf es einer Legitimation des Antragstellers neben derjenigen des öffentlichen Anklägers nicht, oder diese Fälle werden nach kantonalem Prozeßrecht in einem Privatstrafklageverfahren durchgeführt; dann ist der Antragsteller als Privatstrafläger zur Nichtigkeitsbeschwerde legitimiert. Mit dem Inkrafttreten des StGB erfahren die bisher seltenen Antragsdelikte des Bundesrechts eine starke Vermehrung. Ein über die allfällige Legitimation als Privatstrafläger hinausgehender Schutz der Interessen des Strafantragstellers ist ungerechtfertigt⁷⁷⁾; die Interessen des Verletzten bei Offizialdelikten

⁷⁵⁾ BGE 62 I 53.

⁷⁶⁾ Die Bezeichnung „plaignant“, die z. B. der französische Text des bern. Strafverfahrens für den Privatkläger verwendet, sollte vermieden werden, denn wenn auch der französische Text der Art. 28 ff. StGB sie nicht verwendet, so wird doch die Praxis den Strafantragsteller „plaignant“ nennen.

⁷⁷⁾ A. M. Huber, Das Verfahren in Bundesstrafsachen 195.

sind nicht minder schutzwürdig. Soweit das kantonale Recht diese Fälle nicht in ein Privatstrafklageverfahren weist, wird allerdings der öffentliche Ankläger des Kantons mehr als bisher üblich für die richtige Rechtsanwendung eintreten müssen, was ihm dadurch etwas erleichtert wird, daß der Strafantrag vom Antragsteller nur noch bis zur Verkündung des erstinstanzlichen Urteils zurückgezogen werden kann (Art. 31 Abs. 1 StGB), so daß die Prozeßhandlungen der Staatsanwaltschaft in Antragsdeliktsfällen nicht mehr — wie vielerorts im bisherigen kantonalen Recht — durch einen Rückzug des Strafantrages in oberer Instanz wirkungslos gemacht werden können. Wo das kantonale Prozeßrecht bei unausgebautem Institut der Staatsanwaltschaft — gerade zu deren Entlastung in Antragsdeliktsfällen — den Privatstrafkläger in der Form des Nebenklägers kennt, wird — z. B. dadurch, daß der Staatsanwaltschaft in oberer Instanz die Befugnis eingeräumt wird, die öffentliche Anklage fallen zu lassen — das kantonale Recht die Grundlagen schaffen müssen, daß der kantonale Privatstrafkläger auch zur Nichtigkeitsbeschwerde an das Bundesgericht legitimiert ist⁷⁸⁾.

5. Der Bundesanwalt ist nach Art. 270 Abs. 2 BStP in den sog. Delegationsstrafsachen und in den nach Bundesgesetz oder Bundesratsbeschluß der Einsendungspflicht unterliegenden Bundesstrafsachen zur Nichtigkeitsbeschwerde legitimiert. An der Umschreibung dieser Legitimation soll nach den Entwürfen mit Recht nichts geändert werden. Insbesondere ist es — schon aus organisatorischen Gründen — ausgeschlossen, die Bundesanwaltschaft in allen von den kantonalen Behörden beurteilten Bundesstrafsachen als zur Nichtigkeitsbeschwerde legitimiert zu erklären; denn dies würde eine allgemeine Einsendungspflicht für die kantonalen Entscheide und die Überprüfung dieser Entscheide durch die Bundesanwaltschaft voraussetzen. Eine solche allseitige Überprüfung der kantonalen Rechts-

⁷⁸⁾ Vgl. 161a/162a hiavor.

anwendung in Bundesstrafsachen durch eine Bundesinstanz ist aber zur Wahrung der Rechtseinheit nicht erforderlich; sie liegt auch nicht im Sinne des Art. 102 Ziff. 2 BV⁷⁹⁾. Die durch Bundesratsbeschluß nach Art. 265 BStP für einen bestimmten Zeitabschnitt angeordnete Urteilsmitteilung wird künftig vor allem Fälle aus den Rechtsgebieten betreffen, wo dem Bunde ein besonderes Obergerichtsrecht zusteht (z. B. Lebensmittelpolizei, Jagd- und Vogelschutz)⁸⁰⁾, ferner die Fälle, an deren Beurteilung der Bund ein besonderes Interesse hat, da er oder eine seiner Anstalten geschädigt ist (z. B. Vermögensdelikte gegen Bund oder Bundesanstalt); im übrigen wird der Bundesrat jeweilen in seinen periodischen, die Einsendungspflicht begründenden Beschlüssen die Urteile, Strafbescheide und Einstellungsbeschlüsse aus denjenigen Rechtsschutzgebieten als einsendungspflichtig erklären, in denen die Wahrung der Rechtseinheit dies gerade am meisten erheischt, für die erste Zeit der Anwendung des StGB vielleicht vor allem das Übergangsrecht⁸¹⁾. Die Praxis wird erst zeigen, auf wie lange die jeweilige Zeitdauer der Geltung der Bundesratsbeschlüsse über die Einsendungspflicht zu bemessen ist, d. h. ob die bis heute regelmäßig vierjährigen Perioden allenfalls zu verlängern oder zu verkürzen sind.

6. Die Legitimation zur Nichtigkeitsbeschwerde im Strafpunkt ist in Art. 270 BStP abschließend geregelt⁸²⁾.

⁷⁹⁾ Vgl. Stämpfli, ZSR NF 50 95a.

⁸⁰⁾ Soweit die Einsendungspflicht hier nicht ganz oder zum Teil schon durch das Gesetz selbst zeitlich unbeschränkt vorgesehen ist, wie z. B. im BG vom 8. Juni 1923 betr. die Lotterien und die gewerbsmäßigen Wetten, Art. 62 BG v. 10. Juni 1925 betr. Jagd und Vogelschutz.

⁸¹⁾ Stämpfli, ZSR NF 50 95a. Ob für einen ersten Zeitabschnitt alle Fälle, in denen Fragen des Übergangsrechts entschieden wurden, als einsendungspflichtig erklärt werden können, oder ob dies zu einer zu starken Belastung der Bundesanwaltschaft führen würde, ist fraglich.

⁸²⁾ BGE 62 I 59.

Sie kann lediglich durch Nebenstrafgesetze des Bundes ergänzt werden. So ist nach Art. 66 KUVG die Suva zur Nichtigkeitsbeschwerde legitimiert. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts unter der Herrschaft des Art. 161 OG wurden in Bahnpolizeisachen auch Bahngesellschaften und die Kreisdirektionen der SBB als legitimiert bezeichnet⁸³). Auch unter der Herrschaft des BStP hielt der Kassationshof noch, unter Hinweis auf die frühern Urteile, die die Legitimation aus den bahnpolizeilichen Funktionen der Eisenbahngesellschaften und der Kreisdirektionen der SBB herleiten, an dieser Praxis fest⁸⁴). In einem spätern Entscheid⁸⁵) hat er die Legitimation einer Privatbahngesellschaft mit dem Hinweis auf die umfassende und abschließende Regelung der Legitimation in Art. 270/71 BStP, die nicht auf dem Wege der Interpretation anderer Gesetzesbestimmungen (Art. 32 Eisenbahngesetz) ergänzt werden könne, verneint. Damit dürfte auch die Legitimation der Kreisdirektionen der SBB in Frage gestellt sein⁸⁶). Das schließt aber nicht aus, daß die Eisenbahngesellschaften und die SBB sich als Privatstrafkläger nach Maßgabe und in den Formen des kantonalen Prozeßrechts am kantonalen Verfahren beteiligen können, soweit sie Verletzte sind, und allenfalls als Privatstrafkläger zur Nichtigkeitsbeschwerde legitimiert sind⁸⁷).

Durch Bundesratsbeschlüsse vom 30. Dezember 1935 und 29. Dezember 1939 zum Schutze der Uhrenindustrie werden auch der schweizerischen Uhrenkammer, einer halbamtlichen Institution der schweizerischen Uhrenindustrie, im Strafverfahren Parteirechte eingeräumt, was

⁸³) Auf Grund des Art. 32 Abs. 1 BG 23. Dezember 1872 betr. Bau und Betrieb der Eisenbahnen und Art. 35 Ziff. 6 des Eisenbahnrückkaufgesetzes; BGE 35 I 187, 36 I 717, 46 I 76.

⁸⁴) BGE 61 I 421.

⁸⁵) BGE 62 I 55.

⁸⁶) Vgl. Clerc, Du pourvoi en nullité 39.

⁸⁷) Betr. Verneinung der Legitimation der schweizerischen Verrechnungsstelle, vgl. 62 I 202.

auch deren Legitimation zur Nichtigkeitsbeschwerde bedingen dürfte. Die Bundesratsbeschlüsse stellen beide Wirtschaftsnoterlasse dar und billigen der schweiz. Uhrenkammer Parteirechte zu i. S. einer wirtschaftlichen Notmaßnahme zum Schutze der Uhrenindustrie, d. h. zwecks Vollziehung und Kontrolle der Handhabung der erlassenen Schutzbestimmungen. In zwei Urteilen vom 26. Juni 1939 i. S. B. gegen Statthalteramt Luzern⁸⁸⁾ und vom 19. Dezember 1939 i. S. Quartier Charles gegen Generalprokurator des Kantons Bern hat der Kassationshof dem Bundesrat die Kompetenz abgesprochen, auf dem Wege der Notverordnung das kantonale oder das Bundesstrafverfahren vom Gesetze abweichend zu regeln, da die vorgenommenen Eingriffe in das Prozeßrecht offensichtlich aus dem Rahmen der dem Bundesrat erteilten Ermächtigung herausfallen⁸⁹⁾. Mit dieser Begründung hat er im ersten Urteil der schweizerischen Uhrenkammer das Recht zu schriftlichen Gegenbemerkungen (Art. 273 BStP) abgesprochen und im zweiten Urteil (i. S. Quartier) auf Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten hin das Urteil der kantonalen Instanz sogar einzig aus dem Grunde kassiert, weil die kantonalen Behörden der Uhrenkammer zu Unrecht Parteirechte eingeräumt hätten, und hat die Sache an die kantonalen Instanzen zur Neubeurteilung ohne Mitwirkung der schweizerischen Uhrenkammer zurückgewiesen. In einem späteren Urteil vom 10. Juli 1940 i. S. Hehlen gegen Generalprokurator des Kantons Bern hat der Kassationshof zwar an seiner grundsätzlichen Stellungnahme festgehalten, wonach sich ein Eingriff ins kantonale Strafverfahren im Rahmen eines bundesrätlichen Wirtschaftsnoterlasses nur rechtfertigen lasse, wenn es sich dabei um eine wirtschaftliche Notmaßnahme handle. Der Kassationshof hielt nun aber dafür, daß die Parteistellung des öffentlichen Anklägers nicht genüge, dies wegen der Eigenart dieser Straf-

⁸⁸⁾ BGE 65 I 204.

⁸⁹⁾ Vgl. auch BGE 64 I 223, 369.

verfolgungen, die gründliche Fachkenntnisse erfordere, und da notorischerweise die kantonale Staatsanwaltschaft — in allen Kantonen — sich mit der Strafverfolgung bei Polizeiübertretungen wenig zu befassen pflege. Die Einräumung einer Parteistellung an die schweizerische Uhrenkammer könne deshalb als Wirtschaftsnotmaßnahme gerechtfertigt werden. Diese neuere Rechtsprechung des Kassationshofes erweckt Bedenken; denn mit derselben Begründung — mangelnde gründliche Spezialfachkenntnisse — könnte der Staatsanwaltschaft auf sehr vielen Spezialgebieten der Nebenstrafgesetzgebung (Jagd, Fischerei, Lebensmittelpolizei usw.) die Befähigung zur Vertretung der Anklage abgesprochen werden. Mit derselben Begründung könnte aber auch den urteilenden Strafgerichten die Fähigkeit der Urteilsfindung abgesprochen und Fachgerichte postuliert werden. Sehr fraglich ist dabei auch die rechtliche Stellung des kantonalen öffentlichen Anklägers neben einer solchen kraft Wirtschaftsnotrechts auftretenden sachverständigen Partei, die doch offenbar eine Art Nebenkläger darstellt, eine Parteistellung, die — was die Legitimation zur Nichtigkeitsbeschwerde betrifft — durch die sonstige bundesgerichtliche Rechtsprechung ja gerade ausgeschlossen werden sollte⁹⁰⁾. Da die zitierten Bundesratsbeschlüsse⁹¹⁾ die Parteistellung der schweizerischen Uhrenkammer nicht auf das kantonale Verfahren beschränken, ergibt sich so ein schwer behebbarer Widerspruch. Die künftige Rechtsprechung wird noch abzuklären haben, ob in solchen Fällen der kantonale öffentliche Ankläger oder die neben ihm auftretende schweizerische Uhrenkammer oder ob beide Parteien zur Nichtigkeitsbeschwerde legitimiert seien⁹²⁾.

⁹⁰⁾ Vgl. insbesondere BGE 65 I 206.

⁹¹⁾ Vgl. z. B. Art. 9 Abs. 2 des BRB v. 30. Dezember 1935.

⁹²⁾ Ob der wirtschaftliche Schutz eines notleidenden Industriezweiges im Strafverfahren am besten dadurch gewahrt wird, daß man einer hierzu berufenen Wirtschaftsstelle oder

7. a) Im Hinblick auf die „andern Maßnahmen“ der Art. 57/59 StGB, die auch Personen treffen können, die nicht als Angeklagte am Verfahren beteiligt sind, sollte m. E. die Legitimation in Art. 270 BStP ausgedehnt werden auf den zur Friedensbürgschaft Angehaltenen (Art. 57), den Eigentümer, evtl. auch den dinglich Berechtigten an als gefährlich eingezogenen Gegenständen (Art. 58) und den Empfänger verfallener erklärter Geschenke und Zuwendungen (Art. 59).

Wer zur Friedensbürgschaft angehalten wird und das in Art. 57 Ziff. 1 StGB vorgesehene Versprechen nicht abgibt oder die vom Richter verfügte Sicherheit für die Einhaltung des Versprechens innerhalb bestimmter Frist nicht leistet, kann vom Richter durch Sicherheitshaft bis zu zwei Monaten dazu angehalten werden (Art. 57 Ziff. 2). Die betreffende Person kann, braucht aber nicht Angeklagter zu sein.

Wirtschaftsorganisation von Bundesrechts wegen Parteistellung einräumt, scheint im übrigen recht fraglich. Zweckmäßiger und auch als Eingriff in das kantonale Strafverfahren verfassungsmäßig haltbarer ist vor allem ein dem ordentlichen Strafverfahren vorangehendes, durch die betreffende Wirtschaftsstelle geführtes Ermittlungsverfahren, wie es auch in den zitierten Bundesratsbeschlüssen mit Recht vorgesehen ist. Im Strafverfahren selbst aber ist es m. E. in solchen Fällen bedeutend zweckdienlicher, den betreffenden Wirtschaftskontrollstellen die Funktionen eines amtlichen Experten einzuräumen. Die fachlichen Darlegungen der betreffenden Stellen werden so mit der verstärkten Kraft eines Expertenbefundes ausgerüstet und haben nicht bloß die Bedeutung einer einfachen Parteibehauptung; anderseits aber sind solche Organisationen zufolge ihrer Expertenpflicht zur objektiven Sachdarstellung gehalten.

Um die Kosten der von solchen Wirtschaftsstellen durchgeführten, dem Strafverfahren vorangehenden Untersuchung im Verurteilungsfalle dem Angeschuldigten auferlegen zu können, bedarf es — entgegen dem Urteil der I. Strafkammer des Kantons Bern vom 29. Februar 1940 i. S. Hehlen — keiner Parteistellung dieser Wirtschaftsstellen. Diese Kostenaufgabe könnte (analog der Expertisekosten in Lebensmittelpolizeifällen) durch das Bundesrecht vorgeschrieben werden.

Die „Einziehung gefährlicher Gegenstände“ (Art. 58 StGB) kann vom Richter ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person verfügt werden. Betroffen wird der Eigentümer, allenfalls auch der dinglich Berechtigte an solchen Gegenständen.

Auch der Verfall von Geschenken und andern Zuwendungen setzt nicht voraus, daß deren Empfänger eine strafbare Handlung begangen habe.

In allen drei Fällen kann gerade fraglich sein, ob die gesetzlichen Voraussetzungen zu Friedensbürgschaft, Einziehung, Verfall erfüllt sind, d. h. ob eine Drohung erfolgt sei⁹³⁾ oder ob die angedrohte Handlung ein Verbrechen oder Vergehen darstelle (Friedensbürgschaft), ob es sich um Mittel zur Begehung einer strafbaren Handlung oder Produkte einer solchen handle oder ob die Gegenstände i. S. des Art. 58 StGB gefährlich sind (Einziehung), ob es sich um Geschenke oder Zuwendungen — und nicht z. B. um Bezahlung einer Schuld — handle, oder ob die Gaben zur Veranlassung oder Belohnung einer strafbaren Handlung bestimmt waren (Verfall).

In allen drei Fällen kann der Richter also in private Rechtsgüter (Freiheit, Eigentum) eines am Strafverfahren nicht direkt beteiligten Dritten eingreifen und diesem so u. U. die schwereren Rechtsnachteile zufügen als dem Angeklagten selbst⁹⁴⁾.

Nach einigen kantonalen Prozeßrechten können gegen solche Maßnahmen — auch von Dritten — Rechtsmittel

⁹³⁾ Ein Strafverfahren oder gar eine Verurteilung wegen Drohung (Art. 180 StGB) ist begrifflich nicht Voraussetzung der Friedensbürgschaft, vgl. Thormann-Overbeck, Komm. zum StGB N. 3 zu Art. 57 StGB.

⁹⁴⁾ Z. B. Einziehung eines großen Lagers angeblich gefälschter Waren, die der Dritte soeben zu eigenem Gebrauch von einem der Warenfälschung Angeklagten angekauft hat. Ist der Lieferant nicht habhaft, so erleidet durch die Einziehung der Käufer den Verlust.

eingelegt werden⁹⁵⁾. Andere Kantone sehen Rechtsmittel Drittbetroffener gegen die Anordnung solcher Maßnahmen nicht ausdrücklich vor, schließen sie aber auch nicht aus, indem der Verurteilte (*le condamné*) als legitimiert bezeichnet wird, worunter bei weitherziger Auslegung auch der von Maßnahmen i. S. der Art. 57 ff. StGB betroffene Dritte verstanden werden kann. Bei Erlaß der kantonalen Einführungsgesetze wurde zudem wohl vielerorts die — dem bisherigen kantonalen Recht meist unbekannte — Möglichkeit, Maßnahmen gegen am Verfahren nicht beteiligte Dritte auszusprechen, übersehen und deshalb bei Neuordnung der Rechtsmittel nicht berücksichtigt. Dies kann aber keinen Grund dafür abgeben, den betroffenen Dritten nun auch von der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde auszuschließen. Die Fälle dürften übrigens ziemlich selten sein, also keine wesentliche Mehrbelastung des Kassationshofes zur Folge haben.

Eine Nichtigkeitsbeschwerde gegen die Anordnung anderer Maßnahmen i. S. der Art. 57 ff. StGB, stehe sie nun dem Angeklagten oder einem Dritten zu, wird auch nicht etwa deshalb ausgeschlossen, weil (z. B. in Art. 58 StGB) von einer Verfügung des Richters die Rede ist; dem Inhalte nach handelt es sich um keine Prozeßverfügung (prozeßleitende oder prozeßgestaltende Verfügung), sondern um eine Entscheidung, in der materielle Rechts-

⁹⁵⁾ So Bern für alle „andern Maßnahmen“ Art. 57 ff. StGB vgl. Art. 305 StrV in der Fassung des Art. 29 Ziff. XV EG z. StGB in Verbindung mit Art. 307 Ziff. 3 StrV; desgl. Zürich § 395 Abs. 2 StPO in Verbindung mit § 402 Ziff. 4 (Rekurs); Basel, das in §§ 103 ff. StPO ein Verfahren auf selbständige Konfiskation und Friedensbürgschaft kennt, in § 104 StPO den Eigentümern und dinglich Berechtigten die Appellation einräumt und in § 105a StPO (in der Fassung des Art. 6 Ziff. 17 VE EG z. StGB dem „Beklagten“ gegen das Urteil über die Friedensbürgschaft das Appellationsrecht einräumt. Aarau, § 31 VE EG z. StGB verweist die Klage auf Schutz durch Friedensbürgschaft in das Privatstrafklageverfahren, so daß der betreffende Dritte als Angeklagter legitimiert ist.

folgen ausgesprochen werden und die gleich einem Urteil vollstreckbar ist⁹⁶⁾).

Will man dem durch andere Maßnahmen betroffenen Dritten die Befugnis zur Anhebung der Nichtigkeitsbeschwerde einräumen, so wäre Art. 270 Abs. 1 BStP durch den Satz zu ergänzen: „Sie steht auch den Personen zu, die von einer der in Art. 57 ff. StGB genannten andern Maßnahme betroffen werden.“

b) Stirbt der Angeklagte nach Eintritt der Rechtskraft des kantonalen Urteils während des Laufes der Frist zur Einlegung der Nichtigkeitsbeschwerde oder nach Anhebung der Nichtigkeitsbeschwerde, so fällt mangels abweichender Bestimmung das eingelegte Rechtsmittel dahin, und es verbleibt beim rechtskräftigen Urteil der kantonalen Instanz. Über die Angehörigen und Erben hierdurch u. U. erwachsenden nachteiligen Nebenwirkungen einer Verurteilung war schon unter I 1 hievor die Rede. Es wurde dort abgelehnt, einzig aus diesem Grunde die Nichtigkeitsbeschwerde zu einem ordentlichen Rechtsmittel gegen nicht rechtskräftige kantonale Urteile umzugestalten. Hier könnte es sich nun fragen, ob den Angehörigen und den Erben des Angeklagten die Legitimation zur Anfechtung eines kantonalen Urteils eingeräumt werden sollte, wenn der Angeklagte während der Frist zur Einlegung oder nach Einlegung der Nichtigkeitsbeschwerde gestorben ist. Eine solche Legitimation könnte sich rechtfertigen, einerseits, um den Angehörigen — in Angleichung an die dem Bundesstraßprozeß (Art. 231 BStP) und vielen kantonalen Rechten bekannte *restitutio memoriae* bei der Revision — die Möglichkeit zu geben, die diffamierenden Folgen einer — in unrichtiger Rechtsanwendung erfolgten — Verurteilung zu beseitigen, andererseits um den durch das Kostenurteil und

⁹⁶⁾ So dürfte m. E. der Entscheid, der den Empfänger nicht mehr vorhandener Geschenke und Zuwendungen dem Staate gegenüber zum Wertersatz verurteilt (Art. 59 Abs. 1 StGB), definitiver Rechtsöffnungstitel sein.

evtl. andere Maßnahmen (z. B. Einziehung) belasteten Erben einen Rechtsbehelf zur Anfechtung des sie belastenden Urteils zu geben⁹⁷⁾.

Will man grundsätzlich den Angehörigen und den Erben des verstorbenen Angeklagten diese Befugnis einräumen, so müßte dies durch eine selbständige Legitimation dieser Personen zur Nichtigkeitsbeschwerde geschehen; denn eine Rechtsnachfolge in die Stellung des Angeklagten ist ausgeschlossen, und auch eine weitere Vertretung des verstorbenen Angeklagten durch seinen zu Lebzeiten bestellten Anwalt oder seine Angehörigen oder Erben, wie dies Clerc⁹⁸⁾ vorsieht, scheint mir nicht wohl möglich. Vielmehr wäre Art. 270 Abs. 1 BStP durch einen Beisatz zu ergänzen, der die Angehörigen und Erben des während der Beschwerdefrist oder nach Einlegung der Beschwerde verstorbenen Angeklagten befugt erklärt, binnen 10 Tagen nach Kenntnis vom Tode des Angeklagten im gleichen Umfang Nichtigkeitsbeschwerde zu führen, wie dies der Angeklagte hätte tun können oder schon getan hat.

VII. Die Weiterziehung im Zivilpunkt.

1. Art. 271 BStP trägt dem Umstand, daß viele kantonale Strafprozeßordnungen die anhangsweise Geltendmachung und Beurteilung zivilrechtlicher Ansprüche aus strafbarer Handlung im Strafverfahren kennen, sehr weitgehend Rechnung. Das Urteil der letzten kantonalen Instanz im Zivilpunkt kann nicht nur im Zusammenhang mit dem Strafpunkt mit der Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden, sondern die Nichtigkeitsbeschwerde kann auch auf den Zivilpunkt beschränkt werden, und zwar unbekümmert

⁹⁷⁾ Luzern § 72 EG z. StGB, der eine Kostenhaftung der Erben beim Tode des Angeklagten während des Verfahrens kennt, räumt den Erben die gesetzlichen Rechtsmittel ein.

⁹⁸⁾ Clerc, Du pourvoi en nullité 38/39.

um den Streitwert. Legitimiert ist der Geschädigte (Zivilkläger), der Angeklagte und — wo das kantonale Recht diese Partei kennt — der ersatzpflichtig erklärte Dritte (z. B. das Familienhaupt, Art. 333 ZGB). Ist die Sache nach dem Streitwert der Zivilklage berufungsfähig, so steht den Parteien neben der Nichtigkeitsbeschwerde im Zivilpunkt gegen das letztinstanzliche kantonale Haupturteil auch die Berufung offen, d. h. sie haben die Wahl zwischen den beiden Rechtsmitteln. Die im Zivilpunkt erhobene Nichtigkeitsbeschwerde schließt — für den Beschwerdeführer — die Berufung an das Bundesgericht aus (Art. 271 Abs. 2 BStP). Diese Ordnung müßte durch das mit Inkrafttreten des StGB zu erwartende Anwachsen der bisher seltenen Nichtigkeitsbeschwerden im Zivilpunkt zu einer sehr starken Belastung des Kassationshofes mit Zivilsachen von geringem Streitwert führen. Zudem könnte auch der Umstand, daß den Parteien im berufungsfähigen Zivilpunkt die Wahl zwischen Nichtigkeitsbeschwerde und Berufung offen steht, zu Unzukömmlichkeiten führen, dies dann, wenn die eine Partei Nichtigkeitsbeschwerde erhebt, die andere Berufung. Wenn dies nicht schon bis heute zu Schwierigkeiten geführt hat, so wohl einzig deshalb, weil die Nichtigkeitsbeschwerde im Zivilpunkt sehr selten erhoben wurde.

Sowohl der VE Ziegler als auch der Entwurf des BG sehen deshalb mit Recht eine erhebliche Einschränkung dieser Weiterziehungsmöglichkeiten vor. Der VE Ziegler will die Weiterziehung im Zivilpunkt mit der Nichtigkeitsbeschwerde einzig in Verbindung mit der Nichtigkeitsbeschwerde im Strafpunkt zulassen und die selbständige Weiterziehung im Zivilpunkt völlig auf den Weg der Berufung verweisen. Wenn das durch Nichtigkeitsbeschwerde (im Straf- und Zivilpunkt) angefochtene kantonale Urteil im Zivilpunkt nicht berufungsfähig ist, so soll die Nichtigkeitsbeschwerde im Zivilpunkt bei der Beurteilung das Schicksal der Nichtigkeitsbeschwerde im Strafpunkt teilen: sie soll

also mit abgewiesen werden, wenn die Nichtigkeitsbeschwerde im Strafpunkt abgewiesen wird, dagegen soll im Falle der Kassation diese auch den Zivilpunkt erfassen. Wo aber die Berufungsfähigkeit (Streitwert über 4000 Fr.) grundsätzlich gegeben ist, soll der Kassationshof bei Beurteilung der im vollen Umfang (Straf- und Zivilpunkt) erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde über den Zivilpunkt selbst entscheiden, wenn er dazukommt, die Nichtigkeitsbeschwerde im Strafpunkt als unbegründet abzuweisen.

Die Vernehmlassung des Bundesgerichts will im Gegensatz hierzu die Berufung gegen ein Urteil im Adhäsionsprozeß völlig ausschließen, d. h. die Parteien für die Anfechtung des kantonalen Urteils im Zivilpunkt ganz auf den Weg der Nichtigkeitsbeschwerde verweisen. Dies ist m. E. der Lösung des VE Ziegler vorzuziehen. Es ist nicht einzusehen, warum — nachdem der Kläger im kantonalen Verfahren vor dem Strafrichter (durch Adhäsionsklage) sein Recht gesucht hat — nun, nach Beendigung des kantonalen Verfahrens, den Parteien noch die (zivilprozessuale) Berufung (an eine zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichts) offen stehen sollte. Den Bedenken, daß den Parteien die mündliche Verhandlung vor dem Bundesgericht in berufungsfähigen Sachen gewährleistet werden sollte, die den Verfasser des Vorentwurfes mit zur Beibehaltung der Berufung gegen Adhäsionsurteile veranlaßt haben mögen, kann der Kassationshof bei Beurteilung der Nichtigkeitsbeschwerde im Zivilpunkt dadurch Rechnung tragen, daß er ausnahmsweise — wenn er dies für geboten erachtet — nach Art. 273 Abs. 3 BStP eine mündliche Verhandlung anordnet. Einer Beibehaltung der Berufung gegen Urteile im Zivilpunkt würden auch prozeßökonomische Bedenken entgegenstehen. Würden in derselben Sache z. B. der öffentliche Ankläger die Nichtigkeitsbeschwerde im Strafpunkt, der Geschädigte aber die Berufung im Zivilpunkt erheben, so müßte die Behandlung der Be-

rufung bis zur endlichen Erledigung des Strafpunktes aufgeschoben werden, was — insbesondere im Falle der Kassation im Strafpunkt — einige Zeit dauern würde, oder aber es müßten Abschriften der wesentlichsten Aktenteile (Protokolle etc.) erstellt werden; denn die Beweisführung vor kantonaler Instanz erfolgt für Strafpunkt und Zivilpunkt gemeinsam und wird im selben Aktenheft verurkundet.

Die gegen das Urteil im Zivilpunkt einzig zulässige Nichtigkeitsbeschwerde soll — nach dem VE des Bundesgerichts — beschränkt auf den Zivilpunkt nur noch erhoben werden können, wenn der Streitwert nach den zivilprozessualen Vorschriften über die Berufung 4000 Fr. erreicht oder die Sache im zivilprozessualen Verfahren ohne Rücksicht auf den Streitwert berufungsfähig wäre⁹⁹⁾ oder wenn — abgesehen hiervon — Nichtigkeitsbeschwerde wegen Anwendung kantonalen statt eidg. Rechts erhoben wird (Art. 271 Abs. 2 u. 3 VE des Bundesgerichts). Bei der Beurteilung steht es dem Kassationshof frei, in der Sache selbst zu entscheiden oder sie zur Neuurteilung an die kantonale Instanz zurückzuweisen.

Ist der Zivilpunkt i. S. der vorstehenden Ausführungen an sich berufungsfähig, wird die Nichtigkeitsbeschwerde aber sowohl im Strafpunkt als im Zivilpunkt erhoben, sei es durch eine Partei, sei es durch verschiedene Parteien, so beurteilt der Kassationshof (auch bei Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde im Strafpunkt) den Zivilpunkt (wie bei auf den Zivilpunkt beschränkter Nichtigkeitsbeschwerde), sei es durch Sachurteil, sei es

⁹⁹⁾ Die nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten werden wohl selten Ansprüche zum Gegenstand haben, die aus strafbarer Handlung hergeleitet werden, also auch Gegenstand eines Adhäsionsprozesses bilden können. Praktisch fallen aber in Betracht die vermögensrechtlichen Streitigkeiten aus Firmen-, Marken-, Muster- und Modell-Urheberrechtsschutz usw., die im zivilprozessualen Verfahren auch ohne Rücksicht auf den Streitwert berufungsfähig sind.

durch Rückweisung zur Neuurteilung. Gelangt der Kassationshof in solchen Fällen zu einer Kassation im Strafpunkt, so wird sich allerdings — aus praktischen Erwägungen — oft auch die Rückweisung im Zivilpunkt aufdrängen, um eine neue einheitliche Beurteilung durch die kantonale Instanz zu ermöglichen.

Bei an sich nicht berufungsfähigem Zivilpunkt ist — abgesehen vom erwähnten Fall der Nichtigkeitsbeschwerde wegen Anwendung kantonalen statt eidgenössischen Rechts — eine Nichtigkeitsbeschwerde im Zivilpunkt nur zulässig, wenn auch der Strafpunkt durch Nichtigkeitsbeschwerde weitergezogen wird. Diese ohne Rücksicht auf den Streitwert ermöglichte Überprüfung des Zivilpunkts soll verhindern, daß bei Gutheißung der Nichtigkeitsbeschwerde im Strafpunkt, dieser im neuen Urteil der kantonalen Instanz anders beurteilt (z. B. der im ersten Verfahren freigesprochene Angeklagte verurteilt) werden muß, während das Urteil im Zivilpunkt (z. B. das die Zivilklage abweisende Urteil) rechtskräftig bliebe. Da aber eine solche Diskrepanz nur entstehen kann, wenn die Nichtigkeitsbeschwerde im Strafpunkt gutgeheißen, das Urteil im Strafpunkt also kassiert wird, und auch dann nur, wenn die abweichende Beurteilung des Strafpunktes auch für die Entscheidung im Zivilpunkt von Bedeutung ist, soll das Urteil im Zivilpunkt — nach dem VE des Bundesgerichts — nur kassiert werden, wenn auch im Strafpunkt eine Kassation erfolgt und die rechtlichen Erwägungen, die zur Kassation führen, auch die Beurteilung des Zivilpunktes beeinflussen können. In den übrigen Fällen soll auf die Nichtigkeitsbeschwerde im — nicht selbständig weiterziehbaren — Zivilpunkt nicht eingetreten werden (Art. 277 c Abs. 2 VE des Bundesgerichts). Die von Stämpfli¹⁰⁰⁾ befürchtete Schwierigkeit, daß nur der Beschwerdeführer im Strafpunkt (also

¹⁰⁰⁾ ZSR NF 50 98a f.

der Angeklagte oder der Privatstraßkläger, nicht aber der nur im Zivilpunkt beteiligte Geschädigte oder ersatzpflichtig erklärte Dritte) das Urteil in vollem Umfang (Straf- und Zivilpunkt) anfechten könnte, wird im VE des Bundesgerichts dadurch beseitigt, daß für die Partei, die das von einem andern Beteiligten im Strafpunkt angefochtene Urteil nur im Zivilpunkt anfechten will (oder kann), die Frist zur Einreichung der Nichtigkeitsbeschwerde erst seit Mitteilung der von einem andern Beteiligten im Strafpunkt erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde zu laufen beginnt (Art. 272 Abs. 3 VE des Bundesgerichts¹⁰¹).

Die von den Entwürfen (in der Fassung des VE des Bundesgerichts) vorgeschlagene Neuregelung der Nichtigkeitsbeschwerde im Zivilpunkt trägt — bei größtmöglicher Entlastung des Bundesgerichts — allen schutzwürdigen Interessen voll Rechnung. Sie verdient als ideale Lösung bezeichnet zu werden.

Es könnte sich einzig fragen, ob nicht allenfalls — in Angleichung an die Anschlußberufung — dem Prozeßgegner des Beschwerdeführers im an sich berufungsfähigen Zivilpunkt das Recht der Anschlußbeschwerde eingeräumt werden sollte, namentlich im Hinblick darauf, daß dem Kassationshof die Befugnis zusteht, in der Sache selbst zu entscheiden. Ferner sollte gegen Sachurteile des Bundesgerichts im Zivilpunkt das außerordentliche Rechtsmittel der Revision vorgesehen werden, wobei es m. E. genügen würde, Art. 230 ff. BStP auf diesen Fall anwendbar zu erklären.

2. Hinsichtlich der Legitimation zur Nichtigkeitsbeschwerde im Zivilpunkt enthalten die Entwürfe keine

¹⁰¹) Da die Nichtigkeitsbeschwerde im Strafpunkt den Beteiligten nach Art. 276 VE des Bundesgerichts nur mitgeteilt wird, wenn sie sich nicht als unzulässig oder sofort als unbegründet erweist (vgl. VIII hiernach), so kann vermieden werden, daß eine Nichtigkeitsbeschwerde im Zivilpunkt überhaupt erhoben wird, wenn die im Strafpunkt erhobene Beschwerde unzulässig oder von vornherein unbegründet ist.

Neuerungen. Die künftige Rechtsprechung des Kassationshofes wird hier zur Frage Stellung nehmen müssen, inwieweit eine Rechtsnachfolge in die Parteistellung im Adhäsionsprozeß (bei Tod eines Beteiligten oder Abtretung des Anspruchs) möglich sei. Die von Clerc¹⁰²⁾ vertretene Auffassung, wonach für die Möglichkeit einer Rechtsnachfolge bis zur Anhebung der Nichtigkeitsbeschwerde die Vorschriften des kantonalen Strafprozesses maßgebend seien, nach Anhebung der Nichtigkeitsbeschwerde aber die Grundsätze des eidg. Rechts, kann mit guten Gründen gestützt werden. Man könnte aber — namentlich im Hinblick auf die Möglichkeit einer Kassation — auch ebensogut annehmen, daß das unter der Herrschaft des kantonalen Verfahrensrechts im Zivilpunkt begründete Streitverhältnis den Vorschriften des kantonalen Rechts auch im Rechtsmittelverfahren vor Kassationshof unterstellt bleibe und nicht durch Zulassung einer nach kantonalem Recht nicht möglichen Rechtsnachfolge im Adhäsionsprozeß verändert werden dürfe.

3. Soweit das kantonale Prozeßrecht eine Beurteilung des Zivilpunkts ausschließt, wenn der Angeschuldigte freigesprochen worden ist, kann eine auf den Zivilpunkt beschränkte Nichtigkeitsbeschwerde nicht erhoben werden, da weder eine gültige Adhäsionsklage noch ein Urteil über diese vorliegt¹⁰³⁾. Der Geschädigte muß also — nach den hier Anwendung findenden kantonalen Vorschriften — seine Ansprüche erneut vor dem Zivilrichter einklagen. Wird aber der Angeschuldigte freigesprochen und deshalb — nach kantonalem Prozeßrecht — die Zivilklage nicht beurteilt, wird dieses Urteil sowohl im Strafpunkt als im Zivilpunkt angefochten und vom Kassationshof kassiert und die Sache zur Neuurteilung (Verurteilung des Angeklagten) zurückgewiesen, so wird die kantonale Instanz nun — da auch nach kantonalem

¹⁰²⁾ Du pourvoi en nullité 36/37.

¹⁰³⁾ Stämpfli, N. 1 zu Art. 271 BStP.

Prozeßrecht die Voraussetzungen zur Beurteilung der Zivilansprüche vorliegen — ein Urteil im Zivilpunkt fällen können¹⁰⁴).

4. Soweit das kantonale Prozeßrecht die Möglichkeit einer teilweisen Verweisung der Beurteilung des Zivilpunktes an den Zivilrichter vorsieht (z. B. zur Festsetzung der noch nicht feststellbaren Höhe des Schadens), so unterliegt dieses kantonale Urteil der Überprüfung des Kassationshofes auf richtige Anwendung des eidg. Rechts in der Gestalt, in der es vorliegt (Teilurteil), und der nicht beurteilte Teil bleibt Gegenstand eines Zivilprozesses¹⁰⁵). Alle mit solchen Teilurteilen bisher (im Berufungsverfahren) verbundenen Schwierigkeiten fallen allerdings dabei nicht weg. Hat der Kassationshof des Bundesgerichts ein im Adhäsionsprozeß ergangenes Teilurteil (z. B. Zusprechung der Zivilklage dem Grundsatz nach) auf Nichtigkeitsbeschwerde hin überprüft und bestätigt (Sachurteil des Kassationshofes) und wird gegen das vom kantonalen Zivilrichter im nachfolgenden Zivilprozeß gefällte ergänzende Teilurteil (Festsetzung des Schadens) die Berufung ergriffen, so dürfte das Bundesgericht als Berufungsinstanz nicht wie bisher die Rechtsanwendung im gesamten Rechtsstreit (beide Teilurteile) frei überprüfen können, sondern wohl an das vom Kassationshof bestätigte erste Teilurteil (grundsätzliche Gutheißung der Klage) gebunden sein. Hieraus kann aber der Rechtsprechung kein Schaden erwachsen; gegenteils wird die so erzielte bessere Anpassung des Rechtsmittelverfahrens des Bundesrechts an diese Besonderheit verschiedener kantonaler Prozeßordnungen zu einer reibungslosen Abwicklung des ganzen Prozesses beitragen.

¹⁰⁴) Vgl. Bericht zum VE Ziegler 113.

¹⁰⁵) Vernehmlassung des Bundesgerichts zum VE 36.

VIII. Das Verfahren in Nichtigkeitsbeschwerdesachen.

1. Nach Art. 272 BStP ist die Nichtigkeitsbeschwerde binnen zehn Tagen seit der angefochtenen Entscheidung beim *judex a quo* schriftlich zu erklären. Sie ist binnen einer weitem Frist von 20 Tagen schriftlich unter Stellung der Anträge zu begründen. Auch diese Begründungsschrift ist beim *judex a quo* einzureichen (Art. 272 Abs. 1). Für den Bundesanwalt beginnt die Beschwerdefrist mit der Zustellung der vollständigen Ausfertigung des Entscheides an die zuständige Bundesbehörde¹⁰⁶⁾ (Art. 272 Abs. 3). Um den Parteien die Ausarbeitung der Beschwerdeschrift zu ermöglichen, sind ihnen die Akten zur Einsicht offen zu halten (Art. 272 Abs. 4). Wurde die angefochtene Entscheidung mündlich eröffnet und die schriftliche Ausfertigung erst nachträglich zugestellt, so kann der Präsident des Kassationshofes oder der bestimmte Instruktionsrichter auf Verlangen des Beschwerdeführers eine einmalige Nachfrist zur Ergänzung der Beschwerdeschrift gewähren (Art. 272 Abs. 2).

Die Entwürfe legen den Beginn der Beschwerdefrist eindeutig fest: Die zehntägige Frist soll mit der nach dem kantonalen Recht maßgebenden (mündlichen oder schriftlichen) Eröffnung des angefochtenen Entscheides beginnen. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist wie bisher schriftlich beim *judex a quo* zu erklären.

Der VE Ziegler will die weitere zwanzigtägige Begründungsfrist — deren Beginn bisher ebenfalls nicht feststand — auch mit der Eröffnung des Entscheides beginnen lassen, räumt aber dem Beschwerdeführer, wenn die Entscheidung mündlich eröffnet und die schriftliche Ausfertigung erst nachträglich zugestellt wurde, eine weitere mit Zustellung der schriftlichen Ausfertigung be-

¹⁰⁶⁾ An die die kantonalen Strafentscheide nach Bundesgesetz oder Bundesratsbeschluß einzusenden sind.

ginnende zwanzigtägige Begründungsfrist ein; bei unbenütztem Ablauf der Frist soll dem Beschwerdeführer eine einmalige Verlängerung zur Einreichung bzw. Ergänzung der Beschwerdebegründung gewährt werden.

Der Entwurf des Bundesgerichts stimmt hinsichtlich des Beginns der zehntägigen Beschwerdefrist mit dem VE Ziegler überein. Er legt ergänzend der kantonalen Behörde die Pflicht auf, nach Einlangen der Erklärung dem Beschwerdeführer ohne Verzug von Amtes wegen eine schriftliche Ausfertigung des Entscheides zuzustellen. Die zwanzigtägige Begründungsfrist soll erst mit Zustellung der schriftlichen Ausfertigung des Entscheides beginnen, wobei es dem Beschwerdeführer freistehen soll, seine Beschwerde schon vorher zu begründen¹⁰⁷). Der Entwurf des Bundesgerichts (Art. 272 Abs. 3) legt ferner die Frist zur nachträglichen Einreichung einer Nichtigkeitsbeschwerde im Zivilpunkt fest, wenn das Urteil schon durch Nichtigkeitsbeschwerde im Strafpunkt angefochten wurde (vgl. 178a hiervor)¹⁰⁸). Diese einfachere Ordnung der Begründungsfrist im VE des Bundesgerichts ist m. E. derjenigen des VE Ziegler vorzuziehen. Dadurch daß die Begründungsfrist erst mit der Zustellung der schriftlichen Ausfertigung zu laufen beginnt, ist nun klar festgelegt, daß allen Parteien die vollständige schriftliche Ausfertigung des Entscheides

¹⁰⁷) Dies kann dann von Wichtigkeit sein, wenn der Beschwerdeführer um Einstellung der Vollstreckbarkeit nachsuchen will (vgl. Bericht z. VE Ziegler 117). Wenn auch die Einstellung der Vollstreckbarkeit wohl nicht verfügt wird, bevor die Akten mit den schriftlichen Motiven dem Kassationshof vorliegen (Vernehmlassung 38), so wird doch eine frühzeitige Begründung in Verbindung mit einem Gesuch um Einstellung der Vollstreckbarkeit die kantonale Instanz zur beschleunigten Ausfertigung der Motive veranlassen.

¹⁰⁸) Da diese Frist erst mit der Mitteilung der Nichtigkeitsbeschwerde im Strafpunkt zu laufen beginnt, würde die Bestimmung wohl ebensogut in Art. 276 des Entwurfes aufgenommen.

(Urteilsformel und Urteilsbegründung) zuzustellen ist^{108 a)}.

Wie das geltende Recht (Art. 43 OG) kennt auch der VE Ziegler (Art. 35), dem das Bundesgericht zustimmt, die Wiederherstellung gegen Versäumung von Fristen zu denen — entgegen manchen kantonalen Prozeßrechten — auch die Rechtsmittelfristen zu zählen sind.

Abweichend vom geltenden Recht braucht der Nachweis des unverschuldeten Hindernisses nicht schon während der Wiederherstellungsfrist geleistet zu werden; dafür ist aber binnen zehn Tagen nach Wegfall des Hindernisses sowohl die Wiederherstellung nachzusuchen als auch die versäumte Rechtsvorkehr nachzuholen.

2. Während das geltende Gesetz Form und Inhalt der Beschwerdeschrift nicht umschreibt, wird dies in den Entwürfen (Art. 273) in Anlehnung an die Parallelbestimmung für die Berufungsschrift (Art. 55 Entw. OG) genau geordnet. Nach den Entwürfen¹⁰⁹⁾ soll die Beschwerdeschrift enthalten: die angefochtenen Punkte des Entscheides, die Anträge und eine kurze Begründung, die sich auf die Angabe beschränken soll, inwiefern der angefochtene Entscheid Bundesrecht verletze. Ausführungen über tatsächliche Feststellungen, neue Tatsachen, Einreden, Bestreitungen und Beweismittel, sowie Erörterungen über Verletzungen des kantonalen Rechts werden ausdrücklich als unzulässig erklärt. An die Verletzung dieser Vorschrift wird die Sanktion geknüpft, daß Nichtigkeitsbeschwerden mit vorschriftswidriger (ungenügender oder unzulässiger) Begründung zur Berichtigung zurückgewiesen werden können unter Ansetzung

^{108 a)} Bericht z. VE Ziegler 117.

¹⁰⁹⁾ Der VE des Bundesgerichts deckt sich — abgesehen von der Aktenwidrigkeitsrüge, die das Bundesgericht entgegen dem VE Ziegler fallen lassen will, eine Auffassung, die auch hier geteilt wurde (vgl. I 4 hiervor) — bis auf wenige redaktionelle Abweichungen mit dem VE Ziegler.

einer kurzen Frist und Androhung, daß „andernfalls“ darauf nicht eingetreten werde¹¹⁰⁾.

Die Beschwerdeschrift soll in genügender Anzahl für das Gericht und die Gegenpartei(en) eingereicht werden. Bei Mißachtung dieser Vorschrift setzt die Bundesgerichtskanzlei dem Beschwerdeführer eine Frist zur Einreichung der fehlenden Exemplare oder zum Kostenvorschuß für die Ausfertigung der nötigen Abschriften unter Androhung, daß die Beschwerdeschrift sonst unbeachtet bleibe (Art. 30 Abs. 2 Entw. OG, der dies bestimmt, wird anwendbar erklärt).

Nach den Entwürfen ist die Ausfertigung des angefochtenen Entscheides der Beschwerdeschrift beizulegen. Fehlt sie, so wird dem Beschwerdeführer auch hier unter Androhung des Nichteintretens eine Nachfrist angesetzt.

Diese Neuregelung ist zwar streng, enthält aber nichts, was für den berufsausübenden Anwalt als unnötige Form oder als zu weitgehende Einschränkung empfunden werden könnte. Eine strenge Handhabung dieser Bestimmung wird ganz wesentlich zur Entlastung des Kassationshofes beitragen; insbesondere wird das Gericht so nicht mehr in die Lage kommen, aus weitläufigen Erörterungen über tatbeständliche Feststellungen und die Beweisführung der Vorinstanz die notwendige Beschwerdebegründung, die behauptete Verletzung des Bundesrechts, herausuchen zu müssen.

3. Zur Vertretung der Parteien, d. h. des Angeklagten, des Privatstrafklägers, des Geschädigten und des ersatzpflichtig erklärten Dritten, sind nach den Entwürfen (Art. 29 OG) zugelassen diejenigen Personen, welche nach dem betreffenden kantonalen Recht zur berufsmäßigen Ausübung der Prozeßvertretung befugt sind,

¹¹⁰⁾ Dies bezieht sich dem Sinne nach sowohl auf die Nichteinreichung binnen der angesetzten Nachfrist als auch auf die nochmalige Verletzung der Vorschriften über die Beschwerdebegründung.

sowie die Rechtslehrer an schweizerischen Hochschulen. Ausnahmsweise und unter Vorbehalt des Gegenrechtes werden auch ausländische Anwälte zugelassen.

Die Parteivertreter haben sich durch Vollmacht auszuweisen, d. h. eine Vollmacht zu den Akten zu legen; das Fehlen einer solchen macht jedoch die Prozeßhandlungen (z. B. eine Beschwerdeerklärung) des Parteivertreters nicht ungültig; denn der Mangel kann geheilt, die Vollmacht nachträglich gefordert und beigebracht werden.

Nach Art. 29 Abs. 5 VE OG in der Fassung des Bundesgerichts kann eine Partei, die offenbar nicht imstande ist, ihre Sache selber zu führen, vom Gericht angehalten werden, einen Vertreter zu bezeichnen.

4. Art. 274 VE Ziegler, dem die Vernehmlassung des Bundesgerichts beipflichtet, handelt von der Einsendung der Akten und der Beschwerdeschrift an den Kassationshof. Das geltende Gesetz (Art. 272 Abs. 1 BStP) wird hier in zwei Punkten ergänzt:

a) Die kantonale Instanz soll die Daten der Zustellung des angefochtenen Entscheides und des Eingangs (evtl. der Postaufgabe) der Beschwerdeerklärung und der Beschwerdeschrift mitteilen.

b) Die kantonale Instanz soll ihre allfälligen Gegenbemerkungen den Akten gleich beilegen¹¹¹⁾.

Beide Neuerungen sind als praktisch zu begrüßen. Die erstangeführte bedarf vielleicht noch der weiteren Ausführung, z. B. betr. Beilage des Briefumschlages mit Poststempel zur Kontrolle der Einhaltung der Beschwerdefrist bei Postaufgabe am letzten Tage, Bekanntgabe eines fristverlängernden kantonalen Feiertags¹¹²⁾ (Art. 32 Abs. 2 VE z. OG); allein dies kann auf dem Wege des bundes-

¹¹¹⁾ Nach Art. 273 Abs. 2 BStP wird der kantonalen Behörde erst im Zeitpunkt der Mitteilung der Beschwerdeschrift Gelegenheit gegeben, Gegenbemerkungen anzubringen.

¹¹²⁾ Im Kanton Bern z. B. gelten für den Jura andere gesetzliche Feiertage als für den alten Kantonsteil.

gerichtlichen Kreisschreibens an die kantonalen Behörden angeordnet werden. Die sofortige Beilage der Gegenbemerkungen der kantonalen Instanz erleichtert es dem Kassationshof, offensichtlich unbegründete Beschwerden ohne Einholung der Gegenbemerkungen der andern Parteien abzuweisen (vgl. 7 hiernach).

5. Wie im geltenden Recht (Art. 272 Abs. 5 BStP) hat auch nach den Entwürfen die Beschwerde nur dann vollstreckungshemmende Wirkung, wenn der Kassationshof oder sein Präsident es verfügt. Diese Regelung genügt für die Beschwerde im Strafpunkt und auch für die nur im Anschluß an die Beschwerde im Strafpunkte zulässige Beschwerde im Zivilpunkt. Ist aber das Urteil im Zivilpunkt an sich¹¹³⁾ berufungsfähig, so sollten m. E. die Parteien (d. h. der Angeklagte und evtl. der ersatzpflichtig erklärte Dritte) hinsichtlich der Vollstreckbarkeit des Urteils nicht schlechter gestellt sein als im zivilprozessualen Berufungsverfahren. Die Befugnis des Kassationshofes und seines Präsidenten, die vollstreckungshemmende Wirkung zu verfügen, dürfte hier auch deshalb nicht genügen, weil eine solche Verfügung doch regelmäßig erst erfolgen könnte, nachdem die Beschwerdeschrift und die Akten dem Kassationshof eingesandt wurden, die Vollstreckung im Zivilpunkt aber — im Gegensatz zum Strafpunkt, wo die kantonale Instanz damit meist bis zur Entscheidung des Kassationshofes zuwarten wird — von der Gegenpartei, dem Geschädigten, begehrt werden kann. Es würde sich deshalb rechtfertigen, für den an sich berufungsfähigen Zivilpunkt dieselbe Lösung anzustreben, die Art. 54 des Entwurfes zum OG für die Berufung vorsieht: daß vor Ablauf der Beschwerdefrist die Rechtskraft der kantonalen Endurteile nicht eintritt. Evtl. könnte für diese Fälle auch Art. 54 Abs. 2 VE z. OG anwendbar erklärt werden. Für die nur im Anschluß an den Strafpunkt mögliche Anfechtung der (nicht berufungsfähigen) Adhäsionsurteile dürfte die Befugnis, die Hemmung der

¹¹³⁾ D. h., wenn nicht in einem Adhäsionsprozeß ergangen.

Vollstreckbarkeit zu verfügen, genügen, um einer drohenden oder schon begonnenen Vollstreckung zu begegnen.

6. Nach Art. 274 BStP setzt der Kassationshof seine Entscheidung — bis zur Erledigung des kantonalen Rechtsmittelverfahrens — aus, wenn gegen den durch Nichtigkeitsbeschwerde angefochtenen kantonalen Entscheid gleichzeitig ein Kassations- oder Revisionsbegehren angebracht wurde. Trotz des Marginalen „Einstellung wegen außerordentlicher kantonalen Rechtsmittel“ spielt es keine Rolle, ob das kantonale Prozeßrecht das Rechtsmittel der Kassationsbeschwerde (Nichtigkeitsbeschwerde, Nichtigkeitsklage) als ordentliches¹¹⁴⁾ oder als außerordentliches Rechtsmittel ausgestaltet hat. Gemeint ist das kantonale Rechtsmittel, mit dem Verletzungen des kantonalen Prozeßrechts oder des kantonalen Strafrechts¹¹⁵⁾ geltend gemacht werden¹¹⁶⁾. Die Entwürfe enthalten für diese Fälle folgende Bestimmung (Art. 275): „Die Einsendung der Akten des kantonalen Verfahrens an das Bundesgericht kann bis zur Erledigung der Sache von den kantonalen Behörden unterbleiben und wird die bundesgerichtliche Entscheidung inzwischen ausgesetzt, es sei denn, daß auf die Nichtigkeitsbeschwerde nicht eingetreten werde.“ Der Wortlaut dieser Bestimmung der Entwürfe ist nicht restlos klar. Vor allem ist nicht klar ersichtlich, ob die Aussetzung der bundesgerichtlichen Entscheidung nur in den Fällen unterbleiben soll, wo auf die Nichtigkeitsbeschwerde nicht eingetreten wird, oder ob es auch bei Zulässigkeit der Beschwerde im Ermessen des Kassationshofes stehen soll, die Entscheidung auszusetzen. Ferner ist nicht recht verständlich, in welcher Weise die Akteneinsendung an den Kassationshof vom Eintreten auf die Nichtigkeits-

¹¹⁴⁾ So z. B. bern. StrV Art. 327, 328.

¹¹⁵⁾ Nun des in Art. 335 StGB vorbehaltenen kantonalen Strafrechts.

¹¹⁶⁾ Stämpfli, N. zu Art. 274 BStP und die dort zitierte Literatur und Judikatur.

beschwerde abhängig gemacht werden soll. Entweder müßte die kantonale Instanz darüber entscheiden, ob der Kassationshof voraussichtlich auf die Nichtigkeitsbeschwerde eintreten werde oder nicht, und je nachdem die Akten an den Kassationshof weiterleiten, oder aber der Kassationshof müßte seinen Nichteintretensentscheid ohne Einsicht in die Akten fällen, was in einigen Fällen (offensichtliche Verspätung) möglich, in vielen andern aber schwierig wäre. M. E. sollte die Akteneinsendung in allen Fällen erfolgen, damit der Kassationshof in die Lage versetzt wird, über die Zulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde¹¹⁷⁾ zu entscheiden. Im Falle des Eintretens wären dann die Akten an die kantonale Instanz zurückzusenden zur Beurteilung des Kassations- oder Revisionsbegehrens.

Hat die kantonale Behörde das Kassations- oder Revisionsgesuch entschieden, so hat sie dem Bundesgericht von der Erledigung unverzüglich Kenntnis zu geben.

Die Entwürfe sehen mit Recht auch die — regelmäßige — Aussetzung der Entscheidung bis zur Erledigung einer (gegen denselben kantonalen Entscheid erhobenen) staatsrechtlichen Beschwerde vor. Die Aussetzung der Entscheidung ist in beiden Fällen dadurch gerechtfertigt, daß u. U. die Nichtigkeitsbeschwerde gegenstandslos wird¹¹⁸⁾. Der Vorschlag des VE Ziegler, den Entscheid über die Nichtigkeitsbeschwerde sogar wegen eines das Revisionsverfahren vorbereitenden Strafverfahrens (z. B. wegen falscher Zeugenaussage) immer auszusetzen, ist vom Bundesgericht mit Recht (Gefahr der Trölerei) als zu weitgehend abgelehnt worden. Immerhin räumt der VE des Bundesgerichts dem Kassationshof

¹¹⁷⁾ und evtl., wenn dies in seinem Ermessen stehen soll, auch über die Frage der Aussetzung der Entscheidung.

¹¹⁸⁾ Wenn der angefochtene Entscheid im kantonalen Rechtsmittelverfahren oder im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren aufgehoben wird.

die Befugnis ein, auch in solchen Fällen die Entscheidung auszusetzen.

Für die Revision insbesondere sehen die Entwürfe vor, daß ein abweisender Revisionsentscheid nebst den neuen Akten einzusenden sei. Die Ergebnisse des Revisionsverfahrens sollen bei der Beurteilung der Nichtigkeitsbeschwerde mitberücksichtigt und eventuell soll hierüber ein Schriftenwechsel angeordnet werden. Das bedeutet nichts anderes als die Mitberücksichtigung neuer im Revisionsverfahren geltend gemachter und im Revisionsentscheid allenfalls als erwahrt festgestellter Tatsachen bei der Beurteilung der Nichtigkeitsbeschwerde. Es ist zu hoffen, daß diese Möglichkeit nicht mißbraucht wird, um neue Tatsachen, deren Geltendmachung in der Beschwerdeschrift unzulässig ist (Art. 273 VE), auf dem Umweg über ein kantonales Revisionsverfahren als Grundlage der Beurteilung der Nichtigkeitsbeschwerde verwenden zu können. Es wird allenfalls Sache der kantonalen Revisionsinstanzen sein, einem offensichtlichen Mißbrauch des kantonalen Revisionsverfahrens (aussichtslose Revisionsgesuche) durch die dem kantonalen Prozeßrecht bekannten Disziplinarmittel zu steuern.

7. Das Verfahren in Nichtigkeitsbeschwerdesachen vor dem Kassationshof ist im geltenden Bundesstraßprozeß in Art. 273 geordnet. Eine Vorprüfung findet lediglich hinsichtlich der rechtzeitigen Einreichung der Nichtigkeitsbeschwerde und der Beschwerdebegründung statt: verspätete Einreichung hat Nichteintreten auf die Nichtigkeitsbeschwerde zur Folge. In allen übrigen Fällen wird das weitere Verfahren (Instruktion) durchgeführt. Der bestellte Instruktionsrichter teilt die Beschwerdeschrift den Beteiligten mit und setzt ihnen, sowie auch der Behörde, die den Entscheid gefällt hat, Frist zur Anbringung von Gegenbemerkungen. Ausnahmsweise wird ein doppelter Schriftenwechsel zugelassen. Eine mündliche Verhandlung vor Kassations-

hof wird nur in Ausnahmefällen angeordnet. Regelmäßig schreitet der Kassationshof auf Grund der Beschwerdeschrift, der Akten und der Gegenbemerkungen zur Beurteilung der Nichtigkeitsbeschwerde. Die Beratung und Abstimmung des Kassationshofes ist öffentlich. Die Öffentlichkeit kann nur ausgeschlossen werden, wenn eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung, der Sittlichkeit oder der Staatssicherheit zu befürchten ist.

Der VE Ziegler will die Vorprüfung der Nichtigkeitsbeschwerde durch den Kassationshof erheblich ausdehnen¹¹⁹⁾. Nach Einlangen der Beschwerdeschrift, der Akten und allfälliger Gegenbemerkungen der kantonalen Instanz soll dem Kassationshof die Befugnis eingeräumt werden — außerhalb der öffentlichen Beratung — auf unzulässige, verspätete oder nicht formgerecht angebrachte Nichtigkeitsbeschwerden nicht einzutreten, die kantonale Entscheidung aufzuheben und die Sache an die kantonale Instanz zurückzuweisen, wenn die Entscheidung an Mängeln leidet, die eine Nachprüfung der Gesetzesanwendung verunmöglichen (Art. 277 des geltenden BStP). Er soll ferner die Nichtigkeitsbeschwerde abweisen, wenn sie sich ohne weiteres als unbegründet erweist, sei es, daß sie einzig mit einer andern Beweiswürdigung oder einer unzutreffenden Aktenwidrigkeitsrüge¹²⁰⁾ begründet wird, sei es, daß die gerügte Bundesrechtsverletzung einen nebensächlichen Punkt, insbesondere eine Vorfrage, betrifft und sich als unbegründet erweist, sei es, daß sie sich sonst als ohne alle Zweifel unbegründet erweist. Im letzten Fall — unzweifelhaft unbegründete Nichtigkeitsbeschwerde — verlangt der VE Einstimmigkeit des Kassationshofes. Das weitere Verfahren (Instruktion, Einholung der Gegenbe-

¹¹⁹⁾ In gleicher Weise auch die Vorprüfung bei der Berufung in Zivilsachen, vgl. Art. 60 VE z. OG.

¹²⁰⁾ Die der VE Ziegler noch kennt, die aber nach dem VE des Bundesgerichts, dem wir beipflichten, fallengelassen werden soll, vgl. I 4 hiavor.

merkungen) soll nur durchgeführt werden, wenn über die Nichtigkeitsbeschwerde nicht schon bei der Vorprüfung entschieden werden kann.

Der VE des Bundesgerichts pflichtet dieser Vereinfachung des Verfahrens bei, gelangt aber zu einer viel einfacheren Fassung der betreffenden Vorschriften, weil nach Art. 24 Abs. 3 VE des Bundesgerichts z. BStP die bisher öffentliche Beratung und Abstimmung des Kassationshofes geheim sein soll.

Der im VE Ziegler vorgeschlagenen Vereinfachung des Verfahrens vor Kassationshof ist m. E. rückhaltlos zuzustimmen. Die Handhabung dieser Bestimmungen wird in der Praxis in größerem Maße zur Entlastung des Kassationshofes beitragen, als dies heute angenommen werden kann. Dem Kassationshof wird so nicht nur die Möglichkeit gegeben, in allen Fällen unzulässiger Beschwerdeführung schon im Vorprüfungsstadium auf Nichteintreten zu erkennen, was nach geltendem Recht nur bei verspäteter Einreichung der Beschwerde möglich ist (Art. 273 Abs. 1 BStP), er erhält auch die Befugnis, über die Nichtigkeitsbeschwerde schon in diesem Stadium in allen weiteren Fällen zu entscheiden, wo sich die Beschwerde sofort als unbegründet erweist, so daß die Durchführung des weitem Verfahrens und die damit verbundene Mehrarbeit (insbesondere das Studium der Gegenbemerkungen) überall da vermieden werden kann, wo eine Beurteilung der Nichtigkeitsbeschwerde (im Sinne der Abweisung) schon auf Grund der Akten, der Beschwerdeschrift selbst und allfälliger Gegenbemerkungen der kantonalen Instanz möglich ist.

Andererseits ist m. E. auch die im VE des Bundesgerichts vorgeschlagene Einführung der geheimen Beratung und Abstimmung des Kassationshofes gerechtfertigt. Es ist in der Tat nicht einzusehen, warum — im Gegensatz zu den übrigen Strafgerichten des Bundes, wo die Beratung und Abstimmung schon heute geheim ist — gerade der Kassationshof der Kontrolle der Öffentlich-

keit bedürfte. Mit Recht weist die Vernehmlassung des Bundesgerichts¹²¹⁾ zudem darauf hin, daß nach dem Inkrafttreten des StGB und der damit verbundenen Ausdehnung der Rechtsprechung des Kassationshofes auf kriminelles Unrecht die Öffentlichkeit der Beratung und Abstimmung sich nachteilig auswirken könnte. Bei geheimer Beratung und Abstimmung bedarf es der im VE Ziegler vorgesehenen genauen Umschreibung der Fälle nicht mehr, in denen der Kassationshof im Stadium der Vorprüfung zu entscheiden befugt ist¹²²⁾. Es genügt, wenn in Art. 276 VE des Bundesgerichts (für den Fall der Rückweisung in Art. 277 VE) gesagt wird, daß das weitere Verfahren nur durchgeführt werde, wenn die Beschwerde sich nicht als unzulässig oder sofort als unbegründet darstelle, bzw. nicht Mängel der Entscheidung die Nachprüfung der Gesetzesanwendung ausschließen.

Die Erweiterung der Vorprüfung in Verbindung mit dem Fallenlassen der Öffentlichkeit der Beratung wird es dem Kassationshof auch ermöglichen, geeignete Fälle — insbesondere bei Unzulässigkeit der Beschwerde — auf dem Zirkulationswege zu erledigen, was eine weitere Entlastung bedeutet.

Eine Erledigung der Nichtigkeitsbeschwerde im Stadium der Vorprüfung wäre nach den Entwürfen also möglich:

a) Bei unzulässiger Beschwerde durch Nichteintreten. Hierunter fallen alle Voraussetzungen des Beschwerdeverfahrens, die von der deutschen Lehre als Rechtsmittelvoraussetzungen bezeichnet werden, also mangelnde Anfechtbarkeit des kantonalen Entscheides, mangelnde Legitimation, mangelnde rechtliche Beschwer¹²³⁾,

¹²¹⁾ S. 32.

¹²²⁾ Eine genaue Ausscheidung dieser Fälle im VE Ziegler war nur erforderlich, weil die übrigen Fälle in öffentlicher Sitzung des Kassationshofes hätten entschieden werden müssen.

¹²³⁾ Daß die Bundesanwaltschaft und der kantonale öffentliche Ankläger durch den angefochtenen Entscheid nicht be-

Verwirkung des Beschwerderechts zufolge Verzichts auf Weiterziehung¹²⁴), ferner aber auch die formellen Mängel der Beschwerdeeinreichung, wie Verspätung der Erklärung oder der Begründung, mangelhafte Beschwerdebegründung nach erfolgter Rückweisung (Art. 273 des VE des Bundesgerichts), Einreichung der Beschwerdebegründung in ungenügender Anzahl, Unterlassung der Einsendung der Ausfertigung des angefochtenen Entscheides, beides bei unbenütztem Ablauf der eingeräumten Nachfrist.

b) Bei Mängeln der Entscheidung, die eine Nachprüfung der Gesetzesanwendung verunmöglichen (Rückweisung). Der im VE Ziegler für den Wahrspruch der Geschworenen angebrachte Vorbehalt ist in den Entwurf des Bundesgerichts nicht aufgenommen worden. (Vgl. hierzu auch III 2, S. 142a hiavor.)

c) Bei sofort erkennbarer Unbegründetheit der Beschwerde. Ob der Präsident des Kassationshofes oder ein bestimmter Instruktionsrichter die Auslese dieser im Stadium der Vorprüfung zu erledigenden Beschwerden treffen soll, wird das Geschäftsreglement des Bundesgerichts festlegen. Abgesehen von den Fällen, wo die behauptete Verletzung eidg. Rechts einen Nebenpunkt betrifft und sich als nicht gegeben erweist, werden im Stadium der Vorprüfung alle diejenigen Nichtigkeitsbeschwerden abgewiesen werden, wo sich aus den Akten und der Beschwerdeschrift allein schon klar ergibt, daß eine Gut-

schwert sein müssen, wurde schon unter VI 2 hiavor ausgeführt. Dagegen müssen die privaten Prozeßbeteiligten (Angeklagter, Privatstrafkläger, Geschädigter) durch den anzufechtenden Entscheid und zwar durch die Urteilsformel, nicht etwa bloß durch die Entscheidungsgründe, beschwert sein, ein rechtliches Interesse an der Anfechtung haben, weil der Entscheid ganz oder teilweise zu ihren Ungunsten lautet. Aus diesem Grunde kann also nicht etwa der Privatstrafkläger Nichtigkeitsbeschwerde zugunsten des verurteilten Angeklagten erheben (Bl. f. zürch. R. 22 N. 105).

¹²⁴) Ein solcher liegt z. B. in der ausdrücklichen Annahme des Urteils.

heißung der Nichtigkeitsbeschwerde und Kassation des angefochtenen Entscheides ausgeschlossen ist, namentlich, wenn die beanstandete Rechtsanwendung durch die Vorinstanz der ständigen Praxis des Bundesgerichts entspricht, wenn eine allfällige Verletzung des eidg. Rechts nicht zum Urteil kausal sein kann u. dgl. Ausgeschlossen ist die vorprüfungsweise Guttheißung der Nichtigkeitsbeschwerde, dies selbst in scheinbar klaren Fällen; hier ist die Einholung der Gegenbemerkungen unerläßlich.

Eine Gefährdung wesentlicher Parteiinteressen oder gar der Sicherheit der Rechtsprechung kann in der vorgeschlagenen Neuordnung des Verfahrens — bei dem Vertrauen, das wir in die Gründlichkeit und Zuverlässigkeit unseres obersten Gerichtshofes zu setzen gewohnt sind — nicht erblickt werden. Sie wird auch dadurch ausgeschlossen, daß eine Entscheidung über die Nichtigkeitsbeschwerde im Vorprüfungsstadium nur dann erfolgen kann, wenn sie zu ungunsten des Beschwerdeführers lautet. In diesen Fällen könnte das weitere Verfahren — Einholung der Gegenbemerkungen des Prozeßgegners — die Stellung des Beschwerdeführers jedenfalls nicht verbessern. Es sei auch darauf hingewiesen, daß ein solches abgekürztes Rechtsmittelverfahren schon heute in verschiedenen kantonalen Prozeßordnungen vorgesehen ist¹²⁵⁾ und m. W. nicht zu Unzukömmlichkeiten geführt hat. Auch Art. 184 OG kennt es für die staatsrechtliche Beschwerde.

Führt die Vorprüfung nicht zur Erledigung der Nichtigkeitsbeschwerde, so wird das weitere Verfahren durchgeführt, d. h. die Beschwerdeschrift den Beteiligten mitgeteilt unter Ansetzung einer Frist zur Einreichung schriftlicher Gegenbemerkungen. Ist die Beschwerde im Zivilpunkt nur im Anschluß an den Strafpunkt möglich, so wird die in vollem Umfang oder nur im Strafpunkt erhobene Beschwerde nun auch der im Zivilpunkt beteiligten

¹²⁵⁾ So Zürich: § 433 StPO, St. Gallen: Art. 199 StPO, Graubünden: Art. 134 Abs. 6 VE z. EG z. StGB und StrV.

Partei mitgeteilt unter Ansetzung einer zehntägigen Frist, binnen welcher sie die schriftlich begründete Beschwerde einlegen kann (Art. 272 Abs. 3 VE des Bundesgerichts).

Wie das geltende Gesetz kennen auch die Entwürfe die ausnahmsweise Anordnung eines weitem Schriftenswechsels oder einer mündlichen Verhandlung. In Abweichung vom geltenden Recht wird aber den Parteien freigestellt, ob sie zur mündlichen Verhandlung erscheinen oder sich auf die Einreichung einer schriftlichen Eingabe beschränken wollen. Von dieser letzten Bestimmung könnte m. E. Umgang genommen werden; denn wenn der Kassationshof schon — ganz ausnahmsweise — eine mündliche Verhandlung anordnet, würde die Bedeutung der Sache auch das Erscheinen der Parteien rechtfertigen.

IX. Der Inhalt des Entscheides des Kassationshofes.

Das Nichteintreten auf die Nichtigkeitsbeschwerde und die Rückweisung bei mangelhafter Entscheidung der Vorinstanz wurde im vorstehenden Abschnitt behandelt; der Umfang der Überprüfungsbefugnis des Kassationshofes ist bei der Umschreibung der rechtlichen Natur der Nichtigkeitsbeschwerde (I hiervor) berührt worden. Hier soll kurz zusammengefaßt werden, welches der Inhalt des Entscheides des Kassationshofes bei einläßlicher Prüfung der Nichtigkeitsbeschwerde sein kann.

Nach Art. 276 BStP hebt der Kassationshof, wenn er die Beschwerde für begründet hält, die angefochtene Entscheidung auf und weist die Sache zu neuer Entscheidung an die kantonale Behörde zurück, die an die rechtliche Begründung der Kassation gebunden ist. Falls er zu einer Freisprechung gelangt, kann der Kassationshof selbst das Urteil in der Sache fällen, desgleichen, wenn sich die Beschwerde nur auf den Zivilpunkt bezieht. Hält der Kassationshof die Beschwerde aber für unbegründet, so weist er sie ab, was Art. 276 BStP nicht besonders erwähnt.

Nach den Entwürfen könnte der Entscheid des Kassationshofes bei Gutheißung der Nichtigkeitsbeschwerde im Strafpunkt nur noch auf Kassation und Rückweisung zu neuer Entscheidung lauten¹²⁶⁾.

Ein Sachurteil könnte der Kassationshof lediglich noch bei Überprüfung des — an sich — berufungsfähigen Zivilpunktes ausfallen¹²⁷⁾. Bei nicht berufungsfähigem Zivilpunkt würde das im Adhäsionsprozeß ergangene Urteil — abgesehen vom seltenen Fall der Anwendung kantonalen statt eidg. Rechts — nur kassiert werden können, wenn auch das Urteil im Strafpunkt kassiert wird und wenn zudem die Gründe der Kassation eine andere Beurteilung auch des Zivilpunkts als möglich erscheinen lassen.

Im Falle der Kassation wird die kantonale Instanz — wie bis anhin — an die rechtliche Begründung des Entscheides des Kassationshofes gebunden sein; eine solche Bindung besteht aber nicht bloß für die kantonale Instanz, sondern auch für den Kassationshof selbst, d. h. ändert dieser nach erfolgter Rückweisung gerade im fraglichen Punkte seine Rechtsprechung, so ist er bei erneuter Nichtigkeitsbeschwerde gegen den neuen kantonalen Entscheid an die — auf Grund der alten Rechtsprechung verfaßten — rechtlichen Erwägungen seines eigenen Kassationsentscheides gebunden¹²⁸⁾.

X. Der Kosten- und Entschädigungspunkt.

A. Kostenbestimmung und Kostenaufgabe im Entscheid des Kassationshofes.

Art. 278 BStP befaßt sich mit den Kosten des Nichtigkeitsbeschwerdeverfahrens einzig im Hinblick auf

¹²⁶⁾ Auch im Falle der Freisprechung.

¹²⁷⁾ Wir folgen hier der schon unter VII befürworteten Lösung des VE des Bundesgerichts.

¹²⁸⁾ Stämpfli, N. 2 zu Art. 276 BStP.

Kostenbestimmung und Kostenaufgabe im Entscheid des Kassationshofes.

Die Verfahrenskosten, d. h. die dem Bund aus der Behandlung der Beschwerde erwachsenden Kosten werden nach Art. 245 BStP bestimmt, und zwar getrennt in Gerichtsgebühr, Kanzleigebühren und Barauslagen des Gerichts. Diese Verfahrenskosten werden grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt. Ist jedoch eine Nichtigkeitsbeschwerde des Bundesanwalts oder des kantonalen öffentlichen Anklägers abgewiesen oder die Beschwerde des Angeklagten begründet erklärt worden, so werden keine Kosten auferlegt, d. h. die entstandenen Kosten trägt die Bundeskasse.

Bei Gutheißung der Nichtigkeitsbeschwerde kann dem privaten Beschwerdeführer (Angeklagter, Privatstrafkläger, Antragsteller, Geschädigter, ersatzpflichtig erklärter Dritter) eine Entschädigung zugesprochen werden. Diese Entschädigung geht regelmäßig zu Lasten der Bundeskasse. Betrifft die Nichtigkeitsbeschwerde aber nur den Zivilpunkt, so wird die Entschädigung der im Zivilpunkt unterliegenden Partei auferlegt.

Die in den Entwürfen vorgeschlagenen Änderungen betreffen nur den Entschädigungspunkt. Der VE Ziegler will Art. 278 Abs. 3 2. Satz streichen, da er die auf den Zivilpunkt beschränkte Nichtigkeitsbeschwerde nicht mehr kennt. Der VE des Bundesgerichts hält an der geltenden Fassung des Art. 278 Abs. 3 BStP fest, fügt aber — der Praxis des Kassationshofes entsprechend — bei, daß dem Angeklagten, dem Privatstrafkläger und dem Geschädigten eine Entschädigung auch dann zugesprochen werden kann, wenn sich die gegnerische Nichtigkeitsbeschwerde — gegen die er sich zur Wehr setzen mußte — als unbegründet erweist. Abgesehen hievon sollte m. E. Art. 278 Abs. 3 2. Satz im Hinblick auf die — nach dem VE des Bundesgerichts mögliche — Beurteilung der Nichtigkeitsbeschwerde im an sich berufungsfähigen Zivilpunkt bei Abweisung der Be-

schwerde im Strafpunkt auf diesen Fall ausgedehnt werden, was dadurch geschehen könnte, daß die Entschädigungsauflage an die unterliegende Partei bei „Guttheißung der Nichtigkeitsbeschwerde im selbständig anfechtbaren Zivilpunkt“ vorgesehen würde (statt bei der einzig den Zivilpunkt betreffenden Beschwerde).

Im Kostenpunkt sollte m. E. Art. 278 Abs. 2 BStP, was die begründet erklärte Beschwerde des Angeklagten betrifft, durch Beifügung der Worte „im Strafpunkt“ eingeschränkt werden; der Angeklagte kann seine Nichtigkeitsbeschwerde auch auf den Zivilpunkt beschränken, und es ist nicht einzusehen, warum diesfalls bei begründet erklärter Beschwerde keine Kosten auferlegt werden sollten; schränkt man Art. 278 Abs. 2 BStP auf den Strafpunkt ein, so sind bei Obsiegen des Angeklagten mit einer auf den Zivilpunkt beschränkten Beschwerde die Kosten nach dem allgemeinen Grundsatz des Art. 278 Abs. 1 BStP dem unterliegenden Geschädigten aufzuerlegen.

B. Die Kostensicherstellungspflicht.

1. Dem geltenden Bundesstraßprozeß ist eine Kostensicherstellungspflicht für die Kosten des Beschwerdeverfahrens — auch bei Beschränkung der Beschwerde auf den Zivilpunkt — fremd. Auch das geltende Organisationsgesetz (Art. 213 OG) kennt nur eine sehr eingeschränkte Prozeßkostensicherstellungspflicht im Berufungsverfahren.

Die Vorentwürfe zum Organisationsgesetz (Art. 153/54 VE z. OG) sehen eine Vorschußpflicht der Parteien vor und zwar sowohl zur Sicherstellung der Gerichtskosten als auch zur Sicherstellung allfälliger Entschädigungsansprüche der Gegenpartei. Diese Vorschußpflicht bleibt aber auf die Zivilrechtspflege, Staats- und Verwaltungrechtspflege und Disziplinarrechtspflege einschließlich der Revision und der Erläuterung auf diesen Gebieten beschränkt. In Art. 153 VE des Bundesgerichts z. OG

wird — um alle Zweifel auszuschließen — für Strafsachen auf die allein maßgebenden Bestimmungen des Bundesstrafprozesses verwiesen. Die Vernehmlassung des Bundesgerichts bemerkt hierzu bloß, daß in Strafsachen — nach der Art des Prozeßgegenstandes — besondere Grundsätze gelten müssen. Diese Feststellung ist im allgemeinen richtig. Im Strafverfahren, das von der Straf- und Strafverfolgungspflicht des Staates (Legalitätsprinzip) beherrscht wird, wäre eine allgemeine Prozeßkostensicherstellungspflicht unangebracht. Allein dieser allgemeine Grundsatz dürfte m. E. im Nichtigkeitsbeschwerdeverfahren doch in zwei Richtungen durchbrochen werden.

2. Zunächst ist eine Prozeßkostensicherstellungspflicht sicherlich da angebracht, wo die Nichtigkeitsbeschwerde auf den Zivilpunkt beschränkt wird. Die Möglichkeit der anhangswisen Anhebung der Zivilklage aus strafbarer Handlung im Strafverfahren hat zwar zur Folge, daß die Instruktion des Zivilpunktes, die gesamte Beweisführung und auch die Beurteilung der Klage im Strafverfahren erfolgt. Nichtsdestoweniger bleibt der Adhäsionsprozeß seiner Natur nach ein Zivilprozeß, der aus Zweckmäßigkeitsgründen in Verbindung mit einem Strafverfahren durchgeführt wird. Der Adhäsionsprozeß wird denn auch — selbst wo die Strafprozeßordnungen dies nicht ausdrücklich bestimmen — von den Grundsätzen des materiellen Zivilprozeßrechts beherrscht, soweit diese nicht durch die im Strafverfahren — als der Hauptsache — vorgehenden Grundsätze des Strafprozeßrechts (insbesondere Offizialmaxime) eingengt werden. Grundsätzlich wird in vielen kantonalen Prozeßrechten, die den Adhäsionsprozeß kennen, dieser auf Staatskosten im Strafverfahren mit durchgeführt und erfreut sich mit aus diesem Grunde einer gewissen Beliebtheit. Viele Kantone¹²⁹⁾ sehen aber die Auflage der einzig

¹²⁹⁾ Vgl. Bern Art. 260 Abs. 4 StrV, Basel-Stadt § 201

im Zivilpunkt erwachsenen Kosten an die im Zivilpunkt unterliegende Partei vor. Weitergehend kennen einige Kantone auch eine Kostenvorschußpflicht der Parteien oder des Klägers im Zivilpunkt¹³⁰).

Wird in an sich berufungsfähigen Fällen die Nichtigkeitsbeschwerde auf den Zivilpunkt beschränkt, so tritt der zivilprozessuale Charakter des Adhäsionsprozesses in den Vordergrund: der Kassationshof hat lediglich eine Zivilrechtsstreitigkeit zu beurteilen, die richtige Anwendung des eidg. Zivilrechts nachzuprüfen; das Urteil im Strafpunkt ist gar nicht angefochten worden. Wenn für die bundesgerichtliche Beurteilung dieser Zivilrechtsstreitigkeit nicht der Weg der Berufung vorgesehen und eine zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichts zuständig erklärt wird — wie dies der VE Ziegler vorsieht — so geschieht dies vornehmlich aus Zweckmäßigkeitserwägungen¹³¹). Eine Kostensicherstellungspflicht des Beschwerdeführers ist deshalb hier ebenso gerechtfertigt wie im Falle der Berufung und der zivilrechtlichen Beschwerde. Es sollten deshalb m. E. Art. 153bisff. VE des Bundesgerichts z. OG für diese Fälle anwendbar erklärt werden.

3. Einer Kostensicherstellungspflicht im Strafpunkt steht allerdings grundsätzlich das das Strafverfahren beherrschende Legalitätsprinzip entgegen. Allein dieser Grundsatz ist in vielen kantonalen Strafprozeßrechten bei der Verfolgung bestimmter Antragsdelikte durch eine Sicherheitsleistungspflicht abgeschwächt, teils für die gesamten mutmaßlichen Verfahrenskosten, teils für die Beweiskosten; dies sehen insbesondere auch die Kantone vor, die für gewisse Antrags-

Abs. 4 StPO, beschränkt: Genf Art. 352/53 c. p. p., Waadt Art. 352 lit. c c. p. p., Baselland § 129 Abs. 2 StPO (VE).

¹³⁰) So Bern, Art. 231 Abs. 3 StrV, Genf Art. 140 c. p. p. (für Expertisekosten).

¹³¹) Vgl. VII 1 hiervor.

delikte die prinzipale Privatstrafklage kennen¹³²⁾. Weitergehend kennt z. B. der zürcherische Strafprozeß¹³³⁾ eine allgemeine Kostensicherstellungspflicht bei subsidiärer Privatstrafklage.

Eine ähnliche Kostensicherstellungspflicht wäre m. E. im Beschwerdeverfahren vor Kassationshof angebracht, und zwar vor allem und uneingeschränkt bei Nichtigkeitsbeschwerde des Privatstrafklägers. Soweit es sich um eine prinzipale Privatstrafklage handelt, so betrifft sie regelmäßig Fälle, wo das staatliche Interesse an der Strafverfolgung zufolge der Natur des Delikts etwas in den Hintergrund tritt; zudem ist hier der Privatstrafkläger meist schon im kantonalen Verfahren kostensicherstellungspflichtig. Bei der subsidiären Privatstrafklage hat der Verletzte schon im kantonalen Verfahren eine Strafverfolgung, die die staatlichen Strafverfolgungsbehörden einstellen wollten, auf eigenes Risiko weiterbetrieben.

Die Kostensicherstellungspflicht könnte aber bei bestimmten Antragsdelikten auch auf den beschwerdeführenden Angeklagten ausgedehnt werden, wobei namentlich an diejenigen Fälle zu denken wäre, von denen das Bundesgericht ein Anwachsen der Geschäftslast des Kassationshofes am meisten befürchtet: Ehrverletzungen, einfache Körperverletzungen, Tötlichkeiten, Hausfriedensbruch, Ehebruch. Wollte man eine solche Kostensicherstellungspflicht des Angeklagten vorsehen, so müßte sie eingeschränkt werden auf — mutmaßlich — leichte Fälle, was — in Anlehnung an die in den Vorentwürfen vorgeschlagene grundsätzliche Einschränkung der

¹³²⁾ Bern: Art. 83 StrV, Aargau: § 28 VE z. EG, Appenzell I.-Rh.: Art. 21 StPO, Appenzell A.-Rh.: Art. 15 StPO, Schaffhausen: Art. 75, 80 VE z. EG, Zürich: § 291, 297, 306 StPO, § 109 Abs. 2 StPO in der Fassung des Art. 30 VE EG z. StGB. Basel-Stadt: § 209 StPO, Baselland: § 169, 177, 187 Abs. 2 VE z. StPO.

¹³³⁾ § 46 zürch. StPO.

Weiterziehbarkeit — dadurch geschehen könnte, daß die Kostensicherstellungspflicht des Angeklagten nur vorgesehen würde, wenn er wegen einer der genannten strafbaren Handlungen zu einer Buße von weniger als 200 Fr. verurteilt wurde. Ferner wäre, um der Besonderheit des einzelnen Falles Rechnung tragen zu können, vorzusehen, daß die Sicherstellung erlassen werden kann, wo der besondere Beschwerdegegenstand es rechtfertigt¹³⁴⁾.

Um die Rechtsverfolgung der bedürftigen Partei (Angeklagter, Privatstrafläger) nicht zu gefährden, wäre zu deren Gunsten ein weiterer Vorbehalt (Befreiung von der Sicherstellungspflicht in nicht zum vornherein aussichtslosen Fällen) anzubringen.

Durch eine solche Kostensicherstellungspflicht im Strafpunkt würde leichtfertigen Nichtigkeitsbeschwerden des Privatstraflägers und des Angeklagten in den genannten besonders häufigen Antragsdeliktsfällen entgegenwirkt; denn die vorschußweise Bezahlung der mutmaßlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens würde manche Partei davon abhalten, ein zu ihren Ungunsten lautendes kantonales Endurteil vor Bundesgericht weiterzuziehen.

Die Kostensicherstellungspflicht wäre in einer besonderen Bestimmung — Art. 273 bis — für Strafpunkt und Zivilpunkt zu ordnen, welche lauten könnte:

„Art. 273 bis. Führt ein Privatstrafläger im Strafpunkt Beschwerde, so hat er nach Anordnung des Präsidenten des Kassationshofes die mutmaßlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens binnen bestimmter Frist sicherzustellen.

Dieselbe Sicherstellungspflicht trifft den beschwerdeführenden Angeklagten, der wegen einfacher Körperverletzung, Tötlichkeit, Ehrverletzung, Hausfriedensbruch oder Ehebruch zu einer Buße von nicht über 200 Fr. verurteilt wurde.

¹³⁴⁾ Wie dies Art. 153 bis VE des Bundesgerichts z. OG für die Sicherstellung in staats- und verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten vorsieht.

Die Sicherstellung ist in bar bei der Bundesgerichtskanzlei zu hinterlegen.

Nach fruchtlosem Ablauf der für die Hinterlage angesetzten Frist wird auf die Beschwerde nicht eingetreten.

Die bedürftige Partei kann — wenn ihre Begehren nicht aussichtslos sind — von der Sicherstellung befreit werden. Die Sicherstellung kann ferner erlassen werden, wo der besondere Gegenstand der Beschwerde dies rechtfertigt.

Richtet sich die Nichtigkeitsbeschwerde nur gegen das Urteil im Zivilpunkt, so ist der Beschwerdeführer gemäß den Bestimmungen der Art. 153bis/155 OG (Entw.) sicherstellungspflichtig.“

XI. Die Nichtigkeitsbeschwerde in Fiskalstrafsachen.

Für die Nichtigkeitsbeschwerde gegen kantonale Endurteile in Fiskalstrafsachen gelten die Sondervorschriften der Art. 310—312 BStP, die gleichzeitig auch die Anfechtung der Urteile des Bundesstrafgerichts auf diesem Gebiete ordnen. Art. 312 BStP verweist für die Nichtigkeitsbeschwerde gegen kantonale Urteile auf die Bestimmungen der Art. 268 ff. BStP. Abweichend geordnet ist bloß die Legitimation zur Beschwerdeführung (Art. 311 BStP), indem der Bundesanwalt immer, der öffentliche Ankläger des Kantons nicht legitimiert ist. Die anhangsweise Geltendmachung von Zivilansprüchen und die Privatstrafklage werden durch die Natur des Verfahrens ausgeschlossen. Dagegen räumt Art. 311 BStP neben dem verurteilten Beschuldigten auch der sog. mitverantwortlichen Person, d. h. dem nach gew. Fiskalgesetzen solidarisch für Buße und Kosten haftenden Dritten, das Recht zur Nichtigkeitsbeschwerde ein, mit der er sowohl den Entscheid in der Hauptsache (gegenüber dem Beschuldigten) als auch die Feststellung seiner eigenen Mithaftung anfechten kann. Durch das Inkrafttreten des StGB wird die Nichtigkeitsbeschwerde in Fiskalstrafsachen nicht berührt.

XII. Die Anfechtung der Verletzung eidg. Gerichtsstandsbestimmungen im kantonalen Vorverfahren.

Im vorwiegend akkusatorisch gestalteten kantonalen Hauptverfahren können die Parteien bei Verletzung eidg. Gerichtsstandsvorschriften nach vielen kantonalen Strafprozeßordnungen einen Vorentscheid provozieren und evtl. im Falle der Abweisung dessen Überprüfung durch die kantonale obere Instanz verlangen; gegen das kantonale Endurteil steht ihnen gemäß Art. 268 ff. die eidg. Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof offen, mit der sie auch die Verletzung der eidg. Zuständigkeitsvorschriften geltend machen können.

Wo aber gegen einen Angeklagten von der örtlich unzuständigen Behörde eine Strafverfolgung durch Einleitung der Voruntersuchung eröffnet wird, die nach vielen kantonalen Prozeßrechten ohne Parteieinmischung durchzuführen ist, fehlt dem Angeklagten jeder Rechtsbehelf, um sich gegen die Verletzung des Bundesrechts zur Wehr zu setzen. Er muß die Voruntersuchung und das Überweisungsverfahren über sich ergehen lassen und kann erst gegen das kantonale Endurteil — des örtlich unzuständigen Gerichts — Nichtigkeitsbeschwerde wegen Verletzung der eidg. Gerichtsstandsbestimmungen erheben, wenn im kantonalen Verfahren aufgeworfene Vorfragen und eingelegte Rechtsmittel nicht vorher zum Erfolg führten.

Während des Vorverfahrens ist eine bundesgerichtliche Festlegung des Gerichtsstandes nur möglich, wenn dieser unter den Behörden verschiedener Kantone streitig ist. Diesfalls bezeichnet die Anklagekammer des Bundesgerichts den Kanton, der zur Verfolgung und Beurteilung berechtigt ist¹³⁵⁾. Solange aber der zur Verfolgung berechtigte Kanton nicht einschreitet, also kein

¹³⁵⁾ Vgl. Art. 264 BStP und nach Inkrafttreten des StGB Art. 351 StGB.

Gerichtstandskonflikt entsteht, kann gegen die mangelnde Zuständigkeit des verfolgenden Kantons nichts vorgekehrt werden.

Es besteht deshalb — ich folge hier einer Anregung des Mitberichterstatters Dr. Bourgknecht, die ich unterstütze — ein praktisches Bedürfnis, nach Inkrafttreten des StGB dem Angeklagten im kantonalen Vorverfahren die Befugnis einzuräumen, auf dem Wege der Beschwerde oder des Rekurses an die Anklagekammer des Bundesgerichts die bundesgerichtliche Festlegung des Gerichtsstandes und Bezeichnung des zur Verfolgung berechtigten Kantons zu verlangen. Ein solches Bedürfnis bestand bis heute nicht, da bei Delegationsstrafsachen der zur Verfolgung verpflichtete Kanton durch die Delegationsverfügung des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements bezeichnet, bei den sog. Polizei-strafsachen aber ein Vorverfahren nach kantonalem Prozeßrecht regelmäßig nicht durchgeführt wird. Nach Inkrafttreten des StGB werden aber fast sämtliche Fälle, in denen nach kantonalem Strafprozeßrecht eine Voruntersuchung durchgeführt wird (Verbrechen und Vergehen) Bundesstrafsachen sein, für die das eidg. Recht auch die Zuständigkeitsvorschriften enthält (Art. 346 ff. StGB).

Wenn ich grundsätzlich den Vorschlag auf Einräumung eines Beschwerde- bzw. Rekursrechtes bei Durchführung des Vorverfahrens (Voruntersuchung) durch die örtlich unzuständige Behörde billige, so möchte ich doch diese Befugnis in zwei Richtungen beschränken: was die Legitimation anbelangt, auf den Angeklagten, für den einzig ein schutzwürdiges Interesse besteht¹³⁶), in gegenständlicher Hinsicht auf Strafverfolgungen wegen Verbrechen und Vergehen. Ich weise ferner darauf

¹³⁶) Die Staatsanwaltschaft ist nach den meisten Strafprozeßordnungen an der Voruntersuchung selbst maßgebend beteiligt und die Interessen des (subsidiären) Privatstrafklägers sollten hier m. E. nicht in den Vordergrund gerückt werden..

hin, daß zur Erledigung intrakantonaler Gerichtsstandsfragen die kantonalen Behörden und nicht das Bundesgericht zuständig sind. Durch Beschwerde (oder Rekurs) an die Anklagekammer könnte also einzig geltend gemacht werden, daß die Behörden des verfolgenden Kantons nach den Bestimmungen des eidg. Rechts nicht zuständig seien. Der Rekurs des Angeklagten an die Anklagekammer wäre als Absatz 2 des Art. 264 BStP etwa wie folgt zu umschreiben:

„Der eines Verbrechens oder Vergehens Angeklagte kann während der Dauer der Voruntersuchung wegen Verletzung der Gerichtsstandsbestimmungen bei der Anklagekammer Beschwerde führen. Die Beschwerde ist schriftlich mit kurzer Begründung der kantonalen Behörde einzureichen und von dieser nebst den ergangenen Akten und allfälligen Gegenbemerkungen unverzüglich dem Präsidenten der Anklagekammer einzusenden.

Hält die Anklagekammer die Beschwerde für begründet, so bezeichnet sie den zur Verfolgung und Beurteilung verpflichteten Kanton.

Im Falle der Abweisung der Beschwerde werden die nach Art. 245 bestimmten Kosten dem Beschwerdeführer auferlegt.“

XIII. Die Staatsrechtliche Beschwerde in Bundesstrafsachen.

1. Subsidiär, d. h. soweit ihm kein anderer Rechtsbehelf offen steht, um die Entscheidung des Bundesgerichts anzurufen, steht dem durch eine Verfügung oder Entscheidung in Bundesstrafsachen betroffenen Bürger die staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht zu. Diese durch die Rechtsprechung längst festgestellte absolute Subsidiarität der staatsrechtlichen Beschwerde gegenüber den Rechtsmitteln des Bundesrechts, mit denen eine Verletzung des eidg. Rechts (die zugleich eine indirekte Verletzung bundesverfassungsmäßig garantierter Rechte darstellt) geltend gemacht werden kann,

kommt in Art. 182 OG nicht restlos klar zum Ausdruck¹³⁷⁾. Sie soll nun nach den Revisionsentwürfen (Art. 86) in einer für alle Rechtsuchenden klaren Weise hervorgehoben werden.

Soweit in einer Bundesstrafsache mit der staatsrechtlichen Beschwerde eine indirekte Verletzung der Kantonsverfassung bei Anwendung eidg. Rechts oder die Verletzung eines in der Bundesverfassung oder der Kantonsverfassung garantierten Rechts bei Anwendung kantonalen Rechts (kantonales Strafrecht, Strafprozeß)¹³⁸⁾ gerügt wird, ist die staatsrechtliche Beschwerde neben dem Rechtsmittel des Bundesrechts (Nichtigkeitsbeschwerde) gegeben, kann also kumuliert werden¹³⁹⁾.

2. Bundesrichter Dr. Ziegler hat schon 1935 in seinem Referat über die Revision des Organisationsgesetzes in Anlehnung an den Revisionsentwurf Jaeger, das Referat Jaegers am schweiz. Juristentag 1910 in Genf¹⁴⁰⁾ und den Bericht des Bundesgerichts (1910), den Abbau der staatsrechtlichen Beschwerde wegen materieller Rechtsverweigerung in Zivil-, Schuldbetreibungs- und Strafsachen befürwortet¹⁴¹⁾. Die bezügliche These wurde aber in den Verhandlungen des schweizerischen Juristenvereins in Interlaken (1935) mit 39 gegen 14 Stimmen abgelehnt¹⁴²⁾. Mit aus diesem Grunde hat Ziegler in seinem Revisionsentwurf darauf verzichtet, diesen Vorschlag wieder aufzunehmen. Wir finden ihn jedoch wieder in Art. 89 Abs. 2 VE z. OG des Bundesgerichts, wo die Beschwerde wegen Willkür

¹³⁷⁾ Vgl. Bericht z. VE Ziegler 84 und namentlich Giacometti, Die Verfassungsgerichtsbarkeit des schweizerischen Bundesgerichts 134 ff.

¹³⁸⁾ Unabhängig von einer allfälligen Verletzung eidg. Rechts.

¹³⁹⁾ Giacometti a. a. O. 143.

¹⁴⁰⁾ ZSR NF 29 489 ff.

¹⁴¹⁾ ZSR NF 54 217a ff.

¹⁴²⁾ An den Verhandlungen 1910 in Genf ist über die These Jaegers auf Eliminierung des staatsrechtlichen Rekurses in Zivilsachen nicht abgestimmt worden.

bei Anwendung des Zivilrechts, Strafrechts, Zivil- und Strafprozeßrechts sowie des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts ausgeschlossen wird.

Das Bundesgericht geht in seinem Bericht zur Begründung dieses Vorschlags davon aus, daß der durch die Rechtsprechung in Auslegung des Art. 4 BV geschaffene Begriff der „materiellen Rechtsverweigerung“ von jeher mit guten Gründen angefochten worden sei. Die Anrufung des Bundesgerichts mit der in der Großzahl der Fälle fruchtlosen sog. Willkürbeschwerde, die — wenn sie sich auch formell auf eine Verfassungsnorm stütze — doch sachlich auf eine Nichtigkeitsbeschwerde wegen Verletzung klaren Rechts hinauslaufe, entspreche keinem wirklich bestehenden Rechtsschutzbedürfnis. Aus praktischen Erwägungen könne für das Gebiet des Verwaltungsrechts noch daran festgehalten werden; auf dem Gebiete des Zivil- und Strafrechts, des Prozeßrechts und des Schuldbetreibungsrechts sei aber ein derartiger Rechtsbehelf, der die Dienste mehrerer Bundesrichter einer wertvolleren Verwendung in der Bundesrechtspflege entziehe, nicht am Platze¹⁴³).

Beide Berichterstatter können sich mit der vorgeschlagenen Einschränkung der staatsrechtlichen Beschwerde nicht befreunden. Um das vorliegende Referat nicht unnötig zu verlängern, verweise ich in diesem Punkte auf die ausführlichen Darlegungen des Mitberichterstatters Dr. Bourgknecht und begnüge mich mit den nachfolgenden grundsätzlichen Feststellungen:

a) Art. 4 BV stellt den Grundsatz auf, daß alle Schweizer vor dem Gesetze gleich seien, gewährleistet also jedem Schweizerbürger — gegenüber den Staatsbehörden — die Gleichheit vor dem Gesetz. Dieses Individualrecht wird geschützt durch das dem Bürger gemäß Art. 113 Ziff. 3 BV zustehende Beschwerderecht an

¹⁴³) Diese Auffassung deckt sich völlig mit der von Jaeger ZSR NF 29 527 ff. und Ziegler ZSR NF 54 372a ff. vertretenen.

das Bundesgericht wegen Verletzung verfassungsmäßiger Rechte.

b) In Auslegung des Art. 4 BV ist das Bundesgericht dazu gelangt, unter Rechtsgleichheit auch die materielle Rechtsgleichheit, und zwar sowohl in der Rechtssetzung als in der Rechtsanwendung zu verstehen. Dabei hat es — um eine von der Bundesverfassung sicherlich nicht bezweckte Überspannung des Grundsatzes der Rechtsgleichheit, die in einer freien Berufung auf das „richtige Recht“ liegen würde, zu vermeiden — den Begriff der materiellen Rechtsgleichheit bei der Rechtsanwendung insofern eingeschränkt, als nur die Rechtsanwendung als gegen Art. 4 BV verstoßend bezeichnet wurde, für die eine vernünftige Begründung nicht zu finden ist. Wenn die Entscheidung in solcher Weise von einer positiven Rechtsvorschrift abweiche, liege ein Akt der Willkür, eine Verletzung der Rechtsgleichheit vor. Das Bundesgericht nennt eine solche Rechtsungleichheit bei der Rechtsanwendung „materielle Rechtsverweigerung“¹⁴⁴⁾, ¹⁴⁵⁾.

c) Hat das in Art. 4 BV garantierte Recht auf Rechtsgleichheit wirklich den ihm von der Rechtsprechung beilegenden Inhalt¹⁴⁶⁾, was das Bundesgericht — ohne sich zu seiner eigenen Rechtsprechung in Widerspruch zu setzen — nicht wohl verneinen kann, so geht es m. E. ohne Verletzung des Art. 113 BV — der das Bundesgericht als Staatsgerichtshof zum Schutze der verfassungsmäßigen Rechte der Bürger auf Beschwerde hin einsetzt — nicht an, in einem Bundesgesetz den vollinhaltlichen Schutz dieses verfassungsmäßigen Rechts in bestimmten Fällen abzubauen, dann nämlich, wenn eine materielle

¹⁴⁴⁾ Im Gegensatz zur (formellen) Weigerung einer Behörde, Recht zu sprechen.

¹⁴⁵⁾ Vgl. im übrigen Burckhardt, Komm. z. BV zu Art. 4 BV und dort zitierte Judikatur.

¹⁴⁶⁾ Hierfür treten auch Burchkardt l. c. und Fleiner, Bundesstaatsrecht 287 ein.

Rechtsungleichheit bei der Rechtsanwendung auf bestimmten Rechtsgebieten behauptet wird¹⁴⁷⁾.

Denkbar wäre lediglich eine einschränkende Rechtsprechung des Bundesgerichts bei der Anwendung des Art. 4 BV, wobei aber der Begriff der Rechtsgleichheit bei Anwendung z. B. einer Bestimmung des kantonalen Strafprozeßgesetzes doch wohl kein grundsätzlich anderer sein könnte als bei Anwendung eines Verwaltungserlasses.

Die vom Bundesgericht in seiner Vernehmlassung zum VE Ziegler geäußerten Bedenken betr. Belastung des Gerichts durch — meist fruchtlose — Willkürbeschwerden sind deshalb aber nicht minder beachtlich, Es ist wohl möglich, daß nach Inkrafttreten des StGB diese Beschwerden noch zunehmen werden, zumal wenn die Aktenwidrigkeitsrüge im Nichtigkeitsbeschwerdeverfahren nicht mehr zugelassen wird. Hier vermag aber m. E. nur die Rechtsprechung des Bundesgerichts selbst durch eine einschränkende Auslegung des Art. 4 BV Abhilfe zu schaffen. Will man den Begriff der materiellen Rechtsverweigerung nicht völlig preisgeben, so sollte doch die ständige Rechtsprechung die Aufhebung einer rechtsanwendenden Verfügung oder Entscheidung wegen Verstoß gegen Art. 4 BV immer nur dann zulassen, wenn zu ihrer Stützung überhaupt keine, seien es auch offenbar unrichtige (aber immerhin noch sachliche) Gründe gefunden werden können. Diesen Boden hat das Bundesgericht, in verständlichem Bestreben, dem materiellen Recht zum Siege zu verhelfen, in seiner Rechtsprechung selbst ab und zu verlassen und die Grenzen seiner Überprüfung in einer Weise erweitert, die denjenigen einer auf offenkundig unrichtig entschiedene Fälle beschränkten Nichtigkeitsbeschwerde (beschränkte revisio in iure et in facto) sehr nahe kamen. Bei der Entscheidung von sog. Willkürbeschwerden sollte nie außer acht ge-

¹⁴⁷⁾ Vgl. auch Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit des schweizerischen Bundesgerichts 134 Anm. 19.

lassen werden, daß es sich hierbei um die beschwerdeweise Geltendmachung eines verfassungsmäßig geschützten Individualrechts auf Rechtsgleichheit handelt, mit der eine Überprüfung eines kantonalen Hoheitsakts auf seine Verfassungsmäßigkeit angestrebt wird, und nicht um ein von einer Prozeßpartei eingelegtes Rechtsmittel auf Kassation einer kantonalen Entscheidung oder Verfügung. Im Interesse der einheitlichen Rechtsprechung sollte streng vermieden werden, der richtigen Beurteilung eines Einzelfalls wegen die durch den Charakter des Rechtsbehelfs bedingten Schranken zu durchbrechen, mag dies auch oft schwer fallen. Gerade ein Abgleiten der Rechtsprechung in Einzelfällen bewirkt, daß im Kreise der Rechtsuchenden und vor allem der Anwälte immer wieder Unsicherheit über die Erfolgsmöglichkeiten einer sog. „Willkürbeschwerde“ entsteht und kann jeweiligen Grund zu einer ganzen Reihe fruchtloser Beschwerden bilden.

Eine strenge ständige bundesgerichtliche Rechtsprechung vermag allerdings — wenn sie auch präventiv wirken wird — die Flut solcher fruchtloser Beschwerden allein nicht einzudämmen. Dies kann nur durch eine rationelle Gestaltung des Beschwerdeverfahrens in Verbindung mit einer strengen Handhabung der Disziplinarbestimmungen bei mutwilliger (trölerischer) Beschwerdeführung bewirkt werden. In dieser Hinsicht bietet Art. 94 Abs. 1 VE Ziegler — der in den VE des Bundesgerichts unverändert Aufnahme fand — dem Bundesgericht die Möglichkeit, unzulässige oder sofort als unbegründet erscheinende Beschwerden ohne weiteres Verfahren abzuweisen, was auf dem Zirkulationsweg geschehen kann¹⁴⁸). Anderseits sieht Art. 39 Abs. 2 OG (Art. 31 VE Ziegler) vor, daß wegen böswilliger und mutwilliger Prozeßführung sowohl die

¹⁴⁸) Ähnlich lautet schon Art. 184 OG. Eine Erweiterung der Erledigungsmöglichkeit im Vorprüfungsstadium wird hier nur insofern eintreten, als alle unzulässigen Beschwerden in diesem Stadium erledigt werden können.

Partei als deren Vertreter mit einer Ordnungsbuße bis auf 200 Fr. belegt werden können. Der VE des Bundesgerichts (Art. 31 VE z. OG) hat diese Disziplinarbestimmung noch dadurch verschärft, daß bei Rückfall einem Parteivertreter das Recht zur Vertretung vor Bundesgericht auf bestimmte Zeit entzogen werden kann. Eine — zumal von einem Anwalt — eingereichte vollständig aussichtslose staatsrechtliche Beschwerde wegen materieller Rechtsverweigerung stellt m. E. eine mutwillige Prozeßführung dar, die nach Art. 31 VE z. OG geahndet werden kann.¹⁴⁹⁾

3. Zur rationelleren Gestaltung des Beschwerdeverfahrens und der damit verbundenen Entlastung des Bundesgerichts könnte man auch daran denken, in Fällen, wo gegen dieselbe kantonale Entscheidung sowohl ein bundesrechtliches Rechtsmittel (Berufung, zivilrechtliche Beschwerde, Nichtigkeitsbeschwerde in Bundesstrafsachen, Beschwerde in Schuldbetreibungssachen) als staatsrechtliche Beschwerde wegen materieller Rechtsverweigerung angehoben werden kann (Kumulation, vgl. XIII 1, S. 207a), die staatsrechtliche Beschwerde mit dem Rechtsmittel zu verbinden und zusammen mit diesem durch dieselbe zuständige Abteilung des Bundesgerichts entscheiden zu lassen. Der Mitberichterstatler Dr. Bourgnecht schlägt dies in Anlehnung an das Referat Dr. Walter Yung am schweizerischen Juristentag 1935¹⁵⁰⁾, den VE Jaeger z. OG, das Referat Jaegers über die Weiterziehung von Zivilsachen an das Bundesgericht am

¹⁴⁹⁾ Das Bundesgericht hat schon ab und zu die Beschwerdeführung durch einen Anwalt in aussichtslosen Fällen mit einer Ordnungsbuße geahndet. Bei jungen Anwälten, denen die praktische Erfahrung noch abgeht, könnte das Bundesgericht sich allenfalls beim ersten Fall trölerischer Beschwerdeführung mit einer bloßen Verwarnung begnügen. Die wirksame Handhabung der Disziplinarbestimmungen, insbesondere bei Rückfall, setzt die Führung einer bundesgerichtlichen Disziplinkontrolle voraus.

¹⁵⁰⁾ ZSR NF 54 391a ff.

schweizerischen Juristentag 1910¹⁵¹⁾ und die Resolution des schweizerischen Juristenvereins in den Verhandlungen des Jahres 1910¹⁵²⁾ vor. Ich kann mich aber seiner Auffassung nicht anschließen. Es ist zuzugeben, daß in den genannten Fällen die Verbindung der staatsrechtlichen Beschwerde mit dem gegen dieselbe kantonale Entscheidung erhobenen bundesrechtlichen Rechtsmittel namentlich für die beschwerdeführende Partei eine wesentliche Vereinfachung bedeuten würde: der Anwalt könnte sich auf die Einreichung eines einzigen Schriftsatzes beschränken, in dem sowohl die staatsrechtliche Beschwerde als das kumulierte Rechtsmittel begründet werden könnten; es wäre nur ein Verfahren — in den Formen des erklärten Rechtsmittels (in Bundesstrafsachen der Nichtigkeitsbeschwerde) — durchzuführen, und es würden nur in diesem Verfahren Kosten entstehen. Ferner mag es in gewissen Fällen praktisch sein, wenn dieselbe Abteilung des Bundesgerichts, die den Fall schon kennt, auch über die — in derselben Rechtsschrift erhobene — staatsrechtliche Beschwerde entscheiden könnte.

Allein die Nachteile einer solchen Verbindung von Rechtsbehelfen scheinen mir deren Vorteile zu übersteigen:

a) Bei gegebener Möglichkeit, in derselben Rechtsschrift auch noch gerade eine staatsrechtliche Beschwerde anzubringen, dürfte für den Anwalt die Versuchung zur Erhebung einer Willkürbeschwerde bedeutend größer sein, als wenn er hierfür eine gesonderte Rechtsschrift einreichen müßte.

b) In vielen Rechtsschriften würden Rechtsmittel und staatsrechtliche Beschwerde nicht oder zu wenig scharf auseinandergehalten, so daß es der zuständigen Abteilung des Bundesgerichts überlassen bliebe, zu untersuchen, unter welchem Gesichtspunkt die einzelnen Erörterungen gemacht werden wollten.

¹⁵¹⁾ ZSR NF 29 489 ff., insbes. 527 ff.

¹⁵²⁾ ZSR NF 29 729.

c) Bei der Verbindung der staatsrechtlichen Beschwerde mit der Nichtigkeitsbeschwerde in Bundesstrafsachen würde die staatsrechtliche Beschwerde wegen Willkür bei der Beweiswürdigung durch die kantonale Instanz an die Stelle der Aktenwidrigkeitsrüge treten, die im Nichtigkeitsbeschwerdeverfahren — nach dem VE des Bundesgerichts — gerade ausgeschlossen werden soll.

d) Gerade die Gefahr der Kostentragung in zwei gesonderten Verfahren und die für die staatsrechtliche Beschwerde — nicht aber z. B. für die Nichtigkeitsbeschwerde in Bundesstrafsachen — bestehende Kostensicherstellungspflicht¹⁵³⁾ wird viele Parteien und Parteivertreter von der Anhebung einer mehr oder weniger aussichtslosen Willkürbeschwerde abhalten.

e) Die Verbindung der staatsrechtlichen Beschwerde mit der Nichtigkeitsbeschwerde in Bundesstrafsachen insbesondere verletzt den Grundsatz der Waffengleichheit im Strafverfahren, insofern die Ausführungen in der staatsrechtlichen Beschwerde die Nichtigkeitsbeschwerde stützen sollen. Bundesanwalt und kantonaler öffentlicher Ankläger sind zur staatsrechtlichen Beschwerde wegen Verletzung des Art. 4 BV nicht legitimiert; denn ihnen steht kein Individualrecht auf Rechtsgleichheit zu. Sollen sie bei Verbindung der staatsrechtlichen Beschwerde mit der Nichtigkeitsbeschwerde als Beteiligte auch zur ersten Stellung beziehen dürfen?

f) Die Entscheidung der staatsrechtlichen Beschwerde durch dieselbe Abteilung des Bundesgerichts, die mit dem gegen den nämlichen kantonalen Entscheid eingelegten Rechtsmittel befaßt ist, mag in besonders gearteten Fällen angezeigt sein; dies kann aber durch das Geschäftsreglement des Bundesgerichts ermöglicht werden. Als allgemeine Regelung ist sie m. E. — trotzdem sie sich hinsichtlich der Arbeitersparnis günstig auswirken mag — eher abzulehnen, da sie auf Kosten einer einheitlichen

¹⁵³⁾ Vgl. Art. 153bis VE des Bundesgerichts.

staatsrechtlichen Rechtsprechung bei der Auslegung des Art. 4 BV geht. Gerade eine ohnehin mit dem Fall befaßte Abteilung ist wohl auch viel eher geneigt, dem materiellen Recht im Einzelfall — unter Hintanstellung der Gesamtpraxis zu Art. 4 BV — zum Siege zu verhelfen, als dies bei der ordentlicherweise mit solchen Beschwerden befaßten staatsrechtlichen Abteilung der Fall ist¹⁵⁴).

XIV. Schlußwort und Thesen.

Die Weiterziehung von Strafsachen an das Bundesgericht soll — dies sei hier zusammenfassend festgestellt — im revidierten Bundes Strafprozeß so geordnet sein, daß sie berechtigten Rechtsschutzinteressen der Prozeßbeteiligten entgegenkommt, selbst wo hierzu ein teilweiser Ausbau des Instituts der Nichtigkeitsbeschwerde erforderlich ist. Der zu erwartenden Mehrbelastung des Kassationshofes ist durch eine wesentliche Vereinfachung des Verfahrens Rechnung zu tragen. Ferner ist die Einlegung aussichtsloser Rechtsmittel und von Rechtsmitteln in Bagatellfällen (Ehrverletzungen, Tötlichkeiten u. dgl.) einzudämmen, sei es — soweit dies mit dem Legalitätsprinzip vereinbar ist — durch eine Kostensicherstellungspflicht des Beschwerdeführers, insbesondere des Privatstrafklägers, sei es durch strenge Handhabung der Dis-

¹⁵⁴) Wenn Jaeger ZSR NF 29 527 ff. in Zivilrechtsstreitigkeiten die Entscheidung über geltend gemachten Verfassungsverletzungen in die Hand des eidg. Zivilgerichts legen wollte, so darf dabei nicht übersehen werden, daß Jaeger die „anormale Funktion der staatsrechtlichen Beschwerde“, die Beschwerde wegen materieller Rechtsverweigerung auf dem Gebiete der Zivilrechtspflege unterdrücken wollte. Beide Fragen, gemeinsame Beurteilung der kumulierten Rechtsmittel und Unterdrückung der Willkürbeschwerde hängen m. E. aufs engste zusammen. Eine gemeinsame Geltendmachung und Entscheidung hätte die unter a, b, c und f hiervoor geschilderten Folgen vor allem, wenn die Beschwerde auch wegen materieller Rechtsverweigerung erhoben werden kann.

ziplinarbestimmungen bei mutwilliger Beschwerdeführung. Dagegen sollte davon abgesehen werden, die Überprüfungsbefugnis des Kassationshofes weiter einzuschränken oder die Weiterziehbarkeit von der durch die kantonale Instanz ausgesprochenen Strafe abhängig zu machen, also zum Teil auszuschließen, dies selbst dann, wenn dadurch eine kleine Vermehrung der Mitgliederzahl des Bundesgerichts unumgänglich werden sollte, eine Frage, die ohnehin erst nach Inkrafttreten des StGB und des revidierten Organisationsgesetzes und Bundesstraßprozesses wird entschieden werden können. Durch die weitgehende Vereinfachung des Verfahrens auf dem Gebiet der gesamten Bundesrechtspflege, durch Herabsetzung des Quorums der staatsrechtlichen und zivilrechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts von 7 auf 5 Mitglieder, wie sie in den Entwürfen vorgesehen ist¹⁵⁵⁾, und ferner durch die vom VE Ziegler vorgeschlagene, vom VE des Bundesgerichts aber abgelehnte weitere Herabsetzung des Quorums der staatsrechtlichen Abteilung bei Willkürrekursen und des Kassationshofes bei Bagatelldrafsachen auf 3 Mitglieder, kann immerhin eine weitere wesentliche Entlastung der einzelnen Gerichtsmitglieder erreicht werden, so daß eine Erhöhung der Richterzahl wohl nicht erforderlich sein wird, zumal da ja auch die Bundesgerichtssuppleanten zur Entlastung vermehrt herangezogen werden können, wie dies die Entwürfe auch vorsehen.

In diesem Sinne seien die wesentlichsten vorstehenden Ausführungen zusammengefaßt in folgende

Thesen.

I.

Die Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof des Bundesgerichts sei als außerordentliches Rechtsmittel

¹⁵⁵⁾ So schon Bundesrichter Dr. Ziegler in seinem Referat am schweizerischen Juristentag 1935 ZSR NF 54 247a ff.

gegen Entscheidungen der letzten kantonalen Instanz beizubehalten, im Strafpunkt aber zu einem rein kassatorischen Rechtsmittel zurückzubilden (Ausschluß des Sachurteils des Kassationshofes).

II.

Die Überprüfungsbefugnis des Kassationshofes sei unter Streichung der sog. „Aktenwidrigkeitsrüge“ auf die Anwendung des eidg. Rechts auf den von der kantonalen Instanz festgestellten Tatbestand zu begrenzen.

III.

An die Endurteile der kantonalen Instanz — insbesondere auch an den Wahrspruch der Geschwornen — sei das Erfordernis einer getrennten Beantwortung der Tat- und Rechtsfragen zu knüpfen.

IV.

Es sei davon abzusehen, die Weiterziehbarkeit kantonalen Endurteile mit der Nichtigkeitsbeschwerde von der Höhe der durch die kantonale Instanz ausgesprochenen Strafe (Buße) abhängig zu machen. Dagegen sei die Weiterziehbarkeit in Jugendstrafsachen auf die Fälle zu beschränken, wo im kantonalen Endurteil eine Strafe (Einschließung, Buße) ausgesprochen oder der Jugendliche freigesprochen oder entgegen dem Antrag des Jugendanwalts nicht zu einer Strafe verurteilt wurde.

V.

Die Legitimation zur Nichtigkeitsbeschwerde im Strafpunkt sei einzuschränken:

- a) durch Beschränkung der Legitimation des Privatstrafklägers auf diejenigen Privatk Kläger, die im kantonalen Verfahren letzter Instanz an Stelle des öffentlichen Anklägers auftraten,
- b) durch Streichung der Legitimation des Strafantragstellers;

sei auszudehnen:

- a) auf Personen, die — ohne Parteistellung zu haben — durch die Anordnung „anderer Maßnahmen“ (Art. 57/59 StGB) im kantonalen Endentscheid beschwert sind;
- b) auf Angehörige und Erben des während der Beschwerdefrist oder nach Einlegung der Beschwerde verstorbenen Angeklagten.

VI.

Die Weiterziehung des Urteils im Zivilpunkt sei auf den Weg der Nichtigkeitsbeschwerde zu beschränken, wobei, wenn der Zivilpunkt an sich nicht berufungsfähig ist, eine Kassation des Urteils im Zivilpunkt nur dann erfolgen soll, wenn das Urteil auch im Strafpunkt kassiert wird und die Kassationsgründe auch für die Beurteilung im Zivilpunkt wesentlich sind.

Bei an sich berufungsfähigem Zivilpunkt sei dem Beschwerdebeklagten das Recht der Anschlußnichtigkeitsbeschwerde im Zivilpunkt einzuräumen.

Gegen Sachurteile des Kassationshofes im Zivilpunkt sei die Möglichkeit der Revision vorzusehen.

VII.

Das Beschwerdeverfahren sei zu vereinfachen, insbesondere:

- a) durch Vereinfachung der Bestimmungen über Beginn und Lauf der Fristen zur Erklärung und Begründung der Beschwerde;
- b) durch genaue Vorschriften über den Inhalt der Begründungsschrift;
- c) durch Prüfung sämtlicher Eintretensvoraussetzungen im Vorprüfungsstadium;
- d) durch summarische Prüfung der Begründetheit der Nichtigkeitsbeschwerde und Abweisung offensichtlich unbegründeter Beschwerden im Vorprüfungsstadium;

- e) durch Fallenlassen des Erfordernisses der Öffentlichkeit der Beratung und Abstimmung des Kassationshofes.

VIII.

Der Beschwerdeführer sei in folgenden Fällen grundsätzlich zu einer Sicherstellung der mutmaßlichen Prozeßkosten anzuhalten:

- a) bei Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten bei gewissen Antragsdelikten (Ehrverletzung, leichte Körperverletzung, Tötlichkeiten, Hausfriedensbruch, Ehebruch), wenn eine 200 Fr. nicht übersteigende Buße ausgesprochen wurde;
- b) bei Nichtigkeitsbeschwerde des Privatstrafklägers in allen Fällen;
- c) bei auf den Zivilpunkt beschränkter Nichtigkeitsbeschwerde.

Das Eintreten auf die Nichtigkeitsbeschwerde sei von der vorgängigen Leistung der Kostensicherheit abhängig zu machen.

IX.

Dem eines Verbrechens oder Vergehens Angeklagten sei die Befugnis einzuräumen, wegen Verletzung der eidg. Gerichtsstandsvorschriften im kantonalen Vorverfahren bei der Anklagekammer des Bundesgerichts Beschwerde zu führen.

X.

Das Individualrecht auf Rechtsgleichheit bei der Rechtsanwendung sei weiterhin im Rahmen seines durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung umschriebenen Bestandes zu schützen und demzufolge von einem Ausschluß der staatsrechtlichen Beschwerde wegen materieller Rechtsverweigerung in Straf-, Zivil-, Prozeß- und Schuldbetreibungssachen Umgang zu nehmen.

XI.

Von einer Verbindung und gemeinsamen Beurteilung der gegen den nämlichen kantonalen Entscheid gerichteten (kumulierten) Nichtigkeitsbeschwerde und staatsrechtlichen Beschwerde sei Umgang zu nehmen.

25. Juni 1941.